

**Studie zu den bestehenden und zu schaffenden rechtlichen
Bedingungen zur demokratischen Kontrolle öffentlichen Eigentums
am Beispiel öffentlicher Unternehmen und Sparkassen**

Rechtsgutachten für die Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag

erstattet von
Rechtsanwalt Dr. iur. Stefan Baufeld
Peter-Rosegger-Straße 2
30916 Isernhagen

erstattet am 29. November 2011

Gliederung

Abkürzungen	V
Literatur	VIII
Gutachtensauftrag	1
A) Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen	2
I) Verfassungsrechtlicher Rahmen der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung	2
1.) Selbstverwaltungsgarantie für die kommunale Wirtschaftstätigkeit	2
a) <i>Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie</i>	2
b) <i>Schranken der Selbstverwaltungsgarantie</i>	4
2.) Verfassungsrechtliche Bindungen der Kommunen bei wirtschaftlicher Betätigung	6
II) Kommunalrechtliche Vorgaben für die wirtschaftliche Betätigung	8
1.) Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen	9
a) <i>Begriffsbestimmung</i>	9
b) <i>Negativklauseln</i>	9
2.) Zulässigkeitsvoraussetzungen für wirtschaftliche kommunale Unternehmen	11
a) <i>Regelungsbereich</i>	11
b) <i>Die einzelnen Voraussetzungen der Schrankentrias</i>	13
aa) <i>Öffentlicher Zweck</i>	13
aaa) <i>Begriffsbestimmung</i>	13
bbb) <i>Rechtliche und kommunalpolitische Bedeutung des öffentlichen Zwecks</i>	17
bb) <i>Das Örtlichkeitsprinzip</i>	20
aaa) <i>Inhalt und Ausnahmen</i>	20
bbb) <i>Rechtspolitische Kritik an den Ausnahmen zum Örtlichkeitsprinzip</i>	22
cc) <i>Leistungsfähigkeitsbezug</i>	24
dd) <i>Subsidiaritätsklausel</i>	25
aaa) <i>Inhalt und Normzweck der Subsidiaritätsklausel</i>	25
bbb) <i>Rechtspolitische Kritik an der echten Subsidiaritätsklausel und dem subjektiven Rechtsschutz</i>	28
ccc) <i>Markterkundungsverfahren</i>	30
3.) Vorschriften zur Sicherung des Einflusses der Kommunen auf Kommunalunternehmen in privater Rechtsform	30
a) <i>Vorrang öffentlich-rechtlicher Rechtsformen und Nachrangigkeit der Aktiengesellschaft</i>	31
b) <i>Pflichten zur Sicherung angemessenen Einflusses der Kommune auf das Kommunalunternehmen</i>	35
aa) <i>Angemessener Einfluss auf das Kommunalunternehmen</i>	35
bb) <i>Sicherung des öffentlichen Zwecks</i>	37
c) <i>Beteiligungsbericht</i>	38
B) Demokratische Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform	41
I) Der Eigenbetrieb	41
1.) Überblick über die Rechtsform	41
2.) Die Verteilung der Kompetenzen zur Steuerung und Kontrolle von Eigenbetrieben zwischen den Organen des Eigenbetriebs und der Kommune	42
a) <i>Werks- oder Betriebsleitung</i>	42
b) <i>Werks- oder Betriebsausschuss</i>	44
aa) <i>Zusammensetzung des Betriebsausschusses, Wahl der Mitglieder</i>	44
bb) <i>Zuständigkeit des Werks- bzw. Betriebsausschusses</i>	57

cc) Öffentlichkeit der Sitzungen des Werks- bzw. Betriebsausschusses	59
c) Organe der Gemeinde	64
aa) Hauptverwaltungsbeamter	64
bb) Vertretungskörperschaft	66
d) Besonderheiten der Organstruktur bei Eigenbetrieben von Zweckverbänden	68
3.) Rechte und Pflichten der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses	71
a) Rechte der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses	71
aa) Recht auf Ladung zu den Sitzungen	71
bb) Recht auf Teilnahme an den Sitzungen, Recht auf Beseitigung von Störungen	72
cc) Rede-, Antrags- und Stimmrecht	73
dd) Recht auf Sitzungsöffentlichkeit	74
ee) Fragerecht, Recht auf Akteneinsicht	75
ff) Recht auf Entschädigung	75
gg) Anspruch auf Fortbildung und Bildungsurlaub	80
hh) Freiheit von Weisungen	82
b) Pflichten der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses	83
aa) Pflicht zur Teilnahme an Sitzungen	83
bb) Pflicht zur Offenbarung eines Mitwirkungsverbots	84
cc) Treuepflicht/Vertretungsverbot	85
dd) Verschwiegenheitspflicht	86
ee) Haftung und Haftungsfreistellung	92
aaa) Haftung gegenüber Dritten und Regress gegenüber der Kommune	92
bbb) Haftung gegenüber der Kommune	100
c) Notwendige Qualifikation der Mitglieder des Betriebsausschusses	102
d) Besonderheiten bei Eigenbetrieben von Zweckverbänden	103
II) Das Kommunalunternehmen in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts	104
1.) Rechtsform, Anstaltsträgerschaft und Rechtsverhältnisse der Anstalt	104
a) Eigene Rechtspersönlichkeit	104
b) Anstaltsträgerschaft	104
c) Aufgaben und Befugnisse von Kommunalunternehmen und Trägerkommune	106
2.) Die Verteilung der Kompetenzen zur Steuerung und Kontrolle von Kommunalunternehmen zwischen den Organen des Kommunalunternehmens und der Kommune	109
a) Vorstand	109
b) Verwaltungsrat	111
aa) Zusammensetzung des Verwaltungsrats, Wahl der Mitglieder	112
bb) Zuständigkeit des Verwaltungsrats	117
cc) Öffentlichkeit der Sitzungen des Verwaltungsrats	119
c) Vertretungskörperschaft der Trägerkommune	121
3.) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats	121
a) Rechte der Mitglieder des Verwaltungsrats	122
aa) Recht auf Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsrats	122
bb) Rede-, Antrags- und Stimmrecht	122
cc) Fragerecht, Recht auf Akteneinsicht	123
dd) Recht auf Entschädigung	124
ee) Anspruch auf Fortbildung	125
ff) Freiheit von Weisungen	126
b) Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats	127
aa) Pflicht zur Offenbarung eines Mitwirkungsverbots	127
bb) Auskunftspflicht	128

cc) Verschwiegenheitspflicht	129
dd) Ablieferungspflicht	133
ee) Haftung und Haftungsfreistellung	134
aaa) Haftung gegenüber der Trägerkommune	134
bbb) Haftung gegenüber dem Kommunalunternehmen	136
ccc) Haftung gegenüber Dritten und Regress gegenüber dem Unternehmen	136
ddd) Haftungsfreistellung durch die Kommune	136
c) Notwendige Qualifikation der Mitglieder des Verwaltungsrats	137
III) Sparkassen	138
1.) Rechtsform, Trägerschaft und Rechtsverhältnisse der Sparkasse	138
a) Träger, Rechtspersönlichkeit und Aufgabe der Sparkasse	138
b) Anstaltsträgerschaft	139
c) Aufgaben und Befugnisse von Trägerkommune und Sparkasse	139
2.) Die Verteilung der Kompetenzen zur Steuerung und Kontrolle von Sparkassen zwischen den Organen der Sparkasse und der Trägerkommune	140
a) Vorstand	141
b) Verwaltungsrat	145
aa) Zusammensetzung des Verwaltungsrats, Wahl der Mitglieder	145
bb) Zuständigkeit des Verwaltungsrats	148
cc) Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Verwaltungsrats	150
c) Vertretungskörperschaft der Trägerkommune	151
3.) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats	153
a) Rechte der Mitglieder des Verwaltungsrats	153
aa) Recht auf Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsrats	153
bb) Rede-, Antrags- und Stimmrecht	153
cc) Informationsansprüche	154
dd) Anspruch auf Entschädigung	156
ee) Anspruch auf Fortbildung	158
ff) Freiheit von Weisungen	158
b) Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats	159
aa) Pflicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Verwaltungsrats und Sorgfaltsmaßstab	159
bb) Verschwiegenheitspflicht	161
cc) Rechtsfolge von Pflichtverletzungen: Ausschluss aus dem Verwaltungsrat und Haftung	164
aaa) Ausschluss aus dem Verwaltungsrat	164
bbb) Haftung gegenüber der Sparkasse	166
ccc) Haftung gegenüber Dritten	169
c) Notwendige Qualifikation der Mitglieder des Verwaltungsrats	170
C) Kommunale Unternehmen in Rechtsformen des Privatrechts: AG und GmbH	172
I) Das Verhältnis von Gesellschafts- und Kommunalrecht	172
II) Überblick über die Rechtsformen	172
1.) Aktiengesellschaft	173
2.) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	173
III) Die Zusammensetzung und Kompetenzen der Organe der Kapitalgesellschaften und der Organe der Kommune	174
1.) Die Verteilung der Kompetenzen bei der AG	175
a) Vorstand	175
b) Aufsichtsrat	178

aa) Zusammensetzung des Aufsichtsrats, Bestellung seiner Mitglieder	178
bb) Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	184
cc) Nichtöffentliche Sitzungen	185
c) Hauptversammlung	185
d) Auskunftsansprüche und Weisungsrechte der Vertretungskörperschaft	188
2.) Die Verteilung der Kompetenzen bei der GmbH	191
a) Geschäftsführung	191
b) Aufsichtsrat	194
aa) Zusammensetzung des Aufsichtsrats, Bestellung seiner Mitglieder	194
bb) Aufgaben des Aufsichtsrats	196
cc) Öffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats	198
c) Gesellschafterversammlung	199
d) Auskunftsansprüche und Weisungsrechte der Vertretungskörperschaft	201
3.) Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder	205
a) Rechte der Aufsichtsratsmitglieder	206
aa) Rechte, die der gleichberechtigten Teilnahme an der Tätigkeit des Aufsichtsrats dienen	206
bb) Informationsansprüche	207
cc) Anspruch auf Vergütung	208
dd) Anspruch auf Fortbildung	209
b) Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder	209
aa) Pflicht, die Weisungen der Kommune zu befolgen	209
bb) Pflicht zur höchstpersönlichen Amtsführung	212
cc) Verschwiegenheitspflicht	213
dd) Sorgfaltspflichten	219
ee) Ablieferungspflicht	222
ff) Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen: Haftung, Haftungsfreistellung und Strafbarkeit	223
aaa) Haftung gegenüber der Gesellschaft	223
bbb) Haftung gegenüber Dritten	226
ccc) Haftungsfreistellung durch die Kommune	226
ddd) Strafbarkeit	227
c) Notwendige Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder	228
IV) Vorschlag für die Reform des Gesellschaftsrechts	229
1.) Reformbedarf	229
2.) Reformvorschlag	231
3.) Begründung und Erläuterung des Reformvorschlags	233

Abkürzungen

ABl.: Amtsblatt

Abs.: Absatz

AEUV: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

AktG: Aktiengesetz

Anm.: Anmerkung

AnstG: Anstaltsgesetz

AnstVO: Anstaltsverordnung

Art.: Artikel

Aufl.: Auflage

Bay: Bayern/bayerisch

BayObLG: Bayerisches Oberstes Landesgericht

BayStGH: Bayerischer Staatsgerichtshof

BayVBl.: Bayerische Verwaltungsblätter

Bbg: Brandenburg(isch)

Bd.: Band

BeamStG: Beamtenstatusgesetz

BGH: Bundesgerichtshof

BGHSt: Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, zitiert nach Band und Seite

BGHZ: Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, zitiert nach Band und Seite

BVerfGE: Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zitiert nach Band und Seiten

BVerwG: Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE: Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, zitiert nach Band und Seite

BW: Baden-Württemberg(isch)

DB: Der Betrieb, zitiert nach Jahrgang und Seite

ders.: derselbe

DÖV: Die öffentliche Verwaltung, zitiert nach Jahrgang und Seite

DrittelbG: Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat – Drittelbeteiligungsgesetz

DVBl.: Deutsches Verwaltungsblatt, zitiert nach Jahrgang und Seite

ebd.: ebenda

EG: Europäische Gemeinschaft

EigBetrAnVO: Eigenbetriebs- und Anstaltsverordnung

EigBG/EigBGes: Eigenbetriebsgesetz

EBV/EigV/EigVO: Eigenbetriebsverordnung

EU: Europäische Union

f.: folgende

ff.: fortfolgende

FS: Festschrift

GemO/GO: Gemeindeordnung
GewArch: Gewerbearchiv, zitiert nach Jahrgang und Seite
GG: Grundgesetz
GKG: Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit
GkZ/GKZ: Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit
GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbH-Gesetz

HBG: Hessisches Beamtengesetz
HessStGH: Hessischer Staatsgerichtshof
HGB: Handelsgesetzbuch
HGO: Hessische Gemeindeordnung
HKO: Hessische Kreisordnung
KKWP: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
Hrsg.: Herausgeber

i.S.d.: im Sinne der/des
i.V.m.: in Verbindung mit

JR: Juristische Rundschau, zitiert nach Jahrgang und Seite
JZ: Juristen Zeitung, zitiert nach Jahrgang und Seite

KGG: Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit
KO: Kommunalordnung
KomZG: Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit
KrO: Kreisordnung
KSVG: Kommunalselbstverwaltungsgesetz
KUV/KUVO: Verordnung über Kommunalunternehmen
KV, KVerf: Kommunalverfassung
KWBG: Gesetz über kommunale Wahlbeamte

LBG: Landesbeamtengesetz
LG: Landgericht
LKO, LKrO: Landkreisordnung
LKV: Landes- und Kommunalverwaltung, zitiert nach Jahrgang und Seite
LSA: Land Sachsen-Anhalt

m.a.W.: mit anderen Worten
MDR: Monatsschrift des deutschen Rechts, zitiert nach Jahrgang und Seite
MitbestG: Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer – Mitbestimmungsgesetz
M-V: Mecklenburg-Vorpommern
m.w.N.: mit weiteren Nachweisen

N/Nds: Niedersachsen, niedersächsisch
NdsStGH: Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NJW: Neue Juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahrgang und Seite
NJW-RR: Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport, zitiert nach Jahrgang und Seite
NKomVG: Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht, zitiert nach Jahrgang und Seite
NVwZ: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, zitiert nach Jahrgang und Seite

NVwZ-RR: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport, zitiert nach Jahrgang und Seite

NW: Nordrhein-Westfalen

NWVBl.: Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter, zitiert nach Jahrgang und Seite

OLG: Oberlandesgericht

OVG: Oberverwaltungsgericht

OVGE: Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg

RGSt: Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, zitiert nach Band und Seite

RGZ: Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, zitiert nach Band und Seite

Rn.: Randnummer

RP: Rheinland-Pfalz

S.: Seite

Saarl: Saarland/saarländisch

Sächs: Sächsisch

SächsGörKrI: Sächsisches Gesetz über die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute

SH: Schleswig-Holstein

SpG/SpkG/SparkG: Sparkassengesetz

SpkO: Sparkassenordnung

SpkVO: Sparkassenverordnung

Thür: Thüringen/Thüringisch

u.a.: unter anderem, und andere

VBIBW: Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg, zitiert nach Jahrgang und Seite

Verf: Verfassung

VerfGH: Verfassungsgerichtshof

VersR: Versicherungsrecht, zitiert nach Jahrgang und Seite

VerwArch: Verwaltungsarchiv, zitiert nach Jahrgang und Seite

VG: Verwaltungsgericht

VGH: Verwaltungsgerichtshof

VR: Verwaltungsrundschau, zitiert nach Jahrgang und Seite

VVDStRL: Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, zitiert nach Band (Jahrgang) und Seite

VwVfG: Verwaltungsverfahrensgesetz

wistra: Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht, zitiert nach Jahrgang und Seite

ZIP: Zeitschrift für Insolvenzpraxis, zitiert nach Jahrgang und Seite

ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik, zitiert nach Jahrgang und Seite

Literatur

- BADURA, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, in: DÖV 1998, S. 818 ff.
- BECKER, Grenzenlose Kommunalwirtschaft, in: DÖV 2000, S. 1032 ff.
- BERGER, Sparkassengesetz Niedersachsen, 2000
- BLUM/BAUMGARTEN/BECKHOF/BEHRENS/GÖKE/HÄUSLER/MENZEL/SMOLLICH/WEFELMEIER, Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, Loseblatt, Stand: November 2010
- BÖCKENFÖRDE, § 24 Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl. 2004, S. 429 ff.
- BRITZ, Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, in: NVwZ 2001, S. 380 ff.
- BÜLOW/ERPS/SCHLIESKY/VON ALLERWÖRDEN (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, Loseblatt Stand November 2009
- CRONAUGE, Welchen rechtlichen Rahmen braucht die kommunale Wirtschaft von morgen?, in: der Gemeindehaushalt 1998, S. 131 ff.
- CRONAUGE/WESTERMANN, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006
- DARSOW/GENTNER/GLASER/MEYER, Schweriner Kommentierung der Kommunalverfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, 3. Aufl. 2005
- DIETRICH, Sparkassen- und Personalrecht in Rheinland-Pfalz, Loseblatt Stand April 1995
- DI FABIO, Demokratie im System des Grundgesetzes, in: Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, 2004, S. 77 ff.
- EHLERS, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, in: DVBl. 1998, S. 497 ff.
- ELSTER, Kommunaler Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe von Unternehmen und Einrichtungen – Zum neuen § 111 Abs. 1 bis 3 NGO, in: NdsVBl. 1997, S. 73 ff.
- ERICHSEN/EHLERS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006
- FABER, Gesellschaftsrechtliche Bindungen für Aufsichtsratsmitglieder von kommunalen Eigengesellschaften im Spannungsfeld zum hessischen Kommunalverfassungsrecht, 2010, zitiert: Faber, Gesellschaftsrechtliche Bindungen
- FISCHER, Informationsrechte des Verwaltungsrats und Vertraulichkeitsgebot bei Sparkassen, in: ZIP 2004, S. 2169 ff.
- FRANKE/FISCHER, Das neue Niedersächsische Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG), <http://www.mi.niedersachsen.de/download/56496>, Stand: 11. November 2011
- FRANZ, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005
- GABLER/HÖHLEIN/KLÖCKNER/LUKAS/OSTER/RHEINDORF/SCHAAF/STUBENRAUCH/TUTSCHAPSKY, Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, Kommentar, Loseblatt Stand: 2011, zitiert: Gabler u.a., Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz
- GANZER/TREMML, Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder einer kommunalen Eigengesellschaft in der Rechtsform einer mitbestimmten GmbH – dargestellt anhand der Rechtslage in Bayern, in: GewArch 2010, S. 141 ff.
- GRÖTTRUP, Die kommunale Leistungsverwaltung, 2. Aufl. 1976
- HANEBECK, Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip – Zwischen monistischem und pluralistischem Demokratieverständnis, in: DÖV 2004, S. 901 ff.

- HEINEVETTER, Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. Loseblatt Stand: Juli 1991
- HELLERMANN, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000
- HOPPE/UECHTRITZ (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007
- HÜFFER, Aktiengesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2008 , zitiert: Hüffer, AktG
- JARASS, Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, in: DÖV 2002, S. 489 ff.
- JARASS/PIEROTH, Grundgesetz, 9. Aufl., 2007
- KLÜPFEL/GABERDIEL/GNAMM, Sparkassengesetz Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2001
- KNEMEYER, Bayerisches Kommunalrecht, 5. Aufl. 1984
- KÖRNER, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen Kommentar, 3. Aufl. 1980, zitiert: Körner, GO NW
- KÜHLING, Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden, NJW 2001, S. 177 ff.
- KRIELE, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 46 ff.
- KUNZE/BRONNER/KATZ, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, 4. Aufl., Loseblatt Stand: März 2011, zitiert: Kunze/Bronner/Katz, GemO BW
- LANDESRECHNUNGSHOF SCHLESWIG-HOLSTEIN, Kommunalbericht 2008, 2008, http://www.landesrechnungshof-sh.de/index.php?getfile=kombubericht_2008.pdf
- LANDTAG BRANDENBURG – PARLAMENTARISCHER BERATUNGSDIENST, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten in kommunalen Gesellschaften und Informationsrechte der Gemeindevertretung, 2010 (Bearb.: U. Schmidt), zitiert: LT Bbg., Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten
- LUTTER, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat,, 3. Aufl. 2006
- LUTTER, Pflichten und Haftung der Sparkassenorgane, 1991
- LUTTER/HOMMELHOFF, GmbH-Gesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2009
- LUTTER/KRIEGER, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008
- MINISTERIUM DES INNEREN DES LANDES SACHSEN-ANHALT, Beteiligungsmanagement. Inhalt eines Beteiligungsberichts: Leitfaden Nr. 3 für kommunale Entscheidungsträger, Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen sowie Mitarbeiter in den Beteiligungsverwaltungen der Kommunen, 2005, http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_Ministerium_des_Innern/PDF_Dokumente/Referat_33/leit3_beteil.pdf, Stand: 11. November 2011, zitiert: MI LSA, Leitfaden Nr. 3
- MINISTERIUM DES INNEREN DES LANDES SACHSEN-ANHALT, Qualifikation, Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen: Leitfaden Nr. 2 für kommunale Entscheidungsträger, Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen sowie Mitarbeiter in den Beteiligungsverwaltungen der Kommunen, 2005, http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_Ministerium_des_Innern/PDF_Dokumente/Referat_33/leit2_ar.pdf, Stand: 11. November 2011, zitiert: MI LSA, Leitfaden Nr. 2
- MINISTERIUM DES INNEREN DES LANDES SACHSEN-ANHALT, Zulässigkeit, Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform : Leitfaden Nr. 1 für kommunale Entscheidungsträger, Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen sowie Mitarbeiter in den Beteiligungsverwaltungen der Kommunen, 2005, http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_Ministerium_des_Innern/PDF_Dokumente/Referat_33/leit1_gmbh.pdf, Stand: 11. November 2011, zitiert: MI LSA, Leitfaden Nr. 1

- MORAING, Kommunale Wirtschaft zwischen Wettbewerb und Gemeindegewirtschaftsrecht, in: der Gemeindehaushalt 1998, S. 223 ff.
- MORLOK, Demokratie und Wahlen, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, 2001, S. 559 ff., zitiert: Morlok in BVerfG-FS, Bd. 2
- NESSELMÜLLER, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, 1977
- OTTING, Öffentlicher Zweck, Finanzhoheit und fairer Wettbewerb – Spielräume kommunaler Erwerbswirtschaft, in: DVBl. 1997, S. 1258 ff.
- PASEMANN/BAUFELD, Verfassungsrecht und Gesetzgebung auf Grundlage von Konsensvereinbarungen, in: ZRP 2001, S. 119 ff.
- PÜTTNER (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band. 5: Kommunale Wirtschaft, 2. Aufl. 1984
- REHN/CRONAUGE/VON LENNEP, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Aufl., Loseblatt Stand: Januar 2011, zitiert: Rehn/Cronauge/von Lennepe, GO NW
- RUFFERT, Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, in: VerwArch 2001, S. 27 ff.
- SÄCHSISCHES STAATSMINISTERIUM DES INNEREN, Anwendungshinweise zum Sächsischen Eigenbetriebsgesetz, vom 22. März 2011, http://www.kommunaleverwaltung.sachsen.de/download/Kommunale_Verwaltung/Anwendungshinweise_Saechs-EigBG.pdf, Stand: 11. November 2011
- SCHINK, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, in: NVwZ 2002, S. 129 ff.
- SCHLIERBACH/PÜTTNER, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 2003
- SCHMIDT/LUTTER (Hrsg.), AktG, Kommentar, 2. Aufl. 2010
- SCHOEPKE, Zur Problematik der Gesellschaftsform für kommunale Unternehmen, in: VBIBW 1994, S. 81 ff.
- SCHOLZ (Hrsg.), GmbHG, Kommentar, 10. Aufl. 2010
- SCHUMACHER (Hrsg.), Kommunalverfassung Brandenburg, Kommentar, Loseblatt Stand: August 2008, zitiert: Schumacher (Hrsg.), BbgKVerf
- SCHWINTOWSKI, Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrats, in: NJW 1990, S. 1009 ff.
- SEMLER/VON SCHENCK, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. 2009
- VON SIMSON, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 3 ff.
- SPANNOWSKY, Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflichten auf Beteiligungsunternehmen, in: DVBl. 1992, S. 1072 ff.
- STROBEL, Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen, 2002
- STROBEL, Weisungsfreiheit oder Weisungsgebundenheit kommunaler Vertreter in Eigen- und Beteiligungsgesellschaften?, in: DVBl. 2005, S. 77 ff.
- TERHALLE, Die Finanzwirtschaft des Staates und der Gemeinden, 1948
- TETTINGER, Ingerenzprobleme staatlicher Konjunktursteuerung auf kommunaler Ebene, 1973, zitiert: Tettinger, Ingerenzprobleme

VÖLTER, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 7. Aufl. 2010

VOSSKUHLE/SYDOW, Die demokratische Legitimation des Richters, in: JZ 2002, S. 673 ff.

WAECHTER, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem. Zur Wirkung von Verfassungsprinzipien und Grundrechten auf institutionelle und kompetenzielle Ausgestaltungen, 1994

WAECHTER, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997

WURZEL/SCHRAML/BECKER (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Aufl. 2010

Gutachtensauftrag

Die Auftraggeberin, die Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag, hat den Gutachter gebeten, eine „Studie zu bestehenden und zu schaffenden rechtlichen Bedingungen zur demokratischen Kontrolle öffentlichen Eigentums am Beispiel öffentlicher Unternehmen und Sparkassen“ vorzulegen.

Die Auftraggeberin wünscht eine Übersicht über den Rechtsrahmen für die demokratische Steuerung und Kontrolle von kommunalen Unternehmen und Sparkassen durch die Mitglieder der kommunalen Vertretungskörperschaften und die von der Kommune benannten Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsrats des Unternehmens. Dies beinhaltet auch die Frage nach den verfassungs- und kommunalrechtlichen Vorgaben für eine effektive Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen. Die Darstellung soll dabei sämtliche Unternehmensformen mit praktischer Relevanz umfassen und die Rechtslage in allen Bundesländern darstellen. Dazu soll auch die aktuelle Rechtsprechung ausgewertet werden.

Da der Gutachtensauftrag die demokratische Kontrolle kommunaler Unternehmen durch die kommunalen Vertretungskörperschaften umfasst, sind deren Kompetenzen sowie die Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder bei der Kontrolle und Steuerung kommunaler Unternehmen darzustellen gewesen. Hierzu wurde der Begriff der Steuerung weit aufgefasst; er umfasst auch die Gründung eines Unternehmens als ersten Schritt der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung, der durch die Vertretungskörperschaften der Kommunen zu steuern und zu kontrollieren ist. Daher werden auch die verfassungs- und kommunalrechtlichen Voraussetzungen der Gründung kommunaler Unternehmen dargestellt.

In einem zweiten Schritt soll anhand der jeweiligen Rechtsform erörtert werden, welche rechtlichen Möglichkeiten der Kontrolle und Einflussnahme für Mitglieder von Aufsichtsgremien bestehen. Darüber hinaus sollen die Rahmenbedingungen aufbereitet werden, die aus dem Gesellschafts- und Haushaltsrecht sowie dem jeweiligen Landeskommunalrecht bzw. Sparkassenrecht stammen.

Weiterhin bat die Auftraggeberin darum, anhand der jeweiligen Rechtsform die jeweiligen Haftungsfragen zu erläutern.

Die Studie soll zudem rechtspolitische Empfehlungen für die Novellierung von Bundes- und Landesrecht mit dem Ziel einer Verbesserung der demokratischen Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen geben.

Schließlich soll die Studie Handlungsempfehlungen für kommunale Mandatsträger und Mitglieder in Aufsichts- und Verwaltungsräten öffentlicher Unternehmen und Sparkassen zur Wahrnehmung ihrer Rechte und Pflichten erarbeiten. Dies soll Musterformulierungen für Satzungen enthalten und Ratschläge für die praktische strategische Wahrnehmung der Rechte und Pflichten der Mitglieder der kommunalen Vertretungskörperschaften und der Aufsichtsorgane kommunaler Unternehmen.

A) Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Landkreise (Kommunen) ist zwar verfassungsrechtlich garantiert, unterliegt aber umfangreichen Beschränkungsmöglichkeiten. Zugleich sind die Kommunen auch bei wirtschaftlichen Tätigkeiten an das Demokratieprinzip, das Rechtsstaatsprinzip und die Grundrechte gebunden. Diese Bindung verpflichtet die Kommunen dazu, Einfluss auf ihre Unternehmen zu nehmen, damit letztere der demokratisch legitimierten Willensbildung in den Organen der Kommune und deren demokratischer Kontrolle unterworfen bleiben.

Die Landesgesetzgeber haben in den Kommunalgesetzen von den verfassungsrechtlichen Beschränkungsmöglichkeiten in verfassungsgemäßer Weise Gebrauch gemacht und die verfassungsrechtlichen Bindungen der Kommunen einfachgesetzlich ausgestaltet, indem sie Zulässigkeitskriterien (Ob der wirtschaftlichen Betätigung) und organisationsrechtliche Vorgaben (Wie der wirtschaftlichen Betätigung) für die wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen geschaffen haben. Mit diesen Normen haben die Landesgesetzgeber die rechtlichen Strukturen vorgegeben, in denen die demokratische Steuerung und Kontrolle der Kommunalunternehmen vollzogen werden können.

I) Verfassungsrechtlicher Rahmen der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung

1.) Selbstverwaltungsgarantie für die kommunale Wirtschaftstätigkeit

a) Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie

Grundrechtsschutz genießen Kommunen für ihre wirtschaftliche Betätigung nicht. Sie sind Gebietskörperschaften und damit juristische Personen des öffentlichen Rechts und als solche Teile der Staatsverwaltung der Länder. Als organisatorische Gliederungen der Länderexekutive können sie sich grundsätzlich nicht auf den Schutz der Grundrechte des Grundgesetzes berufen. Dies folgert das Bundesverfassungsgericht, dem auch die Rechtsprechung der Fachgerichte folgt, in ständiger Rechtsprechung aus Art. 19 Abs. 3 GG.¹ Nach letzterem gelten die Grundrechte auch zugunsten juristischer Personen, „soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“. Diese wesensmäßige Anwendung ist dann möglich, wenn sich die juristische Person in einer der natürlicher Personen vergleichbaren grundrechtstypischen Gefährdungslage befinden.² Diese grundrechtstypische Gefährdungslage verneinen die Gerichte für juristische Personen des öffentlichen Rechts, da es widersprüchlich sei, sie als Teile des zur Einhaltung der Grundrechte verpflichteten Staates gleichzeitig als durch die Grundrechte geschützt anzusehen.³ Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), der natürlichen Personen und juristischen Personen des Privatrechts die Freiheit, eine selbständige Tätigkeit auszuüben, garantiert⁴, schützt damit nicht die Freiheit der Kommunen, wirtschaftliche Unternehmen zu gründen und zu betreiben.

Der verfassungsrechtliche Schutz der Kommunen für ihre wirtschaftliche Betätigung – und damit die Grenzen für Regelungen der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung durch einfache Gesetze – ergibt sich damit allein aus Art. 28 Abs. 2 GG.

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und die inhaltsgleichen Vorschriften der Landesverfassungen gewährleisten den Gemeinden das Recht, im Rahmen der Gesetze alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. In der Auslegung durch die Rechtsprechung wird den Gemeinden mit dieser Norm ein grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

1 BVerfGE 21, 362 (372); E 23, 353 (372); E 39, 302 (312); BayVGH, NVwZ 1995, S. 371.

2 BVerfGE 45, 63 (79 f.); E 61, 82 (101); E 95, 220 (242); HessStGH, NVwZ 2000, S. 430.

3 BVerfGE 21, 362 (369 ff.); E 61, 82 (103 f.); E 68, 193 (205 ff.); E 75, 192 (196); a.A. Waechter, Kommunalrecht, Rn. 181.

4 BVerfGE 7, 377 (398 f.); E 54, 301 (322).

umfassender Aufgabenbereich und die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Aufgabenbereich gewährleistet. Dieser Aufgabenbereich umfasst alle Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln, da sie das Zusammenleben in der Gemeinde und mithin die Gesamtheit der Gemeindeglieder betreffen. All dieser Angelegenheiten dürfen sich die Gemeinden annehmen, ohne dass sie dafür einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen (Grundsatz der Allzuständigkeit der Gemeinden).⁵ Dazu gehört auch die Befugnis der Gemeinden, sich ohne besonderer Kompetenznormen jeder neu auftauchenden Aufgabe anzunehmen.⁶

Zu dem durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Aufgabenbereich der Gemeinden gehört auch die wirtschaftliche Betätigung.⁷ Dies ergibt sich nach der Rechtsprechung daraus, dass die Verfassungsgeber in Bund und Ländern bereits bei Schaffung von Art 28 Abs. 2 GG und den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen eine entfaltete kommunale Wirtschaftstätigkeit vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge (Versorgung mit Wasser und Elektrizität⁸, Entsorgung von Abwasser und Abfällen) vorgefunden haben, welche durch die Selbstverwaltungsgarantie mitgeschützt werden sollte.⁹ In dieser Auslegung sichert die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie nicht jedwede kommunale wirtschaftliche Betätigung, sondern nur diejenigen wirtschaftlichen Tätigkeiten, die durch einen öffentlichen Zweck, also ein in der örtlichen Gemeinschaft wurzelndes Bedürfnis der Gemeindeglieder an der von der Gemeinde erbrachten wirtschaftlichen Leistung gerechtfertigt sind.¹⁰ Nur soweit die Kommunen oder kommunalen Unternehmen Leistungen erbringen, für die wegen des in der örtlichen Gemeinschaft der Gemeindeglieder bestehenden Interesses an dieser Leistung der verfassungsrechtlich geschützte Aufgabenbereich der Gemeinden eröffnet ist, ist die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden von der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG geschützt. Verfassungsrechtlich nicht geschützt ist damit die Verfolgung rein fiskalischer Interessen, bei denen die Erwirtschaftung von Gewinnen für den Gemeindehaushalt das alleinige Interesse der Gemeinde an der wirtschaftlichen Tätigkeit ist.¹¹

Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Gemeinden nicht nur einen bestimmten Aufgabenkreis. Zum traditionellen, vom Grundgesetz geschützten Hoheitsbereich der Gemeinden gehört zudem ihre Organisationshoheit.¹² Diese ist das Recht, über die innere Organisation der Gemeinde sowie das von den Gemeindeorganen und -einrichtungen einzuhaltende Verfahren zu entscheiden.¹³ Hiervon geschützt ist auch das Recht der Gemeinde, Behörden, Einrichtungen und Rechtssubjekte des Privatrechts zu schaffen sowie deren Geschäftsverteilung und Ge-

5 So zu Art. 49 Verf RP: *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 20 (zitiert nach juris) = NVwZ 2000, S. 801 ff., mit Bezugnahme auf *BVerfGE* 49, 127 (143, 146) zu Art. 28 Abs. 2 GG; *Neutz* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 49; *Tettinger*, *Ingenrenzprobleme*, S. 40 f.

6 *Waechter*, *Kommunalrecht*, Rn. 58.

7 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 21 (zitiert nach juris) = NVwZ 2000, S. 801 ff., zu Art. 49 Verf RP; *Neutz* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 48.

8 Vgl. dazu, dass Wasser- und Energieversorgung zu den typischen und deshalb von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Aufgaben der Gemeinden gehören *BVerfGE* 79, 127; *BVerfG*, NJW 1990, 1783; *BVerwGE* 98, 273 (275).

9 So zu Art. 49 Verf RP: *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 21 (zitiert nach juris) = NVwZ 2000, S. 801 ff., mit Bezugnahme auf *BVerfGE* 66, 248 (258); *BVerfG*, NJW 1990, S. 1783; *BVerwGE* 98, 273 (275) zu Art. 28 Abs. 2 GG.

10 *BVerfG*, NVwZ 1999, S. 520 (521); *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 21 (zitiert nach juris) = NVwZ 2000, S. 801 ff., zu Art. 49 Verf RP; *Ehlers* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 33; *Hellermann*, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, S. 146 ff; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (133).

11 So zu Art. 49 Verf RP: *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 21 (zitiert nach juris) = NVwZ 2000, S. 801 ff., mit Bezugnahme auf *BVerfGE* 61, 82 (107); *Neutz* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 51.

12 *Tettinger*, *Ingenrenzprobleme*, S. 43 m.w.N.

13 *BVerfG*, NVwZ 1987, S. 123 f.; *BVerfG*, DVBl. 1995, S. 290 ff.; *NdsStGH*, DÖV 1979, S. 406; *Waechter*, *Kommunalrecht*, Rn. 92.

schäftsordnung zu regeln.¹⁴ Damit schützt Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auf dem Gebiet wirtschaftlicher Betätigung das Recht der Gemeinden, darüber zu entscheiden, in welcher Rechtsform sie kommunale Unternehmen errichten wollen, insbesondere ob sie sich einer Rechtsform des öffentlichen Rechts (Eigenbetrieb, Anstalt des öffentlichen Rechts) oder des Privatrechts (GmbH, AG) bedienen wollen. Ebenfalls geschützt ist das Recht, die Satzungen bzw. Gesellschaftsverträge der kommunalen Unternehmen, worunter auch die Gestaltung von Rechten und Pflichten der Organe der kommunalen Unternehmen, deren Zusammensetzung und die rechtlichen Beziehungen zwischen Kommune und kommunalem Unternehmen fallen, nach eigenem Ermessen auszugestalten.

Anders als den Gemeinden in Satz 1 garantiert Art. 28 Abs. 2 GG in Satz 2 den Landkreisen keine Allzuständigkeit für alle im Kreisgebiet wurzelnden Aufgaben.¹⁵ Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG haben die Landkreise das Recht zur Selbstverwaltung nur „im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs“. Damit ist die Zuweisung von Aufgaben an die Landkreise dem Gesetzgeber überlassen.¹⁶ Die Landesgesetzgeber haben in den Kommunalgesetzen davon Gebrauch gemacht und den Landkreisen die Aufgaben zugewiesen, die die Leistungsfähigkeit der kreisangehörigen Gemeinden übersteigen bzw. die von überörtlicher Bedeutung sind.¹⁷ Innerhalb dieses einfachgesetzlichen Aufgabenbereichs steht den Landkreisen das Recht auf Selbstverwaltung zu. Zur Wahrnehmung dieser einfachgesetzlich zugewiesenen Aufgaben können die Landkreise aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG in eigener Verantwortung wirtschaftlich tätig werden.¹⁸ Sie können im Rahmen ihrer Aufgaben nach eigenem Ermessen wirtschaftlich tätig werden, wobei wie bei den Gemeinden erforderlich ist, dass die wirtschaftliche Tätigkeit selbst zur Erfüllung einer in der Gemeinschaft der Einwohner des Landkreises wurzelnden Aufgabe erforderlich ist; eine reine Gewinnerzielungsabsicht zur Finanzierung des Haushalts ist nicht vom Recht auf Selbstverwaltung geschützt. Auch steht den Landkreisen für die organisatorische Ausgestaltung die Organisationshoheit zu. Diese umfasst wie bei den Gemeinden die Wahl der Rechtsform des kommunalen Unternehmens, die Gestaltung von dessen Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag, die Regelung der Rechte, Pflichten und Zusammensetzung der Organe kommunaler Unternehmen sowie die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Landkreis und Unternehmen.

b) Schranken der Selbstverwaltungsgarantie

Art. 28 Abs. II GG gewährleistet den Kommunen die Selbstverwaltungsgarantie nicht schrankenlos, sondern nur „im Rahmen der Gesetze“ (für Gemeinden nach Satz 1) bzw. „nach Maßgabe der Gesetze“ (für Landkreise nach Satz 2). Damit kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes das Recht der Kommunen, im Rahmen der Selbstverwaltung frei über die örtlichen Angelegenheiten zu entscheiden, eingeschränkt werden. Dabei ist es zulässig, dass die Selbstverwaltung sowohl im Umfang der Selbstverwaltungsaufgaben als auch bezüglich der Eigenverantwortlichkeit ihrer Erledigung eingeschränkt wird.¹⁹ Solche Eingriffe liegen u.a. dann vor, wenn den Gemeinden Aufgaben, die bisher von ihnen wahrgenommen wurden, entzogen werden, wenn die Erfüllung ihrer Aufgaben durch gesetzliche Vorgaben beeinträchtigt wird und wenn in die Organisationshoheit der Gemeinden eingegriffen wird.

14 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 92 unter Berufung auf *VerfGH NW*, DÖV 1956, S. 696.

15 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 172.

16 *Ehlers* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 33; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 172.

17 § 2 Abs. 1 LKrO BW; Art. 4 Abs. 1 BayLKrO; § 122 Abs. 2 BbgKVerf; § 2 Abs. 1 HKO; § 89 Abs. 1, 2 KV M-V; § 3 Abs. 2 NKomVG; § 2 Abs. 1 KrO NW; § 2 Abs. 1, 3 LKO RP; § 143 Abs. 1, 2 SaarlKSVG; § 2 Abs. 1 SächsLKrO; § 2 Abs. 1 LKO LSA; § 2 Abs. 1 KrO SH; § 86 Abs. 1 ThürKO.

18 *Ehlers* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 33.

19 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 132.

Dieses Eingriffsrecht seinerseits ist verfassungsrechtlich nicht schrankenlos gewährt. Vielmehr bedarf jeder Eingriff in die Selbstverwaltung einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Dabei unterscheiden Rechtsprechung und Rechtslehre zwischen Eingriffen in den Kernbereich der Selbstverwaltung und Eingriffe in die Selbstverwaltung außerhalb des Kernbereichs:

Eingriffe in den Kernbereich können nicht gerechtfertigt werden und sind damit unzulässig.²⁰ Allerdings ist bisher weder in der Rechtsprechung noch im juristischen Schrifttum abschließend geklärt, was zum Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie gehört.²¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört der Grundsatz der Allzuständigkeit der Gemeinden zum Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie.²² Mithin sind gesetzliche Regelungen, die die Allzuständigkeit der Gemeinden für die örtlichen Aufgaben abschaffen, verfassungswidrig. Zudem wird der Kernbereich verletzt von Regelungen, die die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung derartig einschränken, dass den Gemeinden keine eigenen Spielräume mehr verbleiben.²³ Was weiterhin zum Kernbereich der Selbstverwaltung gehört ermitteln die Rechtsprechung und Teile des juristischen Schrifttums durch historische Auslegung im Einzelfall.²⁴ Dabei zieht das Bundesverfassungsgericht zur Bestimmung des Schutzbereichs der Selbstverwaltungsgarantie die bereits bei Erlass des Grundgesetzes vorfindlichen identitätsbestimmenden Merkmale selbstverwalteter Gemeinden heran, die der Verfassungsgeber mit Art. 28 Abs. 2 GG schützen wollte.²⁵

Auch Eingriffe in die Selbstverwaltungsgarantie außerhalb des Kernbereichs sind nicht schrankenlos möglich, sondern nur unter Einhaltung der verfassungsrechtlichen Bindungen, denen der Gesetzgeber bei der Schaffung von die Selbstverwaltung einschränkenden Gesetzen unterliegt. So enthält Art. 28 Abs. 2 GG ein Prinzip der Aufgabenverteilung, nach dem örtliche Angelegenheiten von den Gemeinden zu regeln sind. Will der Gesetzgeber von dieser Regel abweichen, muss dies durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein.²⁶ Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung räumt dem Gesetzgeber bei der Konkretisierung dessen, was das Gemeinwohl an Einschränkungen der Selbstverwaltung erfordert, einen weiten Ermessensspielraum ein.²⁷ Der Eingriff in die Selbstverwaltung ist danach nur dann verfassungswidrig, wenn er nicht auf sachgerechten Erwägungen beruht, ungeeignet ist, den mit ihr verfolgten Gemeinwohlzweck zu erreichen oder willkürlich ist.²⁸ Als Gemeinwohlgründe, die eine Beschränkung der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung rechtfertigen, hat die Rechtsprechung u.a. den Schutz privater Anbieter und den Schutz der Gemeinden vor unvermeidbaren wirtschaftlichen Risiken anerkannt.²⁹ Im Bereich der Organisationshoheit der Gemeinden werden dem Gesetzgeber außerhalb des Kernbereichs der Selbstverwaltungsgarantie weite Ermessensspielräume zugestanden: Da die Organisationshoheit nicht von der Regelvermutung für die gemeindliche Aufgabenerledigung des Art. 28 Abs. 2 GG umfasst sei, sei eine Abwä-

20 *BVerfGE* 1, 167; E 79, 127 (146); *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 24 (zitiert nach juris) = *NVwZ* 2000, S. 801 ff., zu Art. 49 *Verf RP*; *Ehlers* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 34; *Tettinger*, *Ingenenzprobleme*, S. 47; *Waechter*, *Kommunalrecht*, Rn. 136.

21 Vgl. den Überblick über die verschiedenen Ansätze zur Bestimmung des Wesensgehalts der Selbstverwaltungsgarantie *Tettinger*, *Ingenenzprobleme*, S. 47 ff.

22 *BVerfGE* 79, 127 (146).

23 *BVerfGE* 91, 228; *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 25 (zitiert nach juris) = *NVwZ* 2000, S. 801 ff., zu Art. 49 *Verf RP*.

24 *Waechter*, *Kommunalrecht*, Rn. 138 unter Berufung auf *BVerfG*, *NVwZ* 1988, S. 47.

25 *BVerfGE* 79, 127 (147); E 83, 363 (381).

26 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 38 (zitiert nach juris) = *NVwZ* 2000, S. 801 ff., zu Art. 49 *Verf RP*; *Waechter*, *Kommunalrecht*, Rn. 151.

27 *BVerfGE* 83, 363 (383); *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 39 (zitiert nach juris) = *NVwZ* 2000, S. 801 ff., zu Art. 49 *Verf RP*.

28 *BVerfGE* 50, 50 ff.; *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 39 (zitiert nach juris) = *NVwZ* 2000, S. 801 ff., zu Art. 49 *Verf RP*.

29 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 40 (zitiert nach juris) = *NVwZ* 2000, S. 801 ff., zu Art. 49 *Verf RP*.

gung der Interessen des Gesetzgebers an Organisationsregelungen mit den gemeindlichen Interessen nicht erforderlich. Der Gesetzgeber sei bei der Schaffung von Organisationsregelungen damit weitgehend frei von verfassungsrechtlichen Bindungen; den Gemeinden müsse lediglich ein Spielraum für die Organisation der einzelnen Aufgabenbereiche verbleiben.³⁰ In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sind insbesondere Normen, die die Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen durch die kommunalen Gremien dienen, als zulässige Eingriffe in die Organisationshoheit der Gemeinden anerkannt worden, da sie der Verwirklichung der demokratischen Kontrolle gemeindlichen wirtschaftlichen Handelns dienen.³¹

2.) Verfassungsrechtliche Bindungen der Kommunen bei wirtschaftlicher Betätigung

Aus Art. 28 Abs. 1 GG folgt, dass die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Grundsätzen der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit entsprechen muss. Dazu gehört, dass die Länderexekutive nach demokratischen Prinzipien organisiert werden muss und dass sie an Recht und Gesetz gebunden ist, wozu insbesondere die Bindung an die Grundrechte gehört. Auch die Kommunen als Teile der Länderexekutive unterliegen diesen Bindungen.³²

Da die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen nicht der grundrechtlich geschützten Privatautonomie unterfällt³³, kann kommunale Wirtschaftstätigkeit verfassungsrechtlich nicht als privatautonomes Handeln angesehen werden, sondern ist zweckgebundenes Verwaltungshandeln. Die kommunale Verwaltung bleibt auch dann Verwaltung, wenn sie wirtschaftlich tätig ist.³⁴ Ist das wirtschaftliche Handeln der Kommunen danach Verwaltungshandeln, unterliegen die Kommunen auch bei wirtschaftlichen Tätigkeiten der für alle Verwaltungstätigkeiten geltenden Bindung an das Recht und das Demokratieprinzip.

Dabei verlangt das Demokratieprinzip, dass jedes Handeln der Staatsgewalt einer Legitimation bedarf, die auf das Volk zurückgehen muss.³⁵ Die Legitimation muss bei Selbstverwaltungskörperschaften wie den Kommunen von den Mitgliedern der Selbstverwaltungskörperschaft – bei den Kommunen also von den Gemeinde- und Kreisbürgern – ausgehen.³⁶ Wenn das Gemeindevolk nicht selbst durch Wahlen oder Abstimmungen entscheidet, bedarf es einer von diesem ausgehenden ununterbrochenen Legitimationskette bis zum einzelnen Amtswalter, um dessen Handeln auf den Willen des Volkes zurückführen zu können.³⁷ Den Räten und Kreistagen, Bürgermeistern und Landräten wird die Legitimation ihres Handelns durch die Wahl durch das Kommunalvolk verliehen. Von diesen gewählten Organen der Kommunen muss die Legitimation weitervermittelt werden auf die Organe kommunaler Unternehmen und die Vertreter der Kommunen in diesen Organen, um das wirtschaftliche Handeln der kommunalen Unternehmen und ihrer Organe bis auf das Volk zurückführen zu können. Die Legitimation kann auf personellem Wege erfolgen, indem die gewählten Organe der

30 *BVerfGE* 91, 228 (240 ff.).

31 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 40 (zitiert nach juris) = *NVwZ* 2000, S. 801 ff., zu Art. 49 Verf RP

32 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 23 (zitiert nach juris) = *NVwZ* 2000, S. 801 ff. (für den Vorbehalt des Gesetzes); *Ehlers* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 37.

33 Vgl. oben unter A) I) 1.) a).

34 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 21 (zitiert nach juris) = *NVwZ* 2000, S. 801 ff.

35 *BVerfGE* 2, 1 (12); *Böckenförde* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, S. 429 (436); *DiFabio* in *Brenner/Huber/Möstl* (Hrsg.), *Badura-FS*, S. 77; *Voßkuhle/Sydow*, *JZ* 2002, S. 673 (675).

36 *Ehlers* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 37; *Hanebeck*, *DÖV* 2004, S. 901 (908).

37 *Böckenförde* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, S. 429 (438); *DiFabio* in *Brenner/Huber/Möstl* (Hrsg.), *Badura-FS*, S. 77 (80); *Ehlers* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 37.

Kommunen die Mitglieder der Organe der kommunalen Unternehmen berufen³⁸, z.B. in Form der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern durch Räte bzw. Kreistage oder Bestellung von Geschäftsführern durch die Bürgermeister bzw. Landräte. Zum anderen kann den Entscheidungen der Organe kommunaler Organe auf sachlich-inhaltlichem Wege demokratische Legitimation vermittelt werden. Sachlich-inhaltliche Legitimation erhält das Handeln eines Amtswalters durch die Bindung seiner Entscheidungen an das Gesetz und dadurch, dass er den Weisungen der gewählten Organe der Gemeinde untersteht.³⁹ Legitimation wird auf letztem Wege dadurch vermittelt, dass die unmittelbar durch Wahlen legitimierten Organe der Kommunen die die ihrem Weisungsrecht unterstehenden Amtswalter anweisen, ihre Entscheidungen nach dem Willen der gewählten Organe zu treffen.

Die Pflicht, staatliches Handeln durch die Herstellung einer ununterbrochenen Legitimationskette demokratisch zu legitimieren, trifft die Kommunen nicht nur dann, wenn sie selbst als juristische Personen wirtschaftlich tätig sind, sondern auch dann, wenn sie sich mit der Kommune nicht identischer kommunaler Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit (Anstalt des öffentlichen Rechts, AG, GmbH) bedienen. In letzterem Falle sind die Kommunen um der Einhaltung des Demokratieprinzips willen verpflichtet, auf die kommunalen Unternehmen einzuwirken (Einwirkungs- oder Ingerenzpflicht): Damit die bei den gewählten Organen der Kommunen beginnende Legitimationskette nicht abreißt und damit das Handeln kommunaler Unternehmen ausreichend demokratisch legitimiert ist, müssen sich die Kommunen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Organe der kommunalen Unternehmen sichern.⁴⁰ Sachlich-inhaltlich kann dies dadurch bewerkstelligt werden, dass die Kommune über den Inhalt der Unternehmenssatzung bzw. des Gesellschaftsvertrags bestimmt und damit das kommunale Unternehmen auf die Erreichung der von den Organen der Kommune gewollten wirtschaftlichen Zwecken festlegt. In personeller Hinsicht kann die Kommune Einfluss auf das Handeln des Kommunalunternehmens nehmen, indem sie sich das Recht zur Entsendung ihrer Vertreter in die Organe des Unternehmens und Weisungsrechte gegenüber den Unternehmen, seinen Organen und den kommunalen Vertretern in den Organen vorbehält.⁴¹ Dabei dürfen den Organen des Kommunalunternehmens zwar Entscheidungsspielräume eingeräumt werden; das Letztentscheidungsrecht der Kommune über die grundlegenden Angelegenheiten des Unternehmens muss jedoch bei den Organen der Kommune verbleiben.⁴²

Das öffentliche Recht gibt den Gemeindeeinwohnern eine ganze Reihe von Ansprüchen auf Nutzung von gemeindlichen Einrichtungen (Zulassungsansprüche). Diese Ansprüche richten sich gegen die juristische Person Gemeinde. Betreibt die Kommune diese Einrichtungen nicht selbst, sondern als Kommunalunternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, wird die Kommune nicht von dem gegen sie gerichteten Zulassungsanspruch befreit. Letzterer besteht mit anderem Inhalt fort: Er richtet sich dann nicht mehr auf Zugang zur Einrichtung durch die Gemeinde selbst, sondern darauf, dass die Gemeinde das Kommunalunternehmen dazu veranlasst, dem Einwohner den Zugang zur Einrichtung zu gewähren (Verschaffungsanspruch).⁴³ Um die Einwirkung auf das Kommunalunter-

38 *Böckenförde* in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, S. 429 (438); *DiFabio* in Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Badura-FS, S. 77 (80); *Waechter*, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem, S. 34.

39 *Böckenförde* in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, S. 429 (438); *VöBkuhle/Sydow*, JZ 2002, S. 673 (678); *Waechter*, Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem, S. 35.

40 *BVerwGE* 123, 159 (165); *BVerwG*, Urteil vom 31.08.2011 - 8 C 16.10 -, Abs. 29; *Ehlers* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 37; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 543.

41 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 543.

42 *Ehlers* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 37, m.w.N.

43 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 563 unter Berufung auf *OVG Berlin*, NVwZ-RR 1993, S. 319 und *OVG RP*, DÖV 1986, 153.

nehmen realisieren zu können, muss sich die Gemeinde Weisungsrechte gegenüber dem Kommunalunternehmen sichern. Auch insoweit trifft die Kommunen also eine Ingerenzpflicht.⁴⁴

Kommunalunternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit (z.B. Eigenbetriebe), allein von einer Kommune getragene Unternehmen (Eigenunternehmen) und Unternehmen, an denen ausschließlich verschiedene juristische Personen des öffentlichen Rechts (darunter auch Kommunen) beteiligt sind (gemischt-öffentliche Unternehmen), sind Träger öffentlicher Gewalt, unabhängig davon, ob sie in einer Rechtsform des öffentlichen oder des Privatrechts betrieben werden.⁴⁵ Als Träger öffentlicher Gewalt sind diese Unternehmen nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden. So müssen sie z.B. bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit das Recht die Daten ihrer Kunden gemäß deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) behandeln und dürfen nicht entgegen Art. 3 Abs. 1 GG Kunden ohne rechtfertigenden Grund bei der Bemessung von Entgelten und beim Zugang zu den Leistungen des Unternehmens benachteiligen.

Ob auch Unternehmen, an denen neben Trägern öffentlicher Gewalt private Anteilseigner beteiligt sind (gemischt-wirtschaftliche Unternehmen), aus Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden sind, ist zumindest zweifelhaft. Die Rechtsprechung und Teile des juristischen Schrifttums halten gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden, für an die Grundrechte gebunden.⁴⁶ Dagegen spricht, dass private Anteilseigner zumindest in den Fällen nicht in die Organisation des Staatsverbands aufgenommen werden, wenn sie mit Trägern öffentlicher Gewalt freiwillig durch einen zivilrechtlichen Gesellschaftsvertrag zusammenarbeiten.⁴⁷ Freilich bleibt auch nach dieser Ansicht der öffentlich-rechtliche Anteilseigner bei der Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte aus Unternehmenssatzung bzw. Gesellschaftsvertrag an die Grundrechte gebunden. Aus dieser verbleibenden Grundrechtsbindung des öffentlich-rechtlichen Anteilseigners resultiert ein Anspruch des Bürgers auf grundrechtsgemäße Einwirkung auf das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, sofern der öffentlich-rechtliche Anteilseigner durch seine Anteilsmehrheit oder Weisungsrechte bestimmenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben kann.⁴⁸ Damit obliegt dem öffentlich-rechtlichen Anteilseigner eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens eine Ingerenzpflicht zur Wahrung der Grundrechte.

II) Kommunalrechtliche Vorgaben für die wirtschaftliche Betätigung

Die Gemeindeordnungen der Länder regeln die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen: Kommunen dürfen wirtschaftliche Unternehmen nur gründen erweitern und sich an ihnen beteiligen, wenn ein öffentlicher Zweck dies rechtfertigt, die Leistungen nicht ebenso gut bzw. besser von Privaten erbracht werden können und der Umfang der wirtschaftlichen Betätigung in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune steht (sog. Schrankentrias). Zudem enthalten die Kommunalgesetze umfangreiche organisationsrechtliche Regelungen für die Gründung und Führung kommunaler Unternehmen.

44 Elster, NdsVBl. 1997, S. 73 (75).

45 Ehlers in Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 4; ders. in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 34 f.

46 BGHZ 91, 84 (97 f.); Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 29.

47 Ehlers in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 41, m.w.N.

48 Ehlers in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 41.

1.) Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen

a) Begriffsbestimmung

Die kommunalrechtlichen Regelungen über Unternehmen der Kommunen sind nur auf „wirtschaftliche Tätigkeiten“ anwendbar.⁴⁹

Lediglich Bayern und Thüringen unterscheiden nicht zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen, mit der Rechtsfolge, dass die Vorschriften über kommunale Unternehmen sowohl für wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Unternehmen gelten.

Welche Tätigkeiten wirtschaftliche sind, hat der Landesgesetzgeber von Brandenburg in § 91 Abs. 1 BbgKVerf gesetzlich definiert. Nach dieser Vorschrift ist wirtschaftliche Betätigung „das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnten“. Diese Formulierung geht zurück auf die sog. Popitz-Formel⁵⁰, nach welcher wirtschaftliche Unternehmen Einrichtungen und Anlagen sind, die auch von Privatunternehmen mit der Absicht auf Gewinnerzielung betrieben werden könnten⁵¹. Entscheidend ist damit nicht, dass die konkrete, von einem kommunalen Unternehmen erbrachte Leistung tatsächlich Gewinn abwirft. Vielmehr genügt für die Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit, dass Leistungen der Art, wie sie das Kommunalunternehmen erbringt, typischerweise von Privatunternehmen mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, am Markt angeboten werden können.

Die Rechtsprechung in den übrigen Bundesländern, in denen keine gesetzlichen Definitionen existieren, wendet für die Bestimmung des Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeiten ebenfalls die Kriterien der Popitz-Formel an.⁵² Auch im juristischen Schrifttum hat sich diese Definition der wirtschaftlichen Betätigung für alle Länder als herrschend durchgesetzt.⁵³

b) Negativklauseln

Die Gemeindeordnungen vieler Länder enthalten Bestimmungen, nach denen bestimmte kommunale Unternehmen nicht als wirtschaftliche Unternehmen gelten. (sog. Negativklauseln). Dies mit der Rechtsfolge, dass auf diese nichtwirtschaftlichen Unternehmen die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung auch dann nicht anzuwenden sind, wenn deren Tätigkeit rein tatsächlich zur Wirtschaftstätigkeit der Kommune gehört.⁵⁴

Die Kataloge der einzelnen Landesgesetze, welche Unternehmen als nichtwirtschaftliche definiert werden, weisen einige Gemeinsamkeiten auf, unterscheiden sich aber auch z.T. erheblich:

49 Für Gemeinden: § 102 Abs. 1 GemO BW; § 91 Abs. 2 BbgKVerf; § 121 Abs. 1 HGO; § 68 Abs. 1 KV M-V; § 136 Abs. 1 NKomVG; § 107 Abs. 1 GO NW; § 85 Abs. 1 GemO RP; § 108 Abs. 1 SaarlKSVG; § 97 Abs. 1 SächsGemO; § 116 Abs. 1 GO LSA; § 101 Abs. 1 GO SH; für Landkreise: § 48 LKrO BW i.V.m. § 102 GemO BW; § 131 Abs. 1 i.V.m. § 91 Abs. 2 BbgKVerf; § 52 Abs. 1 HKO i.V.m. § 121 Abs. 1 HGO; § 122 i.V.m. § 68 Abs. 1 KV M-V; § 136 Abs. 1 NKomVG; § 53 KrO NW i.V.m. § 107 Abs. 1 GO NW; § 57 LKO RP i.V.m. § 85 Abs. 1 GemO RP; § 189 Abs. 1 i.V.m. § 108 Abs. 1 SaarlKSVG; § 63 SächsLKrO i.V.m. § 97 Abs. 1 SächsGemO; § 65 LKO LSA i.V.m. § 116 Abs. 1 GO LSA; § 57 KrO SH i.V.m. § 101 Abs. 1 GO SH.

50 Die Formel ist benannt nach ihrem Urheber, dem Staatssekretär im Preußischen Finanzministerium Popitz.

51 Zitiert bei *Terhalle*, Die Finanzwirtschaft des Staates und der Gemeinden, S. 104.

52 *BVerwG*, Urteil vom 22.02.1972 – 1 C 24/69 –, Abs. 15 (zitiert nach juris) = *BVerwGE* 39, 329 (zur GemO BW); *VGH BW*, Beschluss vom 06.03.2006 – 1 S 2490/05 –, Abs. 9 (zitiert nach juris) = *DÖV* 2006, 831 (zu § 102 GemO BW); *OVG NW*, Beschluss vom 21.09.2004 – 15 B 1709/04 –, Abs. 5 (zitiert nach juris) = *NVwZ-RR* 2005, 198; *LG Rostock*, Urteil vom 13.02.1998 – 4 O 204/97 –, Abs. 14 (zitiert nach juris) (zu § 68 KV M-V).

53 Vgl. statt aller *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 600 (mit Hinweisen zu anderen Definitionsansätzen).

54 *Neutz* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 63 m.w.N.

In § 102 Abs. 4 GemO BW und § 68 Abs. 2 KV M-V werden als nichtwirtschaftlich definiert:

- Unternehmen, zu deren Betrieb eine gesetzliche Verpflichtung besteht
- Unternehmen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art
- Hilfsbetriebe, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.

§ 121 Abs. 2 HGO bestimmt als nichtwirtschaftliche Betätigungen:

- Tätigkeiten, zu denen eine gesetzliche Verpflichtung der Gemeinde besteht
- Tätigkeiten auf den Gebieten des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung
- Tätigkeiten zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde.

Nach § 136 Abs. 3 NKomVG sind nichtwirtschaftliche Betriebe:

- Einrichtungen, zu denen die Kommunen gesetzlich verpflichtet sind
- Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, des Sports und der Erholung, des Gesundheits- und Sozialwesens, des Umweltschutzes sowie Einrichtungen ähnlicher Art
- Hilfsbetriebe zur Deckung des Eigenbedarfs.

Mit § 107 Abs. 2 GO NW werden als nichtwirtschaftliche Betriebe definiert:

- Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist
- öffentliche Einrichtungen, die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind, insbesondere Einrichtungen auf den Gebieten Erziehung, Bildung oder Kultur (Schulen, Volkshochschulen, Tageseinrichtungen für Kinder und sonstige Einrichtungen der Jugendhilfe, Bibliotheken, Ausstellungen, Museen, Opern, Theater, Kinos, Bühnen, Orchester, Stadthallen, Begegnungsstätten), Sport oder Erholung (Sportanlagen, zoologische und botanische Gärten, Wald-, Park- und Gartenanlagen, Herbergen, Erholungsheime, Bäder, Einrichtungen zur Veranstaltung von Volksfesten), Gesundheits- oder Sozialwesen (Krankenhäuser, Bestattungseinrichtungen, Sanatorien, Kurparks, Senioren- und Behindertenheime, Frauenhäuser, soziale und medizinische Beratungsstellen)
- Einrichtungen, die der Straßenreinigung, der Wirtschaftsförderung, der Fremdenverkehrsförderung oder der Wohnraumversorgung dienen
- Einrichtungen des Umweltschutzes, insbesondere der Abfallentsorgung oder Abwasserbeseitigung sowie des Messe- und Ausstellungswesens
- Einrichtungen, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinden und Gemeindeverbände dienen.

In § 85 Abs. 4 GemO RP werden als nichtwirtschaftlich Einrichtungen festgelegt, die überwiegend folgenden Zwecken zu dienen bestimmt sind:

- Erziehung, Bildung und Kultur
- Sport und Erholung
- Sozial- und Jugendhilfe
- Gesundheitswesen
- Umweltschutz
- Wohnungswesen und Stadtentwicklung
- Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde.

Nach § 108 Abs. 2 SaarlKSVG gelten folgende Betriebe als nichtwirtschaftlich:

- Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Freizeitgestaltung, der Abfallbeseitigung, der Abwasserbeseitigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art
- Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs kommunaler Körperschaften dienen.

§ 97 Abs. 2 SächsGemO erklärt zu nichtwirtschaftlichen Betrieben:

- Unternehmen, zu deren Betrieb die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist
- Hilfsbetriebe, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.

Die Negativklausel des § 101 Abs. 4 GO SH erklärt folgende Unternehmen zu nichtwirtschaftlichen:

- Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist

- Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art
- Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.

Die Gemeindeordnungen von Bayern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen enthalten keine Negativklauseln.

Diese Definitionen nichtwirtschaftlicher Unternehmen stellen auf den gesamten Betrieb des Unternehmens ab, nicht auf die einzelnen Tätigkeiten des Herstellens, Anbietens und Vertreibens von Waren und Dienstleistungen. Damit kommt es für die Frage, ob ein Unternehmen im Einzelfall der Negativklausel unterfällt auf den Unternehmensgegenstand insgesamt an; es ist nicht erforderlich dass jede einzelne unternehmerische Handlung, die zur Verfolgung des Unternehmenszwecks ausgeübt wird, für sich eine nichtwirtschaftliche ist.⁵⁵ Solange der Anteil der an sich wirtschaftlichen, weil nicht der Negativklausel unterfallenden Tätigkeiten eines Kommunalunternehmens die nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten nicht überwiegt, ändern die wirtschaftlichen Tätigkeiten den nichtwirtschaftlichen Zweck des Unternehmens nicht. Deshalb bleibt ein nach der Negativklausel nicht wirtschaftliches Unternehmen auch dann ein nichtwirtschaftliches, wenn der Anteil der wirtschaftlichen Tätigkeiten den der nach der Negativklausel nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten des Kommunalunternehmens nicht überwiegt.⁵⁶ Damit wird ein nach der Negativklausel nichtwirtschaftliches Unternehmen nicht deshalb zum wirtschaftlichen (und unterfällt damit den schärferen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Gemeindeordnungen für die wirtschaftliche Betätigung), weil es sog. Randnutzungen tätigt.⁵⁷ Dabei handelt es sich um die wirtschaftliche Auslastung von Ressourcen, die bei dem Unternehmen vorhanden sind und mit den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten des Unternehmens nicht ausgelastet sind. Die Nutzung solcher brachliegenden Ressourcen kann z.B. in Form der Vermietung nicht genutzter Räume oder der Anbringung von Werbung an Gebäuden und Fahrzeugen des Kommunalunternehmens erfolgen. Solange solche wirtschaftlichen Randnutzungen dem eigentlichen, nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Unternehmens untergeordnet bleiben, ändern sie den nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Unternehmens nicht; das Unternehmen bleibt auch bei Tüftung solcher wirtschaftlicher Hilfsgeschäfte ein nichtwirtschaftliches.⁵⁸

Eine Rechtsfolge der Einordnung als nichtwirtschaftliches Unternehmen ist die Freistellung von den für wirtschaftliche Unternehmen geltenden strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Schrankentrias⁵⁹. In einigen Bundesländern sind nichtwirtschaftliche Unternehmen zudem von der Forderung befreit, dass kommunale Unternehmen einen Überschuss für den Gemeindehaushalt erzielen sollen.⁶⁰ Schließlich gelten in einigen Bundesländern für die Wahl der Rechtsform des Kommunalunternehmens für wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche andere Vorgaben.⁶¹

2.) Zulässigkeitsvoraussetzungen für wirtschaftliche kommunale Unternehmen

a) Regelungsbereich

Die Gemeindeordnungen aller Länder enthalten mit der sog. Schrankentrias Regelungen zur Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen: Das wirtschaftliche Unternehmen muss durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein; das Unternehmen muss in einem angemesse-

55 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 66 unter Berufung auf OVG NW, DVBl. 2004, S. 133 ff. und OVG NW, Beschluss von 01.04.2008 – 15 B 122/08 –, Abs. 45 (zitiert nach juris).

56 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 65 f. unter Berufung auf VerfGH RP, NVwZ 2000, S. 801 ff.

57 Waechter, Kommunalrecht, Rn. 602.

58 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 66 unter Berufung auf OVG NW, DVBl. 2004, S. 133 (135, 136).

59 Vgl. zu diesen unten unter A) II) 2.).

60 § 102 Abs. 2, 4 GemO BW; § 121 Abs. 2, 8 HGO; § 85 Abs. 2, 3 GemO RP; § 97 Abs. 2, 3 SächsGemO.

61 § 122 Abs. 2 HGO; § 70 Abs. 1 KV M-V; §§ 136 Abs. 4, 137 NKomVG; § 108 Abs. 1 GO NW.

nen Umfang zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen; der Zweck des Unternehmens darf nicht besser bzw. ebenso gut durch einen anderen erfüllt werden.

Unterschiedlich ausgestaltet ist in den einzelnen Bundesländern, welche unternehmerischen Tätigkeiten der Gemeinden durch die Schrankentrias eingeschränkt werden.

§ 121 Abs. 1 HGO macht jede wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde von der Schrankentrias abhängig. Eine gleiche Regelung enthält § 107 Abs. 1 Satz 1 GO NW; jedoch wird dort in § 107 Abs. 1 Satz 3 konkretisiert, dass unter wirtschaftlicher Betätigung auch der Betrieb von Unternehmen zu verstehen ist. Nach § 116 Abs. 1 Satz 1 GO LSA darf sich die Gemeinde auch außerhalb ihrer Verwaltung in den Rechtsformen Eigenbetrieb, Anstalt des öffentlichen Rechts und in Rechtsformen des Privatrechts wirtschaftlich betätigen, wenn die Voraussetzungen der Schrankentrias erfüllt sind.

Nach § 68 Abs. 1 KV M-V sind wirtschaftliche Unternehmen nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der Schrankentrias erfüllt sind.

All diesen Regelungen ist gemeinsam, dass sie alle denkbaren Tatbestände wirtschaftlicher Tätigkeiten umfassen.⁶² Insbesondere werden damit die folgenden – in den Gemeindeordnungen anderer Bundesländer ausdrücklich erwähnten – unternehmerischen Handlungen der Kommunen von der Erfüllung der Voraussetzungen der Schrankentrias abhängig gemacht: Errichtung des Unternehmens, Erweiterung des Unternehmens, die Übernahme eines Unternehmens und die Beteiligung an einem Unternehmen.

Niedersachsen⁶³, Rheinland-Pfalz⁶⁴ und Schleswig-Holstein⁶⁵ machen die Errichtung, die Übernahme und die wesentliche Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen von der Erfüllung der Schrankentrias abhängig. Das Saarland⁶⁶ und Thüringen⁶⁷ gehen teilweise hierüber hinaus, indem sie neben der Errichtung und Übernahme wirtschaftlicher Unternehmen nicht nur wesentliche, sondern jede – und damit auch unwesentliche – Erweiterungen von Unternehmen der Erfüllung der Schrankentrias unterwerfen.

Mit der Errichtung wird ist die Neugründung eines kommunalen Unternehmens gemeint.⁶⁸ Davon werden sowohl der Rechtsakt der Gründung als auch die tatsächliche Einrichtung des Geschäftsbetriebs erfasst.⁶⁹ Übernahme bedeutet, dass die unternehmerische Verantwortung für ein bereits bestehendes fremdes Unternehmen auf die Gemeinde übergeht.⁷⁰ Erweiterungen sind alle Vermehrungen des Umfangs und der Leistungen eines kommunalen Unternehmens (z.B. Vergrößerung des Personalbestandes, Neuerwerb von Grundstücken und Bauwerken sowie Erweiterungen der technischen Ausstattung des Unternehmens).⁷¹ Wesentlich sind solche Erweiterungen, die Umfang und Leistungsfähigkeit des Unternehmens erheblich steigern.⁷² Beispiele hierfür sind die Neugründung ganzer Abteilungen und die Aufnahme umfangreicher neuer Geschäftsfelder.⁷³

62 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 69.

63 § 136 Abs. 1 NKomVG.

64 § 85 Abs. 1 GemO RP.

65 § 101 Abs. 1 GO SH.

66 § 108 Abs. 1 SaarlKSVG.

67 § 71 Abs. 1 ThürKO.

68 Uechtritz/Otting in Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, S. 97.

69 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 70.

70 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 70; Uechtritz/Otting in Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, S. 97.

71 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 70.

72 VerfGH RP, NVwZ 2000, S. 801 (802).

73 Uechtritz/Otting in Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, S. 97.

In Baden-Württemberg⁷⁴, Bayern⁷⁵ und Sachsen⁷⁶ ist neben der Errichtung, die Übernahme und die wesentliche Erweiterung auch die Unterhaltung wirtschaftlicher Unternehmen von der Erfüllung der Voraussetzungen der Schrankentrias abhängig.

Damit wird in diesen Ländern auch die Fortführung von wirtschaftlichen Unternehmen davon abhängig gemacht, dass die Voraussetzungen der Schrankentrias über die gesamte Zeitdauer des Betriebs des Unternehmens vorliegen. Dieser permanente Ansatz macht eine ständige Beobachtung und Überprüfung während der gesamten Zeit des Betriebs des Unternehmens erforderlich.⁷⁷ Fallen die Voraussetzungen der Schrankentrias im Verlauf des Betriebs des Unternehmens weg, muss die Kommune den Betrieb des Unternehmens einstellen und die Erfüllung der mit dem Unternehmen verfolgten Aufgaben privatisieren.⁷⁸

Hessen⁷⁹ und das Saarland⁸⁰ kennen eine ähnliche Beobachtungs- und Evaluationspflicht: In Hessen haben die Gemeinden einmal in jeder Wahlperiode, im Saarland in regelmäßigen Abständen zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Schrankentrias noch vorliegen und inwieweit wirtschaftliche Tätigkeiten privatisiert werden können. Beide Gesetze enthalten jedoch keine Pflicht der Gemeinden, beim Wegfall der Voraussetzungen der Schrankentrias Unternehmen zu privatisieren oder aufzulösen.

b) Die einzelnen Voraussetzungen der Schrankentrias

Nach den Gemeindeordnungen der Länder sind für die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Betätigung drei Kriterien (Schrankentrias) zu erfüllen: öffentlicher Zweck, Leistungsfähigkeitsbezug, Subsidiarität. Aus verfassungsrechtlichen Gründen wird zudem ein Örtlichkeitsprinzip anerkannt.

aa) Öffentlicher Zweck

aaa) Begriffsbestimmung

Nach allen Gemeindeordnungen hat die wirtschaftliche Betätigung zur Voraussetzung, dass die Gemeinde mit ihr einen öffentlichen Zweck verfolgt. Dieses Erfordernis legt die Kommunen bei wirtschaftlichen Tätigkeiten auf die Verfolgung von Gemeinwohlbelangen fest.⁸¹ Mit dem Erfordernis eines öffentlichen Zwecks nehmen die Landesgesetze Bezug auf die verfassungsrechtlichen Grenzen der den Gemeinden garantierten Allzuständigkeit. Art. 28 Abs. 2 GG garantiert den Gemeinden im Rahmen ihrer Allzuständigkeit nicht jedwede wirtschaftliche Betätigung, sondern lediglich diejenigen wirtschaftlichen Tätigkeiten, die durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sind, wobei als öffentlicher Zweck nur ein in der örtlichen Gemeinschaft wurzelndes Bedürfnis der Gemeindeeinwohner an der wirtschaftlichen Betätigung in Betracht kommt.⁸² Hieraus ergibt sich zum einen, dass die Gemeindeordnungen mit dem Erfordernis des öffentlichen Zwecks die kommunale Wirtschaftstätigkeit nur im verfassungsrechtlich garantierten Umfang gemeindlicher Allzuständigkeit zulassen; m.a.W. wird eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen außerhalb der Grenzen verfassungsrechtlich garantierter Allzuständigkeit durch das Erfordernis des öffentlichen Zwecks ausgeschlossen. Zum anderen ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Bezug, dass das Erfordernis des öffentlichen Zwecks anhand der für die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG erarbeiteten Grundsätze auszulegen ist.

74 § 102 Abs. 1 GemO BW.

75 Art. 87 Abs. 1, 3 BayGO.

76 § 97 Abs. 1 SächsGemO.

77 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 69.

78 So i.E. auch Uechtritz/Otting in Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, S. 98.

79 § 121 Abs. 7 HGO.

80 § 108 Abs. 6 SaarlKSVG.

81 Ehlers, DVBl. 1998, S. 497 (498).

82 Vgl. hierzu oben unter A) I) 1.) a).

In den Kommunalgesetzen der meisten Bundesländer wird gefordert, dass die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden „durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt“ ist.⁸³ In einigen Ländern ist gefordert, dass „der öffentliche Zweck die wirtschaftliche Betätigung erfordert“.⁸⁴ Für die Rechtfertigung einer wirtschaftlichen Betätigung ist ausreichend, dass letztere dem Gemeinwohl dient. Durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist die wirtschaftliche Betätigung damit schon dann, wenn zur Erfüllung einer in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnden Aufgabe neben anderen, nichtwirtschaftlichen Möglichkeiten der Aufgabenerfüllung auch eine Aufgabenerfüllung mittels wirtschaftlicher Tätigkeiten möglich ist. Bei diesem Nebeneinander wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Möglichkeiten sind die Wahl von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Mitteln der Aufgabenerfüllung gleichermaßen gerechtfertigt; die Kommune hat die freie Wahl, ob sie wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich tätig werden will. Dem gegenüber genügt für die Erforderlichkeit der wirtschaftlichen Betätigung deren Gemeinwohlnützigkeit nicht; vielmehr ist eine Bedürfnisprüfung erforderlich.⁸⁵ Eine wirtschaftliche Betätigung ist schon dann erforderlich, wenn sie zur Erfüllung der gemeindlichen Aufgabe vernünftigerweise geboten erscheint und nicht erst, wenn sie zur Erfüllung einer Aufgabe unabweisbar notwendig erscheint.⁸⁶ Das ist u.a. dann der Fall, wenn die wirtschaftliche Betätigung die effektivste Möglichkeit der Erfüllung einer Aufgabe darstellt.

Wegen des Bezugs des Begriffs öffentlicher Zweck zur verfassungsrechtlichen Garantie der gemeindlichen Allzuständigkeit müssen die von den kommunalen Unternehmen angebotenen Leistungen innerhalb des verfassungsrechtlich garantierten Rahmens gemeindlicher Aufgaben liegen. Da verfassungsrechtlich den Gemeinden wirtschaftliche Betätigungen nur insoweit erlaubt sind, als sie der Befriedigung eines in der Gemeindeeinwohnerschaft wurzelnden öffentlichen Interesses liegen, kommen als öffentliche Zwecke kommunaler Unternehmen alle gemeinwohlorientierten, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegenden Zielsetzungen in Betracht.⁸⁷ Von diesem verfassungsrechtlich gebotenen weiten Begriffsverständnis ist die Erfüllung jedweden im Aufgabenbereich der Gemeinde liegenden Gemeinwohlbelangs umfasst.⁸⁸

Keinem öffentlichen Zweck dient nach diesen Kriterien die reine Gewinnerzielungsabsicht, da die Erzielung eines Gewinns für den kommunalen Haushalt nicht unmittelbar der Befriedigung von Bedürfnissen der Gemeindeeinwohner dient.⁸⁹ In einigen Bundesländern ist dies auch in den Kommunalgesetzen ausdrücklich bestimmt.

Nach § 91 Abs. 2 Nr. 1 BbgKVerf stellt die Gewinnerzielung allein keinen öffentlichen Zweck dar.

Art. 87 Abs. 1 Satz 2 BayGO und § 108 Abs. 3 Satz 3 SaarlKSVG bestimmen, dass alle Tätigkeiten, mit denen die Gemeinde am vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnimmt, um ausschließlich Gewinn zu erzielen, keinem öffentlichen Zweck entsprechen.

83 § 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO BW; § 91 Abs. 2 Nr. 1 BbgKVerf; § 121 Abs. 1 Nr. 1 HGO; § 68 Abs. 1 Nr. 1 KV M-V; § 136 Abs. 1 Nr. 1 NKomVG; § 85 Abs. 1 Nr. 1 GemO RP; § 108 Abs. 1 Nr. 1 SaarlKSVG; § 97 Abs. 1 Nr. 1 SächsGemO; § 116 Abs. 1 Nr. 1 GO LSA; § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO SH.

84 Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayGO; § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NW; § 71 Abs. 1 Nr. 1 ThürKO.

85 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 72.

86 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.08.2008 - VII-Verg 42/07, Verg 42/07 -, Abs. 34 (zitiert nach juris); OVG NW, Beschluss von 01.04.2008 - 15 B 122/08 -, Abs. 70 (zitiert nach juris).

87 VG Leipzig, Beschluss vom 13.04.2000 - 6 K 193/00 -, Abs. 24 (zitiert nach juris); Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 73.

88 OVG NW, Beschluss von 01.04.2008 - 15 B 122/08 -, Abs. 70 (zitiert nach juris); VG Köln, Urteil vom 06.04.2009 - 4 K 4737/08 -, Abs. 32 (zitiert nach juris).

89 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.08.2008 - VII-Verg 42/07, Verg 42/07 -, Abs. 34 (zitiert nach juris); OVG NW, Beschluss von 21.09.2004 - 15 B 1709/04 -, Abs. 6 (zitiert nach juris); OVG NW, Beschluss von 01.04.2008 - 15 B 122/08 -, Abs. 70 (zitiert nach juris); VG Leipzig, Beschluss vom 13.04.2000 - 6 K 193/00 -, Abs. 82 (zitiert nach juris); Badura, DÖV 1998, S. 818 (821).

Die Gemeindeordnungen von Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt bestimmen für einige wirtschaftliche Tätigkeiten, dass sie einen öffentlichen Zweck erfüllen. Für solche Tätigkeiten ist die Erfüllung des öffentlichen Zwecks gesetzlich vorausgesetzt; die Gemeinden müssen im Einzelfall nicht nachweisen, dass sie einen öffentlichen Zweck erfüllen.

Nach § 107a Abs. 1 GO NW dient die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen Strom-, Gas- und Wärmeversorgung einem öffentlichen Zweck.

Umfangreicher ist der Katalog des § 116 Abs. 2 Satz 1 GO LSA. Gemäß dieser Vorschrift erfüllen wirtschaftliche Betätigungen in den Bereichen Strom-, Gas- Wärme und Wasserversorgung, Abfall- und Abwasserbeseitigung, Wohnungswirtschaft und öffentlicher Verkehr immer einen öffentlichen Zweck.

Auch in den anderen Bundesländern, deren Kommunalgesetze keine Positivkataloge öffentlicher Zwecke enthalten, gehören diese, von der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie geschützten klassischen Aufgaben kommunaler Daseinsvorsorge zu den öffentlichen Zwecken, die eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen rechtfertigen. In diesem Sinne hat die Rechtsprechung die Förderung des kulturellen und wirtschaftlichen Gemeindelebens (also die klassischen Aufgaben der Daseinsvorsorge) als öffentliche Zwecke anerkannt und hierzu u.a. die Bereitstellung von Straßenbeleuchtung gerechnet.⁹⁰

Jedoch ist der Begriff des öffentlichen Zwecks nicht auf die klassischen Aufgaben kommunaler Daseinsvorsorge beschränkt.⁹¹ Vielmehr kommen als öffentliche Zwecke Bedürfnisse der Einwohner und ortsansässigen Wirtschaftsunternehmen an Leistungen aus den verschiedensten Bereichen in Betracht. Diese Fülle an Bedürfnissen lässt sich nicht umfassend und abschließend definieren.⁹² Deshalb ist bei der Beurteilung, ob im Einzelfall ein öffentlicher Zweck gegeben kann u.a. auf folgende Indizien zurückgegriffen werden: die mit der wirtschaftlichen Betätigung verfolgte Sicherung eines Bedarfs der Gemeindeeinwohner und der ortsansässigen Wirtschaftsunternehmen mit öffentlichen Versorgungs- und Dienstleistungen, die Unterstützung der gemeindlichen Entwicklungs- und Bauleitplanung sowie Siedlungspolitik, die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Bemessung von Leistungsentgelten, die Wahrung des Einflusses auf die örtliche Versorgung gegenüber Missbräuchen (z.B. überhöhte Preise von Monopolversorgern), Beseitigung sozialer und anderer Missstände.⁹³ Die Rechtsprechung hat z.B. als öffentlichen Zweck, der die Vermietung von Räumen in der Straßenverkehrsbehörde rechtfertigt, anerkannt, dass die Bürger in räumlicher Nähe der Zulassungsstelle die Möglichkeit haben, Kfz-Kennzeichen fertigen zu lassen.⁹⁴ Auch das Anbieten von Bestattungsleistungen erfüllt nach der Rechtsprechung einen öffentlichen Zweck, da die Gemeindeeinwohner ein Interesse daran haben, an ihrem Wohnort zu angemessenen Entgelten bestattet zu werden.⁹⁵

Mit der Entwicklung der Gesellschaft können in der Gemeindeeinwohnerschaft neue Bedürfnisse entstehen, woraus den Gemeinden neue Aufgaben zur Befriedigung dieser Bedürfnisse erwachsen können. Die Gemeinden dürfen sich aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG dieser neu entstehenden Aufgaben ohne besonderen Kompetenztitel annehmen und zu ihrer Erledigung auch wirtschaftlich tätig werden. Der Begriff des öffentlichen Zwecks als Zulässigkeitsvoraussetzung für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden darf damit nicht nur statisch (beschränkt

90 *OLG Celle*, Beschluss von 09.04.2009 - 13 Verg 7/08 -, Abs. 88 (zitiert nach juris) unter Berufung auf *BayVGH*, NJW 1991, 2660.

91 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 73.

92 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 73 m.w.N.

93 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 74 m.w.N.

94 *OVG NW*, Beschluss von 21.09.2004 - 15 B 1709/04 -, Abs. 6 (zitiert nach juris).

95 *BVerwG*, Urteil von 22.02.1972 - I C 24.69 -, Abs. 18 (zitiert nach juris); *VG München*, Urteil vom 27.09.2007 - M 12 K 06.2141 -, Abs. 70 ff. (zitiert nach juris).

auf die gegenwärtig anerkannten öffentlichen Zwecke) ausgelegt werden, sondern ist dynamisch auszulegen, sodass er auch zukünftig entstehende Bedürfnisse der Gemeindeeinwohner erfassen kann.⁹⁶

Die mit dem öffentlichen Zweck von den Landesgesetzgebern bezweckte Beschränkung kommunaler wirtschaftlicher Tätigkeiten soll eine wirtschaftliche Auslastung kommunaler Unternehmen nicht verhindern. Deshalb ist es zulässig, dass die Gemeinden mit nicht von einem öffentlichen Zweck gerechtfertigten Nebentätigkeiten zu einer vom öffentlichen Zweck gerechtfertigten Haupttätigkeit Gewinne erwirtschaften.⁹⁷ Dies gilt soweit, als vorhandene Kapazitäten, die zeitweilig nicht genutzt aber noch benötigt werden, ausgenutzt werden sollen.⁹⁸ Zulässig sind solche Nebentätigkeiten nur, wenn ihr Umfang dem der vom öffentlichen Zweck getragenen Haupttätigkeit untergeordnet ist.⁹⁹ Dauerhaft entbehrlich gewordene Kapazitäten dürfen jedoch nicht zur bloßen Gewinnerzielung genutzt, sondern müssen abgebaut werden. Außerdem dürfen grundsätzlich für nur auf Gewinnerzielung gerichtete Nebentätigkeiten keine neuen Kapazitäten geschaffen werden.¹⁰⁰

Auch sog. Angebotsabrundungen sind zulässig. Das sind unwesentliche Erweiterungen des zur Verfolgung eines öffentlichen Zwecks dienenden Leistungsangebots in Form von Zusatzdiensten, die am Markt regelmäßig zusammen mit der Hauptleistung erbracht werden. Beispiele sind Beratungs- und Installationsleistungen, die im Zusammenhang mit der Lieferung von Strom, Gas und Wasser sowie bei Telekommunikationsangeboten regelmäßig von allen Anbietern erbracht werden. In einigen Bundesländern sind solche Angebotsabrundungen gesetzlich ausdrücklich zugelassen worden:

Nach § 91 Abs. 5 BbgKVerf dürfen Gemeinden im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit Nebenleistungen erbringen, wenn diese im Wettbewerb üblicherweise zusammen mit der Hauptleistung angeboten werden und Art und Umfang der Nebenleistungen für die Geschäftstätigkeit von untergeordneter Bedeutung sind und den öffentlichen Hauptzweck nicht beeinträchtigen.

Durch § 121 Abs. 4 HGO sind mit der zulässigen wirtschaftlichen Haupttätigkeit verbundene Tätigkeiten, die üblicherweise im Wettbewerb zusammen mit der Haupttätigkeit erbracht werden, ebenfalls zulässig. Mit der Ausführung dieser Tätigkeiten sollen private Dritte beauftragt werden, soweit das nicht unwirtschaftlich ist.

§ 107a Abs. 2 GO NW lässt Angebotsabrundungen auf bestimmten Tätigkeitsfeldern zu: Mit den Bereichen Strom-, Gas- und Wärmeversorgung unmittelbar verbundene Dienstleistungen sind zulässig, wenn sie den Hauptzweck fördern. Die Gemeinde stellt sicher, dass bei der Erbringung dieser Dienstleistungen die Belange kleinerer Unternehmen, insbesondere des Handwerks, berücksichtigt werden.

In § 108 Abs. 3 Satz 1 SaarlKSVG sind durch den öffentlichen Zweck auch gerechtfertigt mit der Haupttätigkeit des Unternehmens verbundene Tätigkeiten, die üblicherweise im Wettbewerb zusammen mit der Haupttätigkeit erbracht werden. Mit der Ausführung dieser Tätigkeiten sollen die Unternehmen private Dritte beauftragen. Daneben regelt das Saarland in § 108 Abs. 3 Satz 2 SaarlKSVG als einziges Bundesland, welche nicht durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigten Leistungen ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen, an dem die Gemeinde beteiligt ist, erbringen darf: Sind an einem Unternehmen Private beteiligt, reicht es aus, wenn ein Anteil von Leistungen an der Gesamtleistung des Unternehmens, der der Höhe der kommunalen Beteiligung entspricht, durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist.

Eine differenzierte Regelung für die unterschiedlichen Tätigkeitsfelder kommunaler wirtschaftlicher Betätigung enthält § 116 Abs. 2 GO LSA: Mit den Bereichen Strom-, Gas- und Wärmeversorgung verbundene Dienstleistungen sind zulässig, wenn ihnen im Vergleich zum Hauptzweck eine untergeordnete Bedeutung zukommt und wenn die Gemeinde den Zweck genauso gut und wirtschaftlich erfüllen kann wie ein anderer. Mit den Bereichen Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung, Wohnungswirtschaft und öffentlicher Verkehr verbundene Dienstleistungen sind zuläs-

96 *Cronauge*, der Gemeindehaushalt 1998, S. 131 (135).

97 *LG Rostock*, Urteil vom 13.02.1998 - 4 O 204/97 -, Abs. 24 (zitiert nach juris).

98 *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (134).

99 *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (384).

100 *BVerwG*, NJW 1989, S. 2409; *VerfGH RP*, NVwZ 2000, S. 801 (803).

sig, wenn ihnen im Vergleich zum Hauptzweck eine untergeordnete Bedeutung zukommt und die Gemeinde nachweist, dass sie die verbundenen Leistungen besser und wirtschaftlicher als ein anderer erfüllt oder erfüllen kann.

Auch in den übrigen Bundesländern, in denen die Zulässigkeit von Angebotsabrundungen nicht ausdrücklich geregelt ist, sind sie als marktgerechte Ergänzung der von einem öffentlichen Zweck gerechtfertigten Tätigkeiten kommunaler Unternehmen zulässig. Dies gilt für unwesentliche Erweiterungen des Leistungsangebots kommunaler Unternehmen, durch die Zusatzdienste angeboten werden, die die Hauptleistung zu einer marktgerechten und wettbewerbsfähigen Gesamtleistung abrunden. Nach diesem Maßstab können Kommunalunternehmen zusätzlich zur Versorgung der Einwohner mit Energie Zusatzdienste wie Installation und Beratung anbieten.¹⁰¹ Dies ist eine sachgerechte Folgerung aus dem den Gemeinden obliegenden Gebot wirtschaftlicher Verwaltung des Gemeindevermögens. Nur wenn die kommunalen Unternehmen ihre vom öffentlichen Zweck gerechtfertigte Hauptleistung in marktgerechter, durch Nebenleistungen abgerundeter Weise anbieten können, haben sie die Chance, sich am Markt zu behaupten und ihre Leistungen dauerhaft anzubieten. Andernfalls müssten sie zum Nachteil der Verbraucher (in deren Interesse die Hauptleistung erbracht werden soll) und des kommunalen Vermögens (da das Betriebsvermögen keine Einnahmen mehr ermöglicht) aus dem Markt ausscheiden.¹⁰²

Da sich der Begriff des öffentlichen Zwecks weder in zeitlicher Hinsicht statisch noch seinem Umfang nach abschließend definiert werden kann, können die Gemeinwohlinteressen, die eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen rechtfertigen, nur anhand der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls entwickelt werden. Für die Entscheidung, ob ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung im Einzelfall rechtfertigt, steht der Gemeinde ein weiter kommunalpolitischer Beurteilungsspielraum (Einschätzungsprärogative) zu, der durch die Kommunalaufsichtsbehörden und die Gerichte nur sehr eingeschränkt überprüft werden darf.¹⁰³ Letztere dürfen nur überprüfen, ob die von der Kommune angestellten Überlegungen zur Bejahung eines öffentlichen Zwecks plausibel sind; ein Eingriff in die eigentliche Gemeinwohlbestimmung ist ihnen verwehrt.¹⁰⁴ Diese eingeschränkte aufsichtliche und gerichtliche Kontrolldichte ist wegen Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich geboten. Die Selbstverwaltungsgarantie schützt das Recht der Gemeinden, ohne Eingriffe durch andere Hoheitsträger eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, welche im Gemeinwohl der Einwohnerschaft wurzelnden Aufgaben sie in welcher Weise erledigen will. Diese Befugnis zu eigenverantwortlichen Entscheidungen über die Aufgabenwahrnehmung würde unzulässig eingeschränkt, wenn Kommunalaufsichtsbehörden und Gerichte darüber befinden könnten, welche Gemeinwohlbelange die Kommunen bei ihrer Entscheidung berücksichtigen dürfen.

bbb) Rechtliche und kommunalpolitische Bedeutung des öffentlichen Zwecks

Das Erfordernis des öffentlichen Zwecks begrenzt die Befugnis der Kommunen zu wirtschaftlicher Betätigung auf die ihnen verfassungsrechtlich mit der Allzuständigkeit garantierten, im Gemeinwohl ihrer Einwohnerschaft wurzelnden Aufgaben. Die den Kommunen verfassungsrechtlich nicht garantierte Freiheit wirtschaftlicher Betätigung, wie sie Privatpersonen zusteht, wird den Kommunen also auch durch die Kommunalgesetze der Länder nicht gewährt. Beschränkt sind damit sowohl die Geschäftsfelder, auf denen sich die Kommunen wirtschaftlich betätigen können, auf diejenigen Lieferungen und Leistungen, die einem im Gemeinwohl der Einwohnerschaft wurzelnden Bedürfnis entsprechen. Zum anderen wird auch der Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeiten auf das Maß be-

101 So für die Rechtslage in Rheinland-Pfalz *VerfGH RP*, NVwZ 2000, S. 801 (803) und zustimmend *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 75.

102 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 75 unter Berufung auf *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (385).

103 *VG Gießen*, Beschluss vom 14.10.2004 - 8 G 3009/04 -, Abs. 32 (zitiert nach juris); *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 261; Ehlers, DVBl. 1998, S. 497 (499); *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 604.

104 *Moraing*, der Gemeindehaushalt 1998, S. 223 (224 f.); *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 78.

schränkt, das zur Befriedigung des den öffentlichen Zweck bildenden Interesses der Einwohner erforderlich ist.

Das in dieser Beschränkung liegende Verbot, durch rein zur Gewinnerzielung betriebene, nicht durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigte wirtschaftliche Tätigkeiten Einnahmen für die kommunalen Haushalte zu erwirtschaften, wird seit einigen Jahren mit juristischen und rechtspolitischen Argumenten bekämpft. Die bisher aufgelaufenen Schulden der Kommunen und deren rasches Ansteigen haben Dimensionen erreicht, die noch vor einigen Jahren unvorstellbar waren. Angesichts dieser, die finanziellen Handlungsspielräume der Kommunen vor allem für freiwillige Aufgaben stark einschränkenden Finanzlage müsse der Gewinnerzielung durch kommunale Wirtschaftstätigkeit ein wachsendes Gewicht zugemessen werden.¹⁰⁵ Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG enthält die Garantie einer angemessenen Finanzausstattung der Kommunen.¹⁰⁶ Nach Meinung einiger Autoren im juristischen Schrifttum soll diese Garantie einer den Aufgaben angemessenen Finanzausstattung auch das Recht der Kommunen enthalten, die Unterfinanzierung durch staatliche Mittelzuweisungen mit Gewinnen aus rein zu Gewinnzwecken betriebenen wirtschaftlichen Tätigkeiten auszugleichen.¹⁰⁷ Auf politischer Ebene hat es in der Diskussion um die in der jüngsten Krise erheblich zurückgegangenen Steuereinnahmen der Gemeinden auch Stimmen hervorgebracht, die eine Ausweitung der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit zur Schließung der Finanzlöcher gefordert haben. Den Gemeinden müssten, so die Kritiker, vor allem Einnahmequellen erschlossen werden, die in Krisenzeiten bei sinkenden Einnahmen aus Abgaben die gesteigerten Ausgaben für Sozialleistungen und Wirtschaftsförderung sicherstellen.

Schon die Argumentation zugunsten einer rein gewinnorientierten kommunalen Wirtschaftstätigkeit aus der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie ist juristisch nicht tragfähig. Die Garantie einer den Aufgaben angemessenen Finanzausstattung richtet sich gegen den Staat und gibt den Gemeinden das Recht auf ausreichende öffentlich-rechtliche Einnahmemöglichkeit und staatliche Finanzzuweisungen. Im Falle einer Unterfinanzierung haben die Kommunen aus der Selbstverwaltungsgarantie einen Anspruch gegen das Land auf Reduzierung ihrer Aufgaben oder Erhöhung der Finanzzuweisungen. Eine Befugnis zu rein gewinnorientierter wirtschaftlicher Betätigung folgt aus diesem Anspruch nicht.¹⁰⁸

So berechtigt die rechtspolitische Forderung nach einer besseren Finanzausstattung der Kommunen ist, so wenig überzeugend ist es, dieses Ziel über mit einer rein zur Gewinnerzielung betriebenen kommunale Wirtschaftstätigkeit erreichen zu wollen. Die überzeugenderen Argumente sprechen auch angesichts der Haushaltsnotlage vieler Kommunen für ein Festhalten an der Beschränkung wirtschaftlicher Tätigkeiten auf den zur Erreichung eines öffentlichen Zwecks erforderlichen Umfang. Das Erfordernis des öffentlichen Zwecks dient dem Schutz des Kommunalvermögens vor den Risiken, die sich aus einem ungehemmten Wettbewerb mit der Privatwirtschaft ergeben.¹⁰⁹ So ist der Aufbau kommunaler Unternehmen zur reinen Gewinnerzielung mit z.T. erheblichen Investitionen verbunden. Um diese zu amortisieren, muss das kommunale Unternehmen gegen die privaten Konkurrenten Marktanteile behaupten, um genügende Einnahmen und Überschüsse für den Haushalt zu erzielen. Da dieser wirtschaftliche Erfolg niemals garantiert ist, besteht für jede kommunale Investition in rein erwerbswirtschaftliche Betriebe die Gefahr nicht oder nur in sehr langen Zeiträumen re-

105 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 75 m.w.N.

106 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 231 m.w.N.

107 *Otting*, DVBl. 1997, S. 1258 (1262).

108 So für die Selbstverwaltungsgarantie in der Landesverfassung von Rheinland-Pfalz *VerfGH RP*, NVwZ 2000, S. 801 (803).

109 *VGH BW*, GewArch 1994, 464 (465); *VG Gießen*, Beschluss vom 14.10.2004 - 8 G 3009/04 -, Abs. 32 (zitiert nach juris).

finanzierbarer Investitionskosten. Diesen Haushaltsgefahren steht nur eine ungesicherte Gewinnerwartung gegenüber, die das Eingehen von Haushaltsrisiken nicht rechtfertigt.

Zudem unterliegt auch die rein auf Gewinnerzielung angelegte wirtschaftliche Betätigung der Kommunen den Krisenzyklen der kapitalistischen Wirtschaft. In Zeiten krisenbedingt rückläufiger Einnahmen der Kommunen aus öffentlichen Abgaben gehen auch die Erträge aus ihrer rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung krisenbedingt zurück, sodass sich eine rein auf Gewinnerzielung gerichtete wirtschaftliche Betätigung nicht zur Kompensation von Mindereinnahmen aus Steuern und Abgaben eignet.

Dem gegenüber haben Angebote kommunaler Unternehmen, die einen öffentlichen Zweck erfüllen, eine von den Konjunktorentwicklungen der Privatwirtschaft relativ unabhängige Korrelation von Angebot und Nachfrage. Der Bedarf der Einwohnerschaft an einer Leistung, der den öffentlichen Zweck begründet, besteht in den meisten Fällen (z.B. bei der Versorgung mit Energie, Wasser und Telekommunikationsangeboten) unabhängig von der Entwicklung der Privatwirtschaft in nahezu gleich bleibendem Umfang. Die Auslastung von Angeboten – und damit die Refinanzierung von Investitionen sowie das Erzielen von Einnahmen für den Haushalt – ist auch in Zeiten rückläufiger Konjunktorentwicklungen sehr hoch. Investitionen in Angebote, die einen öffentlichen Zweck erfüllen, amortisieren sich mithin besonders in Krisenzeiten besser als rein zur Gewinnerzielung dienende Angebote. Die Gefahren für das kommunale Vermögen aufgrund des Wettbewerbs zu privaten Anbietern sind damit relativ gering.

Außerdem ist es den Kommunen nicht verwehrt, mit wirtschaftlichen Tätigkeiten zur Erreichung eines öffentlichen Zwecks Gewinne für ihre Haushalte zu erwirtschaften.

Nach den Gemeindeordnungen der meisten Bundesländer sind wirtschaftliche Unternehmen so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird; die Unternehmen sollen aber auch einen Ertrag für den Haushalt abwerfen.¹¹⁰ In den Gemeindeordnungen Bayerns und Schleswig-Holsteins wird nur die Erfüllung des öffentlichen Zwecks vorgeschrieben, die Gewinnerzielung jedoch nicht erwähnt.¹¹¹ In Thüringen wird in § 75 Abs. 1 ThürKO lediglich normiert, dass Kommunalunternehmen einen Überschuss für den Haushalt abwerfen sollen; die Erreichung des öffentlichen Zwecks wird nicht erwähnt. Sachsen-Anhalt hat auf eine Regelung ganz verzichtet.

Mit diesen Regelungen wird ein Vorrang der Erreichung des öffentlichen Zwecks vor der Gewinnerzielung festgeschrieben.¹¹² Als Muss-Vorschrift wird den Kommunen zwingend vorgegeben, ihre Unternehmen so zu führen, dass der mit ihnen verfolgte öffentliche Zweck erreicht wird. Nur soweit das mit der Erreichung des öffentlichen Zwecks vereinbar ist, soll auch ein Überschuss für den kommunalen Haushalt erwirtschaftet werden (Soll-Vorschrift). Somit hat die Versorgung aller Einwohner, die ein Bedürfnis an der Versorgung mit der Leistung des Kommunalunternehmens haben, Vorrang vor der Gewinnerzielung. Die Tarife für die Leistungen kommunaler Unternehmen müssen diesem Vorrang des öffentlichen Zwecks Rechnung tragen: Auch für diejenigen, die nur über geringe Einkommen verfügen, müssen Leistungen kommunaler Unternehmen, derer sie zur Deckung ihres soziokulturellen Lebensbedarfs bedürfen, finanziell erschwinglich sein, während für Bezieher höherer Einkommen höhere Entgelte – und damit ein Gewinn für den Kommunalhaushalt – die Erreichung des öffentlichen Zwecks nicht ausschließen. Mit einer Staffelung der Entgelttarife nach dem Einkommen z.B. lassen sich beide Ziele verwirklichen: Den Beziehern geringer Einkommen wird der Zugang zu den Leistungen der Kommunalunternehmen ermöglicht, indem geringe Entgelte unter Verzicht auf einen Gewinn – oder, wenn mit kostendeckenden Entgelten der Zugang zu Leistungen für Bezieher niedriger Einkommen nicht gewährleistet ist, auch unter Inkaufnahme eines

110 § 102 Abs. 3 GemO BW; § 92 Abs. 4 BbgKVerf; §121 Abs. 2 HGO; § 75 KV M-V; § 149 Abs. 1 NKomVG; § 109 GO NW; § 85 Abs. 3 GemO RP; § 116 SaarlKSVG; § 97 Abs. 3 SächsGemO.

111 Art. 95 Abs. 1 BayGO; § 107 GO SH.

112 *Neutz* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 63.

Verlusts¹¹³ – erhoben werden. Den Beziehern höherer Einkommen können höhere Entgelte abverlangt werden, die auch einen Gewinn enthalten.

Der Vorrang der Erreichung des öffentlichen Zwecks vor der Gewinnerzielung ist eine Handlungs- und Entscheidungsvorgabe für die an der Führung kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen beteiligten Personen und Gremien¹¹⁴, deren Anwendungsbereich nicht auf die Gestaltung der Entgelte beschränkt ist. Auch die Gestaltung des Leistungsangebots kommunaler Unternehmen und die Planung ihrer sachlichen und personellen Ressourcen müssen auf die Erreichung des öffentlichen Zwecks und die Möglichkeit der Gewinnerzielung ausgerichtet sein. So müssen vor allem Leistungen angeboten werden, die dazu geeignet sind, den öffentlichen Zweck zu erreichen. Während sich z.B. ein Kommunalunternehmen auf das Angebot von Beratungen über Leistungen privater Anbieter, die den öffentlichen Zweck des Unternehmens erreichen, beschränken kann, kann es zur Erreichung des öffentlichen Zwecks erforderlich werden, dass das Kommunalunternehmen die Leistungen zukünftig selbst anbietet, wenn die Leistungen nicht mehr von Privatunternehmen angeboten werden. Das Vorhalten von sachlichen und personellen Ressourcen für die Leistungserbringung muss sich an der zu erwartenden tatsächlichen Nachfrage ausrichten. Sind die Kapazitäten zu gering, um alle Interessenten versorgen zu können, wird hinsichtlich der abgewiesenen Interessenten der öffentliche Zweck nicht erreicht. Sind dem gegenüber deutlich mehr Ressourcen vorhanden als zur Befriedigung aller Nachfragen erforderlich, schmälern die Kosten für die ungenutzten Ressourcen die Möglichkeit des Kommunalunternehmens, Gewinne zu erzielen. Bei steigender Nachfrage erfordert die Verpflichtung zur Erreichung des öffentlichen Zwecks also die Erweiterung des kommunalen Unternehmens. Bei einem Rückgang der Nachfrage ist eine Prognose erforderlich, ob der Rückgang rein vorübergehend ist oder ob es Gründe wie der Rückgang der Bevölkerung wahrscheinlich machen, dass die Nachfrage auf Dauer zurückgehen wird. Im Falle vorübergehender Rückgänge der Nachfrage müssen die sachlichen und personellen Überkapazitäten nicht abgebaut werden, sondern können durch Nebentätigkeiten, die außerhalb des öffentlichen Zwecks liegen, zur reinen Gewinnerzielung genutzt werden. Im Falle eines dauerhaften Rückgangs der Nachfrage sind Überkapazitäten nicht mehr durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt und müssen abgebaut werden; sie dürfen nicht durch Nebentätigkeiten zur reinen Gewinnerzielung genutzt werden.¹¹⁵

bb) Das Örtlichkeitsprinzip

aaa) Inhalt und Ausnahmen

Die Rechtsprechung und Teile des juristischen Schrifttums vertreten die Ansicht, dass die Kommunen sich nur auf ihrem Gebiet wirtschaftlich betätigen dürfen.¹¹⁶ Dies folgt zum einen aus der Beschränkung der gemeindlichen Allzuständigkeit auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Zum anderen ergibt sich diese Beschränkung auch aus der Zulässigkeitsvoraussetzung des öffentlichen Zwecks selbst. Sowohl für die Eröffnung des gemeindlichen Aufgabenbereichs als auch für das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks ist nach den obigen Erörterungen erforderlich, dass die Gemeinde ein in der örtlichen Gemeinschaft der Einwohner wurzelndes Gemeinwohlziel verfolgt. Damit dürfen innerhalb des gemeindlichen Aufgabenbereichs durch wirtschaftliche Betätigung auch nur Bedürfnisse der Gemeindeeinwohnerschaft befriedigt werden. Für diese Ansicht sind nicht alle wirtschaftlichen Betätigungen außerhalb des Gemeindegebiets unzulässig; überörtliche Betätigungen sind vielmehr zulässig, wenn sie einen hinreichenden Bezug zu örtlichen Gemeinschaft haben. Ob ein hinreichender örtlicher Bezug überörtlicher Tätigkeiten zur Gemeinde vorliegt, ist nach der Rechtsprechung eine funktionsbezogene Betrachtung anzustellen. Dabei ist nicht entscheidend, ob

113 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 64.

114 Münch in HKWP, Bd. 5, S. 71 (76) m.w.N.

115 BVerwG, NJW 1989, S. 2409; VerfGH RP, NVwZ 2002, S. 801 (803).

116 VG Leipzig, Beschluss vom 13.04.2000 – 6 K 193/00 –, Abs. 24, 26 (zitiert nach juris); VG München, Urteil vom 27.09.2007 – M 12 K 06.2141 –, Abs. 98 (zitiert nach juris); VG Trier, Urteil vom 23.06.2005 – 1 K 1217/04.TR –, Abs. 46, 47 (zitiert nach juris); Britz, NVwZ 2001, S. 380 (385) m.w.N.

die Anlagen, mit denen die wirtschaftliche Leistung erbracht wird, auf dem Gemeindegebiet belegen ist, sondern, dass die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde zugute kommt.¹¹⁷ Das ist dann der Fall, wenn die Haupttätigkeit des Kommunalunternehmens weiterhin im Gemeindegebiet stattfindet.¹¹⁸ Solange der Schwerpunkt der Leistungserbringung in eigenem Gemeindegebiet verbleibt, dürfen Kommunalunternehmen zur Auslastung ihrer Kapazitäten oder zur Ausnutzung von Synergieeffekten Aufträge auf fremdem Gemeindegebiet einwerben.¹¹⁹

Nach der in der Literatur vertretenen Gegenansicht schützt Art. 28 Abs. 2 GG zwar den gemeindlichen Aufgabenbereich. Diese Vorschrift sei aber nicht als Beschränkung für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zu verstehen. Art. 28 Abs. 2 GG grenze die Handlungsbefugnisse der Gemeinden bei hoheitlichem Handeln gegeneinander ab.¹²⁰ Auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen passe diese Regelung nicht, da wirtschaftliches Handeln grundsätzlich in einem Wettbewerb mit einer prinzipiell unbegrenzten Zahl von Wettbewerbern stattfindet. Gemeinden hätten daher bei wirtschaftlichem Handeln keinen Schutz von Konkurrenz auf ihrem Gemeindegebiet. Umgekehrt seien die Gemeinden bei wirtschaftlichem Handeln auch nicht auf ihr Gemeindegebiet beschränkt.¹²¹ Art. 28 Abs. 2 GG biete der Gemeinde für überörtliche wirtschaftliche Betätigungen nur insoweit keinen Schutz, als sie keinen sachlichen Bezug zum eigenen Gemeindegebiet mehr aufweist und der örtlichen Gemeinschaft nur noch mit den aus ihr erzielten Gewinnen diene.¹²² Damit lässt diese Ansicht nur solche überörtlichen Betätigungen zu, bei denen ein Bezug zur örtlichen Gemeinschaft gegeben ist, indem die eigentliche Wertschöpfung im eigenen Gemeindegebiet erfolgt.¹²³

In der Praxis führen beide Ansichten kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen.¹²⁴ Als sich aus beiden Ansichten ergebende Leitlinie für die Praxis kann gelten, dass eine überörtliche wirtschaftliche Betätigung zulässig ist, wenn sie auf die Aufgabenerfüllung für die örtliche Gemeinschaft zurückgeführt werden kann. Dies bedingt keine Beschränkung auf die Leistungserbringung im eigenen Gemeindegebiet; überörtliche Tätigkeiten zur Auslastung vorhandener Kapazitäten oder zur Erhöhung der Rentabilität der vorhandenen Einrichtungen sind auch außerhalb des eigenen Gemeindegebiets zulässig, sofern sie der Rentabilität der Leistungserbringung im eigenen Gemeindegebiet zugute kommen.¹²⁵

Von dieser Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung auf das Gemeindegebiet haben einige Bundesländer gesetzliche Ausnahmen normiert:

Die Kommunalgesetze Mecklenburg-Vorpommerns, Niedersachsens und Sachsens enthalten keine Ausnahme vom Örtlichkeitsprinzip, sodass in diesen Ländern eine überörtliche wirtschaftliche Betätigung der Kommunen nur in den eben dargestellten engen Grenzen (Auslastung vorhandener Kapazitäten und Steigerung der Rentabilität der örtlichen Leistungserbringung) zulässig ist.

§ 91 Abs. 4 BbgKVerf lässt überörtliche wirtschaftliche Betätigungen der Gemeinden bei der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung ohne Einschränkungen zu; im Rahmen öffentlicher und Konzessionen von Gemeinden, zu denen ein regio-

117 *BVerwG*, NVwZ 2005, S. 958; *VG München*, Urteil vom 27.09.2007 – M 12 K 06.2141 -, Abs. 98 (zitiert nach juris).

118 *OLG Düsseldorf*, NVwZ 2000, S. 714 (715).

119 *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 13.08.2008 – VII Verg 42/07 -, Abs. 37 (zitiert nach juris); *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (504).

120 *Moraing*, der Gemeindehaushalt 1998, S. 223 (227 f.).

121 Vgl. hierzu *Neutz* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 90.

122 *Ruffert*, *VerwArch* 2001, S. 27 (35).

123 *Cronauge*, der Gemeindehaushalt 1998, S. 131 (134).

124 *Neutz* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 90.

125 *Neutz* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 91 unter Berufung auf *Jarass*, DÖV 2002, S. 489; *Kühling*, NJW 2001, S. 177 (178) und *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (386).

naler Bezug besteht, ist ein überörtliche wirtschaftliche Betätigung zulässig, wenn sie nach dem Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit zulässig wäre. In Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen ist Kommunen die wirtschaftliche Betätigung außerhalb ihres Gebiets erlaubt, wenn die allgemeinen Voraussetzungen (d.h. die Schrankentrias) erfüllt und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind.¹²⁶ Ähnlich ist die Regelung in § 108 Abs. 4 SaarlKSVG, nach der die überörtliche wirtschaftliche Betätigung zulässig ist, wenn die Schrankentrias erfüllt ist und die betroffenen Gemeinden nicht aus ihren berechtigten Interessen widerspricht. Nach den Kommunalgesetzen in Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen und Thüringen gelten für die Versorgung mit Strom und Gas nur diejenigen Interessen der betroffenen Kommunen als berechtigt, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes Wettbewerbsbeschränkungen zulassen. In Hessen, dem Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein sind für wirtschaftliche Tätigkeiten, die im Wettbewerb bzw. auf gesetzlich liberalisierten Märkten erbracht werden (was auf den Strom- und Gasmärkten zutrifft), nur diejenigen Interessen der betroffenen Kommunen berechtigt, die durch die jeweiligen (bundesrechtlichen) Liberalisierungsgesetze zugelassen sind.

Sowohl die Kommune, die überörtlich wirtschaftlich tätig werden will, als auch die Kommune, auf deren Gebiet die wirtschaftlich handelnde Kommune tätig werden will, können sich auf die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG berufen¹²⁷ – erstere zur Begründung ihres Interesses, auf fremdem Gebiet tätig zu werden, letztere zur Begründung ihres berechtigten Interesses auf Schutzes vor der wirtschaftlichen Tätigkeit einer anderen Kommune auf ihrem Gebiet. Zur Entscheidung, ob ein berechtigtes Interesse einer Kommune die wirtschaftliche Betätigung einer anderen Kommune auf ihrem Gebiet verbietet, bedarf es einer Abwägung zwischen den verfassungsrechtlich geschützten Interessen beider Kommunen. Überwiegt das Interesse der Kommune, auf deren Gebiet eine andere wirtschaftlich tätig werden will, dasjenige der anderen Kommune an der wirtschaftlichen Betätigung auf fremdem Gemeindegebiet, liegt ein berechtigtes Interesse, das ein Tätigwerden auf fremdem Gebiet ausschließt, vor.

Diese Abwägung ist in jedem Einzelfall vorzunehmen¹²⁸, da weder dem Verfassungs- noch dem Kommunalrecht ein grundsätzliches Rangverhältnis der gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen zu entnehmen ist. Für diese Einzelfallabwägung ist u.a. zu berücksichtigen, ob und aus welchen Gründen die Kommune, auf deren Gebiet eine andere wirtschaftlich tätig werden will, nicht selbst die beabsichtigte wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Zugunsten der in ihrem Gebiet betroffenen Kommune wird die Abwägung ausgehen, wenn sie bewusst zur Förderung der auf ihrem Gebiet ansässigen Unternehmen auf eine eigene wirtschaftliche Betätigung verzichtet. Fehlt der Kommune, deren Gebiet betroffen ist, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, um die Leistungen selbst anzubieten, dürfte ein berechtigtes Interesse auf Schutz vor wirtschaftlichem Tätigwerden einer anderen Kommune auf ihrem Gebiet nicht bestehen, da die Kommune an der eigenen Erfüllung der Aufgabe gehindert ist. Zulasten der Kommune, die wirtschaftlich auf dem Gebiet einer anderen tätig werden will, geht die Abwägung aus, wenn die Kommune, deren Gebiet betroffen ist, die Leistung bereits selbst erbringt; sie muss die Konkurrenz durch eine andere Kommune auf ihrem eigenen Gebiet nicht hinnehmen.¹²⁹

bbb) Rechtspolitische Kritik an den Ausnahmen zum Örtlichkeitsprinzip

Die Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip sind die Reaktion der Landesgesetzgeber auf die geänderten europa- und bundesrechtlichen Liberalisierungen der angestammten Märkte kommunaler Unternehmen. Z.B. sind die einstigen Monopole der Kommunen bei der Abfallentsorgung und der leitungsgebundenen Versorgung mit Energie (Strom und Gas) entfallen. Kommunalunternehmen stehen auf diesen Märkten mittlerweile in Konkurrenz zu privaten Anbietern. Die Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip, insbesondere der weit reichende Ausschluss von berechtigten Interessen betrof-

126 § 102 Abs. 7 GemO BW; Art. 87 Abs. 2 BayGO; § 121 Abs. 5 HGO; § 107 Abs. 3 GO NW; § 85 Abs. 2 GemO RP; § 116 Abs. 3, 4 GO LSA; § 101 Abs. 2 GO SH; § 71 Abs. 4 ThürKO.

127 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 92.

128 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 92.

129 Vgl. zu diesen Entscheidungskriterien Becker, DÖV 2000, S. 1032 (1037 f.).

fener Kommunen bei der Strom- und Gasversorgung, sollen den Kommunalunternehmen die erfolgreiche Teilnahme am Wettbewerb ermöglichen und so den wirtschaftlich erfolgreichen Weiterbetrieb kommunaler Unternehmen sichern.¹³⁰

Dieses Ziel der Erhaltung von Bestand und Leistungsfähigkeit kommunaler Unternehmen verdient Zustimmung. Jedoch ist der gesetzgeberische Weg, auf dem es erreicht werden soll, zum einen wenig Erfolg versprechend, weil er nicht die Wettbewerbsfähigkeit aller Kommunalunternehmen stärkt. Zum anderen birgt er die Gefahr, dass sich die Kommunen auf den liberalisierten Märkten für Strom und Gas untereinander Konkurrenz machen und damit in noch weiterem Umfang die Möglichkeit verlieren, die Märkte für Versorgungsgüter in ihrem Gebiet zum Zwecke der Gewährleistung einer krisensicheren und sozial erschwinglichen und ökologischen Bedarfsbefriedigung zu kontrollieren, als dies durch die europa- und bundesrechtliche Liberalisierung der Märkte ohnehin der Fall ist.

Die Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip auf dem Strom- und Gasmarkt sollen den Kommunalunternehmen Chancengleichheit im Wettbewerb mit privaten Konkurrenten gewährleisten. Da die kommunalen Strom- und Gasversorger aufgrund der Liberalisierung der Märkte Kunden auf ihrem eigenen Versorgungsgebiet an private Konkurrenten verloren haben, sollen sie die Möglichkeit erhalten, diese Umsatzrückgänge auszugleichen, indem sie neue Kunden außerhalb des Gebiets ihrer Gemeinde gewinnen können. Private und kommunale Unternehmen sollen also hinsichtlich des Zugangs zu allen regionalen Märkten gleichgestellt werden.¹³¹ Jedoch ist diese Chancengleichheit nur rechtlich garantiert, nicht aber faktisch verwirklicht. Viele Stadtwerke, die in den letzten Jahren in neue, umweltfreundliche Kraftwerkstechnologie (Kraft-Wärme-Kopplung, erneuerbare Energien) investiert haben, sind finanziell kaum dazu in der Lage, die für die Ausdehnung auf neue regionale Märkte notwendigen Investitionen (z.B. für den Aufbau eines neuen Vertriebsnetzes und der notwendigen Werbung zur Gewinnung von Neukunden) zu tätigen. Vor allem aber können sie im Preiswettbewerb mit den großen Energieversorgungsunternehmen nicht bestehen. Letztere erzeugen den überwiegenden Teil ihrer Strommengen in alten, abgeschriebenen Atom- und Kohlekraftwerken und damit zu relativ geringen Kosten. Die damit möglichen niedrigen Preise können insbesondere kommunale Unternehmen nicht realisieren, die in der Vergangenheit in den Ausbau von ökologisch sinnvollen, aber im Vergleich zu Atom- und Kohlekraftwerken teureren Kraftwerkstechnologien investiert haben. Die Möglichkeit, außerhalb des angestammten Versorgungsgebiets Kunden von den großen Energieversorgungsunternehmen abzuwerben, bleibt damit für viele kommunale Unternehmen rein theoretischer Natur.

Das Energiewirtschaftsgesetz gibt den Kommunalunternehmen als Betreibern der örtlichen Stromnetze kaum Möglichkeiten, der Gewährung von Durchleitungsrechten (mit denen andere Versorger das Recht erhalten, Strom an Kunden im Versorgungsgebiet des Netzbetreibers zu liefern) zu widersprechen. Damit können Kommunen die Konkurrenz zwischen ihrem kommunalen Stromversorger und anderen kommunalen Stromversorgern auf ihrem eigenen Gebiet kaum wirksam verhindern. Damit verschärft die Ausnahme vom Örtlichkeitsprinzip den Konkurrenzdruck auf die kommunalen Energieversorger noch über das Maß hinaus, das die bundesrechtliche Liberalisierung durch die Konkurrenz mit privaten Energieversorgungsunternehmen bewirkt hat. Damit wirkt die Ausnahme vom Örtlichkeitsprinzip dem mit ihr verfolgten Ziel der Stärkung der wirtschaftlichen Situation kommunaler Unternehmen tendenziell entgegen.

Außerdem verlieren die Kommunen mit dieser Konkurrenz unter den Kommunalunternehmen noch mehr die demokratische Kontrolle über ihre regionalen Strommärkte, als dies durch die bundes-

130 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 89.

131 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), *Rechtspraxis kommunaler Unternehmen*, S. 88 m.w.N.

rechtliche Liberalisierung ohnehin der Fall ist. Vor der Liberalisierung des Strommarkts hatten die Kommunen als Monopolversorger in ihrem Gebiet die Möglichkeit, das regionale Stromangebot umfassend zu bestimmen. Über Zustimmungs- und Weisungsrechte hatten die demokratisch legitimierte Organe der Kommunen Einfluss auf die Entscheidung der Kommunalunternehmen und konnten damit darüber entscheiden, aus welchen Quellen der in der Kommune gelieferte Strom stammen soll. Die kommunalen Organe hatten Einfluss auf die Gestaltung einer krisensicheren Versorgung ihrer Einwohner und auf eine kostendeckende und sozial angemessene Tarifstruktur. Der kommunale Markt war also umfassend demokratisch kontrolliert. Je mehr die Versorgung der örtlichen Bevölkerung von anderen Versorgern übernommen wird, desto geringer ist der Marktanteil kommunaler Versorger und damit der demokratische Einfluss, den die Kommunen über ihre Unternehmen auf den örtlichen Markt nehmen können. Im Falle der Konkurrenz durch Unternehmen anderer Kommunen erhalten deren Organe sogar Einfluss auf die Gestaltung des Marktes in einer anderen Kommune, ohne dafür von den Bürgern der betroffenen Kommune demokratisch legitimiert zu sein.

Statt diese Konkurrenz unter den Kommunalunternehmen durch Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip zuzulassen, sollten die Landesgesetzgeber Regelungen schaffen, durch die eine Tätigkeit kommunaler Unternehmen auf dem Gebiet anderer Kommunen im Wege der Kooperation und Abstimmung zwischen der überörtlich tätigen und den davon in ihrem Gebiet betroffenen Kommunen einvernehmlich geregelt werden muss.¹³² Hierfür sind verschiedene gesetzliche Ausgestaltungen möglich.¹³³ Sichergestellt muss freilich bei jeder dieser gesetzlichen Gestaltungsmöglichkeiten, dass der Kommune, auf deren Gebiet eine andere wirtschaftlich tätig werden muss, ein angemessener, von ihren demokratisch legitimierten Organen ausgeübter Einfluss auf die ihr Gebiet betreffende wirtschaftliche Tätigkeit der anderen Kommune – und damit auf das Geschehen auf ihrem regionalen Markt – verbleibt. So könnten z.B. Kommunen, die auf dem Gebiet einer anderen wirtschaftlich tätig werden wollen, dazu verpflichtet werden, ein gemeinsames Kommunalunternehmen mit der betroffenen Kommune zu gründen, auf das die demokratisch legitimierten Organe beider Kommunen über Zustimmungs- und Weisungsrechte einen angemessenen Einfluss ausüben. Ebenso möglich wäre es, eine Kommune, die auf dem Gebiet einer anderen wirtschaftlich tätig werden will, zum Abschluss einer Zweckvereinbarung oder eines Konzessionsvertrags mit der betroffenen Kommune zu verpflichten, in dem die Durchführung der wirtschaftlichen Tätigkeiten auf fremdem Gebiet einvernehmlich geregelt wird.

cc) Leistungsfähigkeitsbezug

Nach den Gemeindeordnungen aller Länder ist als Voraussetzung der Schrankentrias für die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung erforderlich, dass letztere nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und dem voraussichtlichen Bedarf steht.¹³⁴

Lediglich in Nordrhein-Westfalen hat der Gesetzgeber auf das Merkmal des voraussichtlichen Bedarfs verzichtet; hier ist nur das angemessene Verhältnis zur Leistungsfähigkeit erforderlich.¹³⁵

132 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 92.

133 *Kühling*, NJW 2001, S. 177 (180) und zustimmend *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 92.

134 § 102 Abs. 1 Nr. 2 GemO BW; Art. 87 Abs. 1 Nr. 2 BayGO; § 91 Abs. 2 Nr. 2 BbgKVerf; § 121 Abs. 1 Nr. 2 HGO; § 68 Abs. 1 Nr. 2 KV M-V; § 136 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG; § 85 Abs. 1 Nr. 2 GemO RP; § 108 Abs. 1 Nr. 2 SaarlKSVG; § 97 Abs. 1 Nr. 2 SächsGemO; § 116 Abs. 1 Nr. 2 GO LSA; § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO SH; § 71 Abs. 1 Nr. 2 ThürKO.

135 § 107 Abs. 1 Nr. 2 GO NW.

Dies verbietet den Kommunen wirtschaftliche Tätigkeiten, die ihre personellen, sachlichen und finanziellen Kräfte übersteigen.¹³⁶ Um festzustellen, ob ein wirtschaftliches Vorhaben die Leistungsfähigkeit nicht übersteigen wird, hat die Kommune eine Prognose anzustellen. In diese Prognose müssen alle für das kommunale Beschlussorgan erreichbaren Informationen über die Zukunftsaussichten des wirtschaftlichen Vorhabens einbezogen werden¹³⁷, sowie die finanziellen, sachlichen und personellen Möglichkeiten der Gemeinde zur Unterhaltung des wirtschaftlichen Unternehmens in der Zukunft¹³⁸.

Die Beschränkung der zulässigen wirtschaftlichen Tätigkeiten auf den voraussichtlichen Bedarf bedarf soll sicherstellen, dass die Ressourcenausstattung des Kommunalunternehmens dem gegenwärtigen und künftigen Bedarf entspricht. Hierdurch soll der Aufbau dauerhafter, die Ertragskraft des Unternehmens mindernder Überkapazitäten verhindert werden.¹³⁹ Um den zukünftigen Bedarf zu ermitteln, müssen die Entscheidungsorgane der Gemeinde eine Prognose anstellen, in die die für die Ermittlung der Entwicklung der Nachfrage nach den wirtschaftlichen Leistungen, wie z.B. Entwicklung von Bevölkerung, Nachfrage- und Konsumverhalten, einzubeziehen sind.

Wie für die Beurteilung des öffentlichen Zwecks steht der Kommune auch für die Beurteilung des Leistungsfähigkeitsbezugs ein weiter, von Kommunalaufsichtsbehörden und Gerichten nur eingeschränkt überprüfbarer Spielraum zu.¹⁴⁰ Die Überprüfung ist darauf beschränkt, ob die Kommune für ihre Prognose plausible Gründe hat. Nur offenkundige Fehlentscheidungen können von den Kommunalaufsichtsbehörden beanstandet und gerichtlich aufgehoben werden. Solche Fehlentscheidungen liegen vor, wenn die Gemeinde die für die Entscheidung notwendigen Tatsachen unzureichend ermittelt oder keine Abwägung der entscheidungserheblichen Gesichtspunkte vorgenommen hat.¹⁴¹

dd) Subsidiaritätsklausel

aaa) Inhalt und Normzweck der Subsidiaritätsklausel

Als dritte Zulässigkeitsvoraussetzung enthalten die Kommunalgesetze aller Bundesländer die sog. Subsidiaritätsklausel. Sie kommt in zwei verschiedenen Formen vor.

Die erste Form wird als einfache Subsidiaritätsklausel oder Funktionssperre bezeichnet. Nach ihr ist eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen nur zulässig, wenn der Zweck der wirtschaftlichen Betätigung bzw. des kommunalen Unternehmens nicht besser und wirtschaftlicher durch einen (privaten) Dritten erfüllt werden kann.¹⁴² Eine kommunale wirtschaftliche Betätigung ist nach dieser Funktionssperre schon dann zulässig, wenn zwischen der Gemeinde und den anderen (privaten) Anbietern Leistungsparität herrscht¹⁴³, wenn die Gemeinde also die Leistung in gleicher Güte und Wirtschaftlichkeit wie die Dritten anbieten kann.

Gegenüber der Funktionssperre verschärfte Zulässigkeitsvoraussetzungen stellt die zweite Form der Subsidiaritätsklausel auf, die als echte oder stringente Subsidiaritätsklausel bezeichnet wird. Bei dieser ist die wirtschaftlichen Betätigung nur dann zulässig, wenn der mit der wirtschaftlichen Betätigung verfolgte Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich von einem (privaten) Dritten erbracht

136 Kunze/Bronner/Katz, GemO BW, § 102 Rn. 39; Rehn/Cronauge/von Lennep, GO NW, § 107 Anm. IV. 1.

137 Cronauge, der Gemeindehaushalt 1998, S. 131 (134).

138 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 79.

139 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 79.

140 Waechter, Kommunalrecht, Rn. 606.

141 Schmidt-Jortzig in HKWP, Bd. 5, S. 50 (60).

142 § 68 Abs. 1 Nr. 3 KV M-V; § 97 Abs. 1 Nr. 3 SächsGemO; § 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH.

143 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 80.

werden kann.¹⁴⁴ Damit gilt ein Vorrang privater Anbieter schon bei Leistungsparität zwischen der Gemeinde und dem privaten Dritten.¹⁴⁵ D.h. dass die Gemeinde nur wirtschaftlich tätig werden darf, wenn sie den mit der Leistung verfolgten öffentlichen Zweck besser und wirtschaftlicher erreichen kann.¹⁴⁶

In einigen Bundesländern sind bestimmte Bereiche kommunaler wirtschaftlicher Betätigung vom Erfordernis der echten Subsidiaritätsklausel ausgenommen. Soweit eine solche Ausnahme vorliegt, ist eine wirtschaftliche Betätigung bei Vorliegen eines öffentlichen Zwecks und des Leistungsfähigkeitsbezugs immer zulässig, unabhängig davon, ob ein Dritter den öffentlichen Zweck besser und wirtschaftlicher erreichen kann.

In Baden-Württemberg, Bayern und Thüringen ist die echte Subsidiaritätsklausel nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten „außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge“ anwendbar. In Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz ist die echte Subsidiaritätsklausel nur anwendbar auf wirtschaftliche Betätigungen außerhalb der Energie- und Wasserversorgung und des öffentlichen Verkehrs; in Nordrhein-Westfalen ist darüber hinaus noch der Betrieb von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen von der echten Subsidiaritätsklausel ausgenommen.

Der zur Beschränkung des Anwendungsbereichs der Subsidiaritätsklausel verwendete Begriff der Daseinsvorsorge umfasst viele Bereiche der Leistungsverwaltung die sich kaum präzise umschreiben lassen.¹⁴⁷ Leistungsverwaltung umfasst jedenfalls die Leistungen der öffentlichen Verwaltung, durch die Bedürfnisse befriedigt werden sollen, die die Bedürftigen nicht durch Anstrengung eigener Hilfsquellen oder durch die Arbeitsweise des Marktes nicht hinreichend befriedigen können. Hierzu gehört die Befriedigung der notwendigen Bedürfnisse der Bevölkerung zu sozial gerechtfertigten, krisensicherern und dauerhaften Bedingungen.¹⁴⁸ Im Laufe der Rechtsentwicklung hat sich der Kreis an Aufgaben, der zur Daseinsvorsorge gerechnet wird, erweitert: Während zunächst im wesentlichen Aufgaben der physischen Existenzsicherung wie die Versorgung mit lebenswichtigen Gütern (Wasser, Energie) und Einrichtungen zur Erhaltung der Volksgesundheit (Abfall- und Abwasserentsorgung, medizinische Versorgung, Badeanstalten, Sportangebote) erfasst waren, wird heute unter Daseinsvorsorge die Sicherung der soziokulturellen Existenz verstanden, zu der neben der physischen Existenzsicherung auch die Befriedigung nicht nur der notwendigen, sondern auch der nützlichen gesellschaftlichen und kulturellen Grundbedürfnisse gehört. Damit erfasst sind u.a. die Versorgung mit Kommunikationsdienstleistungen und Bildungsangebote¹⁴⁹, das Zurverfügungstellen eines öffentlichen Personenverkehrs und die Befriedigung kultureller Bedürfnisse.¹⁵⁰

Die Subsidiaritätsklauseln erfordern einen Vergleich zwischen der Leistungserbringung durch ein kommunales Unternehmen und einem privaten Anbieter, bevor ein Kommunalunternehmen errichtet übernommen oder wesentlich erweitert wird. Die Gemeinde hat vor der Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit eine Prüfung der Marktgegebenheiten durchzuführen und dabei das Vorhandensein, die Leistungsfähigkeit und Effizienz privater Anbieter zu ermitteln. Mit diesen Daten ist die Leistungserbringung durch ein kommunales Unternehmen zu vergleichen. Neben der Wirtschaftlichkeit ist bei diesem Vergleich auch die Güte der Leistungen, z.B. die mit ihr erreichte Ver-

144 § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW; Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO; § 91 Abs. 3 BbgKVerf; § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO; § 136 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG; § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW; § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO RP; § 108 Abs. 1 Nr. 3 SaarlKSVG; § 116 Abs. 1 Nr. 3 GO LSA; § 71 Abs. 1 Nr. 4 ThürKO.

145 VGH BW, Beschluss vom 06.03.2006 - 1 S 2490/05 -, Abs. 6 (zitiert nach juris); VerfGH RP, Urteil vom 28.03.2000 - N 12/98 -, Abs. 34 (zitiert nach juris).

146 Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, Rn. 265.

147 Vgl. zur Entwicklung des Begriffs der Daseinsvorsorge und seines Inhalts Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, S. 58 ff.

148 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 74 m.w.N.

149 Waechter, Kommunalrecht, Rn. 527.

150 Vgl. auch die Aufzählung der zur Daseinsvorsorge gehörenden öffentlichen Leistungen in VerfGH RP, Urteil vom 28.03.2000 - N 12/98 -, Abs. 30 (zitiert nach juris).

sorgungsleistung und Dauerhaftigkeit oder soziale und ökologische Komponenten, zu vergleichen.¹⁵¹ Der Rheinland-Pfälzische Verfassungsgerichtshof hat die Kriterien zur Bewertung der Güte der Leistung präzisiert: „Damit ist vor allem deren Nachhaltigkeit, d.h. Dauerhaftigkeit und Zuverlässigkeit angesprochen. Je wichtiger eine durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigte Leistung für die Bürger ist, desto größer ist das Bedürfnis nach einem krisenfesten, stetigen und möglichst ungestörten Angebot, und zwar zu sozial gerechtfertigten Bedingungen. Diese Kontinuität der Aufgabenerfüllung kann von Fall zu Fall den Ausschlag dafür geben, dass ein Privater den öffentlichen Zweck nach der rechtlich vertretbaren Einschätzung der Gemeinde nicht 'ebenso gut' verwirklichen wird wie sie. Denn der Private steht stärker noch als die Gemeinde unter betriebswirtschaftlichem Erfolgszwang, der eine mögliche Einschränkung oder gar Einstellung des Betriebes einschließt.“¹⁵² Ist der private Anbieter in einem der beiden Kriterien – Güte oder Wirtschaftlichkeit – schlechter zu bewerten als das kommunale Unternehmen, ist der Gemeinde die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung des Unternehmens gestattet.¹⁵³

Diese Erwägungen gelten auch für Verbundunternehmen, die in einzelne, verschiedene Aufgaben wahrnehmende Unternehmenssparten gegliedert sind und bei denen sowohl die einzelnen wahrgenommenen Aufgaben als auch ihre Zusammenfassung in einem Unternehmen von einem öffentlichen Zweck gerechtfertigt sind (Beispiel: Stadtwerke, die Strom und öffentlichen Personennahverkehr anbieten). Ein Gesetz, das die Gemeinden zwingt, Gewinn bringende Unternehmensteile zu privatisieren und nur defizitäre weiterzubetreiben, wäre verfassungswidrig. Deshalb ist für die Beurteilung der Güte und Wirtschaftlichkeit der Leistungen des Kommunalunternehmens nicht auf die einzelnen Leistungen, sondern auf das gesamte Unternehmen und nicht auf seine einzelnen Teile abzustellen.¹⁵⁴

Beim Vergleich zwischen der Güte und Wirtschaftlichkeit kommunaler und privater Leistungserbringung hat in konkreten Einzelfällen die entscheidende Kommune einen weiten Beurteilungsspielraum (Einschätzungsprärogative).¹⁵⁵ Wegen der praktischen Schwierigkeiten bei den für den Vergleich anzustellenden Prognosen (z.B. über die Dauerhaftigkeit und Ungestörtheit der Leistungserbringung durch Private) dürfen keine überzogenen Anforderungen gestellt und der Handlungsspielraum der Kommune nicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden.¹⁵⁶

Sowohl die reine Funktionssperre als auch die echte Subsidiaritätsklausel sollen die Kommunen vor wirtschaftlichen Risiken durch die Konkurrenz mit der Privatwirtschaft schützen.¹⁵⁷ Nur wenn die Kommune die Leistung ebenso gut und wirtschaftlich erbringen kann wie die privaten Konkurrenten, räumt ihr der Gesetzgeber die Chance ein, im Wettbewerb mit den privaten Konkurrenten bestehen zu können und damit keine Verlustrisiken für den Kommunalhaushalt aufzubauen. Diesem Ziel dient auch die echte Subsidiaritätsklausel. Vor allem aber dient sie dem Ziel, die Interessen der Privatunternehmen gegen Beeinträchtigungen durch die Teilnahme der Kommunen am Wettbewerb zu schützen.¹⁵⁸ Solange die Kommune die im öffentlichen Interesse liegenden Leistungen nicht besser und wirtschaftlicher als die Privatunternehmen erbringen kann, soll sie sich auf die Rolle des reinen Marktbeobachters beschränken. Sie soll erst als Marktteilnehmer in den Markt eingreifen,

151 So die Gesetzesbegründung zu § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW: Landtag BW, Drucksache 12/4055 vom 14.05.1999, S. 23 f.

152 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 34 (zitiert nach juris).

153 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 34 (zitiert nach juris).

154 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 35 (zitiert nach juris) m.w.N.

155 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 34 (zitiert nach juris) m.w.N.; *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 263; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 607.

156 *Neutz in Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 81.

157 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 611.

158 So die Gesetzesbegründung zu § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO RP: Landtag RP, Drucksache 13/2306, S. 36.

wenn dieser soweit versagt, dass die Gemeinde die Leistung besser und wirtschaftlicher als die Marktteilnehmer erbringen kann. Die Privatwirtschaft soll so vor einer „ungehemmten wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen“¹⁵⁹ bzw. vor „Markteingriffen durch Hinzutreten des kommunalen Wettbewerbers“¹⁶⁰ geschützt werden.

Damit dient die echte Subsidiaritätsklausel dem Schutz der Privatwirtschaft als Gesamtheit. Das bedeutet jedoch nicht ohne weiteres, dass sie auch dem Schutz jedes einzelnen privaten Unternehmens dienen soll, mit der Rechtsfolge, dass die echte Subsidiaritätsklausel dem einzelnen privaten Konkurrenten einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassung unzulässiger kommunaler Konkurrenz gewährt. Diese Frage, ob die echte Subsidiaritätsklausel privaten Individuen subjektiven Rechtsschutz gegen unzulässige wirtschaftliche Betätigungen der Kommune gewährt, wird in den einzelnen Ländern unterschiedlich beantwortet:

In Brandenburg dient die echte Subsidiaritätsklausel kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ausschließlich dem Schutz der Leistungsfähigkeit der Gemeinden¹⁶¹; ein subjektives Recht privater Konkurrenten auf Schutz vor unzulässigen wirtschaftlichen Betätigungen der Gemeinden ist damit ausgeschlossen. Dem gegenüber hat der Gesetzgeber in Niedersachsen bei Verstößen gegen die echte Subsidiaritätsklausel ein subjektives Recht Privater auf Schutz vor unzulässiger wirtschaftlicher Tätigkeit der Kommunen ausdrücklich anerkannt.¹⁶² In den übrigen Ländern existieren keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen. Die Rechtsprechung entnimmt in Baden-Württemberg¹⁶³, Rheinland-Pfalz¹⁶⁴ und Nordrhein-Westfalen¹⁶⁵ der echten Subsidiaritätsklausel ein subjektives Recht Privater; in Sachsen-Anhalt¹⁶⁶ verneinen die Gerichte ein subjektives Recht privater Konkurrenten auf Schutz von unzulässigen wirtschaftlichen Tätigkeiten der Gemeinden; das Saarländische Oberverwaltungsgericht hat die Frage des subjektiven Rechts bisher offen gelassen.¹⁶⁷

bbb) Rechtspolitische Kritik an der echten Subsidiaritätsklausel und dem subjektiven Rechtsschutz

Das rechtspolitische Ziel der Funktionssperre, Kommunen vor der Gefahr wirtschaftlicher Verluste wegen zu geringer Marktchancen im Wettbewerb mit privaten Anbietern zu schützen, verdient Zustimmung. Es schließt aus, dass insbesondere Kommunen in schwieriger Haushaltslage versuchen, durch wirtschaftliche Tätigkeiten mit kaum realistischer Gewinnerwartung Einnahmen für den Haushalt zu erzielen, und damit lediglich weitere Defizite und die Entwertung des (öffentlichen) Vermögens des Kommunalunternehmens erreichen. Der rechtstechnische Weg, dieses Ziel zu erreichen, ist geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Wenn mindestens Leistungsparität zwischen kommunalem und privaten Unternehmen herrscht, besteht eine hinreichend große Wahrscheinlichkeit, dass die kommunalen Unternehmen genügend Kunden gewinnen können, um gewinnbringend – wenigstens aber kostendeckend – zu arbeiten.

Der mit der echten Subsidiaritätsklausel verfolgte, neoliberalistisch motivierte Zweck, die Privatwirtschaft vor kommunaler Konkurrenz zu schützen, ist dagegen abzulehnen. Dieser Schutz ist durch die Grundrechte der privaten Unternehmer nicht gefordert. Weder die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG noch die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG gebieten den Schutz von Unternehmern vor Konkurrenz, auch nicht vor der Konkurrenz der öffentlichen Hand.¹⁶⁸ Ohne zwingende rechtliche Gründe für den Schutz Privater vor kommunaler Konkurrenz bleibt als gesetzgeberisches

159 So das OVG LSA, Urteil von 29.10.2008 - 4 L 146/05 -, Abs. 39 (zitiert nach juris).

160 So das OVG NW, Beschluss vom 21.09.2004 - 15 B 1709/04 -, Abs. 14 (zitiert nach juris).

161 § 91 Abs. 1 Satz 2 BbgKVerf.

162 § 136 Abs. 1 Satz 3 NKomVG.

163 VGH BW, Beschluss vom 06.03.2006 - 1 S 2490/05 -, Abs. 6 f. (zitiert nach juris)

164 VerfGH RP, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 36 (zitiert nach juris).

165 OVG NW, DVBl. 2004, S. 133.

166 OVG LSA, Urteil von 29.10.2008 - 4 L 146/05 -, Abs. 38 (zitiert nach juris).

167 OVG Saarl., Beschluss vom 22.10.2008, - 3 B 279/08 -, Abs. 13 ff. (zitiert nach juris).

168 BVerfGE 17, 232 (248); E 28, 119 (142) (beide zu Art. 14 GG); BVerwGE 39, 329 (337); OVG LSA, Urteil von 29.10.2008 - 4 L 146/05 -, Abs. 43 f. (zitiert nach juris).

Motiv für die echte Subsidiaritätsklausel nur die neoliberale Ideologie übrig, dass der von staatlichen Eingriffen freie Markt die ökonomisch besten Ergebnisse bewirkt und staatliche Eingriffe deshalb erst bei Marktversagen erfolgen dürften. Nach dieser Ideologie sollen sich die Kommunen auf die Rolle des Marktbeobachters beschränken und erst dann z.B. durch eigene Angebote in den Markt eingreifen, wenn die Marktmechanismen eine Versorgung aller Bedürftigen mit Mitteln zur Daseinsvorsorge zu sozial angemessenen Preisen nicht mehr sicherstellen können.

Einerseits dürfte es praktisch unmöglich sein, dass Kommunen hinreichend schnell auf Marktversagen durch den Aufbau eigener wirtschaftlicher Kapazitäten zur Versorgung mit Leistungen zur Daseinsvorsorge reagieren können. So müssen die Kommunen, die keine Kapazitäten für die eigene Leistungserbringung vorhalten, letztere bei Eintritt des Marktversagens erst aufbauen. Dazu müssen Investitionskosten in den Haushalt eingestellt werden. Die technischen Einrichtungen zur Leistungserbringung müssen aufgebaut und Personal eingestellt und ausgebildet werden. Während der dafür erforderlichen Zeit ist die Versorgung aller Bedürftigen weder durch die Kommune noch durch den Markt der privaten Anbieter gewährleistet. Eine rechtzeitige Reaktion der Kommune auf für die Versorgung der Bevölkerung negative Veränderungen des Marktverhaltens Privater ist nur möglich, wenn die Kommune bereits vor Marktversagen eigene Kapazitäten zur Leistungserbringung vorhält und mit diesen Leistungen am Markt anbietet.

Andererseits führt die gesetzlich erzwungene Marktastinenz der Kommunen zu einem nicht hinnehmbaren Verlust an demokratisch kontrolliertem Einfluss der Organe der Kommunen auf die örtlichen Märkte für Güter zur Daseinsvorsorge. Die eigene wirtschaftliche Tätigkeit am Markt mit privater Konkurrenz gibt den Kommunen zwar keine rechtlichen Möglichkeiten, das Marktverhalten der privaten Unternehmen zu kontrollieren oder die von ihnen angebotenen Konditionen rechtlich zu regeln. Aber immerhin ist das eigene Angebot der Kommunen eine Möglichkeit, das Marktverhalten der Privatunternehmen faktisch zu beeinflussen. Durch günstige Konditionen wie sozial gestaffelte Tarife, umweltfreundliche Produktionsweisen und hohe Standards bei der Kundenbetreuung können Kommunalunternehmen ihren Marktanteil steigern und die private Konkurrenz damit faktisch dazu zwingen, ihre Angebote denen der Kommunalunternehmen anzupassen. Diese faktische, auf Marktmacht basierte Steuerung aller am Markt tätigen Anbieter ist angesichts der den Kommunen fehlenden rechtlichen Möglichkeiten der Steuerung privater Unternehmen für die demokratisch legitimierte Organ der Kommunen die einzige Möglichkeit, die Angebotsstrukturen der örtlichen Märkte nach dem Willen der Wählermehrheit gestalten zu können. Den Kommunen diese Möglichkeit durch die echte Subsidiaritätsklausel zu nehmen, bedeutet eine erhebliche Einengung des sozial-, umwelt- und wirtschaftspolitischen Gestaltungsspielraums der Kommunen.

Schließlich nimmt die echte Subsidiaritätsklausel den Kommunen eine Einnahmequelle zur Finanzierung freiwilliger Aufgaben und schränkt auch insoweit den politischen Handlungsspielraum der demokratisch legitimierten Organe der Kommunen ohne zwingende Gründe ein. Solange die Kommune die Voraussetzungen der einfachen Funktionssperre erfüllt (Leistungsparität zu privaten Konkurrenten), kann sie im Wettbewerb bestehen und aus den von ihr vereinnahmten Entgelten Gewinne für den Haushalt erwirtschaften. Mit diesen Gewinnen können freiwillig betriebene, defizitäre kommunale Einrichtungen auf sozialem und kulturellem Gebiet bezuschusst werden. Angesichts der derzeitigen Haushaltslage der meisten Kommunen, in denen Einnahmen aus Abgaben und staatlichen Finanzzuweisungen nicht einmal zur Deckung der Kosten für die Erfüllung der Pflichtaufgaben ausreichen, sind Gewinne aus wirtschaftlichen Tätigkeiten die einzig nennenswerte Einnahmequelle zur Finanzierung freiwilliger Aufgaben. Um die Versorgung der Bevölkerung mit sozialen und kulturellen Angeboten der Kommunen nicht finanziell auszutrocknen, sollten alle Bundesländer zugunsten einer einfachen Funktionssperre auf die echte Subsidiaritätsklausel verzichten.

Im übrigen dürfte es für Stadtwerke sogar einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der privaten Konkurrenz darstellen, wenn sie Kunden damit werben können, dass die von den Stadtwerken erzielten Gewinne nicht wie bei der privaten Konkurrenz in die Taschen weniger Unternehmer fließen, sondern der gesamten Einwohnerschaft in Form freiwilliger sozialer und kultureller Angebote zugute kommen.

ccc) Markterkundungsverfahren

In den Ländern Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland und Thüringen ist als Voraussetzung für die Errichtung, Übernahme und wesentliche Erweiterung eines Kommunalen Unternehmens sowie für die Beteiligung an einem bestehenden Unternehmen die vorherige Durchführung eines Markterkundungsverfahrens bzw. einer Marktanalyse vorgeschrieben.

In Brandenburg hat die Kommune vor Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit Angebote privater Anbieter einzuholen und Vergleichsberechnungen anzustellen, die der Gemeindevertretung vorzulegen sind.¹⁶⁹

In Thüringen ist vor einer kommunalen wirtschaftlichen Betätigung außerhalb des Bereichs der Daseinsvorsorge gegebenenfalls „ein Markterkundungsverfahren unter Einbindung der betroffenen örtlichen Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie durchzuführen“.¹⁷⁰

In Hessen ist die Gemeindevertretung vor der Entscheidung über die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen sowie über eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung „auf der Grundlage einer Markterkundung umfassend über die Chancen und Risiken der beabsichtigten unternehmerischen Betätigung sowie über deren zu erwartende Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten.“ Den örtlichen Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern sowie Verbänden ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Stellungnahmen sind der Gemeindevertretung zur Kenntnis zu geben.¹⁷¹ Ähnlich ist die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, wo statt der Markterkundung eine Marktanalyse durchzuführen ist und zusätzlich zu den in Hessen genannten Gremien auch den die ArbeitnehmerInnen der jeweiligen Branche vertretenden Gewerkschaften Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist.¹⁷² Im Saarland entsprechen die Regelungen zur vorherigen Marktanalyse denen in Nordrhein-Westfalen, außer dass neben den Kammern der gewerblichen Wirtschaft auch die der freien Berufe zu hören sind und dass statt den Gewerkschaften die Arbeitnehmerkammer anzuhören ist.¹⁷³

All diese Vorschriften verlangen mit der Marktanalyse bzw. Markterkundung eine Untersuchung des Marktes nach wettbewerblichen Grundsätzen und einen anschließenden Vergleich der dabei ermittelten Güte und Wirtschaftlichkeit privater Leistungserbringung mit Güte und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung, die nach den gemeindlichen Vergleichsberechnungen einem kommunalen Unternehmen möglich sind.¹⁷⁴ Die Branchendialog genannte Anhörung der Wirtschaftskammern und Arbeitnehmervertretungen gibt den Anzuhörenden Gelegenheit, der kommunalen Vertretungskörperschaft ihre Auffassungen über die Ergebnisse der Marktanalyse und des Vergleichs zwischen der privaten und kommunalen Leistungserbringung zur Kenntnis zu bringen und damit Einfluss auf die Entscheidung der Vertretungskörperschaft zu nehmen.

3.) Vorschriften zur Sicherung des Einflusses der Kommunen auf Kommunalunternehmen in privater Rechtsform

Die Gemeindeordnungen aller Länder enthalten Vorschriften zur Ausgestaltung der den Gemeinden obliegenden verfassungsrechtlichen Ingerenzpflicht zur Einwirkung auf die von ihr gegründeten Unternehmen.

169 § 91 Abs. 3 Satz 2 BbgKVerf.

170 § 71 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 ThürKO.

171 § 121 Abs. 6 HGO.

172 § 107 Abs. 5 GO NW.

173 § 108 Abs. 5 SaarlKSVG.

174 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 93.

a) *Vorrang öffentlich-rechtlicher Rechtsformen und Nachrangigkeit der Aktiengesellschaft*

Den Gemeinden stehen für die Gründung kommunaler Unternehmen mehrere Rechtsformen zur Verfügung, die teils dem öffentlichen Recht und teils dem Zivilrecht entstammen. Als öffentlich-rechtliche Rechtsformen stehen in allen Bundesländern der Regie- und der Eigenbetrieb zur Verfügung. In Bayern, Brandenburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein kommt als dritte öffentlich-rechtliche Rechtsform die Anstalt des öffentlichen Rechts hinzu. Von den zivilrechtlichen Rechtsformen stehen den Kommunen wegen der in allen Ländern geltenden Pflicht, dass die Kommunen ihre Haftung für Unternehmen in Privatrechtsform begrenzen müssen, die in der Praxis häufig genutzte Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die Aktiengesellschaft (AG) zur Gründung kommunaler Unternehmen zur Verfügung.¹⁷⁵

In der genannten Reihenfolge der Rechtsformen nimmt der Grad der organisatorischen Verselbständigung des kommunalen Unternehmens von der Kommune zu: Der Regiebetrieb ist integraler Teil der Verwaltung der Kommune. Er hat keine eigenen Organe, wird also nach den allgemeinen Vorschriften der Kommunalgesetze von den demokratisch legitimierten Organen der Kommunen geleitet und kontrolliert. Auch der Eigenbetrieb hat keine eigene, von der Kommune verschiedene Rechtspersönlichkeit, ist organisatorisch aber weiter verselbständigt als der Regiebetrieb. Er verfügt aber über eigene Organe – Werksausschuss und Werksleitung –, denen eigene, nicht auf die Vertretungskörperschaft und den Hauptverwaltungsbeamten übertragbare Entscheidungsbefugnisse zugewiesen sind. Die wesentlichen Entscheidungen über die Tätigkeit des Eigenbetriebs sind jedoch dem Rat vorbehalten. Die Anstalt des öffentlichen Rechts verfügt über eine eigene Rechtspersönlichkeit und eigene Organe. Den Organen der Trägerkommune sind nur noch wenige Entscheidungsbefugnisse vorbehalten.¹⁷⁶

Noch beschränkter sind die Möglichkeiten der demokratisch legitimierten Organe der Kommune, auf die Tätigkeit eines Kommunalunternehmens in privatrechtlicher Rechtsform einzuwirken. GmbH und AG sind eigene Personen des Privatrechts und handeln durch eigene Organe. Die Willensbildung in den Unternehmen vollzieht sich nur in den Organen der Gesellschaft. Die die Willensbildung regelnden Bestimmungen des AktG und des GmbHG sind nicht auf die Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch die Gesellschaft sowie auf die demokratisch legitimierte Steuerung und Kontrolle des Handelns der Gesellschaftsorgane durch die demokratisch legitimierten Organe der Kommune hin konzipiert, sondern zur Verfolgung des in der Gewinnerzielung liegenden Interesses der Anteilseigner der Gesellschaft.¹⁷⁷ Einfluss auf Entscheidungen der Gesellschaft zur Sicherung der Erfüllung des öffentlichen Zwecks des Kommunalunternehmens können Kommunen bei diesen gesellschaftsrechtlichen Rahmen nur durch die Ausübung ihrer Rechte aus den Gesellschaftsanteilen und die Ausgestaltung von Einflussrechten in der Satzung der AG bzw. dem Gesellschaftsvertrag der GmbH nehmen.¹⁷⁸

So können im Gesellschaftsvertrag der GmbH bestimmte Entscheidungen der Geschäftsführer, die die Erfüllung des öffentlichen Zwecks beeinflussen, unter den Vorbehalt der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung, in der die Gemeinde als Gesellschafterin stimmberechtigt ist, gestellt werden. Dabei können für die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung qualifizierte Mehrheiten vorgesehen werden, sodass die Zustimmung der Gesellschafterversammlung nicht ohne Zustimmung der Gemeinde erfolgen kann. Zudem kann ein bestimmender Einfluss auf Entscheidungen der Gesellschafterversammlung dadurch erreicht werden, dass die Gemeinde eine qualifizierte

175 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 1, S. 13. Vgl. zu den Einzelheiten dieser Rechtsformen unten unter B) und C).

176 Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei *Gröttrup*, Die kommunale Leistungsverwaltung, S. 170 ff.

177 *Schoepke*, VBIBW 1994, S. 81; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 555.

178 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 554.

Mehrheit der Gesellschaftsanteile hält und damit ein ihrer Beteiligung adäquates Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung erhält. Zudem kann der Gesellschaftsvertrag zur Sicherung der Kontrolle der Gesellschaft durch die Kommune die Bildung eines fakultativen Aufsichtsrats und das Recht der Kommune, Mitglieder in diesen zu entsenden, vorsehen; bei Kommunalunternehmen, die den Mitbestimmungsgesetzen unterliegen, ist die Bildung und Zusammensetzung des Aufsichtsrats gesetzlich vorgeschrieben.¹⁷⁹

Jedoch hat die Möglichkeit der Gemeinde, die Verfolgung ihrer Interessen an der Erfüllung des mit der GmbH verfolgten öffentlichen Zwecks mittels vorstehend skizzierter Einflussrechte durchzusetzen, rechtliche Grenzen, die sich für Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform nicht ergeben. So ist rechtlich umstritten, ob die Kommune zur Verfolgung des öffentlichen Zwecks ihren Einfluss auch so ausüben darf, dass die Ergebnisse der Einflussnahme zum Nachteil der Gesellschaft wirken. Dem dürfte nach weit verbreiteter Meinung die innerhalb der Gesellschaft bestehende Treuepflicht der Gesellschafter entgegenstehen, mit der die Gesellschafter dazu verpflichtet werden, zum Wohle der Gesellschaft zu wirken und alles zu unterlassen, was dieses Wohl gefährdet.¹⁸⁰ Damit dürfte es der Gemeinde nicht erlaubt sein, zur Erreichung der Erreichung des öffentlichen Zwecks dienende Entscheidungen der Gesellschaft herbeizuführen, die die Gewinnerwartungen der Gesellschaft schmälern.

Noch beschränkter sind die Möglichkeiten der Einflussnahme der Kommune auf Kommunalunternehmen in der Rechtsform der AG. So führt der Vorstand der AG die Geschäfte der Gesellschaft unter eigener Verantwortung, § 76 Abs. 1 AktG. Gemäß § 111 Abs. 4 AktG kann die Satzung der AG bestimmen, dass einzelne Geschäfte nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats, in den die Gemeinde Mitglieder nach Maßgabe des § 101 Abs. 2 AktG entsenden kann, getätigt werden dürfen. Die Rechte der Hauptversammlung, in der die Kommune als Aktionärin vertreten ist, gegenüber dem Vorstand bleiben jedoch weit hinter der Rechtsstellung der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern in der GmbH zurück: Die Hauptversammlung kann nach § 119 Abs. 2 AktG nur dann über Maßnahmen der Geschäftsführung entscheiden, wenn der Vorstand dies verlangt. Damit sind anders als bei der GmbH Satzungsbestimmungen unzulässig, in denen Entscheidungen des Vorstands von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig gemacht werden.

Wegen der gegenüber den Rechtsformen des öffentlichen Rechts geringeren Einflussnahmemöglichkeiten der Kommunen auf Kommunalunternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts haben die Länder Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen in ihre Kommunalgesetze Bestimmungen aufgenommen, die die Kommunen dazu verpflichten, vorrangig Rechtsformen des öffentlichen Rechts zu wählen^{181, 182}. Im einzelnen unterscheiden sich in den einzelnen Ländern die Kriterien für die Zulässigkeit privatrechtlicher Rechtsformen.

In Mecklenburg-Vorpommern dürfen die Kommunen Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts nur errichten und übernehmen sowie sich an ihnen beteiligen, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht wirtschaftlicher durch ein Unternehmen in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Hier kommt es für die Zulässigkeit der Wahl einer Rechtsform des Privatrechts allein auf die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung an: Wenn die Aufgabe durch ein Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform wirtschaftlicher zu erfüllen ist, muss die Gemeinde die öffentlich-rechtliche Rechtsform wählen.

Dagegen kommt es Schleswig-Holstein nicht auf die Wirtschaftlichkeit, sondern die Güte der Aufgabenerfüllung an: Eine Rechtsform des Privatrechts dürfen die Kommunen nur wählen, wenn die kommunale Aufgabe dauerhaft mindes-

179 Vgl. zu diesen Einflussmöglichkeiten und ihrer praktischen Realisierung unten unter C).

180 Vgl. zu dieser Diskussion *Nesselmüller*, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, S. 38.

181 *Neutz* in *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 94.

182 § 69 Abs. 1 Nr. 1 KV M-V; § 117 Abs. 1 Satz 1 GO LSA; § 102 Abs. 1 Nr. 1 GO SH; § 73 Abs. 1 Nr. 2 ThürKO.

tens ebenso gut wie in Organisationsformen des öffentlichen Rechts erfüllt wird. Damit sind die oben bei der echten Subsidiaritätsklausel als Maßstäbe der Güte besprochenen Kriterien der Dauerhaftigkeit, Krisenfestigkeit, sozialen Ausgewogenheit und ökologischen Nachhaltigkeit der Leistungserbringung die Beurteilungskriterien für die Zulässigkeit eines Kommunalunternehmens in privater Rechtsform. Letztere ist nur zulässig, wenn ein Unternehmen in privater Rechtsform eine mindestens gleiche Güte der Leistungserbringung verspricht wie ein Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform.

In Sachsen-Anhalt ist die Errichtung von Unternehmen in privater Rechtsform nur zulässig, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso durch ein Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Wenn bei Güte und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung Parität zwischen Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform und einem in privater Rechtsform besteht oder das Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform die Leistung besser und wirtschaftlicher erbringen kann, muss die Gemeinde die öffentlich-rechtliche Rechtsform wählen. Unter den gleichen Voraussetzungen steht die Rechtsformwahl in Thüringen, wo über die Regelung in Sachsen-Anhalt hinaus die Wahl einer Rechtsform des Privatrechts auch dann zulässig ist, wenn Private an dem Unternehmen beteiligt werden sollen und sich die Aufgabe für diese Beteiligung Privater eignet.

In Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz haben die Gesetzgeber den Nachrang der AG nach allen anderen Rechtsformen angeordnet.¹⁸³ Nach dem Willen der Landesgesetzgeber ist dieser Nachrang der AG wegen des eben dargestellten, im Vergleich zur GmbH hohen Verselbständigungsgrades der AG gegenüber der Kommune, der sich daraus ergibt, dass die unabhängige Stellung von Vorstand und Aufsichtsrat nicht durch die Satzung der AG zugunsten der Hauptversammlung beschränkt werden kann¹⁸⁴, erforderlich.¹⁸⁵ Nach diesen Vorschriften dürfen die Gemeinden Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nur errichten, übernehmen oder sich daran beteiligen, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform (in Brandenburg: in einer anderen Rechtsform des Privatrechts) erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

In Baden-Württemberg, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz ist den Gemeinden die Wahl einer anderen Rechtsform als der AG zwingend vorgeschrieben, wenn der öffentliche Zweck ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt werden kann.¹⁸⁶ Nur in Hessen ist die Norm als Soll-Vorschrift ausgestaltet, eröffnet der Gemeinde also auch dann, wenn die Voraussetzungen für den Nachrang der AG gegeben sind, ein Ermessen bei der Entscheidung über die Wahl zwischen AG oder GmbH, um den Besonderheiten des Einzelfalls, die die Wahl der AG trotz ebenso guter Aufgabenerfüllung durch eine andere Rechtsform erforderlich machen können, Rechnung tragen zu können.

Gelegentlich wird in der juristischen Literatur die Ansicht vertreten, dass die Regelungen über den Nachrang der AG die Eigenverantwortlichkeit der Kommunen bei der Rechtsformwahl zu stark beschränke, dass diese Regelungen zu einer Bevormundung der Kommunen führten. Die Landesgesetzgeber sollten prüfen, ob die entsprechenden Vorschriften nicht gestrichen werden müssten.¹⁸⁷ Freilich überzeugt diese rechtspolitische Stellungnahme nicht – im Gegenteil sollten sowohl der Vorrang der öffentlich-rechtlichen Rechtsformen vor den privatrechtlichen als auch der Nachrang der AG auch in die Kommunalgesetze der Länder aufgenommen werden, in denen sie derzeit noch nicht geregelt sind. Immerhin dienen diese Vorschriften der Durchsetzung des für die Verfassungsordnung fundamentalen Grundsatzes der Demokratie. Die möglichst effektive Kontrolle kommunaler Unternehmen durch die demokratisch legitimierten Organe der Kommunen dient dazu, die Tätigkeit kommunaler Unternehmen im Sinne des Willens der Einwohnerschaft – des Souveräns der Gemeinde – zu steuern. Um die Tätigkeit der Organe des Kommunalunternehmens vom Willen der demokratisch legitimierten Gemeindeorgane abhängig zu machen, dürfen die Organe der kommunalen Gesellschaften in ihrer Tätigkeit nicht vom Willen der Gemeindeeinwohner unabhängig wer-

183 § 103 Abs. 2 GemO BW; § 96 Abs. 4 BbgKVerf; § 122 Abs. 3 HGO; § 108 Abs. 4 GO NW; § 87 Abs. 2 GemO RP.

184 *Gabler u.a.*, Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, § 87 GemO Anm. 3.

185 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 1, S. 12; *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 96.

186 *Schoepke*, VBIBW 11994, S. 81 (84).

187 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 96.

den.¹⁸⁸ Hierzu bedarf es eines Mindestmaßes an Einfluss der durch die Wahl durch die Gemeindeglieder legitimierten Gemeindeorgane auf die Organe der Gesellschaft. Je größer der dauerhafte Einfluss der demokratisch legitimierten Gemeindeorgane auf die Organe der Gesellschaft ist, desto weniger besteht die Gefahr, dass sich die Organe der Gesellschaft vom Willen der Gemeindeglieder ablösen. Insofern bedarf es zur Optimierung der demokratischen Legitimation des Handelns kommunaler Unternehmen einer Begrenzung der Gründung von Aktiengesellschaften mit ihren relativ autonomen Vorständen auf ein Mindestmaß; anderen Rechtsformen, die eine effektivere Kontrolle durch die Organe der Kommune ermöglichen, sind als Stärkung der Demokratie in der Kommunalwirtschaft vorzuziehen.

Alternativ zur landesgesetzlichen Nachrangigkeit der AG könnte eine Stärkung der Demokratie in der Kommunalwirtschaft auch auf Bundesebene durch Änderungen des Aktiengesetzes erreicht werden. Dazu könnte z.B. § 111 Abs. 4 AktG dahin gehend geändert werden, dass die Satzungen von Aktiengesellschaften, an denen Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts beteiligt sind, bestimmte Geschäfte, die für die Erfüllung des öffentlichen Zwecks bedeutsam sind, von einer Zustimmung der Hauptversammlung abhängig machen kann. Ebenso wäre es möglich, eine Vorschrift in das AktG aufzunehmen, nach der diese Geschäfte von der Zustimmung der Vertretungskörperschaft der Gebietskörperschaft abhängig sind. Diese für den öffentlichen Zweck bedeutsamen Geschäfte sind z.B. die Aufnahme neuer Tätigkeiten und die Aufgabe von Geschäftsfeldern, die Erweiterung und der Abbau von Kapazitäten sowie die Gestaltung der Tarife.

Die Landesgesetzgeber könnten den Kommunen durch Änderung ihrer Kommunalgesetze vorschreiben, dass die Kommunen besagte Zustimmungsvorbehalte in die Satzungen ihrer Aktiengesellschaften aufnehmen bzw. dass sie entsprechende Anträge zu Satzungsänderungen in der Hauptversammlung stellen, sofern die Kommune lediglich eine Minderheitenbeteiligung hält und daher zur Durchsetzung der Satzungsänderung auf die Zustimmung anderer Aktionäre angewiesen ist.

In den Bundesländern, die keinen Vorrang der öffentlich-rechtlichen Rechtsformen vor den privatrechtlichen und keinen Nachrang der AG in ihre Kommunalgesetze aufgenommen haben, steht die Wahl der Rechtsform eines Kommunalunternehmens im Ermessen der Gemeinde. Bei der Ermessensentscheidung muss die Gemeinde ihre Ingerenzpflicht beachten: Die Wahlfreiheit zwischen den Rechtsformen ist insoweit aufgehoben, als eine Rechtsform für ein Kommunalunternehmen nicht gewählt werden darf, bei der die Kommune keine ausreichende Kontrolle über die Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch das Unternehmen hat.¹⁸⁹ Insbesondere kann die Wahl einer Rechtsform des Privatrechts ermessensfehlerhaft sein, wenn die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht die Kommune zur Einhaltung des Gewinnzwecks zwingt, wohingegen die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nur unter Inkaufnahme von Gewinneinbußen möglich ist.¹⁹⁰ In diesen Fällen ist nur die Wahl einer Rechtsform des öffentlichen Rechts ermessensfehlerfrei und damit rechtmäßig.

In jedem Falle sollten die Mitglieder der Vertretungskörperschaft der Kommune bei der Entscheidung über die Gründung oder Umwandlung kommunaler Unternehmen sehr genau prüfen, ob es zur Erreichung des öffentlichen Zwecks unerlässlich ist, eine Rechtsform des Privatrechts zu wählen. Bestehen Zweifel an der Notwendigkeit der Gründung einer GmbH oder AG, sollte die Verwaltung zu einer Begründung der Rechtsformwahl aufgefordert werden. Ist der öffentliche Zweck auch mit einem Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform zu erreichen, sollte zur Ermöglichung ei-

188 So allgemein für alle Amtswalter *Böckenförde* in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, S. 429 (438).

189 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 538.

190 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 558.

ner möglichst effektiven demokratischen Steuerung und Kontrolle des Unternehmens auch nur der Gründung eines öffentlich-rechtlichen Unternehmens zugestimmt werden.

b) Pflichten zur Sicherung angemessenen Einflusses der Kommune auf das Kommunalunternehmen
Damit die Kommunen ihrer Pflicht zur Einwirkung auf das Kommunalunternehmen nachkommt, enthalten die Kommunalgesetze aller Länder Bestimmungen zur Gestaltung des Gesellschaftsvertrags der GmbH bzw. der Satzung der AG. Durch diese Vorschriften sind die Kommunen verpflichtet, entsprechende Regelungen in die Gesellschaftsverträge bzw. Satzungen aufzunehmen.

aa) Angemessener Einfluss auf das Kommunalunternehmen

So bestimmen die Kommunalgesetze aller Länder, dass die Gemeinden Unternehmen in privater Rechtsform nur dann gründen bzw. sich an einem solchen beteiligen dürfen, wenn die Gemeinde einen ihrer Beteiligung angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat bzw. einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhält.¹⁹¹ Durch diesen personellen Einfluss soll die nach dem Demokratieprinzip erforderliche Legitimationskette für die Wahrnehmung kommunaler Aufgaben in privatrechtlich organisierten Unternehmen sichergestellt werden.¹⁹²

Bei Kommunalunternehmen in der Rechtsform der AG kann dieser Einfluss der Kommune im Aufsichtsrat dadurch gesichert werden, dass die Gemeinde in der Satzung der AG gemäß § 101 Abs. 2 AktG das Recht eingeräumt bekommt, eine ihrem Anteil am Grundkapital entsprechende Anzahl von Mitgliedern in den Aufsichtsrat zu entsenden. Die so entsandten Aufsichtsratsmitglieder bedürfen nicht der Wahl durch die Hauptversammlung der AG, sodass die Anzahl und Person der die Interessen der Kommune wahrnehmenden Aufsichtsratsmitglieder nicht von der Zustimmung anderer Aktionäre in der Hauptversammlung abhängt. Weiterhin es lässt § 111 Abs. 4 AktG zu, dass die Satzung der AG bestimmte Maßnahmen der Geschäftsführung des Vorstands von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig macht. Zur Sicherung des Einflusses der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat können bestimmte Geschäfte, die besondere Bedeutung für die Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch die AG haben, diesem Zustimmungsvorbehalt unterstellt werden.

Bei Kommunalunternehmen in der Rechtsform der GmbH ist die Bildung eines Aufsichtsrats nur dann gesetzlich vorgeschrieben, wenn die Gesellschaft den Mitbestimmungsgesetzen unterfällt. Für die übrigen Gesellschaften ist die Bildung eines Aufsichtsrats fakultativ. In diesen Fällen kann die Kommune ihren Einfluss auf eine GmbH, an der sie beteiligt ist, dadurch sichern, dass der Gesellschaftsvertrag die Bildung eines Aufsichtsrats sowie eine Entsendungsrecht der Kommune für dessen Mitglieder vorsieht. Der Gesellschaftsvertrag sollte zur Sicherung des Einflusses der Vertretungskörperschaft der Kommune vorsehen, dass die von der Kommune entsandten Mitglieder des Aufsichtsrats einer nicht mitbestimmten GmbH einem Weisungsrecht der Vertretungskörperschaft unterliegen.¹⁹³ Zudem kann der Aufsichtsrat mit Rechten zur Kontrolle der Geschäftsführer und mit Zustimmungsvorbehalten für bestimmte Geschäfte ausgestattet werden. Eben solche Zustimmungsvorbehalte sind auch zugunsten der Gesellschafterversammlung, in der die Kommune als Gesellschafterin vertreten ist, möglich.

Der Einfluss, den die Kommunale sich sichern muss, muss „angemessen“ sein. Angemessen ist dabei das Maß an Einfluss, das es der Kommune erlaubt, die Verfolgung des öffentlichen Zwecks

191 § 103 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW; Art. 92 Abs. 1 Nr. 2 BayGO; § 96 Abs. 1 Nr. 2 BbgKVerf; § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO; § 69 Abs. 1 Nr. 3 KV M-V; § 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG; § 108 Abs. 1 Nr. 6 GO NW; § 87 Abs. 1 Nr. 3 GemO RP; § 110 Abs. 1 Nr. 3 SaarIKSVG; § 96 Abs. 1 Nr. 2 SächsGemO; § 117 Abs. 1 Nr. 3 GO LSA; § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO SH; § 73 Abs. 1 Nr. 3 ThürKO.

192 *Landesrechnungshof Schleswig-Holstein*, Kommunalbericht 2008, S. 100.

193 Ausdrücklich geregelt in § 108 Abs. 5 Nr. 2 GO NW für Aufsichtsräte nicht mitbestimmter Aktiengesellschaften und in § 87 Abs. 3 Nr. 3 GemO RP für nicht mitbestimmte Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

durch das Unternehmen sicherzustellen.¹⁹⁴ Wann das der Fall ist, kann wegen der Vielzahl der zu berücksichtigenden Umstände nur im Einzelfall bestimmt werden.¹⁹⁵ Bei Unternehmen, an denen neben der Kommune weitere Gesellschafter bzw. Aktionäre beteiligt sind, ist die Höhe der Beteiligung als Grenze der Einflussnahmemöglichkeiten der Gemeinde zu berücksichtigen. Der Einfluss ist dann angemessen, wenn die Mehrheitsverhältnisse in den Kontrollgremien des Unternehmens den Anteilen am Stamm- bzw. Grundkapital entsprechen.¹⁹⁶ So kann bei einer Minderheitenbeteiligung der Kommune eine Minorität im Aufsichtsrat angemessen sein, schon weil eine Mehrheit im Aufsichtsrat gegen die anderen Gesellschafter nicht durchgesetzt werden kann. Bei einer kommunalen Mehrheitsbeteiligung muss sich diese auch in einer Mehrheit der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat niederschlagen.¹⁹⁷

Einige Bundesländer haben spezielle Anforderungen an die Gesellschaftsverträge normiert, durch die der Einfluss der Kommunen auf ihre Gesellschaften gesichert werden soll:

In Bayern, Sachsen und Thüringen muss in den Gesellschaftsverträgen von GmbHs bestimmt werden, dass die Gesellschafterversammlung über den Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen sowie über den Abschluss von Unternehmensverträgen nach §§ 291, 292 AktG (Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, Gewinngemeinschaft) beschließt.¹⁹⁸ In den Satzungen von AGs muss der Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen der Zustimmung des Aufsichtsrats unterworfen werden.¹⁹⁹

Dieselben und noch weiter gehende Anforderungen an Gesellschaftsverträge enthalten die Gemeindeordnungen von Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und des Saarlands.²⁰⁰ So muss in Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz die Gesellschafterversammlung auch beschließen über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer, soweit dies nicht der Gemeinde vorbehalten ist, sowie über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Betriebsergebnisses. In Baden-Württemberg und dem Saarland muss der Gesellschaftsvertrag über die vorgenannten Gegenstände hinaus u.a. regeln, dass die Gesellschafterversammlung auch über die Aufnahme neuer Geschäftszweige bzw. Aufgaben im Rahmen des Unternehmensgegenstands beschließt.

Die Entscheidung darüber, ob die Vertreter der Kommune nach den Regeln des AktG bzw. GmbHG Gesellschaftsverträge von GmbHs bzw. Satzungen von AGs abschließen oder ändern, steht als Angelegenheit von grundlegender Bedeutung für die Kommune der Vertretungskörperschaft der Kommune zu. Diese Entscheidung ist auch dem Bürgerbegehren und dem Bürgerentscheid zugänglich, sodass auch auf diesen direkt-demokratischen Wegen die Bürger der Kommune direkt Einfluss auf die Gestaltung der Einflussmöglichkeiten der Kommune in den Gesellschaftsverträgen nehmen können.

Beispiel für die Formulierung von Einflussmöglichkeiten der Kommune auf eine nicht mitbestimmte GmbH:

§ 4 Aufsichtsrat

(1) Die Gesellschaft bildet einen Aufsichtsrat. Diesem gehören neun Mitglieder an, die von der Stadt X in den Aufsichtsrat entsandt werden. Die Mitglieder des Aufsichtsrats können vom Rat der Stadt X jederzeit abberufen werden und sind an die Weisungen des Rates der Stadt X gebunden. Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben der Stadt X unverzüglich zu be-

194 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 554 (Fn. 112).

195 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 95; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 554 (Fn. 112).

196 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 1, S. 12.

197 *Neutz* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 95; *Rehn/Cronauge/von Lenep*, GO NW, § 108 Anm. IV. 3.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 554.

198 Art. 92 Abs. 1 Satz 2 BayGO; § 96 Abs. 1 Nr. 3 SächsGemO; § 73 Abs. 1 Satz 2 ThürKO.

199 Art. 92 Abs. 1 Satz 3 BayGO; § 96 Abs. 2 Nr. 3 SächsGemO; § 73 Abs. 1 Satz 3 ThürKO.

200 § 103a GemO BW; § 108 Abs. 5 GO NW; § 87 Abs. 3 GemO RP; § 111 Abs. 1 Nr. 2 SaarlKSVG.

richten, wenn ihnen Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass die ordnungsgemäße Tätigkeit des Unternehmens oder die Erreichung des Unternehmenszwecks gefährdet sind.

(2) Für die innere Ordnung des Aufsichtsrats, seine Einberufung und Beschlussfassung, seine Rechte und Aufgaben und die Berichte der Geschäftsführer an den Aufsichtsrat gelten die Vorschriften des Aktiengesetzes entsprechend.

§ 5 Zustimmungsvorbehalte

(1) Entscheidungen der Geschäftsführer über folgende Angelegenheiten bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats:

- Investitionen in Höhe von mehr als 100.000 €,
- der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken und Grundstücksrechten,
- die Übernahme neuer Aufgaben und die Entledigung von Aufgaben im Rahmen des Unternehmensgegenstandes, soweit nicht nach Absatz 2 die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist,
- die gegenüber Verbrauchern verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

(2) Entscheidungen der Geschäftsführer über folgende Angelegenheiten bedürfen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung:

- Errichtung, Erwerb und Veräußerung von Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen,
- Aufstellung des Wirtschaftsplans, Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses,
- Übernahme neuer Aufgaben oder Geschäftszweige von wesentlicher Bedeutung für die Erreichung des öffentlichen Zwecks der Gesellschaft,
- Einstellung von Geschäftszweigen und Entledigung von Aufgaben von wesentlicher Bedeutung für die Erreichung des öffentlichen Zwecks der Gesellschaft,
- die gegenüber Verbrauchern angewendeten Entgelttarife für die Lieferung von Elektroenergie und Gas.

(3) Entscheidungen der Gesellschafterversammlung über die Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern bedürfen der Zustimmung des Rates der Stadt X.

bb) Sicherung des öffentlichen Zwecks

Außer in Hessen, dem Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen machen die Kommunalgesetze der Länder die Zulässigkeit der Gründung von Unternehmen in privater Rechtsform davon abhängig, dass durch deren Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag sichergestellt ist, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird.²⁰¹ Für die Regelungstechniken, mit denen die Erfüllung des öffentlichen Zwecks im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung zu sichern ist, macht der Wortlaut dieser Bestimmungen keine Vorgaben. Entscheidend ist damit nicht, auf welchem Wege, sondern dass die Erfüllung des öffentlichen Zwecks satzungsmäßig bzw. gesellschaftsvertraglich abgesichert ist.

Eine Regelungsmöglichkeit besteht darin, im Gesellschaftsvertrag festzuschreiben, welchen öffentlichen Zweck das Unternehmen erfüllen soll. Hierbei ist zu beachten, dass im Gesellschaftsrecht zwischen dem Gegenstand und dem Zweck des Unternehmens unterschieden wird.²⁰² Gegenstand

201 § 103 Abs. 1 Nr. 2 GemO BW; Art. 92 Abs. 1 Nr. 1 BayGO; § 96 Abs. 1 Nr. 1 BbgKVerf; § 69 Abs. 1 Nr. 2 KV MV; § 137 Abs. 1 Nr. 5 NKomVG; § 108 Abs. 1 Nr. 7 GO NW; § 87 Abs. 1 Nr. 2 GemO RP; § 96 Abs. 1 Nr. 1 SächsGemO; § 117 Abs. 1 Nr. 2 GO LSA.

202 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 1 Rn. 2 m.w.N.

des Unternehmens ist die Tätigkeit, die die Gesellschaft betreiben will.²⁰³ Der Zweck des Unternehmens ist nicht notwendig identisch mit seinem Gegenstand. Zwar können Zweck und Gegenstand des Unternehmens im Einzelfall identisch sein. Jedoch können die den Gegenstand des Unternehmens bildenden Tätigkeiten im Einzelfall ebenso bloßes Mittel zur Erreichung eines Zwecks sein, der sich nicht in der bloßen Durchführung der Tätigkeiten erschöpft. So kann der Gegenstand eines kommunalen Unternehmens in der Lieferung von Strom und Gas sowie dem Betrieb der dafür erforderlichen Leitungsnetze bestehen. Handelt es sich bei diesem Unternehmen um ein privates, wird sich der Zweck der Gesellschaft in der (Gewinn bringenden) Ausführung dieser Tätigkeiten erschöpfen. Handelt es sich dagegen um ein kommunales Unternehmen, sind die Tätigkeiten nur Mittel zur Erreichung des öffentlichen Zwecks, der in der krisensicheren, ökologisch nachhaltigen Versorgung der ortsansässigen Einwohner und Gewerbetreibenden zu sozial angemessenen Konditionen besteht. Zur Angabe des öffentlichen Zwecks eines Unternehmens genügt die Angabe seines Geschäftsgegenstandes also nur dann, wenn sich aus dem Unternehmensgegenstand eindeutige Hinweise auf die öffentliche Zwecksetzung des Unternehmens ergeben.²⁰⁴

Eine andere Regelungsmöglichkeit ist die gerade oben erörterte gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung eines angemessenen Einflusses der Kommune auf die Gesellschaft, sodass die Kommune über ihren Einfluss auf die Entscheidungen der Organe des Unternehmens die Erreichung des öffentlichen Zwecks steuern kann.

Ausdrücklich gesetzlich gefordert ist die gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung des Einflusses der Kommune „zur Sicherstellung des öffentlichen Zwecks von Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ in Art. 92 Abs. 1 Satz 2 BayGO und § 73 Abs. 1 Satz 2 ThürKO, nach denen die Gesellschafterversammlung, in der die Kommune über ihre Vertreter angemessenen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft ausüben kann, über den Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen sowie über den Abschluss von Unternehmensverträgen nach §§ 291, 292 AktG (Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, Gewinngemeinschaft) beschließen muss.

Beispiel für die Formulierung des öffentlichen Zwecks in einem Gesellschaftsvertrag einer GmbH:

§ 2 Gegenstand und Zweck der Gesellschaft

(1) Gegenstand der Gesellschaft sind die Belieferung der Einwohner und Gewerbetreibenden der Stadt X mit Elektroenergie und Gas sowie der Betrieb der hierfür erforderlichen Leistungsnetze, Kraftwerke und Speicheranlagen. Die Gesellschaft führt die im Zusammenhang mit der Strom- und Gasversorgung zusammenhängenden Installations- und Wartungsarbeiten durch. Die Gesellschaft kann die Lieferung von Elektroenergie und Gas auch an Endabnehmer außerhalb der Stadt X betreiben.

(2) Zweck der Gesellschaft ist die im öffentlichen Interesse der Stadt X liegende, dauerhafte, krisensichere und ökologisch nachhaltige Versorgung der Einwohner und Gewerbetreibenden der Stadt X mit Elektroenergie und Gas zu sozial angemessenen Tarifen. Die Entscheidungen der Organe der Gesellschaft dürfen der Erreichung dieses öffentlichen Zwecks nicht entgegenstehen, insbesondere muss die Erwirtschaftung eines Gewinns im Zweifel hinter die Erreichung des öffentlichen Zwecks zurücktreten.

c) *Beteiligungsbericht*

Alle Bundesländer – Ausnahme: Schleswig-Holstein – fordern von den Kommunen die Erstellung von Beteiligungsberichten.²⁰⁵ Diese Berichte sollen zu allen Kommunalunternehmen in öffentlich-recht-

²⁰³ BayObLG, NJW 1976, S. 1694.

²⁰⁴ Becker in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 170 m.w.N.

²⁰⁵ § 105 Abs. 2 GemO BW; Art. 64 Abs. 3 BayGO; § 98 Nr. 3 BbgKVerf; § 123a HGO; § 73 Abs. 3 KV M-V; § 151

licher und privatrechtlicher Rechtsform sowie zu kommunalen Beteiligungen an Unternehmen in allen Ländern Angaben enthalten über:

- den Gegenstand des Unternehmens,
- die Beteiligungsverhältnisse,
- die Besetzung der Organe des Unternehmens,
- die vom Unternehmen gehaltenen Beteiligungen,
- die Grundzüge des Geschäftsverlaufs des Unternehmens,
- die Lage des Unternehmens,
- die Kapitalzuführungen und -entnahmen durch die Kommune,
- den Stand der Erfüllung des öffentlichen Zwecks des Unternehmens.

In einigen Ländern sind noch Angaben weitere Angaben, z.B. zur Zahl der Beschäftigten²⁰⁶, zu den Bezügen der Mitglieder der Geschäftsführung²⁰⁷ und zum Vorliegen der Voraussetzungen der Schrankentrias²⁰⁸ erforderlich.

Die Beteiligungsberichte waren nach Einführung der Berichtspflicht zu erstellen und sind seither jährlich fortzuschreiben. Er dient zur Information der Vertretungskörperschaft der Kommune und der Einwohner.²⁰⁹ Er ist in allen Ländern der Vertretungskörperschaft und den Einwohnern zur Kenntnis zu bringen. Letzteres muss nicht durch öffentliche Bekanntmachung geschehen; vielmehr genügt, wenn die Kommune den Beteiligungsbericht zur Kenntnisnahme durch die Einwohner auslegt und die Einwohner auf diese Auslegung hinweist.²¹⁰ In einigen Bundesländern ist ausdrücklich vorgeschrieben, dass der Beteiligungsbericht von der Vertretungskörperschaft der Kommune in öffentlicher Sitzung zu erörtern ist.²¹¹

Diese Berichtspflicht soll mehr Transparenz in der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen schaffen²¹², was der besseren Verwirklichung des Demokratieprinzips bei wirtschaftlichen Tätigkeiten der Kommunen dient. Für die demokratische Legitimation des Handelns der Organe der Kommunalunternehmen bedarf es ihrer Kontrolle durch die demokratisch legitimierte Vertretungskörperschaft der Kommune. Diese Kontrolle ist nur möglich, wenn der Vertretungskörperschaft die Entscheidungen der Unternehmensorgane und deren Auswirkungen auf das Unternehmen, die Kommune und die Erfüllung des mit dem Unternehmen verfolgten öffentlichen Zwecks bekannt sind. Nur aufgrund dieses Wissens können die Mitglieder der Vertretungskörperschaft darüber entscheiden, inwieweit die Handlungen der Unternehmensorgane mit ihrem Willen übereinstimmen oder ob und mit welchen Mitteln Einfluss auf das Unternehmen zur Anpassung seiner Geschäftspolitik an den Willen der Mitglieder der Vertretungskörperschaft (bis hin zur Abberufung kommunaler Vertreter aus den Organen des Unternehmens) genommen werden muss.

Zudem erhöht die Berichtspflicht gegenüber den Bürgern die demokratische Verantwortlichkeit der Mitglieder der Vertretungskörperschaft der Kommune bei Entscheidungen über wirtschaftliche Aktivitäten der Kommune: Die demokratische Legitimation der Volksvertretungen ergibt sich aus der Möglichkeit ihrer regelmäßigen Wiederwahl.²¹³ Denn nur indem sich die Repräsentanten regelmä-

NKomVG; § 117 GO NW; § 90 Abs. 2 GemO RP; § 115 Abs. 2 SaarlKSVG; § 99 SächsGemO; § 118 Abs. 2 GO LSA; § 75a ThürKO.

206 Z.B. § 105 Abs. 2 GemO BW.

207 Z.B. § 105 Abs. 2 GemO BW; § 90 Abs. 2 GemO RP.

208 Z.B. § 151 NKomVG.

209 So ausdrücklich § 105 Abs. 2 GemO BW.

210 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 3, S. 9.

211 U.a. § 123a Abs. 3 HGO, § 118 Abs. 2 GO LSA.

212 *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 53 (zitiert nach juris); *MI LSA*, Leitfaden Nr. 3, S. 9.

213 *Böckenförde* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, S. 429 (438); *Kriele*, *VVDStRL* Bd. 29 (1971), S. 46 (63).

ßig der Wiederwahl durch das Volk stellen, wird die Verantwortung des Abgeordneten gegenüber den Wählern realisiert, was allein eine Ablösung des Willens der Repräsentanten von dem des Volkes und damit ein Abreißen der Legitimationskette verhindert.²¹⁴ Damit der Repräsentant seine Handlungen vor den Wählern verantworten muss, müssen letztere die Möglichkeit haben, das Handeln des Repräsentanten zu beobachten.²¹⁵ Nur aufgrund dieses Wissens können die Wähler die Entscheidung darüber treffen, ob der Repräsentant in der Vergangenheit nach ihrem Willen gehandelt hat und damit das Vertrauen rechtfertigt, ihm auch für die kommende Wahlperiode die mit dem Mandat verbundene Entscheidungsbefugnis über die Rechte und Interessen der Wähler anzuvertrauen. Erst der den Bürgern der Kommune bekanntgegebene Beteiligungsbericht verschafft ihnen das notwendige Wissen über die kommunalen Unternehmen, aufgrund dessen die Bürger entscheiden können, ob die kommunalwirtschaftlichen Entscheidungen der Mitglieder der Vertretungskörperschaft ihrem Willen entsprechen. Erst durch den Beteiligungsbericht ist es den Bürgern der Kommunen möglich, das wirtschaftliche Handeln der Mitglieder der Vertretungskörperschaft zum Gegenstand ihrer Wahlentscheidung zu machen.

Und schließlich ermöglicht der Beteiligungsbericht den Bürgern, von ihnen als solche empfundene Missstände und Fehlentwicklungen bei den Kommunalunternehmen zu erkennen und ihnen mit den direkt-demokratischen Instrumenten der Kommunalgesetze (Einwohnerantrag, Bürgerbegehren, Bürgerentscheid) entgegenzusteuern.²¹⁶ So entsteht z.B. erst aus der Kenntnis hoher Gewinne, die ein Kommunalunternehmen an den kommunalen Haushalt abführt, der Entschluss der Gemeindebürger, mittels Bürgerbegehren und Bürgerentscheid niedrigere Tarife für die Leistungen des kommunalen Unternehmens durchzusetzen.

214 *Böckenförde* in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, S. 429 (438); von Simson, VVDStRL Bd. 29, S. 3 (32 f.).

215 *DiFabio* in Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Badura-FS, S. 77 (82).

216 Ähnlich argumentiert der *VerfGH RP*, Urteil vom 28.03.2000 – N 12/98 –, Abs. 53 (zitiert nach juris).

B) Demokratische Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform

Die Kommunalgesetze aller Länder stellen den Kommunen als Rechtsform für deren wirtschaftliche Unternehmen die Rechtsform des Eigenbetriebs zur Verfügung. In einigen Ländern ist als weitere Rechtsform kommunaler Unternehmen die Anstalt des öffentlichen Rechts zulässig. Die Kommunalgesetze der Länder regeln die Rechte und Pflichten, die die Organe der Unternehmen und der Kommunen sowie deren Mitglieder und die Bürger bei der demokratischen Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen haben, sowie die Verfahren, in denen demokratische Führung und Kontrolle zu vollziehen sind.

I) Der Eigenbetrieb

1.) Überblick über die Rechtsform

Der Eigenbetrieb ist eine Gliederung der Kommune ohne eigene Rechtspersönlichkeit.¹ Er wird durch eine Satzung gegründet, die von der Vertretungskörperschaft der Kommune (Rat bzw. Kreistag) zu beschließen ist. Diese Satzungen müssen mindestens Vorschriften über die Wirtschaftsführung, die Vermögensverwaltung und die Rechnungslegung des Eigenbetriebs enthalten. Regelmäßig werden in der Satzung der Name des Eigenbetriebs, die Höhe seines Stammkapitals, der Betriebszweck und -gegenstand geregelt sowie die Zuständigkeiten der Organe des Eigenbetriebs und derjenigen der Kommune gegeneinander abgegrenzt.² Im Einzelnen enthalten die Kommunalgesetze der Länder unterschiedliche Anforderungen an den Pflichtinhalt der sowie an die fakultativen Inhalte der Betriebssatzung des Eigenbetriebs.³

Der Eigenbetrieb ist insoweit organisatorisch verselbständigt, als er außerhalb der kommunalen Verwaltung als Sondervermögen geführt wird.⁴ Wegen dieser organisatorischen Verselbständigung verfügt der Eigenbetrieb über eigene Organe: die Werk- oder Betriebsleitung und den Werks- oder Betriebsausschuss.⁵ Diese haben in eigener Verantwortung diejenigen Aufgaben des Eigenbetriebs zu erledigen, die nicht der Vertretungskörperschaft oder dem Hauptverwaltungsbeamten der Kommune vorbehalten sind. Weitere Folge der organisatorischen Verselbständigung ist, dass Eigenbetriebe eine von der Haushaltsführung der Kommune getrennte, an den wirtschaftlichen Zweck der Eigenbetriebe angepasste⁶ Wirtschaftsführung, Vermögensverwaltung und Rechnungslegung haben.⁷

Eigenbetriebe können von Gemeinden, Landkreisen und Zweckverbänden, in denen sich nach den Landesgesetzen über kommunale Zusammenarbeit mehrere Kommunen zur gemeinsamen Erledigung einer Aufgabe zusammenschließen, gebildet werden.

Die Rechtsgrundlagen des Eigenbetriebsrechts sind in den Gemeindeordnungen der Länder sowie in besonderen Eigenbetriebsgesetzen und -verordnungen geregelt.

1 *Faber*, Gesellschaftsrechtliche Bindungen, S. 49; *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 205.

2 *Schneider* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 116.

3 Vgl. z.B. § 93 Abs. 1, 3 BbgKVerf; § 86 Abs. 3 GemO RP und § 4 Abs. 1 EigBG LSA. Zu den pflichtigen und fakultativen Inhalten der Betriebssatzung nach dem SächsEigBG vgl. *Sächsisches Staatsministerium des Inneren*, Anwendungshinweise zum Sächsischen Eigenbetriebsgesetz, S. 6 f.

4 Vgl. z.B. Art. 88 Abs. 1 BayGO; § 86 Abs. 1 GemO RP. *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 205.

5 *Faber*, Gesellschaftsrechtliche Bindungen, S. 48. Die Bezeichnungen differieren in den einzelnen Ländern; Aufgaben und Befugnisse sind aber im Wesentlichen identisch.

6 *Schneider* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 119.

7 Vgl. z.B. § 86 Abs. 3 GemO RP. *Faber*, Gesellschaftsrechtliche Bindungen, S. 49; *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 206.

2.) Die Verteilung der Kompetenzen zur Steuerung und Kontrolle von Eigenbetrieben zwischen den Organen des Eigenbetriebs und der Kommune

Die Gemeindeordnungen und Eigenbetriebsgesetze der Länder enthalten Regelungen zur Zusammensetzung der Organe des Eigenbetriebs und der Kommune sowie Normen zur Bestellung der Mitglieder der Organe durch Wahl oder Ernennung. Damit wird für jedes Organ ein besonderes Niveau demokratischer Legitimation geschaffen. Innerhalb dieses institutionellen Gefüges, das der Einbindung des Eigenbetriebs in die Gemeindepolitik dient⁸, werden den einzelnen Organen und ihren Mitgliedern Aufgaben und Befugnisse zur Steuerung und Kontrolle der Tätigkeit des Eigenbetriebs zugewiesen, deren Umfang und Bedeutung der Höhe des Legitimationsniveaus der Organe entsprechen. Mit dieser Verteilung der Geschäftsführung des Eigenbetriebs auf mehrere Organe wird das Demokratieprinzip bei der Leitung der Eigenbetriebe verwirklicht.⁹ Zudem können die Bürger in den meisten Bundesländern selbst mit Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden Einfluss auf die Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen nehmen. Auf die demokratische Legitimität von Entscheidungen der Organe haben zudem die Regeln über die Entscheidungsverfahren der einzelnen Organe Einfluss; so sind z.B. Entscheidungsprozesse, die in öffentlicher Sitzung stattfinden, transparenter und lösen damit eine höhere Verantwortlichkeit der Mitglieder der Organe gegenüber den Bürgern aus als nicht öffentlich zustande gekommene Entscheidungen.

a) Werks- oder Betriebsleitung

Die Werkleitung, die aus einer oder mehreren Personen bestehen kann, wird je nach Landesrecht von der Vertretungskörperschaft der Kommune oder dem Hauptverwaltungsbeamten (in einigen Ländern unter Zustimmung der Vertretungskörperschaft) bestellt.¹⁰ Die Auswahl des oder der Betriebsleiter soll sich an deren fachlicher Eignung zur Führung der Geschäfte des Eigenbetriebs orientieren.

In Brandenburg ist die Bestellung einer Betriebsleitung nicht zwingend vorgeschrieben: Nach § 93 Abs. 3 BbgKVerf kann die Vertretungskörperschaft eine Betriebsleitung bestellen; ist dies nicht geschehen, werden die Aufgaben der Betriebsleitung vom Hauptverwaltungsbeamten wahrgenommen. Gleiches gilt nach § 10 Abs. 3 EigBG BW in Baden-Württemberg und nach § 6 SaarlEigVO im Saarland.

Das Niveau demokratischer Legitimation der Betriebsleitung ist im Vergleich zu der der Vertretungskörperschaft der Kommune und der des Betriebsausschusses geringer, da weder eine Urwahl der Betriebsleitung durch die Bürger erfolgt noch die Zusammensetzung der Betriebsleitung die politischen Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft widerspiegeln muss. Zudem müssen die Entscheidungen der Betriebsleitung nicht in öffentlicher Sitzung gefasst oder öffentlich bekannt gemacht werden, sodass auch die für die demokratische Verantwortlichkeit der Betriebsleitung wichtige Transparenz ihrer Entscheidungen hinter der der Entscheidungen der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses zurück bleibt.

Diesem im Vergleich zu den anderen Organen geringeren Legitimationsniveau entsprechend sind die für den Eigenbetrieb sind die Entscheidungsbefugnisse der Betriebsleitung begrenzt. Die Betriebsleitung ist auf die eigenverantwortliche Leitung des Eigenbetriebs beschränkt. Dies umfasst die laufende Betriebsführung und die Ausführung der den Eigenbetrieb betreffenden Beschlüsse der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses.¹¹ Die Betriebsleitung umfasst das Setzen der

8 Franz, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 206.

9 Faber, Gesellschaftsrechtliche Bindungen, S. 49.

10 Schneider in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 124.

11 § 5 Abs. 1, 2 EigBG BW; Art. 88 Abs. 3 BayGO; § 93 Abs. 3 BbgKVerf; § 4 Abs. 1 HEigBGe; § 3 Abs. 1, 3 EigVO M-V; § 140 Abs. 4 NKomVG; § 2 Abs. 1 EigVO NW; § 4 Abs. 1 EigAnVO RP; § 6 Abs. 1 SaarlEigVO; § 5 Abs. 1, 2 SächsEigBG; § 6 EigBG LSA; § 76 Abs. 1 ThürKO.

unternehmerischen Ziele im Rahmen der Vorgaben der Betriebsatzung und der Beschlüsse der Vertretungskörperschaft sowie des Betriebsausschusses, die Planung, Organisation und Überwachung der betrieblichen Abläufe und die Personalführung.¹² Diese Aufgaben erfüllt die Betriebsleitung in eigener Verantwortung im Rahmen der laufenden Betriebsführung, wozu die Geschäfte gehören, die nach Art und Ausmaß wiederkehrend anfallen und die keine grundsätzliche Bedeutung haben.¹³ Im Rahmen dieser ihr übertragenen Aufgaben vertritt die Betriebsleitung nach den Kommunalgesetzen der meisten Länder die Gemeinde nach außen.¹⁴ Die Entscheidungsfreiheit der Betriebsleitung ist mithin beschränkt auf Geschäfte, die nicht wegen ihrer erheblichen Bedeutung der demokratisch besser legitimierten Vertretungskörperschaft bzw. dem Betriebsausschuss vorbehalten sind.

Um den Organen der Kommune die Kontrolle der Tätigkeit des Eigenbetriebs zu ermöglichen, obliegen der Betriebsleitung Berichtspflichten: In den meisten Ländern hat die Betriebsleitung den Hauptverwaltungsbeamten der Kommune unverzüglich über wichtige Angelegenheiten des Eigenbetriebs zu unterrichten.¹⁵ In einigen Ländern hat die Betriebsleitung über wichtige Angelegenheiten – neben dem Hauptverwaltungsbeamten oder allein – den Betriebsausschuss zu unterrichten.¹⁶ Hinzu kommt in einigen Ländern die Pflicht zu regelmäßigen Berichten über den Stand der Erfüllung der Erfolgs- und Finanzplanung des Eigenbetriebs.¹⁷ Die zu berichtenden wichtigen Angelegenheiten erfassen auch wirtschaftliche Risiken und drohende, in der Wirtschaftsplanung nicht vorhergesehene Verluste sowie drohende oder bereits eingetretene Probleme bei der Erfüllung des öffentlichen Zwecks des Unternehmens und von Beschlüssen des Betriebsausschusses sowie der Vertretungskörperschaft.

Für die demokratische Steuerung und Kontrolle der Tätigkeit der Betriebsleitung sind diese Berichte für ihre Adressaten von entscheidender Bedeutung, denn erst sie machen die Tätigkeit der Betriebsleitung und die Lage des Eigenbetriebs für die Adressaten der Berichte transparent. Durch die Berichte erhalten die Organe der Kommune, denen die Betriebsleitung verantwortlich ist und von denen sie ihre demokratische Legitimation ableitet, die Informationen, die sie benötigen, um die Lage des Eigenbetriebs, die Tätigkeit seiner Organe, den Stand der Erfüllung der den Eigenbetrieb betreffenden Beschlüsse der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses sowie den Stand der Erfüllung des öffentlichen Zwecks des Eigenbetriebs bewerten zu können. Diese Informationen erst ermöglichen es ihren Adressaten, auf ausreichender sachlicher Grundlage über die Angelegenheiten des Eigenbetriebs entscheiden zu können und die Tätigkeit der Betriebsleitung und des Betriebsausschusses darauf zu kontrollieren, ob sie dem Willen und den Beschlüssen der Vertretungskörperschaft entsprechen.

Rechtspolitische Kritik verdient die Rechtslage in den Ländern (wie z.B. Baden-Württemberg), in denen die unverzüglichen Berichte über wichtige Angelegenheiten nur dem Hauptverwaltungsbeamten, nicht aber auch dem Betriebsausschuss und der Vertretungskörperschaft zu erstatten sind. In den meisten Fällen werden die Vertretungskörperschaft bzw. der Betriebsausschuss und nicht der Hauptverwaltungsbeamte für Beschlüsse zur Regelung der berichteten wichtigen Angelegenheiten zuständig sein. Den Mitgliedern der zuständigen Gremien gegenüber hat der allein unterrichtete

12 *Schneider* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 124.

13 *Schneider* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 124; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 372.

14 Vgl. z.B. § 6 Abs. 1 EigBG BW; Art. 88 Abs. 3 BayGO.

15 § 5 Abs. 3 EigBG BW; § 5 Abs. 3 BbgEigV; § 3 Abs. 4 EigVO M-V; § 2 Abs. 1 NEigBetrVO; § 4 Abs. 2 EigAnVO RP; § 6 Abs. 1 SaarlEigVO; § 5 Abs. 4 SächsEigBG.

16 § 5 Abs. 3 BbgEigV; § 4 Abs. 2 HeigBGes; § 5 Abs. 2 EigVO NW; § 4 Abs. 2 EigAnVO RP; § 6 Abs. 2 EigBG LSA.

17 § 19 BayEBV; §§ 5 Abs. 3, 20 BbgEigV; § 4 Abs. 2 HEigBGes; § 19 EigVO MV; §§ 7, 20 EigVO NW; § 21 EigAnVO RP; § 18 SaarlEigVO; § 8 Abs. 1 SächsEigBVO; § 19 ThürEBV.

Hauptverwaltungsbeamte einen Informationsvorsprung, den er dazu nutzen kann, eigene Entscheidungsvorschläge zu erarbeiten und die Entscheidung der zuständigen Gremien über seinen Vorschlag durch eine taktisch-selektive Weitergabe der ihm zur Verfügung stehenden Informationen in seinem Sinne zu beeinflussen. Zudem sind die Mitglieder derjenigen Fraktionen der Vertretungskörperschaft, die der gleichen Partei wie der Hauptverwaltungsbeamte angehören, nach aller Erfahrung dazu bereit, den Vorschlägen der Verwaltungsspitze zuzustimmen. Diese Zustimmungsbereitschaft beruht nicht nur auf parteipolitischer Sympathie. Sie ist ebenso sehr dadurch bedingt, dass die Fraktionen, denen zur Erarbeitung eigener Vorschläge im Vergleich zur Verwaltung deutlich weniger Ressourcen zur Verfügung stehen, auf die Richtigkeit der Vorschläge der Verwaltung vertrauen. Dieser Informationsvorsprung der Verwaltung führt regelmäßig dazu, dass die die Verwaltungsspitze tragenden Mehrheitsfraktionen einem Vorschlag der Verwaltung zustimmen, ohne dass in der Vertretungskörperschaft eine offene Diskussion mit der Opposition über alternative Vorschläge geführt wird. Daraus resultiert eine praktische Verschiebung der Entscheidungsgewalt von den rechtlich dazu berufenen Vertretungskörperschaften hin zur Verwaltung.¹⁸ Statt gesetzlich den Informationsvorsprung des Hauptverwaltungsbeamten zu zementieren, sollte gesetzlich in allen Bundesländern eine frühzeitige und umfassende Information der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses vorgeschrieben werden, aufgrund derer alle Fraktionen ohne Rücksicht auf die Entscheidungsvorschläge des Hauptverwaltungsbeamten eigene Vorschläge erarbeiten und die unterschiedlichen Vorschläge unvoreingenommen zu diskutieren mit dem Ziel, die der Sache angemessenste Lösung zu finden.

b) Werks- oder Betriebsausschuss

aa) Zusammensetzung des Betriebsausschusses, Wahl der Mitglieder

Der Werks- oder Betriebsausschuss ist ein beratender und beschließender Ausschuss der Vertretungskörperschaft der Kommune.¹⁹

In Brandenburg und Schleswig-Holstein kann auf die Bildung eines Werksausschusses verzichtet werden.²⁰ Dessen Aufgaben werden dann von der Vertretungskörperschaft der Kommune wahrgenommen. In Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen kann der Betriebsausschuss statt als beschließender Ausschuss als rein beratender Ausschuss gebildet werden.²¹ In letzterem Falle steht die Befugnis zu Beschlüssen über Angelegenheiten des Eigenbetriebs nur der Vertretungskörperschaft zu. Von der Bildung eines Werksausschusses abzusehen oder nur einen beratenden Ausschuss zu bilden empfiehlt sich bei kleineren Kommunen, bei denen die Angelegenheiten der Eigenbetriebe wegen deren geringen Geschäftsaufkommens von der Vertretungskörperschaft erledigt werden können und nicht die Einrichtung eines besonderen Ausschusses erfordern.

Die Regeln über die Besetzung der Ausschüsse und die Wahl der Mitglieder unterscheidet sich in den einzelnen Bundesländern. Während in einem Teil der Länder die allgemein für Ausschüsse der Vertretungskörperschaften geltenden Regeln anwendbar sind, haben andere Länder Spezialregelungen für Betriebsausschüsse getroffen, die den allgemeinen Regeln vorgehen:

In Baden-Württemberg enthält § 7 EigBG BW keine speziellen Regelungen zur Besetzung des Betriebsausschusses und zur Wahl seiner Mitglieder, weshalb die allgemeinen Regeln der Gemeindeordnung für die Besetzung von Ausschüssen anzuwenden sind. Danach bestehen beschließende Betriebsausschüsse gemäß § 40 Abs. 1 GemO BW aus dem Vorsitzenden und mindestens vier Mitgliedern. Da diese Norm nur die Mindestanzahl festlegt, kann die Betriebsatzung eine höhere Anzahl von Mitgliedern vorsehen. Vorsitzender des beschließenden Ausschusses ist gemäß § 40 Abs. 3 GemO BW der Hauptverwaltungsbeamte der Kommune. Die übrigen Mitglieder und deren Stellvertreter werden nach § 40

18 Vgl. zum gleich gelagerten Informationsvorsprung der Regierung gegenüber dem Parlament *Pasemann/Baufeld*, ZRP 2002, S. 119 (121 f.) m.w.N.

19 § 7 Abs. 1 EigBG BW; Art. 88 Abs. 4 BayGO; § 93 Abs. 2 BbgKVerf; § 6 Abs. 1 EigVO M-V; § 5 Abs. 1 EigVO NW; § 3 Abs. 1 EigAnVO RP; § 109 Abs. 2 i.V.m. § 48 SaarlKSVG; § 7 Abs. 1 SächsEigBG; § 8 Abs. 1 EigBG LSA; § 76 Abs. 1 ThürKO.

20 § 93 Abs. 2 BbgKVerf; § 5 Abs. 2 EigVO SH.

21 § 6 Abs. 1 EigVO M-V; § 7 Abs. 1 SächsEigBG.

Abs. 1 GemO BW widerruflich aus der Mitte der Vertretungskörperschaft bestellt. Sachkundige Einwohner, die nicht Mitglied der Vertretungskörperschaft sind, können widerruflich durch die Vertretungskörperschaft zu beratenden Mitgliedern (also ohne Stimmrecht) in den beschließenden Ausschuss berufen werden; ihre Zahl darf die der der Vertretungskörperschaft angehörenden Mitglieder des Ausschusses nicht erreichen, § 40 Abs. 1 GemO BW. Nach jeder Wahl sind die Ausschüsse neu zu bilden, womit die Mitglieder am Beginn jeder Wahlperiode neu zu wählen sind, § 40 Abs. 1 GemO BW. Gemäß § 40 Abs. 2 werden die Mitglieder von der Vertretungskörperschaft auf Grund von Wahlvorschlägen nach den Grundsätzen der Verhältniswahl unter Bindung an die Wahlvorschläge der Fraktionen gewählt, wenn in der Vertretungskörperschaft keine Einigung auf die Besetzung des Ausschusses erzielt werden konnte.

Nach Art. 88 Abs. 4 Satz 2 BayGO ist der Werkausschuss ein beschließender Ausschuss der Vertretungskörperschaft im Sinne der Art. 32 und 55 BayGO, womit die allgemeinen Regeln über beschließende Ausschüsse der Vertretungskörperschaft auch für den Werkausschuss gelten. Die Zusammensetzung der Ausschüsse ist gemäß Art. 33 Abs. 1 Satz 1 BayGO in der Geschäftsordnung der Kommune zu regeln; im Fall des Werkausschusses kann die Regelung ebenso in der Betriebssatzung erfolgen. Diese sollte mangels gesetzlicher Festlegung die Anzahl der Ausschussmitglieder bestimmen. Weiterhin bestimmt Art. 33 Abs. 1 BayGO für die Besetzung der Ausschüsse, dass die Vertretungskörperschaft bei der Besetzung der Ausschüsse dem Stärkeverhältnis der in ihr vertretenen Parteien und Wählergruppen Rechnung zu tragen hat. Wenn dabei mehrere Parteien oder Wählergruppen gleichen Anspruch auf einen Sitz haben, ist statt eines Losentscheids auch der Rückgriff auf die Zahl der bei der Wahl auf diese Parteien oder Wählergruppen abgegebenen Stimmen zulässig. Die Vertretungskörperschaft darf keine anderen als die von den Parteien oder Wählergruppen vorgeschlagenen Personen in den Ausschuss berufen.

In Brandenburg werden nach § 43 Abs. 2 i.V.m. § 41 Abs. 2 BbgKVerf die Sitze im Ausschuss aufgrund von Vorschlägen der Fraktionen verteilt. Für die Verteilung der Sitze auf die einzelnen Fraktionen gilt das Verfahren nach Hare-Niemeyer: Die Zahl der im Ausschuss zu vergebenden Sitze wird mit der Zahl der Mitglieder der Fraktion vervielfacht und durch die Zahl der Mitglieder aller Fraktionen geteilt. Jede Fraktion erhält zunächst so viele Sitze, wie sich für sie ganze Zahlen ergeben. Die weiteren Sitze sind in der Reihenfolge der höchsten Zahlenbruchteile auf die Fraktionen zu verteilen. Bei gleichen Zahlenbruchteilen entscheidet das Los, soweit die betroffenen Fraktionen keine Einigung erzielen. Erhält eine Fraktion, der mehr als die Hälfte der Mitglieder der Gemeindevertretung angehört, nicht mehr als die Hälfte der Sitze, so wird ihr von den nach Zahlenbruchteilen zu vergebenden Sitzen ein zusätzlicher Sitz zugeteilt; weitere zu vergebende Sitze werden nach dem eben beschriebenen Berechnungsverfahren auf die Fraktionen verteilt. Durch einstimmigen Beschluss der Vertretungskörperschaft kann eine andere Sitzverteilung vorgenommen werden, § 43 Abs. 2 BbgKVerf. Gemäß § 43 Abs. 2 BbgKVerf benennen die Fraktionen die auf sie entfallende Anzahl von Mitgliedern des Ausschusses sowie eine entsprechende Anzahl von Stellvertretern; die Fraktionen können die von ihnen entsandten Mitglieder und Stellvertreter jederzeit austauschen. Gemäß § 43 Abs. 3 BbgKVerf kann die Hauptsatzung der Kommune bestimmen, dass Fraktionen, auf die nach dem Berechnungsverfahren kein Sitz im Ausschuss entfallen ist, ein Mitglied mit Rede-, Antrags- und Stimmrecht in den Ausschuss entsenden kann. Zudem dürfen sachkundige Bürger, die nicht Mitglied der Vertretungskörperschaft sind, als Mitglieder in den Werkausschuss aufgenommen werden; anders als dies für die sonstigen Ausschüsse in § 43 Abs. 4 BbgKVerf geregelt ist, steht ihnen nach § 93 Abs. 2 BbgKVerf ein Stimmrecht im Ausschuss zu. Bei Eigenbetrieben mit mehr als 50 Beschäftigten kann der Werkausschuss abweichend von den §§ 41, 43 BbgKVerf bis zu einem Drittel aus stimmberechtigten Beschäftigten des Eigenbetriebes bestehen; bei Eigenbetrieben mit weniger als 51, aber mehr als zehn Beschäftigten, können dem Werkausschuss bis zu zwei Beschäftigte des Eigenbetriebes angehören. Die Beschäftigten sind auf Vorschlag einer Versammlung der Beschäftigten von der Vertretungskörperschaft zu wählen. Die Anzahl der sachkundigen Einwohner darf zusammen mit der Anzahl der Beschäftigten die der Gemeindevertreter im Werkausschuss nicht erreichen.

In Hessen beruft der Gemeindevorstand die Betriebskommission, § 6 Abs. 1 HEigBGes. Nach § 6 Abs. 2 HEigBGes gehören der Betriebskommission an: der Bürgermeister oder ein von ihm benannter Stellvertreter sowie zwei weitere Mitglieder des Gemeindevorstands, wovon einer der für die Finanzen zuständige Beigeordnete sein muss; zwei Mitglieder des Personalrates des Eigenbetriebes, die auf dessen Vorschlag von der Gemeindevertretung nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl für die Dauer der Wahlzeit des Personalrates gewählt werden; Mitglieder der Gemeindevertretung, die von ihr für die Dauer ihrer Wahlzeit aus ihrer Mitte gewählt werden. Die Anzahl der in die Betriebskommission gewählten Gemeindevertreter bestimmt die Betriebssatzung. Für das Wahlverfahren gelten nach § 55 HGO die Grundsätze der Verhältniswahl: Die Fraktionen stellen als Wahlvorschläge Listen ihrer Bewerber auf. Die Gemeindevertreter stimmen für eine der Listen. Die Verteilung der für die einzelnen Listen zu vergebenden Sitze erfolgt aufgrund des Verhältnisses der auf die Listen abgegebenen Stimmen. Jede Fraktion erhält zunächst so viele Sitze, wie sich für sie ganze Zahlen ergeben. Danach noch zu vergebende Sitze werden in der Reihenfolge der höchsten Zahlenbruchteile, die sich aus der Berechnung anhand der Mitgliederzahlen der Fraktionen ergeben, verteilt. Von jeder Liste wird vom ersten Listenplatz an so vielen Bewerbern ein Sitz zugeteilt, wie sich nach vorstehendem Berechnungsverfahren Sitze für die Liste ergeben. Gemäß § 6 Abs. 3 HEigBGes können in die Betriebskommission weitere wirtschaftlich oder technisch besonders erfahrene Personen berufen werden, die von der Gemeindevertretung nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl für die Dauer

ihrer Wahlzeit gewählt werden. Die Zahl dieser Mitglieder bestimmt die Betriebsatzung; sie darf ein Drittel der Gesamtzahl der Mitglieder der Betriebskommission nicht übersteigen. Nach § 6 Abs. 7 HEigBGes können die gewählten Mitglieder – also die Gemeindevertreter, die Vertreter der Beschäftigten und die sachkundigen Bürger durch Beschluss der Mehrheit der gesetzlichen Zahl der Gemeindevertreter vorzeitig abberufen werden.

Für Mecklenburg-Vorpommern regelt § 6 Abs. 2 EigVO M-V die Besetzung des Betriebsausschusses: Dessen Mitglieder sind nach den – soeben für Hessen dargestellten – Grundsätzen der Verhältniswahl von der Vertretungskörperschaft der Kommune zu wählen. Neben einer Mehrheit von Gemeindevertretern können auch sachkundige Einwohner berufen werden. Sofern der Betriebsausschuss ein beschließender Ausschuss ist, haben die sachkundigen Bürger kein Stimmrecht.

Nach § 4 Nr. 4 NEigBetrVO ist die Zusammensetzung des Betriebsausschusses in Niedersachsen in der Satzung des Eigenbetriebs zu regeln. Dies entspricht der allgemein für Ausschüsse geltenden Regelung des § 71 Abs. 2 NKomVG, nach der die Vertretungskörperschaft die Zahl der Sitze in den Ausschüssen festlegt. Letztere Norm regelt auch die Verteilung der Ausschusssitze auf die Fraktionen: Die Sitze im Ausschuss werden entsprechend dem Verhältnis der Mitgliederzahlen der Fraktionen zur Mitgliederzahl aller Fraktionen in der Vertretungskörperschaft verteilt. Jede Fraktion erhält zunächst so viele Sitze, wie sich für sie ganze Zahlen ergeben. Danach noch zu vergebende Sitze werden in der Reihenfolge der höchsten Zahlenbruchteile, die sich aus der Berechnung anhand der Mitgliederzahlen der Fraktionen ergeben, verteilt. Bei gleichen Zahlenbruchteilen entscheidet das durch den Vorsitzenden der Vertretungskörperschaft zu ziehende Los. Die Mitglieder des Ausschusses werden von den Fraktionen benannt. Gemäß § 71 Abs. 9 NKomVG können die Fraktionen ihre Ausschussmitglieder abberufen und durch andere Ausschussmitglieder ersetzen; sie können zudem Ausschussmitglieder durch andere Ausschussmitglieder ersetzen, wenn die Mitgliedschaft eines Mitglieds in der Vertretungskörperschaft endet oder wenn das Mitglied auf seinen Sitz im Ausschuss verzichtet. Nach § 71 Abs. 4 NKomVG können Fraktionen, auf die nach dem Berechnungsverfahren kein Sitz im Ausschuss entfallen ist, ein Mitglied mit ohne Stimmrecht in den Ausschuss entsenden. Und gemäß § 71 Abs. 7 NKomVG kann die Vertretungskörperschaft weitere, nicht der Vertretungskörperschaft angehörende und nicht bei der Kommune beschäftigte Personen, z.B. solche mit besonderer Sachkunde, als Mitglieder mit beratender Stimme in den Ausschuss wählen. Mindestens zwei Drittel der Ausschussmitglieder sollen aber Mitglieder der Vertretungskörperschaft sein. Gemäß § 71 Abs. 9 NKomVG kann die Vertretungskörperschaft durch Mehrheitsbeschluss jederzeit den Ausschuss auflösen und neu bilden. Nach dieser Norm muss eine Neubesetzung der Ausschusssitze erfolgen, wenn seine Zusammensetzung nicht mehr dem Verhältnis der Stärke der Fraktionen in der Vertretungskörperschaft entspricht und ein Antrag auf Neubesetzung gestellt wird.

Auch in Nordrhein-Westfalen wird die Zusammensetzung des Betriebsausschusses durch die Betriebsatzung geregelt, § 5 Abs. 2 EigVO NW. § 114 Abs. 3 GO NW macht für die Zusammensetzung des Betriebsausschusses folgende Vorgabe: Bei Eigenbetrieben mit mehr als 50 Beschäftigten besteht der Betriebsausschuss zu einem Drittel aus Beschäftigten des Eigenbetriebes. Die Gesamtzahl der Ausschussmitglieder muss in diesem Fall durch drei teilbar sein. Bei Eigenbetrieben mit weniger als 51, aber mehr als zehn Beschäftigten gehören dem Betriebsausschuss zwei Beschäftigte des Eigenbetriebes an. Die dem Betriebsausschuss angehörenden Beschäftigten werden durch die Vertretungskörperschaft aus einem Vorschlag der Versammlung der Beschäftigten des Eigenbetriebes gewählt, der mindestens die doppelte Zahl der zu wählenden Mitglieder und Stellvertreter enthalten muss. Werden sachkundige Bürger, die nicht der Vertretungskörperschaft angehören, gemäß § 58 Abs. 3 und 4 GO NW mit beratender Stimme in den Betriebsausschuss gewählt, darf nach § 114 Abs. 3 GO NW Zahl der sachkundigen Bürger und der Beschäftigten die der Ratsmitglieder im Betriebsausschuss nicht erreichen. Mangels spezieller gesetzlicher Regelungen für den Betriebsausschuss gelten für die Wahl der der Vertretungskörperschaft der Kommune angehörenden Mitglieder des Betriebsausschusses die allgemeinen Vorschriften für Ausschüsse der Vertretungskörperschaften des § 50 Abs. 3 GO NW: Haben sich die Ratsmitglieder zur Besetzung der Ausschüsse auf einen einheitlichen Wahlvorschlag geeinigt, genügt ein einstimmiger Beschluss der Vertretungskörperschaft. Kommt ein einheitlicher Wahlvorschlag nicht zustande, so wird nach den Grundsätzen der Verhältniswahl in einem Wahlgang abgestimmt. Dabei sind die Wahlstellen auf die Wahlvorschläge der Fraktionen und Gruppen des Rates entsprechend dem Verhältnis der Stimmenzahlen, die auf die einzelnen Wahlvorschläge entfallen, zur Gesamtzahl der abgegebenen gültigen Stimmen zu verteilen. Jedem Wahlvorschlag werden zunächst so viele Sitze zugeteilt, wie sich für ihn ganze Zahlen ergeben. Sind danach noch Sitze zu vergeben, so sind sie in der Reihenfolge der höchsten Zahlenbruchteile zuzuteilen. Bei gleichen Zahlenbruchteilen entscheidet das Los. Wenn nach diesem Verfahren eine Fraktion keinen Sitz im Betriebsausschuss erhält, kann sie nach § 58 Abs. 1 GO NW für diesen Ausschuss ein Ratsmitglied oder einen sachkundigen Bürger, der dem Rat angehören kann, benennen, die im Ausschuss beratende Stimme haben. Scheidet ein Mitglied oder ein Stellvertreter aus dem Betriebsausschuss vorzeitig aus, wird gemäß § 5 Abs. 2 EigVO NW auf Vorschlag der Fraktion, die das Mitglied bzw. den Stellvertreter vorgeschlagen hatte, ein Ersatzmitglied von der Vertretungskörperschaft gewählt; wenn die Fraktion innerhalb von zwei Wochen nach dem Ausscheiden des Ausschussmitglieds von ihrem Benennungsrecht keinen Gebrauch macht, erfolgt die Neuwahl nach § 50 Abs. 2 GO NW durch Mehrheitswahl ohne Bindung an den Wahlvorschlag der Fraktion.

In Rheinland-Pfalz gelten nach § 3 Abs. 1 EigBetrAnVO RP die allgemein für Ausschüsse der Vertretungskörperschaft geltenden Vorschriften auch für Werkausschüsse: Nach § 44 Abs. 1 GemO RP können Mitglieder der Vertretungskörperschaft und Bürger, die nicht der Vertretungskörperschaft angehören, Mitglieder von Ausschüssen sein, wobei mindestens die Hälfte der Ausschussmitglieder Mitglieder der Vertretungskörperschaft sein sollen. Die Mitgliederzahl des Ausschusses wird nach § 44 Abs. 2 GemO RP von der Vertretungskörperschaft; dies kann in der Betriebssatzung erfolgen. Für die Wahl der Mitglieder des Ausschusses bestimmt § 45 Abs. 1 GemO RP, dass die Mitglieder der Ausschüsse und ihre Stellvertreter auf Grund von Vorschlägen der im Gemeinderat vertretenen politischen Gruppe gewählt werden. Wenn nur ein Wahlvorschlag gemacht wird, sind die vorgeschlagenen Personen gewählt, wenn die Mehrheit der gesetzlichen Zahl der Mitglieder der Vertretungskörperschaft dem Wahlvorschlag zustimmt. Werden mehrere Wahlvorschläge gemacht, so werden die Ausschussmitglieder nach den – für die Rechtslage in Hessen dargestellten – Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt. § 45 Abs. 3 GemO RP regelt, wann die Ausschussmitglieder während der laufenden Wahlperiode neu zu wählen sind: Ändert sich das Stärkeverhältnis der in der Vertretungskörperschaft vertretenen politischen Gruppen, sind die Ausschussmitglieder gemäß dem Verfahren nach § 45 Abs. 1 GemO geregelten Verfahren neu zu wählen, wenn sich auf Grund des neuen Stärkeverhältnisses nach dem (auch bei der Berechnung der Ausschusssitze verwendeten) Verfahren der mathematischen Proportion (Hare/Niemeyer-Verfahren) eine andere Verteilung der Ausschusssitze als die derzeit bestehende ergeben würde. Nach § 46 Abs. 1 GemO RP führt der Hauptverwaltungsbeamte den Vorsitz im Ausschuss; er ist daher kraft seines Amtes Mitglied des Ausschusses.

Im Saarland ist der Werkausschuss ein beratender und beschließender Ausschuss der Vertretungskörperschaft der Kommune, § 5 Abs. 2 SaarlEigVO. § 109 Abs. 2 SaarlKSVG enthält keine speziellen Regelungen zur Zusammensetzung des Werkausschusses, sondern verweist auf die allgemein für alle Ausschüsse geltende Vorschrift des § 48 SaarlKSVG. Über die Größe der Ausschüsse enthält das Gesetz keine Regelung, sodass diese in der Betriebssatzung festzulegen ist. Bei der Besetzung der Ausschüsse sollen die in der Vertretungskörperschaft vertretenen Parteien und Wählergruppen entsprechend ihrer Stärke berücksichtigt werden, § 48 Abs. 2 Satz 1 SaarlKSVG. Wenn sich die Vertretungskörperschaft nicht auf die Besetzung des Ausschusses einigen kann, ist nach § 48 Abs. 2 Satz 2 SaarlKSVG von der Vertretungskörperschaft eine Wahl der Ausschussmitglieder vorzunehmen. Die Wahl erfolgt auf Grund von Wahlvorschlägen der in der Vertretungskörperschaft vertretenen Parteien und Wählergruppen nach den Grundsätzen der Verhältniswahl und unter Bindung an die Wahlvorschläge. Das Wahlergebnis wird nach dem Höchstzahlverfahren nach d'Hondt ermittelt: Nach diesem Verfahren werden die auf die einzelnen Wahlvorschlagslisten entfallenen Stimmzahlen jeweils durch 1, 2, 3, 4, 5 usw. geteilt. Von den aus dieser Division entstehenden höchsten Quotienten (Höchstzahlen) werden so viele berücksichtigt, wie Sitze im Ausschuss zu vergeben sind. Die Parteien bzw. Wählergruppen erhalten so viele Sitze, wie sich Höchstzahlen für sie ergeben haben. Wenn eine Fraktion bei der Bildung eines Ausschusses nach diesem Wahlverfahren keinen Ausschusssitz erhält, kann sie gemäß § 48 Abs. 3 SaarlKSVG aus ihrer Mitte ein Mitglied benennen, das mit beratender Stimme und Antragsrecht an den Ausschusssitzungen teilnehmen kann. Jedes Ausschussmitglied kann sich durch ein anderes Mitglied der Vertretungskörperschaft vertreten lassen, das dem Ausschussvorsitzenden anzuzeigen ist. Der Ausschussvorsitz steht nach § 48 Abs. 4 SaarlKSVG dem Hauptverwaltungsbeamten zu. Wenn dieser auf den Vorsitz verzichtet, steht er den Beigeordneten zu. Wenn diese auch verzichten, wählt der Ausschuss den Vorsitzenden aus seiner Mitte. Stimmrecht hat der Vorsitzende im Ausschuss nur, wenn er gewähltes Mitglied des Ausschusses ist. Nach § 49 Abs. 1 SaarlKSVG könne Sachverständige zu den Sitzungen des Ausschusses hinzugezogen werden, die kein Stimmrecht haben.

Sachsen hat im SächsEigBG keine speziellen Regelungen zur Größe und Besetzung des Betriebsausschusses getroffen, sodass die allgemein für Ausschüsse geltenden Regelungen der SächsGemO zur Anwendung kommen. Gemäß § 42 Abs. 1 SächsGemO bestehen die Ausschüsse aus dem Vorsitzenden (nach § 41 Abs. 5 i.V.m. § 36 Abs. 1 SächsGemO ist das der Hauptverwaltungsbeamte kraft Amtes; nach § 42 Abs. 3 kann sich der Hauptverwaltungsbeamte im Vorsitz von einem Beigeordneten oder einem Mitglied des Ausschusses im Vorsitz vertreten lassen) und mindestens vier weiteren Mitgliedern; die Betriebssatzung kann also eine höhere Mitgliederzahl vorsehen. Die Mitglieder des Ausschusses und eine gleich große Zahl an Stellvertretern sind von der Vertretungskörperschaft aus ihrer Mitte zu berufen; die Vertretungskörperschaft kann die Berufung in den Ausschuss jederzeit widerrufen. Nach jeder Wahl zur Vertretungskörperschaft sind auch die Ausschüsse neu zu wählen. Für die Zusammensetzung des Ausschusses bestimmt § 42 Abs. 2 SächsGemO, dass sie der Mandatsverteilung in der Vertretungskörperschaft entsprechen soll. Wenn in der Vertretungskörperschaft keine Einigung über die Zusammensetzung des Ausschusses erzielt werden kann, werden die Mitglieder von den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft auf Grund von Wahlvorschlägen nach den – für Hessen dargestellten – Grundsätzen der Verhältniswahl unter Bindung an die Wahlvorschläge gewählt. Wird nur ein gültiger oder kein Wahlvorschlag eingereicht, findet Mehrheitswahl ohne Bindung an die vorgeschlagenen Bewerber statt. Die SächsGemO sieht nicht vor, dass Fraktionen, auf die bei der Wahl kein Sitz im Ausschuss entfallen ist, ein Mitglied – und sei es auch nur mit beratender Stimme – in den Ausschuss entsenden können. Gemäß § 44 Abs. 2 SächsGemO kann die Vertretungskörperschaft sachkundige Einwohner widerruflich als beratende Mitglieder in Ausschüsse berufen. Ihre Zahl darf die der Mitglieder der Vertretungskörperschaft in den einzelnen Ausschüssen nicht erreichen.

In Sachsen-Anhalt besteht der Betriebsausschuss gemäß § 8 Abs. 2 EigBG LSA aus Mitgliedern der Vertretungskörperschaft der Kommune, die nach den Vorschriften des § 46 GO LSA zu bestimmen sind, und mindestens einer bei dem Eigenbetrieb beschäftigten Person. Die Zahl der Beschäftigten im Betriebsausschuss darf ein Drittel der Zahl der im Ausschuss vertretenen Mitglieder der Vertretungskörperschaft nicht überschreiten. Bei Eigenbetrieben mit weniger als fünf Beschäftigten kann auf einen Vertreter der Beschäftigten im Betriebsausschuss verzichtet werden. Die Größe des Betriebsausschusses sowie die Anzahl der Mitglieder der Vertretungskörperschaft sowie der Beschäftigten, die dem Betriebsausschuss angehören sollen, werden durch die Betriebssatzung bestimmt. Der Hauptverwaltungsbeamte der Kommune ist stimmberechtigter Vorsitzender des Betriebsausschusses. Gemäß § 8 Abs. 3 EigBG LSA werden die Vertreter der Beschäftigten von der Personalvertretung vorgeschlagen und aufgrund dieses Vorschlags von der Vertretungskörperschaft bestellt. Kommt eine Einigung über die Bestellung der Beschäftigtenvertreter in der Vertretungskörperschaft nicht zustande, sind für deren Bestellung die gleichen Grundsätze anzuwenden, wie sie nach § 46 GO LSA für die Bestimmung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft in den Betriebsausschuss gelten. Gemäß § 46 Abs. 1 GO LSA werden die der Vertretungskörperschaft angehörenden Mitglieder des Ausschusses in der Weise bestellt, dass die im Ausschuss zu vergebenden Sitze auf die Vorschläge der Fraktionen entsprechend dem Verhältnis der Mitgliederzahl der einzelnen Fraktionen zur Mitgliederzahl aller Fraktionen verteilt werden. Dabei erhält jede Fraktion zunächst so viele Sitze, wie sich für sie ganze Zahlen ergeben. Sind danach noch Sitze zu vergeben, so sind sie in der Reihenfolge der höchsten Zahlenbruchteile, die sich bei der vorstehenden Berechnung ergeben, auf die Fraktionen zu verteilen. Bei gleichem Zahlenbruchteil entscheidet das Los, das der Vorsitzende der Vertretungskörperschaft zu ziehen hat. Fraktionen, die nach vorstehender Berechnung keinen Sitz im Ausschuss erhalten haben, können nach § 46 Abs. 2 GO LSA ein Mitglied mit beratender Stimme in den Ausschuss entsenden. Ausschussmitglieder können sich durch Mitglieder der gleichen Fraktion vertreten lassen, § 46 Abs. 4 GO LSA. Die Bestellung von sachkundigen Bürgern, die nicht der Vertretungskörperschaft der Kommune angehören, zu Mitgliedern des Betriebsausschusses ist nicht zulässig, da der Betriebsausschuss gemäß § 8 Abs. 1 EigBG LSA als beschließender Ausschuss zu bilden ist, sachkundige Bürger aber nach § 48 Abs. 2 GO LSA aber nur in beratende Ausschüsse berufen werden dürfen.

Die EigVO SH enthält für Schleswig-Holstein keine speziellen Normen zur Bildung des Werkausschusses, sondern verweist auf den allgemein für Ausschüsse der Vertretungskörperschaft geltenden § 45 GO SH. Nach letzterer Vorschrift werden Ausschüsse von der Vertretungskörperschaft bestimmt; durch Satzung ist deren Bildung und Mitgliederzahl zu regeln. Die Zusammensetzung der Ausschüsse ist in § 46 GO SH geregelt: Nach dessen Abs. 1 können die Fraktionen der Vertretungskörperschaft verlangen, dass die Mitglieder eines Ausschusses durch Verhältniswahl gewählt werden. Die Grundsätze der Verhältniswahl sind in § 40 Abs. 4 GO SH festgelegt: Danach stimmt die Vertretungskörperschaft in einem Wahlgang über die Wahlvorschläge (Listen) der Fraktionen ab. Die Zahl der Stimmen, die jeder Wahlvorschlag erhält, wird durch 1, 2, 3, 4 usw. geteilt (Höchstzahlverfahren nach d'Hondt). Die Wahlstellen werden in der Reihenfolge der Höchstzahlen auf die Wahlvorschläge verteilt. Über die Zuteilung der letzten Wahlstelle entscheidet bei gleicher Höchstzahl das vom Vorsitzenden der Vertretungskörperschaft zu ziehende Los. Erhält dabei eine Fraktion abweichend von ihrer Stärke in der Vertretungskörperschaft mehr als die Hälfte der zu vergebenden Ausschusssitze, wird derjenigen anderen Fraktion mit der nächsten Höchstzahl ein weiterer Ausschusssitz zugeteilt; bei gleicher Höchstzahl entscheidet das vom Vorsitzenden der Vertretungskörperschaft zu ziehende Los. Fraktionen, die bei vorstehender Verhältniswahl keinen Ausschusssitz erhalten haben, können ein Mitglied mit Rede- und Antragsrecht in den Ausschuss entsenden, § 46 Abs. 2 GO SH. Gemäß § 46 Abs. 4 GO SH kann die Vertretungskörperschaft stellvertretende Ausschussmitglieder wählen. Wenn eine Satzung das vorsieht, können nach § 46 Abs. 3 GO SH sachkundige Bürger, die nicht der Vertretungskörperschaft angehören, aber für die wählbar sind, in den Ausschuss gewählt werden. Die Zahl der sachkundigen Bürger darf die der Mitglieder der Vertretungskörperschaft im Ausschuss nicht erreichen, wobei Mitglieder mit beratender Stimme nach Abs. 2 nicht berücksichtigt werden. Der Vorsitzende des Ausschusses wird von der Vertretungskörperschaft gewählt, § 46 Abs. 5 GO SH. Nach § 46 Abs. 10 GO SH kann jede Fraktion verlangen, dass alle Ausschussmitglieder neu gewählt werden; in diesem Fall verlieren alle Ausschussmitglieder zum Beginn der nächsten Sitzung der Vertretungskörperschaft ihren Sitz im Ausschuss. Scheidet ein Ausschussmitglied während der laufenden Wahlperiode aus dem Ausschuss aus, wird der Nachfolger durch Mehrheitswahl gewählt, wenn nicht eine Fraktion die Verhältniswahl nach § 46 Abs. 1 GO SH beantragt, § 46 Abs. 10 Satz 2 GO SH. Nach § 46 Abs. 11 GO SH bleiben die Ausschussmitglieder nach Neuwahlen der Vertretungskörperschaft bis zur Neuwahl der Ausschussmitglieder, längstens jedoch drei Monate, weiter im Amt.

In Thüringen ist der Werkausschuss gemäß § 76 Abs. 1 Satz 4 ThürKO ein beschließender Ausschuss im Sinne des § 26 ThürKO. Die Besetzung des Werkausschusses richtet sich in Ermangelung spezieller Vorschriften nach dem allgemein für beschließende Ausschüsse geltenden § 27 ThürKO. Nach § 27 Abs. 1 bestehen Ausschüsse aus dem Hauptverwaltungsbeamten, der sich von einem Beigeordneten vertreten lassen kann, und weiteren Mitgliedern. Die Anzahl dieser Mitglieder ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, kann also in der Betriebssatzung geregelt werden. Die Zusammensetzung des Ausschusses hat dem Stärkeverhältnis der in der Vertretungskörperschaft vertretenen Parteien und Wählergruppen Rechnung zu tragen; wenn Fraktionen gebildet wurden, sind sie der Berechnung der Sitzverteilung im Ausschuss zugrunde zu legen. Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die bei vorstehender Proporzberechnung aus eigener Kraft kei-

nen Sitz im Ausschuss erringen können, können zwecks gemeinsamer Entsendung eines Vertreters in den Ausschuss einen Zusammenschluss bilden. Haben dabei mehrere Fraktionen, Parteien, Wählergruppen oder Zusammenschlüsse gleichen Anspruch auf einen Sitz, so entscheidet die höhere Stimmenzahl, die bei den Wahlen zur Vertretungskörperschaft erlangt wurde, bei Stimmgleichheit entscheidet das Los. Bei der Berechnung der Sitzverteilung im Ausschuss bleibt die Fraktionszugehörigkeit des Hauptverwaltungsbeamten unberücksichtigt. Die Besetzung der Ausschusssitze erfolgt gemäß § 27 Abs. 2 ThürKO durch Beschluss der Vertretungskörperschaft; die Vertretungskörperschaft ist bei diesem Beschluss an die Besetzungsvorschläge der Fraktionen, Parteien, Wählergruppen oder Zusammenschlüsse gebunden. Solcherart berufene Ausschussmitglieder können sich durch ein anderes Mitglied der Vertretungskörperschaft vertreten lassen. Die Abberufung eines Mitglieds aus dem Ausschuss ist nur durch Beschluss der Vertretungskörperschaft und nur dann zulässig, wenn für die Abberufung ein wichtiger Grund vorliegt. Wichtige Gründe sind nach der Aufzählung in § 27 Abs. 2 ThürKO unter anderem, dass das Ausschussmitglied seine Pflichten gröblich verletzt hat oder sich als unwürdig erwiesen hat oder dass es seine Tätigkeit nicht mehr ordnungsgemäß ausüben kann; diese Aufzählung ist nicht abschließend. § 27 Abs. 3 ThürKO regelt die Neubesetzung von Ausschüssen bei Änderungen der politischen Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft: Während der Amtszeit in dem Gemeinderat eintretende Änderungen der Stärkeverhältnisse der Fraktionen, Parteien, Wählergruppen und Zusammenschlüsse sind auszugleichen. Scheidet ein Gemeinderatsmitglied aus der ihn entsendenden Fraktion, Partei, Wählergruppe oder dem Zusammenschluss aus, so verliert es seinen Sitz im Ausschuss. Der Vorsitzende wird nach § 27 Abs. 4 ThürKO durch den Ausschuss aus seiner Mitte gewählt. Nach § 27 Abs. 5 ThürKO können auch sachkundige Bürger, die nicht der Vertretungskörperschaft angehören, mit beratender Stimme in den Ausschuss berufen werden.

In fast allen Ländern können dem Betriebsausschuss Mitglieder angehören, die nicht zugleich Mitglieder der Vertretungskörperschaft der Kommune sind. In den meisten Ländern können dies sog. sachkundige Bürger sein, die zwar zur Vertretungskörperschaft wählbar sind, in diese aber nicht gewählt worden sind. In einigen Ländern gehören dem Betriebsausschuss auch Vertreter der Beschäftigten des Eigenbetriebs an, die entweder von den Beschäftigten gewählt werden oder aufgrund eines Vorschlags der Beschäftigten von der Vertretungskörperschaft gewählt werden. In den meisten Ländern, in denen sachkundige Bürger in einen Ausschuss berufen werden können, wird ihnen kein Stimmrecht gewährt. In allen Ländern, in denen Nichtmitglieder der Vertretungskörperschaft dem Ausschuss angehören können, gilt die Regel, dass die der Vertretungskörperschaft angehörenden Mitglieder im Ausschuss die Mehrheit der Sitze haben müssen. Im Verhältnis der Beschäftigten zum Eigenbetrieb schließt dies die Möglichkeit einer paritätischen Mitbestimmung im Betriebsausschuss (der Betriebsausschuss ist je zur Hälfte mit Vertretern der Beschäftigten und den Arbeitgeber repräsentierenden Mitgliedern der Vertretungskörperschaft besetzt) aus.

Verfassungsrechtlich ist weder die gesetzlich garantierte Mehrheit der Ausschusssitze für Mitglieder der Vertretungskörperschaft noch der Ausschluss des Stimmrechts für Ausschussmitglieder, die nicht der Vertretungskörperschaft angehören, zu beanstanden. Das Demokratieprinzip, das auch auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen und damit auf die Zusammensetzung und Tätigkeit der die wirtschaftliche Betätigung steuernden und kontrollierenden Ausschüsse anzuwenden ist²², wird durch solche Regelungen nicht verletzt. So ist für das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG prägend, dass den einzelnen Organen des Staates und den Organwaltern, die die Organfunktionen ausüben, ein unterschiedliches Legitimationsniveau zukommt und dass die Befugnisse der Organe und Organwalter nach ihrem Legitimationsniveau abgestuft sind. Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft leiten ihr Mandat unmittelbar aus der Wahl durch die Bürger her; sie haben mit dieser unmittelbaren Legitimation durch das Volk ein höheres Legitimationsniveau als die sachkundigen Bürger, die ihre Berufung in den Ausschuss auf eine Wahl durch die Vertretungskörperschaft zurückführen, also nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben im Ausschuss legitimiert sind. Damit kommt den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft im Ausschuss ein aus ihrem höheren Legitimationsniveau folgender Vorrang bei der Entscheidung über die Angelegenheiten des Eigenbetriebs zu. Um diesen Vorrang zu sichern, muss sichergestellt sein, dass kein Mehrheitsbeschluss ohne die Zustimmung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft zustande kommen kann. Hierzu kann gesetzlich bestimmt werden, dass den sachkundigen Bürgern ohne Mandat in der

22 Vgl. hierzu oben unter A) I) 2.).

Vertretungskörperschaft kein Stimmrecht zustehen soll und/oder dass die Mitglieder der Vertretungskörperschaft die Mehrheit der Ausschussmitglieder stellen müssen²³.

Auch die Vertreter der Beschäftigten im Betriebsausschuss verdanken ihre demokratische Legitimation der Wahl durch die Vertretungskörperschaft der Kommune. Ihre Legitimation folgt nicht aus der Wahl durch die Beschäftigten des Eigenbetriebs, da letztere im Verhältnis zu der Gesamtheit der Gemeindeglieder kein Teilvolk darstellen, das durch Wahlen eine der Legitimation der Mitglieder der Vertretungskörperschaft vergleichbare demokratische Legitimation vermitteln kann.²⁴ Wegen ihres höheren Legitimationsniveaus muss also den der Vertretungskörperschaft angehörenden Mitgliedern des Betriebsausschusses auch gegenüber den stimmberechtigten Beschäftigtenvertretern eine Mehrheit der Ausschusssitze zustehen, um den Entscheidungsvorrang der Mitglieder der Vertretungskörperschaft zu sichern. Zwar könnte sich die Erforderlichkeit einer paritätischen Mitbestimmung im Betriebsausschuss aus anderen Verfassungsnormen ergeben, mit der Folge, dass die volle Verwirklichung des Demokratieprinzips zur Verwirklichung der paritätischen Mitbestimmung eingeschränkt wäre. Ob eine solche Verfassungspflicht zu paritätischer Mitbestimmung aus dem Sozialstaatsprinzip folgen könnte, indem es den Staat dazu verpflichtet, zur Gewährleistung sozialer Arbeitsbedingungen eine paritätische Mitbestimmung im Betriebsausschuss einzuführen, kann dahinstehen. Jedenfalls ist das Demokratieprinzip nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wegen des für die Verfassungsordnung fundamentalen Gewichts des Demokratieprinzips nicht dazu geeignet, die Anforderungen des Demokratieprinzips zu relativieren.²⁵ Nach der Rechtsprechung kommt auch die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, die die freie Betätigung von Arbeitnehmervereinigungen zur Regelung von Arbeitsbedingungen garantiert, auf öffentlich-rechtlicher Rechtsform nicht zur Anwendung. Denn die Koalitionsfreiheit sei nur auf Unternehmen anwendbar, in denen sich Arbeit und Kapital gegenüberstehen, was die Notwendigkeit des Austragens von Konflikten zwischen Kapital- und Arbeiterseite notwendig mache. Diesen Gegensatz gebe es in demokratisch strukturierten Kommunen nicht; vielmehr würden die Kommunen wegen ihrer Orientierung auf das Gemeinwohl und nicht wegen ihres Kapitalinteresses unternehmerisch tätig.²⁶ Die Einführung einer paritätischen Mitbestimmung durch Ermöglichung einer gleichen Sitzzahl von Beschäftigtenvertretern und Mitgliedern der Vertretungskörperschaft wäre damit verfassungswidrig.

Alle Ausschüsse der Vertretungskörperschaft – und damit auch der Betriebsausschuss – sind am Beginn jeder neuen Wahlperiode neu zu besetzen. In fast allen Ländern ist dies zwar nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt.²⁷ Jedoch lässt sich die Notwendigkeit der Neubesetzung für jede Wahlperiode aus dem Demokratieprinzip ableiten. Dieses fordert eine Besetzung der Ausschüsse entsprechend dem Fraktionsproporz im Rat.²⁸ Da sich die Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft und auch deren personelle Zusammensetzung bei jeder Neuwahl ändern können, gilt in Vertretungskörperschaften der Grundsatz der personellen Diskontinuität²⁹: Am Beginn jeder Wahlperi-

23 Nach *Morlok* in BVerfG-FS, Bd. 2, S. 559 (567) gilt für alle gemischten Gremien, die staatliche Aufgaben wahrnehmen (und nicht nur für kommunale Vertretungskörperschaften) der Grundsatz, dass mindestens die Hälfte der Mitglieder unmittelbar durch Wahlen legitimiert sein müssen.

24 *VerfGH NW*, Urteil vom 15.09.1986 – 17/85 -, Abs. 8 (zitiert nach juris) für den vergleichbaren Fall der Wahl von Beschäftigtenvertretern in den Verwaltungsrat einer Sparkasse.

25 *VerfGH NW*, Urteil vom 15.09.1986 – 17/85 -, Abs. 11 m.w.N. (zitiert nach juris) für den vergleichbaren Fall der Wahl von Beschäftigtenvertretern in den Verwaltungsrat einer Sparkasse.

26 *VerfGH NW*, Urteil vom 15.09.1986 – 17/85 -, Abs. 12 (zitiert nach juris) für den vergleichbaren Fall der Wahl von Beschäftigtenvertretern in den Verwaltungsrat einer Sparkasse.

27 Die Ausnahme ist § 46 Abs. 11 GO SH, nach dem die Mitglieder der Ausschüsse nach Neuwahlen nur bis zur Neubesetzung der Ausschüsse im Amt bleiben.

28 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 326.

29 *Morlok* in BVerfG-FS, Bd. 2, S. 559 (571).

ode sind die Ausschüsse neu zu besetzen, um den Veränderungen bei Fraktionsproporz und personeller Zusammensetzung Rechnung tragen zu können.

Für diese Besetzung der Ausschüsse enthalten die Kommunalgesetze aller Länder Vorschriften, die sicherstellen sollen, dass der in der Vertretungskörperschaft vorhandene Fraktionsproporz auch im Ausschuss verwirklicht wird. Hierzu kommen zwei Regelungsmodelle zum Einsatz: In den modernsten Kommunalverfassungen von Brandenburg und Niedersachsen wird den Fraktionen ein Besetzungsrecht für die Ausschusssitze eingeräumt. Dabei haben die Fraktionen das Recht, im Verhältnis zur Gesamtzahl der Ausschussmitglieder so viele Mitglieder in den Ausschuss zu entsenden, wie dies dem Verhältnis der auf sie entfallenden Sitze in der Vertretungskörperschaft zur Gesamtzahl der Mitglieder der Vertretungskörperschaft entspricht.

Ähnlich ist die Rechtslage in Bayern, Sachsen-Anhalt und Thüringen, wo die Fraktionen die Mitglieder der Ausschüsse vorschlagen, die Ausschussbesetzung aber nicht durch die Fraktionen erfolgt, sondern durch einen Beschluss der Vertretungskörperschaft, die bei dem Beschluss an die Besetzungsvorschläge der Fraktionen gebunden ist³⁰.

In den übrigen Ländern werden die Mitglieder des Ausschusses von der Vertretungskörperschaft gewählt, wobei die den Fraktionsproporz in der Vertretungskörperschaft widerspiegelnde Zusammensetzung des Ausschusses durch die Gestaltung des Wahlverfahrens gesichert wird. So werden von allen Fraktionen Wahlvorschläge in Form von Listen der Kandidaten für einen Ausschusssitz eingereicht. Bei der Wahl geben die Mitglieder der Vertretungskörperschaft ihre Stimme für eine der Listen ab. Wählt jedes Mitglied die Liste seiner Fraktion, entfallen bei der Berechnung des Wahlergebnisses so viele Ausschusssitze auf die Fraktionen, wie dies ihrem Anteil an Sitzen in der Vertretungskörperschaft entspricht.

Das Recht, eine ihrer Stärke entsprechende Anzahl von Mitgliedern der Ausschüsse zu benennen, bzw. das Recht, dass die von ihr benannten Kandidaten entsprechend des Abstimmungsergebnisses in den Ausschuss berufen werden, steht den Fraktionen zu.³¹ Wird ihnen dieses Recht von der Mehrheit der Vertretungskörperschaft vorenthalten oder verkürzt, können sie es im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage gegen die Vertretungskörperschaft durchsetzen.

Nach den Kommunalgesetzen fast aller Länder gilt der Grundsatz, dass die Mehrheitsverhältnisse im Ausschuss die Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft exakt widerspiegeln muss, nicht uneingeschränkt. Bei der Berechnung der Anzahl der auf die Fraktionen entfallenden Ausschusssitze kann es vorkommen, dass kleine Fraktionen keinen Ausschusssitz erhalten, weil ihr Anteil an den Sitzen in der Vertretungskörperschaft geringer ist als der Anteil, der für die Zuweisung eines Ausschusssitzes bei der Proporzberechnung rechnerisch mindestens erforderlich ist. In diesem Fall kann die Fraktion zwar ein Mitglied in den Ausschuss entsenden, jedoch hat dieses Mitglied nur Rede- und kein Stimmrecht im Ausschuss. Die Rechtsprechung hat in diesem Ausschluss kleiner Fraktionen vom Stimmrecht im Ausschuss keinen Verstoß gegen Verfassungsrecht gesehen. Bei der Besetzung von Ausschüssen sei zu berücksichtigen, dass deren Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigt werden darf. Letztere könnte gefährdet sein, wenn kleine Fraktionen überproportional mit stimmberechtigten Mitgliedern im Ausschuss vertreten wären.³² Damit seien Arbeitsfähigkeit der Ausschüsse und der vom Demokratieprinzip gebotene Minderheitenschutz gegeneinander abzuwägen. Zugunsten der Arbeitsfähigkeit der Ausschüsse seien die aus den Berechnungsverfahren re-

30 So für Art. 33 Abs. 1 Satz 4 BayGO VG Würzburg, Urteil von 24.02.1999 - W 2 K 98.1274 -, Abs. 39 (zitiert nach juris) unter Berufung auf BayVGH, BayVBl. 1988, S. 83 f.

31 VG Düsseldorf, Urteil von 22.08.2008 - 1 K 4682/07 -, Abs. 15 (zitiert nach juris); Waechter, Kommunalrecht, Rn. 318.

32 OVG Saarl, NVwZ 1992, S. 289.

sultierenden Verzerrungen bei der Abbildung des Fraktionsproporz, die eine stimmberechtigte Vertretung kleiner Fraktionen im Ausschuss verhindern, hinzunehmen.³³

Diese Ansicht der Rechtsprechung ist im juristischen Schrifttum zu recht kritisiert worden. Das Demokratieprinzip gebietet eine Besetzung der Ausschüsse, die dem Fraktionsproporz in der Vertretungskörperschaft entspricht. Dass die Funktionsfähigkeit des Ausschusses – wie es die Rechtsprechung behauptet – wegen der Mitgliedschaft eines stimmberechtigten Vertreters einer kleinen Fraktion beeinträchtigt wird, ist kaum zu begründen.³⁴ Denn selbst wenn die Mitgliederzahl eines Ausschusses vergrößert werden müsste, damit bei der Berechnung des Fraktionsproporz auch eine kleine Fraktion einen Sitz im Ausschuss erhält, schränkt dies die Arbeitsfähigkeit des Ausschusses nicht ein. Ein geringfügiges Mehr an Mitgliedern wird nicht zu so deutlich mehr an Redezeit und Anträgen führen, dass eine zügige Behandlung der Verhandlungsgegenstände im Rat verhindert wird. Damit fehlt es schon an einem rechtlich geschützten Interesse, das zur Relativierung des Demokratieprinzips geeignet ist.

Doch selbst wenn die Arbeitsfähigkeit der Ausschüsse durch ihre für die Gewährung eines Sitzes für kleine Fraktionen notwendige Vergrößerung eingeschränkt würde, rechtfertigt dies wegen der für die Verfassungsordnung grundlegenden Bedeutung des Demokratieprinzips einen Ausschluss des Stimmrechts für Vertreter kleiner Fraktionen im Ausschuss nicht. Zu den demokratischen Grundsätzen des Wahlrechts gehört auch die Erfolgswertgleichheit aller bei einer Verhältniswahl abgegebenen Stimmen. Die Rechenverfahren, die zur Umrechnung der abgegebenen Stimmen auf Sitze in einem Parlament oder seinem Ausschuss notwendigerweise eingesetzt werden, müssen die Gewähr dafür bieten, dass möglichst alle abgegebenen Stimmen den gleichen Erfolgswert, also den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung des zu wählenden Gremiums, haben.³⁵ Bei der Anwendung dieses Grundsatzes auf die Besetzung von Ausschüssen ist zwischen beratenden und beschließenden Ausschüssen zu differenzieren.

Beschließenden Ausschüssen sind bestimmte Gegenstände zur abschließenden Entscheidung zugewiesen; über diese Angelegenheiten entscheidet nur der Ausschuss und nicht das Plenum der Vertretungskörperschaft. Im Ausschuss nicht vertretene Fraktionen sind damit von der Beratung und Entscheidung über die dem Ausschuss zugewiesenen Gegenstände völlig ausgeschlossen. Dieses Ergebnis der Berechnung der Sitzverteilung im Ausschuss ist mit dem Minderheitenschutz, der dem Demokratieprinzip immanent ist, nicht zu vereinbaren: So muss es demokratische Rechte der Minderheit geben, die nicht zur Disposition der Mehrheit stehen.³⁶ Zu diesen unentziehbaren Rechten der Minderheit gehört das Recht auf Mitwirkung an den Entscheidungsverfahren. Damit setzen die Minderheitenrechte einer Ungleichheit der Erfolgswerte der Stimmen kleinerer und größerer Fraktionen bei der Besetzung von beschließenden Ausschüssen enge Grenzen: Das Verfahren zur Besetzung der Ausschüsse darf nicht dazu führen, dass kleine Minderheitsfraktionen keinen Sitz im Ausschuss erhalten. Bei gesetzlich festgelegtem Berechnungsverfahren für den Fraktionsproporz im Ausschuss führt das dazu, dass es der Mehrheit in der Vertretungskörperschaft verfassungsrechtlich verboten ist, die Zahl der Ausschusssitze so niedrig festzulegen, dass bei Anwendung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens zur Berechnung des Fraktionsproporz kleine Fraktionen keinen Sitz im Ausschuss erhalten.³⁷ Nach hier vertretener Ansicht steht den Fraktionen der Vertretungskörperschaft also ein aus dem Recht auf Minderheitenschutz folgendes, im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten gegen die Vertretungskörperschaft durchsetzbares Recht auf eine Mindestgröße von

33 *BVerwG*, NVwZ-RR 1988, S. 41.

34 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 326.

35 *Morlok* in *BVerfG-FS*, Bd. 2, S. 559 (600) m.w.N.

36 *Morlok* in *BVerfG-FS*, Bd. 2, S. 559 (561).

37 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 327 mit Nachweisen zur Gegenansicht.

beschließenden Ausschüssen zu, die bei Anwendung des gesetzlichen Verfahrens zur Berechnung des Fraktionsproporzes der Fraktion mindestens einen Sitz mit Stimmrecht im Ausschuss zuweist.

Anders ist die Erfolgswertgleichheit bei der Zusammensetzung beratender Ausschüsse zu beurteilen. In diesen finden lediglich die Vorberatungen derjenigen Gegenstände statt, über die das Plenum der Vertretungskörperschaft abschließend berät und entscheidet. Mithin sind Fraktionen ohne Stimmrecht im Ausschuss nicht von der Teilnahme an den Beratungen im Plenum ausgeschlossen. Ihnen steht dort ein Antragsrecht zu. Und die Mitglieder der nicht im Ausschuss vertretenen Fraktion nehmen an der Abstimmung in der Vertretungskörperschaft teil. Mithin schließt die fehlende Vertretung im Ausschuss die Teilnahme am Entscheidungsverfahren nicht völlig sondern nur im Hinblick auf die Vorberatungen im Ausschuss aus. Damit können kleine Fraktionen ihre Minderheitenrechte auf Beteiligung an der Entscheidung in der Vertretungskörperschaft wahrnehmen; zur Sicherung ihrer Minderheitenrechte ist ein stimmberechtigter Sitz im Ausschuss nicht erforderlich. Das lässt eine stärkere Differenzierung der Erfolgswertgleichheit bei der Berechnung des Fraktionsproporzes in beratenden Ausschüssen zu; kleinen Fraktionen lediglich einen Sitz mit beratender Stimme zuzuerkennen, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Angesichts der Tatsache, dass die Rechtsprechung vorstehenden Argumenten nicht folgt und kleinen Fraktionen ein Recht auf einen stimmberechtigten Sitz in beschließenden Ausschüssen nicht zuerkennt, ist die Verwirklichung des aus dem Demokratieprinzips folgenden Minderheitenrechts eine rechtspolitische Aufgabe. In allen Ländern sollten die derzeitigen Regelungen zur Besetzung von Ausschüssen der kommunalen Vertretungskörperschaften, nach denen kleine Fraktionen bei der Verteilung der Ausschusssitze leer ausgehen und nur ein Mitglied ohne Stimmrecht in einen Ausschuss entsenden können, aufgehoben oder zumindest auf beratende Ausschüsse beschränkt werden. Ersetzt werden sollten diese Vorschriften durch Normen, die den Fraktionen das Recht auf eine Mindestgröße von Ausschüssen einräumen, wobei die Mindestgröße so zu bemessen wäre, dass der Ausschuss so viele Mitglieder haben muss, dass der Fraktion bei Anwendung des gesetzlichen Verfahrens zur Berechnung des Fraktionsproporzes mindestens ein stimmberechtigter Sitz zuzuteilen ist.

In der Praxis der kommunalen Vertretungskörperschaften sollten Fraktionen, denen bei der Berechnung des Fraktionsproporzes wegen der geringen Zahl zu vergebender Ausschusssitze kein Sitz im Ausschuss zufallen würde, vor der Durchführung des Verfahrens zur Ausschussbesetzung eine Änderung der Satzungsbestimmung, die die Ausschussgröße festlegt, beantragen, um auf dem Wege einer höheren Mitgliederzahl des Ausschusses einen stimmberechtigten Ausschusssitz zu erhalten. Zur Begründung können die vorstehenden Argumente zum demokratischen Minderheitenschutz dienen.

Die Kommunalgesetze einiger Länder sehen vor, dass die Zusammensetzung der Ausschüsse im Falle der Änderung der Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft während der laufenden Wahlperiode (z.B. durch Fraktionsaus- und -übertritte) an den neuen Fraktionsproporz in der Vertretungskörperschaft angepasst werden kann. Wenn die Zusammensetzung des Ausschusses nicht mehr dem Fraktionsproporz in der Vertretungskörperschaft entspricht, wird den Fraktionen das Recht auf eine Neuwahl des Ausschusses (in Ländern, in denen die Besetzung der Ausschüsse im Wege der Verhältniswahl durch die Vertretungskörperschaft erfolgt) bzw. auf eine Neuberechnung des Fraktionsproporzes und die Neuentsendung von Ausschussmitgliedern durch die Fraktionen (in Ländern mit einem Entsenderecht der Fraktionen) eingeräumt. Dieses Recht steht nicht zur Disposition der Mehrheit der Vertretungskörperschaft. Die Fraktionen können es im Wege verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Vertretungskörperschaft durchsetzen.

Die Abberufung eines einzelnen Mitglieds aus dem Ausschuss ist der Akt der Rückgängigmachung (*actus contrarius*) der Berufung in den Ausschuss. Die Befugnis zur Rückgängigmachung steht demjenigen zu, der das Recht zur Vornahme des rückgängig zu machenden Rechtsakts hat. Daher steht das Recht der Abberufung demjenigen zu, dem das Recht zur Berufung in den Ausschuss zusteht.³⁸ Im Falle der Besetzungsrechte der Fraktionen in Bayern, Brandenburg und Niedersachsen steht das Recht zur Abberufung aus dem Ausschuss damit den Fraktionen, die das Mitglied in den Ausschuss entsandt haben, zu; in den übrigen Ländern, in denen die Mitglieder des Ausschusses durch Wahlen der Vertretungskörperschaft bestimmt werden, steht das Recht auf Abberufung gleichfalls der Vertretungskörperschaft zu³⁹.

Nach § 27 Abs. 2 ThürKO darf die Vertretungskörperschaft ein Mitglied nicht ohne Begründung aus dem Ausschuss abberufen; vielmehr ist die Abberufung nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Norm nennt dafür als Beispiele grobe Pflichtverletzungen des Abberufenen und die Unmöglichkeit, seine Tätigkeit ordnungsgemäß auszuüben. In den übrigen Ländern, in denen das Recht zur Wahl und damit zur Abberufung der Ausschussmitglieder der Vertretungskörperschaft zusteht, fehlen entsprechende Regelungen zur Begrenzung des Abberufungsrechts der Vertretungskörperschaft. Doch wird man auch für diese Länder fordern müssen, dass ein – objektiv nachprüfbarer und in der Person des Abzuberufenden liegender – wichtiger Grund für die Abberufung vorliegen muss.⁴⁰ Dies folgt aus dem Grundsatz des Minderheitenschutzes, wie er sich aus den Demokratieprinzipien des Grundgesetzes und der Landesverfassungen ergibt. Denn wäre eine völlig freie Abberufung zulässig, könnte eine Mehrheit der Vertretungskörperschaft jederzeit ihr missliebige Ausschussmitglieder von Minderheitsfraktionen aus dem Ausschuss abberufen, ohne dass die betroffene Minderheitsfraktion dazu in der Lage wäre, die Abberufung durch ihre Stimmen in der Vertretungskörperschaft zu verhindern. Dies ist nur dann ausgeschlossen, wenn zu einem Mehrheitsbeschluss über die Abberufung ein in der Person des Abzuberufenden liegender wichtiger Grund vorliegen muss. Das Vorliegen dieses wichtigen Grundes ist gerichtlich überprüfbar, womit zum Schutz der Minderheitsfraktion und dem abberufenen Ausschussmitglied gegen eine willkürliche Entscheidung der Mehrheit der Vertretungskörperschaft der Rechtsschutz eröffnet ist.

In Brandenburg (§ 43 Abs. 2 BbgKVerf) und Niedersachsen (§ 71 Abs. 9 NKomVG) haben die Fraktionen aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung das Recht, die von ihnen in den Ausschuss entsandten Mitglieder jederzeit abberufen und durch neue Mitglieder zu ersetzen. Zwar fehlt in Bayern eine entsprechende Regelung in der Gemeindeordnung. Doch hat hier die Rechtsprechung aus dem Recht der Fraktionen, Mitglieder des Ausschusses zu benennen (Art. 33 Abs. 1 BayGO) das Recht der Fraktionen abgeleitet, die Abberufung als *actus contrarius* zur Entsendung vorzunehmen.⁴¹ Nach dem Gesetzeswortlaut ist in Brandenburg und Niedersachsen die Abberufung zulässig, ohne dass in der Person des Abberufenen ein wichtiger Grund vorliegen muss. Das gleiche Recht zu einer Abberufung ohne Begründung nimmt die Rechtsprechung für Bayern an.⁴²

Im juristischen Schrifttum wird teilweise vertreten, dass den Fraktionen kein unbeschränktes Abberufungsrecht zustehe, sondern dass das Abberufungsrecht durch andere Rechte aus den Kommunalgesetzen eingeschränkt werde. So dürften Fraktionen ein Mitglied aus dem Ausschuss zurückrufen, wenn dieses die Fraktion verlassen hat. Dies sei zulässig, um den von den Kommunalgesetzen gebotenen Fraktionsproporz wiederherzustellen. Und die Abberufung aus einem Ausschuss dürfe nicht

38 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 326.

39 So ausdrücklich § 6 Abs. 7 HEigBGes; § 42 Abs. 1 SächsGemO; § 27 Abs. 2 ThürKO.

40 So für die GO NW, die keine Regelung zur Abberufung enthält *VG Düsseldorf*, Urteil von 17.09.2004 - 1 K 5749/02 -, Abs. 38 (zitiert nach *juris*).

41 *BayVGH*, NVwZ-RR 1994, S. 608.

42 *BayVGH*, NVwZ-RR 1994, S. 608.

dazu eingesetzt werden, unzulässigen Fraktionszwang auf den Abberufenen auszuüben.⁴³ Letzteres wird daraus gefolgert, dass die Mitglieder der Vertretungskörperschaft nach den Kommunalgesetzen aller Länder ein freies Mandat ausüben – sie üben ihr Amt nach ihrer freien, nur am Gemeinwohl orientierten Überzeugung aus und sind an Aufträge und Weisungen nicht gebunden. Die Weisungsfreiheit gilt auch gegenüber der Partei sowie der Fraktion, der die Mandatsträger angehören. Damit ist die Ausübung von Fraktionszwang, durch den ein abweichendes Fraktionsmitglied mittels Sanktionen zur Anpassung an die Meinung der Fraktionsmehrheit gezwungen werden soll, unzulässig. Die freiwillige Unterordnung unter die Fraktionsdisziplin ist dem Mandatsträger gestattet. Dieses Recht auf ein freies Mandat, das dem Mandatsträger auch gegen seine Fraktion zusteht, verbietet den Fraktionen alle Sanktionen zum Zwecke der Disziplinierung, unter ihnen auch die Abberufung aus einem Ausschuss.

Nach hier vertretener Ansicht kann dem Mitglied der Vertretungskörperschaft jedoch kein schrankenloser Schutz vor einer Abberufung aus einem Ausschuss zukommen. Vielmehr bedarf es einer Abwägung des rechtlich geschützten Interesses auf Schutz des freien Mandats mit den gleichfalls von den Kommunalgesetzen geschützten Interessen der Fraktionen auf Repräsentation im Ausschuss und der Vertretungskörperschaft auf einen funktionsfähigen Fraktionsproporz in den Ausschüssen. Das Gebot zur Herstellung eines dem in der Vertretungskörperschaft entsprechenden Fraktionspropozes im Ausschuss dient dem Ziel, im Ausschuss ein verkleinertes Abbild der in der Vertretungskörperschaft bestehenden politischen Meinungs- und Mehrheitsverhältnisse zu schaffen. Dies soll es im Interesse des Rates und der Fraktionen ermöglichen, dass alle von den Fraktionen in der Vertretungskörperschaft vertretenen Ansichten in den Verhandlungen im Ausschuss vertreten sind und entsprechend ihrer Stärke in der Vertretungskörperschaft auch bei Abstimmungen im Ausschuss repräsentiert sind.⁴⁴ Vor allem in beschließenden Ausschüssen, deren Entscheidungen nicht mehr einer endgültigen Entscheidung der Vertretungskörperschaft unterliegen, beruht die demokratische Legitimität einer Entscheidung, die nicht in der Vertretungskörperschaft sondern im Ausschuss getroffen wird, auf dem Fraktionsproporz, der sicherstellt, dass im Ausschuss die gleichen Mehrheitsverhältnisse bei Abstimmungen bestehen, wie dies in der Vertretungskörperschaft der Fall wäre. Wird das von einer Fraktion vertretene politische Konzept nicht mehr wirksam in der Diskussion und Beschlussfassung vertreten, weil der oder die Vertreter der Fraktion im Ausschuss gegen den Willen der Fraktionsmehrheit entscheiden, ist der Fraktionsproporz im Ausschuss praktisch nicht mehr gegeben; die Legitimität der Entscheidungen des Ausschusses nimmt ab. Um solche in ihrer Legitimität fraglichen Entscheidungen des Ausschusses zu verhindern, muss es den Fraktionen möglich sein, ein Mitglied, das in dem Ausschuss, aus dem es abberufen werden soll, bei Beratungen und Abstimmungen die Interessen der Fraktion grob geschädigt hat, abzuberrufen und statt seiner ein neues Mitglied in den Ausschuss zu entsenden. Bei solch groben Schädigungen der Fraktionsinteressen wäre sogar ein Ausschluss aus der Fraktion gerechtfertigt.⁴⁵ Als sein freies Mandat weniger stark beeinträchtigende Maßnahme muss in solchen Fällen auch eine Abberufung des sich fraktionsschädigend verhaltenden Mitglieds aus dem Ausschuss zulässig sein.

Für die Kommunalverfassungen Brandenburgs und Niedersachsens liegt, da sie erst seit kurzem in Kraft sind, noch keine Rechtsprechung vor. Daher ist gegenwärtig noch nicht absehbar, ob und welche Beschränkungen des Rechts der Fraktionen auf Abberufung von Mitgliedern aus Ausschüssen sie anerkennen werden. Für die Praxis empfiehlt es sich daher, von der Abberufung nur in Fällen erheblicher Schädigung der Fraktionsinteressen Gebrauch zu machen.

Das Recht der Fraktionen, Mitglieder in die Ausschüsse zu entsenden, beinhaltet auch das Recht, nach der Abberufung eines Ausschussmitglieds oder nach einem Verzicht des Ausschussmitglieds auf seinen Ausschusssitz ein neues Mitglied in den Ausschuss zu entsenden. Damit ist der Frakti-

43 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 328.

44 *OVG NW*, Beschluss von 21.05.2002 - 15 B 238/02 -, Abs. 20 (zitiert nach juris).

45 *OVG NW*, NJW 1989, S. 1105; *OVG Saarl*, NVwZ-RR 1996, S. 462.

onsproporz auch nach Abberufung bzw. Ausscheiden eines Ausschussmitglieds über die gesamte Wahlperiode gesichert.

In den Ländern, in denen die Ausschussbesetzung durch Wahl durch die Vertretungskörperschaft erfolgt, steht das Recht auf Zuteilung von Ausschusssitzen über die gesamte Wahlperiode hinweg – also auch für die Neubesetzung eines im Laufe der Wahlperiode frei gewordenen Ausschusssitzes – der Vertretungskörperschaft zu. Die Verfahren zur Nachwahl von Ausschussmitgliedern sind in den einzelnen Ländern unterschiedlich ausgestaltet.

In Nordrhein-Westfalen hat die Fraktion nach Ausscheiden eines ihrer Mitglieder aus dem Betriebsausschuss ein Vorschlagsrecht für die Wahl eines neuen Mitglieds, § 5 Abs. 2 EigVO NW. Damit darf von der Vertretungskörperschaft nur derjenige gewählt werden, der von der Fraktion vorgeschlagen ist. Dies bedeutet jedoch nur, dass andere Fraktionen keine Wahlvorschläge machen können. Auch bei Bindung an den Wahlvorschlag steht es jedem Mitglied der Vertretungskörperschaft frei, mit ja oder nein zu stimmen, sodass es von den Mehrheitsverhältnissen in der Vertretungskörperschaft abhängt, ob das vorgeschlagene Mitglied in den Rat gewählt wird. So ist es bei Kandidaten der Minderheitenfraktionen möglich, dass sie keine Mehrheit erhalten, also nicht in den Ausschuss gewählt werden. In diesem Falle bliebe der Ausschusssitz der Fraktion auch nach der Wahl unbesetzt. Allerdings ist das Vorschlagsrecht innerhalb von zwei Wochen nach Ausscheiden des Ausschussmitglieds auszuüben. Hat die Fraktion innerhalb der Frist nicht von ihrem Vorschlagsrecht Gebrauch gemacht, erfolgt die Wahl eines neuen Ausschussmitglieds nach den Regeln des § 50 Abs. 2 GO NW, d.h. nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl, ohne Bindung an einen Wahlvorschlag. In diesem Fall können auch die anderen Fraktionen Kandidaten vorschlagen; gewählt ist derjenige Kandidat, der im ersten Wahlgang die absolute Mehrheit errungen hat oder – wenn das nicht gelungen ist – im zweiten Wahlgang die Stimmenmehrheit erreicht hat. Damit können die Mehrheitsfraktionen ihren Kandidaten auch dann in den Ausschuss wählen, wenn das ausgeschiedene Mitglied einer Minderheitenfraktion angehört hat.

In Schleswig-Holstein erfolgt nach dem Ausscheiden eines Ausschussmitglieds die Wahl des neuen Mitglieds nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl, § 46 Abs. 10 Satz 2 GO SH; eine Bindung an den Wahlvorschlag der Fraktion, der das ausgeschiedene Mitglied angehört, besteht nicht. Damit können alle Fraktionen Wahlvorschläge machen. In den Ausschuss gewählt ist derjenige Kandidat, der die meisten Stimmen erhalten hat; § 40 Abs. 3 GO SH. Das führt dazu, dass die Mehrheitsfraktionen auch dann ihren Kandidaten in den Ausschuss wählen können, wenn das ausgeschiedene Mitglied einer Minderheitenfraktionen angehört hat. Sollte letzteres der Fall sein, der Fraktionsproporz im Ausschuss also zu Lasten der Fraktion, der das ausgeschiedene Ausschussmitglied angehört hat, verschoben worden sein, kann die Fraktion ihr Recht aus § 46 Abs. 10 Satz 1 GO SH geltend machen und eine Neuwahl des gesamten Ausschusses verlangen. Für diese ist, wenn die Fraktion es gemäß § 46 Abs. 1 GO SH verlangt, Verhältniswahlrecht anzuwenden; die Fraktion erhält also wieder alle ihr zustehenden Sitze.

In Bayern, Sachsen-Anhalt und Thüringen werden die Ausschusssitze zwar durch Beschluss der Vertretungskörperschaft besetzt; sie ist dabei jedoch an die Vorschläge der Fraktionen gebunden. Da das Verbot, Ausschusssitze gegen den Vorschlag der Fraktionen zu besetzen, nicht auf die Besetzung des Ausschusses am Beginn der Wahlperiode beschränkt ist, kann auch nach Ausscheiden eines Ausschussmitglieds die Neubesetzung seines Sitzes nur auf Vorschlag der Fraktion erfolgen. Handelte es sich bei den entsprechenden Normen lediglich um das Verbot, Ausschusssitze gegen den Vorschlag der Fraktionen zu besetzen, hätten die Fraktionen aus ihnen keinen Anspruch gegen die Vertretungskörperschaft, dass ein Ausschusssitz nach ihrem Vorschlag zu besetzen ist. Der Mehrheit in der Vertretungskörperschaft stünde aber das Recht zu, den Besetzungsvorschlag mehrheitlich abzulehnen, die Ausschusssitze also nicht zu besetzen. Wären die Regelungen dagegen als ein Besetzungsgebot zu verstehen, könnten die Fraktionen fordern, dass ein Sitz nach ihrem Vorschlag zu besetzen ist; bei dieser Auslegung hätte die Fraktion, deren Mitglied aus einem Ausschuss ausgeschieden ist, das Recht, von der Vertretungskörperschaft die Neubesetzung ihres frei gewordenen Sitzes nach ihrem Vorschlag zu verlangen. Welcher der Auslegungen der Vorzug zu geben ist, hat die Rechtsprechung noch nicht entschieden.⁴⁶ Der Wortlaut des Art. 33 Abs. 1 Satz 4 BayGO spricht jedoch eher für eine Auslegung im Sinne eines reinen Verbots der Besetzung gegen den Vorschlag der Fraktion.⁴⁷ Der Wortlaut des § 46 Abs. 1 GO LSA, nach dem die Sitze im Ausschuss entsprechend der Stärke der Fraktionen in der Vertretungskörperschaft auf die Vorschläge der Fraktionen „verteilt werden“, und der Wortlaut des § 27 Abs. 2 ThürKO, nach dem Ausschusssitze nach den Vorschlägen der Fraktionen zu besetzen „sind“, sprechen eher für eine Pflicht zur Besetzung nach den Fraktionsvorschlägen, mit der Folge, dass die Vertretungskörperschaft einen frei gewordenen Sitz dem Vorschlag der Fraktion, der das ausgeschiedene Ausschussmitglied angehört, neu besetzt werden muss.

46 Ausdrücklich offen gelassen wurde die Auslegung von Art. 33 Abs. 1 Satz 4 BayGO vom VG Würzburg, Urteil von 24.02.1999 - W 2 K 98.1274 -, Abs. 37-39 (zitiert nach juris).

47 VG Würzburg, ebd. Abs. 37.

In den übrigen Ländern, in denen die Besetzung der Ausschüsse durch Wahlen durch die Vertretungskörperschaft erfolgt, existieren keine speziellen Regeln zur Neubesetzung frei gewordener Ausschusssitze, sodass hier die allgemeinen Regeln über die Wahl von Ausschussmitgliedern zur Anwendung kommen. Letztere sehen vor, dass die Ausschussmitglieder entweder aufgrund eines gemeinsamen Wahlvorschlags aller Fraktionen – also einstimmig – gewählt werden; oder wenn ein solcher einstimmiger Beschluss nicht zustande kommt, sind die Ausschussmitglieder durch Verhältniswahl zu bestimmen. Da das Verfahren der Verhältniswahl nur dann anwendbar ist, wenn mehrere Sitze auf mehrere Wahlvorschläge zu verteilen sind, scheidet eine Verhältniswahl zur Besetzung nur eines frei gewordenen Ausschusssitzes aus. Mangels Anwendbarkeit des Verhältniswahlverfahrens kann die Vertretungskörperschaft einen frei gewordenen Sitz also nur durch einen einstimmigen Beschluss neu besetzen.⁴⁸ Kommt ein einstimmiger Beschluss nicht zustande, kann die Vertretungskörperschaft das Freibleiben des Ausschusssitzes bis zum Ende der Wahlperiode nur vermeiden, indem sie den Ausschuss auflöst und neu wählt.⁴⁹ Auch bei dieser Rechtslage ist es möglich, dass eine Fraktion einen ihr zustehenden Ausschusssitz nach seinem Freiwerden bis zum Ende der Wahlperiode nicht neu besetzen kann, weil die anderen Fraktionen in der Vertretungskörperschaft einen einstimmigen Beschluss zur Neubesetzung oder einen Beschluss zur Auflösung des Ausschusses verhindern. Wenn das Ausscheiden eines Ausschussmitglieds in Rheinland-Pfalz und Thüringen mit einer Änderung der Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft verbunden ist (z.B. wenn das Ausschussmitglied nicht nur den Ausschuss, sondern auch seine Fraktion verlässt), können die Fraktionen von ihrem Recht Gebrauch machen, die Neuwahl aller Ausschussmitglieder zu verlangen. Dadurch kann das Freibleiben des Ausschusssitzes verhindert werden. Bei der Neuwahl werden alle Ausschusssitze nach dem neuen Fraktionsproporz vergeben. Vorausgesetzt, dass die neuen Mehrheitsverhältnisse nicht zum Verlust eines Ausschusssitzes bei der Berechnung des Fraktionsproporzes führen, kann die Fraktion, deren Mitglied aus dem Ausschuss ausgeschieden ist, alle ihre Ausschusssitze neu besetzen.

Diese Regelungen zur Nachwahl frei gewordener Ausschusssitze durch die Vertretungskörperschaft benachteiligen Minderheitsfraktionen evident, da sie die Neubesetzung ihrer frei gewordenen Ausschusssitze nicht aus eigenem Recht vornehmen können, sondern auf die Zustimmung der anderen Fraktionen angewiesen sind. Um diese Benachteiligung zu beseitigen, sollten die Bestimmungen zur Nachwahl so gefasst werden, dass der Fraktion, deren Mitglied aus dem Ausschuss ausgeschieden ist, nicht nur das alleinige, alle anderen Fraktionen von eigenen Wahlvorschlägen ausschließende Recht zusteht, einen Vorschlag für die Wahl eines neuen Ausschussmitglieds zu machen. Zudem müssten die Kommunalgesetze die Pflicht der Vertretungskörperschaft enthalten, diesem Wahlvorschlag zuzustimmen. In Bayern, Sachsen-Anhalt und Thüringen wäre eine gesetzgeberische Klarstellung wünschenswert, dass die Regeln zur Besetzung der Ausschüsse die Pflicht der Vertretungskörperschaft enthalten, sowohl bei der Besetzung des gesamten Ausschusses als auch bei der Neubesetzung frei gewordener Ausschusssitze, die Ausschusssitze gemäß den Vorschlägen der Fraktionen zu besetzen.

bb) Zuständigkeit des Werks- bzw. Betriebsausschusses

Seiner aus der (mindestens mehrheitlichen) Besetzung mit von den Bürgern direkt gewählten Mitgliedern der Vertretungskörperschaft folgenden, im Vergleich zu der der Betriebsleitung höheren demokratischen Legitimation entsprechend gehören zur Zuständigkeit des Betriebsausschusses diejenigen Angelegenheiten, die für die Führung eine über die der Geschäfte der laufenden Betriebsführung hinausgehende, grundlegendere Bedeutung haben. Auf der anderen Seite führt die höhere demokratische Legitimation der Vertretungskörperschaft dazu, dass die Kommunalgesetze aller Länder den Betriebsausschüssen nicht alle bedeutenden Angelegenheiten des Eigenbetriebs zur Entscheidung zuweisen, sondern dass die Entscheidungen von wesentlichem Gewicht für die Führung des Eigenbetriebs der Vertretungskörperschaft vorbehalten sind.

Die Zuständigkeit des Betriebsausschusses ist also nach zwei Seiten begrenzt: Der Betriebsausschuss ist nicht zuständig für Angelegenheiten der laufenden Betriebsführung, die von der Betriebsleitung in eigener Verantwortung zu erledigen sind. Als beschließender Ausschuss ist er nicht zu-

48 So auch die vom Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen erlassene Verwaltungsvorschrift zur Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 04.10.1979, Pkt. 5 zu § 35 (in der damaligen Fassung), zitiert nach Körner, GO NW, § 35.

49 Ebd.

ständig für Angelegenheiten, die die Vertretungskörperschaft nach den Kommunalgesetzen selbst erledigen muss, also nicht auf den Betriebsausschuss übertragen darf. Und er ist nicht zuständig für Angelegenheiten, die die Vertretungskörperschaft zulässigerweise zwar auf den Betriebsausschuss übertragen dürfte, sich die Entscheidungsbefugnis generell (in der Betriebsatzung) oder im Einzelfall vorbehalten hat. Zudem kann die Vertretungskörperschaft dem Betriebsausschuss Kompetenzen, die sie ihm übertragen hat, wieder an sich ziehen⁵⁰ und somit die auf den Betriebsausschuss übergegangene Entscheidungsbefugnis wieder auf sich übertragen. Angelegenheiten, über die die Vertretungskörperschaft entscheidet, werden vom Betriebsausschuss vorbereitet.⁵¹

Die Fülle der Entscheidungskompetenzen, die die Vertretungskörperschaft auf den Betriebsausschuss als beschließenden Ausschuss übertragen kann, ist groß und in den einzelnen Ländern gesetzlich unterschiedlich weit ausgestaltet. Einige Beispiele verdeutlichen die mögliche Entscheidungszuständigkeit des Betriebsausschusses:⁵²

- Einstellung und Entlassung der Beschäftigten des Eigenbetriebs,
- Festsetzung von Tarifen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
- Abschluss von Verträgen,
- Verfügungen über das Vermögen des Eigenbetriebs und Verzicht auf Forderungen,
- Entscheidungen über die Führung von Rechtsstreiten

Zudem ist er Adressat der Berichte, die die Betriebsleitung bzw. der Hauptverwaltungsbeamte zu erstatten haben.

Angesichts dieser möglichen Kompetenzfülle empfiehlt es sich zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten zwischen dem Betriebsausschuss auf der einen und der Betriebsleitung bzw. der Vertretungskörperschaft auf der anderen Seite, die Kompetenzen des Betriebsausschusses in der Betriebsatzung zu regeln.

Beispiel der Kompetenzbestimmung in einer Betriebsatzung:

§ 3 Zuständigkeit des Betriebsausschusses

Der Betriebsausschuss entscheidet über

- die Festsetzung von Tarifen und die vom Eigenbetrieb verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen;
- die Aufnahme von Krediten und die Begebung von Kreditsicherheiten, soweit es sich nicht um Kredite in Höhe unter 10.000 €, über die die Betriebsleitung im Rahmen der laufenden Geschäfte des Eigenbetriebs entscheidet, und Kredite in Höhe von über 50.000 €, über die der Rat der Stadt S entscheidet, handelt;
- Verfügungen über das dem Eigenbetrieb zugeordnete Vermögen der Stadt S;
- die Vergabe von Aufträgen im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen;
- den Abschluss von Verträgen, die erhebliche Auswirkungen auf die wirtschaftliche Lage des Eigenbetriebs haben;
- die Führung von gerichtlichen Prozessen und den Abschluss von Vergleichen;
- die Einstellung und Entlassung von Beschäftigten des Eigenbetriebs.

Zudem entscheidet der Betriebsausschuss über alle Angelegenheiten, die ihm im Einzelfall vom Rat der Stadt S zur Entscheidung übertragen werden. Er überwacht die Durchführung

50 *Schneider* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 130. Vgl. z.B. § 45 Abs. 2 GO LSA; § 27 Abs. 1 GO SH.

51 Vgl. z.B. § 5 Abs. 4 EigVO NW; § 9 Abs. 1 EigBG LSA.

52 Vgl. z.B. § 8 Abs. 2 EigBG BW; § 7 Abs. 3 HEigBGes; § 9 Abs. 2 EigBG LSA.

seiner Beschlüsse und der den Eigenbetrieb betreffenden Beschlüsse des Rates der Stadt S durch die Betriebsleitung und nimmt deren Berichte entgegen.

cc) Öffentlichkeit der Sitzungen des Werks- bzw. Betriebsausschusses

Die vom Demokratieprinzip geforderte Kontrolle der Tätigkeit der sie regierenden staatlichen Organe erfordert, dass die Bürger dazu in der Lage sind, die Tätigkeit der Regierenden zu beobachten.⁵³ Nur mit dem so verfügbaren Wissen über die Tätigkeit der Volksvertreter können die Wähler durch ihre Entscheidung ihre Repräsentanten durch Wieder- oder Abwahl in die demokratische Verantwortung gegenüber dem Volk nehmen.⁵⁴ Deshalb gehört die Öffentlichkeit der Entscheidungsprozesse in den vom Volk gewählten staatlichen Organen zu den notwendigen Anforderungen des Demokratieprinzips an die Gestaltung der Entscheidungsverfahren.⁵⁵ Die Legitimation der Entscheidungen des Betriebsausschusses hängt damit auch von der Öffentlichkeit seiner Sitzungen ab.

Wie alle anderen Gewährleistungen des Grundgesetzes gilt auch das Demokratieprinzip nicht schrankenlos. Vielmehr enthält das Grundgesetz auch kollidierende Verfassungsgüter, die einen Ausschluss der Öffentlichkeit von den Sitzungen des Betriebsausschusses erfordern, so z.B. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, das die Geheimhaltung personenbezogener Daten auch in Sitzungen von Vertretungskörperschaften gebietet, und die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung und die Wahrung der Entscheidungsfreiheit der Abgeordneten. In solchen Fällen der Kollision von Verfassungsgütern ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Rechtsgütern vorzunehmen, mit dem Ziel, alle widerstreitenden Interessen so weit wie möglich zu verwirklichen.⁵⁶ Diese Abwägung der widerstreitenden Interessen hat der Gesetzgeber bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Sitzungsöffentlichkeit durchzuführen. Er hat dabei einen weiten Gestaltungsspielraum. Von diesem Gestaltungsspielraum haben die Landesgesetzgeber in z.T. unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht.

In Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Thüringen sind die Sitzungen beschließender Ausschüsse, um welche es sich bei den Betriebsausschüssen regelmäßig handelt, grundsätzlich öffentlich.⁵⁷ In Sachsen-Anhalt regelt § 9 Abs. 2 EigBG LSA, dass der Betriebsausschuss folgende Gegenstände in nicht öffentlicher Sitzung behandelt: den Abschluss von Verträgen, ausgenommen einfache Geschäfte der laufenden Betriebsführung; die Verfügung über Vermögen des Eigenbetriebes innerhalb der satzungsmäßig festgelegten Grenzen; die Festsetzung der allgemeinen Lieferbedingungen; den Vorschlag des Wirtschaftsprüfers; die Geschäftsordnung der Betriebsleitung. Die Kommunalgesetze von Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen überlassen es der Vertretungskörperschaft der Kommune, durch Satzung darüber zu entscheiden, ob die Sitzungen der Ausschüsse grundsätzlich öffentlich oder nichtöffentlich stattfinden sollen.⁵⁸ Ähnlich ist die Rechtslage in Schleswig-Holstein, wo die Vertretungskörperschaft durch einfachen Beschluss (der nicht der Rechtsform der Satzung bedarf) festlegen kann, dass die Ausschüsse grundsätzlich öffentlich tagen; wenn ein solcher Beschluss nicht vorliegt, finden Ausschusssitzungen grundsätzlich nichtöffentlich statt.⁵⁹ In Rheinland-Pfalz und dem Saarland richtet sich die Öffentlichkeit von Ausschusssitzungen nicht danach, ob ein Ausschuss als beratender oder beschließender eingerichtet wurde, sondern nach der in der Ausschusssitzung konkret zu behandelnden Angelegenheit: Ausschusssitzungen, die der Vorberatung von Angelegenheiten dienen, über die die Vertretungskörperschaft zu entscheiden hat, finden grundsätzlich nichtöffentlich statt; Ausschusssitzungen, in denen Angelegenheiten beraten werden, die dem Ausschuss von der Vertretungskörperschaft zur abschlie-

53 *DiFabio* in Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Badura-FS, S. 77 (82).

54 *Von Simson*, VVDStRL Bd. 29, S. 3 (32).

55 *Morlok* in BVerfG-FS, Bd. 2, S. 559 (573 f.).

56 Das ist ständige Rechtsprechung vor allem im Bereich der Einschränkung von Grundrechten durch kollidierendes Verfassungsrecht: *BVerfGE* 28, 243 (261); E 32, 98 (107); 75, 369 (376); E 81, 278 (292); E 81, 298 (304).

57 § 39 Abs. 5 i.V.m. § 35 Abs. 1 GemO BW; Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 52 Abs. 2 BayGO; § 44 Abs. 3 i.V.m. § 36 Abs. 2 BbgKVerf; § 62 Abs. 5 i.V.m. § 52 Abs. 1 HGO; § 58 Abs. 2 i.V.m. § 48 Abs. 2 GO NW; § 50 Abs. 1 GO LSA; § 43 Abs. 1 i.V.m. § 40 Abs. 1 ThürKO.

58 § 36 Abs. 6 KV M-V; § 72 NKomVG.

59 § 46 Abs. 8 GO SH.

ßenden Entscheidung übertragen wurden, finden grundsätzlich öffentlich statt.⁶⁰ Im Ergebnis gilt das gleiche in Sachsen: Dort tagen beschließende Ausschüsse zwar grundsätzlich öffentlich. Jedoch finden Sitzungen, in denen Beschlüsse der Vertretungskörperschaft vorberaten werden, nichtöffentlich statt, was auch für Sitzungen beschließender Ausschüsse, in denen lediglich der Vertretungskörperschaft obliegende Beschlüsse vorberaten werden, gilt.⁶¹

Soweit aufgrund Gesetzes, Satzung oder Beschluss der Vertretungskörperschaft Ausschusssitzungen grundsätzlich öffentlich stattfinden können, gibt es in allen Ländern Bestimmungen, nach denen die Öffentlichkeit für die Beratung bestimmter einzelner Angelegenheiten ausgeschlossen werden kann. In der überwiegenden Zahl der Länder ist die Öffentlichkeit von Ausschusssitzungen auszuschließen, wenn das öffentliche Wohl bzw. das Wohl der Allgemeinheit⁶² oder berechnigte Interessen Einzelner den Ausschluss der Öffentlichkeit erfordern.⁶³ Im Ergebnis gelten die gleichen Gründe für den Ausschluss der Öffentlichkeit in Rheinland-Pfalz: Dort ist gesetzlich der Ausschluss der Öffentlichkeit vorgesehen, wenn die Nichtöffentlichkeit wegen der Natur des Beratungsgegenstandes erforderlich ist.⁶⁴ Die Rechtsprechung legt diese Bestimmung so aus, dass die Natur des Beratungsgegenstandes die Nichtöffentlichkeit dann erfordert, wenn Gründe des Allgemeinwohls oder rechtlich geschützte Interessen Einzelner einer öffentlichen Beratung entgegenstehen.⁶⁵ In Hessen kann der Ausschuss in einzelnen Angelegenheiten die Öffentlichkeit ausschließen⁶⁶, wobei das Gesetz keine nähere Bestimmung über die zulässigen Gründe für den Ausschluss trifft. Nach der Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen kann durch die Geschäftsordnung die Öffentlichkeit für Angelegenheiten bestimmter Art ausgeschlossen werden; eine Beschränkung der Art der Angelegenheiten enthält die Norm nicht.⁶⁷ In Ausschusssitzungen dürfen personenbezogene Daten offenbart werden, soweit nicht schützenswerte Interessen Einzelner oder Belange des öffentlichen Wohls überwiegen.⁶⁸

Die Frage, ob das öffentliche Wohl oder berechnigte Interessen Einzelner einen Ausschluss der Öffentlichkeit erfordern, ist durch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen zu beantworten. Hierzu bedarf es der Feststellung der entscheidungserheblichen Kriterien, die für die Aufrechterhaltung und den Ausschluss der Öffentlichkeit sprechen. Bei der Abwägung der so ermittelten Kriterien ist ein Ausschluss der Öffentlichkeit dann gerechtfertigt, wenn die für ihn sprechenden Gründe die Gründe, die für eine Zulassung der Öffentlichkeit sprechen, überwiegen.⁶⁹

Für die Aufrechterhaltung der Öffentlichkeit spricht bei der Abwägung das oben dargestellte, sich aus dem Demokratieprinzip ergebende Gebot der Transparenz des demokratischen Entscheidungsprozesses. So benötigt vor allem die Opposition die Öffentlichkeit der Sitzungen der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse, um eine öffentlichkeitswirksame Kontrolle der Politik der Mehrheit durchführen zu können. Und auch die BürgerInnen haben ein aus dem Demokratieprinzip resultierendes Interesse sowie einen aus der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG resultierenden Anspruch auf möglichst weitgehende Öffentlichkeit. Die Sitzungen der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse sind die öffentliche Quelle, aus der sie sich zum Zwecke der Meinungsbildung über die Arbeit der Mitglieder der Vertretungskörperschaft informieren können müssen.⁷⁰

60 § 46 Abs. 4 i.V.m. § 35 Abs. 1 GemO RP; § 48 Abs. 5 SaarlKSVG.

61 § 41 Abs. 5 i.V.m. § 37 Abs. 1 SächsGemO.

62 Ein rein terminologischer Unterschied; da öffentliches Wohl und Allgemeinwohl synonyme Begriffe sind, ergeben sich keine Unterschiede bei der Auslegung der entsprechenden Normen.

63 § 39 Abs. 5 i.V.m. § 35 Abs. 1 GemO BW; Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 52 Abs. 2 BayGO; § 44 Abs. 3 i.V.m. § 36 Abs. 2 BbgKVerf; § 36 Abs. 6 i.V.m. § 29 Abs. 5 KV M-V; § 72 i.V.m. § 64 NKomVG; § 48 Abs. 5 i.V.m. § 40 Abs. 1 SaarlKSVG; § 41 Abs. 5 i.V.m. § 37 Abs. 1 SächsGemO; § 50 Abs. 2 GO LSA; § 46 Abs. 8 GO SH; § 43 Abs. 1 i.V.m. § 40 Abs. 1 ThürKO.

64 § 46 Abs. Abs. 4 i.V.m. § 35 Abs. 1 GemO RP.

65 *OVG RP*, Urteil vom 13.06.1995 - 7 A 12186/94 -, Abs. 27 ff. (zitiert nach juris).

66 § 62 Abs. 5 i.V.m. § 52 Abs. 1 HGO.

67 § 58 Abs. 2 i.V.m. § 48 Abs. 3 GO NW.

68 § 58 Abs. 2 i.V.m. § 48 Abs. 3 GO NW.

69 So *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, Rn. 56 für die vergleichbare Abwägung bei der Änderung des Gemeindegebiets.

70 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 310a; ähnlich *OVG RP*, Urteil vom 13.06.1995 - 7 A 12186/94 -, Abs. 31 (zitiert nach juris).

Dieses Transparenzgebot ist jedoch nicht für jede in der Vertretungskörperschaft und ihren Ausschüssen behandelte Angelegenheit von gleichem Gewicht. Die Vertretungskörperschaft wird bei der Beratung und Beschlussfassung einiger Angelegenheiten als quasi-parlamentarisches Repräsentationsorgan tätig. Dies ist u.a. beim Erlass von Satzungen und der Abwahl des Hauptverwaltungsbeamten der Fall. Bei der Erörterung solcher für die Kommune grundlegenden bzw. wesentlichen Fragen besteht ein besonders hohes Bedürfnis der demokratischen Öffentlichkeit an Informationen über die Meinungen und das Abstimmungsverhalten der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse, was regelmäßig zu einem Überwiegen der für die Aufrechterhaltung der Öffentlichkeit in der Abwägung gegen die für den Ausschluss der Öffentlichkeit sprechenden Gründe führt.⁷¹ Zur Zuständigkeit der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse gehört auf der anderen Seite auch die Erledigung von Verwaltungsgeschäften der Gemeinde. Bei diesen Verwaltungsgeschäften ist die Amtsverschwiegenheit genauso zu wahren, wie dies in Verwaltungsverfahren der Fall ist, die in anderen Behörden durchgeführt werden. Zudem sind solche Verwaltungsangelegenheiten politisch meist von geringerem öffentlichen Interesse. Dies hat zur Folge, dass die für eine Geheimhaltung – und damit für den Ausschluss der Öffentlichkeit – sprechenden Gründe zum Schutze der von den Verwaltungsverfahren Betroffenen regelmäßig ein höheres Gewicht haben als die für die Aufrechterhaltung der Sitzungsöffentlichkeit sprechenden Gründe.⁷²

Vorrang vor den für eine Geheimhaltung sprechenden Interessen hat das Interesse der BürgerInnen an Informationen über die Tätigkeit der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse nach diesen Kriterien immer dann, wenn die Beratungen in der Vertretungskörperschaft bzw. in den Ausschüssen grundlegende Fragen der Politik in der Kommune betreffen. So darf die Öffentlichkeit nicht ausgeschlossen werden von Sitzungen, in denen der Erlass von Satzungen diskutiert und beschlossen wird. Wegen der möglichen wirtschaftlichen Folgen für die Kommune und wegen des Interesses der BürgerInnen an einer Versorgung mit Leistungen der Daseinsvorsorge sind auch die Entscheidung über die Gründung und Erweiterung von Kommunalunternehmen sowie die Entscheidung über das Einstellen von Leistungsangeboten von so grundlegender öffentlicher Bedeutung, dass ein Ausschluss der Öffentlichkeit nicht gerechtfertigt werden kann.⁷³

Indem die Kommune bei der Abwägung den widerstreitenden Interessen eine Wertigkeit zuweist und nur ein Interesse – entweder das an der Öffentlichkeit der Sitzungen oder das am Ausschluss der Öffentlichkeit – befriedigt, disponiert sie mit diesem Abwägungsprozess über die einzelnen Interessen. Damit kann die Kommune eine Entscheidung, mit der das Geheimhaltungsinteresse geringer bewertet wird als das an der Sitzungsöffentlichkeit nur dann treffen, wenn ihr von Rechts wegen die Dispositionsbefugnis über das Geheimhaltungsinteresse zusteht. Dies ist dann nicht der Fall, wenn es sich um eine Bundes- oder Landesangelegenheit handelt. Bei diesen können nur Bundes- bzw. Landesbehörden über die Geheimhaltung entscheiden. Dies hat zur Rechtsfolge, dass das im öffentlichen Wohl liegende Geheimhaltungsinteresse stets alle Interessen an der Publizität der Beratungen in kommunalen Gremien überwiegt, wenn eine Bundes- oder Landesbehörde die Angelegenheit für vertraulich erklärt hat.⁷⁴ Beispiel hierfür ist die Beteiligung der Kommune an Standortplanungen der Bundeswehr, die vom Bundesminister der Verteidigung als vertraulich eingestuft sind.

Verwaltungsangelegenheiten, bei denen das öffentliche Interesse an der Publizität der Beratungen nicht generell Vorrang vor den Interessen am Ausschluss der Öffentlichkeit hat, sind u.a. Entscheidungen über Grundstücksgeschäfte der Gemeinde. Bei diesen überwiegt das öffentliche Interesse an

71 *OVG RP*, Urteil vom 13.06.1995 - 7 A 12186/94 -, Abs. 31 (zitiert nach juris).

72 *OVG RP*, Urteil vom 13.06.1995 - 7 A 12186/94 -, Abs. 28 (zitiert nach juris).

73 So ausdrücklich geregelt in § 46 Abs. 4 i.V.m. § 35 Abs. 1 GemO RP. Der dort aufgeführte Katalog von Gegenständen, bei deren Beratung die Öffentlichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, ist wesentlich umfangreicher als die hier besprochenen Beispiele.

74 *OVG RP*, Urteil vom 13.06.1995 - 7 A 12186/94 -, Abs. 29 (zitiert nach juris).

der Geheimhaltung der Beratungen das Interesse an der öffentlichen Verhandlung regelmäßig, so dass ein Ausschluss der Öffentlichkeit von Beratungen über den Abschluss von Grundstücksgeschäften regelmäßig zulässig ist.⁷⁵ Das öffentliche Wohl liegt hier im Schutz der Kommune vor erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen, die aus einem zu frühen Bekanntwerden beabsichtigter Grundstücksgeschäfte entstehen können. So kann insbesondere die Veröffentlichung der Absicht der Kommune, ein bestimmtes Grundstück erwerben zu wollen, dazu führen, dass Dritte das Grundstück vor der Kommune in spekulativer Absicht erwerben und der Kommune zu nur zu einem weit höheren Preis veräußern wollen, als dies der ursprüngliche Eigentümer beabsichtigt hat. Um den der Kommune hieraus drohenden Haushaltsbelastungen vorzubeugen, überwiegt das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Interesse der Öffentlichkeit an einer frühzeitigen Unterrichtung über die Kaufabsichten.

In gleicher Richtung liegen die Nachteile, die der Kommune aus der Veröffentlichung von Beratungen über Vertragsverhandlungen und die Prozesstaktik der Gemeinde in Rechtsstreitigkeiten ergeben können. Wird die von der Kommune verfolgte Taktik bei Vertragsverhandlungen öffentlich, und damit auch dem Verhandlungspartner bekannt, könnte sich die Verhandlungsposition der Kommune verschlechtern; der schließlich zustande kommende Vertrag wäre wirtschaftlich nachteiliger als einer, der mit einem Verhandlungspartner, der die Verhandlungstaktik der Kommune nicht kennt, abgeschlossen worden wäre. Auch das öffentliche Bekanntwerden der Prozesstaktik in einem Rechtstreit gibt dem Prozessgegner die Möglichkeit, seine eigene Taktik der der Kommune anzupassen und daraus für sich Vorteile zulasten der Kommune zu ziehen. Wenn solche Nachteile aus dem Bekanntwerden von Verhandlungs- oder Prozesstaktik drohen, überwiegt das öffentliche Interesse an der Stärkung der Position der Kommune das Interesse an der Sitzungsöffentlichkeit.⁷⁶

Zu den Interessen Einzelner, die den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigen, zählt das Interesse der Betroffenen am Schutz ihrer personenbezogenen Daten. Kommen solche in der Beratung eines Ausschusses oder der Vertretungskörperschaft zur Sprache, sind sie genauso vor der Veröffentlichung zu schützen, wie dies in anderen Verwaltungsverfahren vor anderen Behörden der Fall ist.⁷⁷ Personenbezogene Daten sind alle Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse bestimmter oder bestimmbarer natürlicher Personen.⁷⁸ Diese Definition erfasst alle Informationen, die eine Aussage über den Betroffenen einschließlich seiner Lebensumstände, seiner beruflichen sowie gesellschaftlichen Situation enthalten. Beispiele personenbezogener Daten Namen, Geburtsdatum, Kinderzahl, Angaben zu Eigentums- und Vermögensverhältnissen, zu schulischer Ausbildung und begangenen Straftaten.⁷⁹ Damit wird in Personalangelegenheiten (Einstellung, Entlassung, Beförderung, Umsetzung von Bediensteten sowie die Verhängung arbeits- oder disziplinarrechtlicher Sanktionen gegen Bedienstete des Eigenbetriebs) regelmäßig die Öffentlichkeit auszuschließen sein, da das grundrechtlich geschützte Interesse des Betroffenen auf Geheimhaltung seiner personenbezogenen Daten das öffentliche Interesse an der Sitzungsöffentlichkeit überwiegt.⁸⁰ Auch wenn die Vertretungskörperschaft oder ein beschließender Ausschuss über die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten zu entscheiden haben, wird die Öffentlichkeit regelmäßig auszuschließen sein, da bei der Erörterung der Angelegenheit die in ihrer Geheimhaltung schützenswerten wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen, aus denen die Höhe des Ordnungsgeldes zu bestimmen sind, erörtert werden müssen.

75 *VG Würzburg*, Urteil vom 27.11.2002 - W 2 K 02.870 -, Abs. 39 (zitiert nach juris) und ausdrücklich geregelt in § 50 Abs. 2 GO LSA.

76 So für die Erörterung der Prozesstaktik im Rat *OVG NW*, Urteil vom 24.04.2001 - 15 A 3021/97 -, Abs. 33 (zitiert nach juris).

77 *OVG RP*, Urteil vom 13.06.1995 - 7 A 12186/94 -, Abs. 28 (zitiert nach juris).

78 *VG Ansbach*, Urteil vom 14.11.2002 - AN 4 K 01.01318 -, Abs. 49 (zitiert nach juris).

79 *VG Ansbach*, Urteil vom 14.11.2002 - AN 4 K 01.01318 -, Abs. 50 m.w.N. (zitiert nach juris).

80 *VG Würzburg*, Urteil vom 27.11.2002 - W 2 K 02.870 -, Abs. 39 (zitiert nach juris) und ausdrücklich geregelt in § 50 Abs. 2 GO LSA.

An der Kenntnis dieser wirtschaftlichen Verhältnisse, deren Bekanntgabe für den Betroffenen nachteilig sein kann, besteht schlechterdings kein öffentliches Interesse.⁸¹

Zu den schutzwürdigen Interessen, an deren Kenntnis die Öffentlichkeit regelmäßig kein Interesse hat, deren nichtöffentliche Behandlung also regelmäßig geboten ist, gehören auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.⁸² Betriebsgeheimnisse sind technische Informationen, Geschäftsgeheimnisse sind kaufmännische Informationen, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis in einem Unternehmen bekannt sind, die nach dem Willen des Unternehmens geheim zu halten sind und an deren Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse besteht.⁸³ Betriebsgeheimnisse sind z.B. Angaben über technische Verfahren; Geschäftsgeheimnisse sind z.B. der Kundenstamm eines Unternehmens, die Beziehungen zu Lieferanten und die Grundlagen der Kalkulation. Solche Geheimnisse werden der Kommune z.B. im Rahmen von Genehmigungsverfahren, bei der Verhandlung über Verträge und bei öffentlichen Ausschreibungen offenbart. Bedarf es bei der Entscheidung über einen solchen Genehmigungsantrag der Erörterung der Geheimnisse, ist dies in nichtöffentlicher Sitzung zu tun.⁸⁴ Auch Vergabeentscheidungen sind regelmäßig unter Ausschluss der Öffentlichkeit zu treffen.⁸⁵ Wenn bei Beratungen über Vertragsverhandlungen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erörterungsbedürftig sind, hat das in nichtöffentlicher Sitzung zu erfolgen.⁸⁶

Bei der Abwägung zwischen dem Interesse an der Sitzungsöffentlichkeit und dem Interesse des Betroffenen auf Schutz seiner Daten wird regelmäßig das Interesse am Schutz personenbezogener Daten überwiegen, da es sich hierbei um ein Grundrecht des Betroffenen aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG – und damit um ein Verfassungsgut von hohem Gewicht – handelt. Ist die Offenbarung persönlicher Daten für die Funktionsfähigkeit der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses erforderlich, muss der Schutz der personenbezogenen Daten soweit zurücktreten, wie dies für die Sicherung der Funktionsfähigkeit unverzichtbar ist. Dies gilt z.B. bei der Wahl von Personen in ein Amt der Kommune, wie z.B. bei der Entscheidung über die Person des Betriebsleiters. Hier müssen für die Auswahlentscheidung die persönlichen Verhältnisse (vor allem die Qualifikation) der Bewerber erörtert werden. Hierbei gebührt der Sitzungsöffentlichkeit der Vorrang vor dem Datenschutz.⁸⁷

Schließlich sind personenbezogene Daten, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dann nicht schutzwürdig, wenn die Betroffenen wirksam auf den Schutz vor der Veröffentlichung ihrer Daten verzichtet haben.⁸⁸ Dabei ist der Verzicht auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur dann wirksam, wenn ihn die gesellschaftsrechtlich dazu befugten Organe des Unternehmens – bei der GmbH der Geschäftsführer, bei der AG der Vorstand – erklärt haben.

Über den Ausschluss der Öffentlichkeit entscheidet die Vertretungskörperschaft bzw. der Ausschuss. Ob ein einzelnes Mitglied der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses das Recht hat, einen von ihm für rechtswidrig gehaltenen Beschluss über die Herstellung von Nichtöffentlichkeit gerichtlich anfechten kann, hängt davon ab, ob das Mitglied der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses oder eine Fraktion von diesem Beschluss in einem ihm bzw. ihr zustehenden Recht verletzt wird. In einigen Ländern erkennt die Rechtsprechung ein solches Recht des einzelnen Mitglieds der Vertretungskörperschaft bzw. der Fraktion auf Herstellung der Sitzungsöffentlichkeit an⁸⁹;

81 *VG Sigmaringen*, Urteil vom 25.11.2010 - 2 K 2364/08 -, Abs. 21 (zitiert nach juris).

82 *OVG RP*, Urteil vom 13.06.1995 - 7 A 12186/94 -, Abs. 28 (zitiert nach juris).

83 *Krieger/Sailer-Coceani* in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 AktG Rn. 18 m.w.N.

84 *OVG RP*, Urteil vom 13.06.1995 - 7 A 12186/94 -, Abs. 28 (zitiert nach juris).

85 So ausdrücklich geregelt in § 50 Abs. 2 GO LSA.

86 So ausdrücklich geregelt in § 9 Abs. 2 EigBG LSA.

87 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 311.

88 Vgl. *VG Sigmaringen*, Urteil vom 25.11.2010 - 2 K 2364/08 -, Abs. 22 (zitiert nach juris).

89 *OVG NW*, *OVGE* 35, 8; *OVG NW*, Urteil vom 24.04.2001 - 15 A 3021/97 -, Abs. 7 ff. für Mitglieder der Vertre-

in anderen Ländern wird dieses Recht verneint⁹⁰. Die überzeugenderen Gründe sprechen für die Anerkennung eines solchen Rechts des einzelnen Mitglieds der Vertretungskörperschaft. Schließlich bedarf er der Öffentlichkeit der Sitzungen, um seine politischen Positionen öffentlich darstellen zu können, was unerlässlich für die Werbung um die Wiederwahl ist. Zudem bedarf insbesondere die Opposition für die Kontrolle der Mehrheit der Öffentlichkeit, um ihren Forderungen Nachdruck durch öffentliche Zustimmung zu verleihen.⁹¹ Rechtspolitisch wäre es damit wünschenswert, dass in die Kommunalgesetze aller Länder zu Klarstellung das Recht des Mitglieds der Vertretungskörperschaft auf Sitzungsöffentlichkeit aufgenommen wird.

Im Übrigen können Mitglieder der Vertretungskörperschaft Beschlüsse über den Ausschluss der Öffentlichkeit der Kommunalaufsicht unterbreiten, damit diese rechtswidrige Beschlüsse beanstanden und der Kommune die Aufhebung des rechtswidrigen Beschlusses aufgeben kann.

Da es sich bei den Regeln über die Sitzungsöffentlichkeit um rein objektivrechtliche Ordnungsvorschriften handelt, haben sie keine Auswirkung auf die Rechtmäßigkeit der in der Sitzung gefassten Beschlüsse. Ein Beschluss, der in einer Sitzung gefasst wird, von der die Öffentlichkeit rechtswidrig ausgeschlossen wurde, ist nicht schon wegen der rechtswidrigen Nichtöffentlichkeit rechtswidrig.⁹²

Für die Kommunen in Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen kann die grundsätzliche Sitzungsöffentlichkeit in Ausschüssen durch entsprechende Regelungen in der Hauptsatzung (Mecklenburg-Vorpommern) bzw. in der Geschäftsordnung (Niedersachsen) sichergestellt werden. Dazu ist eine Bestimmung in die Satzung bzw. Geschäftsordnung aufzunehmen, nach der Ausschüsse grundsätzlich öffentlich tagen, wenn nicht die gesetzlichen Gründe für den Ausschluss der Öffentlichkeit vorliegen:

Beispiel einer Satzungsbestimmung über der Öffentlichkeit der Ausschusssitzungen:

§ 10 Öffentlichkeit der Ausschusssitzungen

Die Ausschüsse des Rates der Stadt X tagen öffentlich, wenn und soweit nicht das Wohl der Allgemeinheit oder berechnigte Interessen Einzelner einen Ausschluss der Öffentlichkeit erfordern.

c) Organe der Gemeinde

Trotz seiner organisatorischen Verselbständigung innerhalb der Kommune erfolgen Steuerung und Kontrolle des Eigenbetriebs nicht ausschließlich durch dessen Organe Betriebsausschuss und -leitung. Auch dem Hauptverwaltungsbeamten und der Vertretungskörperschaft stehen Entscheidungs- und Weisungskompetenzen in bestimmten Angelegenheiten des Eigenbetriebs zu.

aa) Hauptverwaltungsbeamter

In den Ländern, in denen eine Betriebsleitung nicht bestellt werden muss, nimmt der Hauptverwaltungsbeamte deren Aufgaben wahr.⁹³

tungskörperschaft und Abs. 23 ff. für Fraktionen (zitiert nach juris).

90 *VGH BW*, NVwZ-RR 1993, S. 373.

91 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 310a.

92 *VG Ansbach*, Urteil vom 14.11.2002 - AN 4 K 01.01318 -, Abs. 39 (zitiert nach juris) unter Berufung auf *BayVGH*, BayVBl. 2000, 695.

93 Z.B. § 10 Abs. 3 EigBG BW; vgl. für die Länder, in denen eine Betriebsleitung nicht bestellt werden muss, und zu den Aufgaben der Betriebsleitung oben unter B) I) 2.) a).

In Sachsen können dem Hauptverwaltungsbeamten durch die Betriebssatzung Aufgaben der Betriebsleitung zur Erledigung auch dann übertragen werden, wenn eine Betriebsleitung bestellt ist.⁹⁴

In einigen Ländern steht dem Hauptverwaltungsbeamten ein Weisungsrecht gegenüber der Betriebsleitung zu. Um die selbständige Führung des Eigenbetriebs durch die Betriebsleitung nicht unangemessen durch Weisungen des Hauptverwaltungsbeamten einzuschränken, ist das letzterem zustehende Weisungsrecht in den einzelnen Ländern in z.T. Unterschiedlicher Weise – inhaltlich beschränkt: Weisungen dürfen nur ergehen zur Wahrung der Rechtmäßigkeit der Tätigkeit des Eigenbetriebs, zur Sicherung der Aufgabenerledigung durch den Eigenbetrieb, zur Wahrung der Einheitlichkeit der Verwaltungstätigkeit der Kommune und zur Abwendung drohender Nachteile für die Kommune.⁹⁵

In einigen Ländern vertritt die Betriebsleitung die Kommune nach außen nur im Rahmen ihrer Aufgaben, also nur soweit es sich um Geschäfte der laufenden Betriebsführung und die sonstigen, ihr durch die Betriebssatzung übertragenen Angelegenheiten handelt.⁹⁶ Teilweise kann der Betriebsleitung durch die Betriebssatzung eine weiter gehende Vertretungsmacht eingeräumt werden.⁹⁷ In anderen Ländern ist die Betriebsleitung nur für Angelegenheiten zur Außenvertretung ermächtigt, die nicht der Entscheidung durch die Vertretungskörperschaft unterliegen.⁹⁸ Für die Außenvertretung in den Angelegenheiten, die nicht der Vertretungsmacht der Betriebsleitung unterfallen, ist der Hauptverwaltungsbeamte zur Vertretung des Eigenbetriebs befugt. Einige Landesgesetzgeber haben die Vertretungsbefugnis für alle Angelegenheiten des Eigenbetriebs der Betriebsleitung zugewiesen⁹⁹, mit der Rechtsfolge, dass der Hauptverwaltungsbeamte in Angelegenheiten des Eigenbetriebs keine Außenvertretungsmacht hat.

In den meisten Ländern ist der Hauptverwaltungsbeamte Dienstvorgesetzter und Dienstbehörde der Beschäftigten des Eigenbetriebs.¹⁰⁰ Ihm obliegen damit die Regelung der Dienstverhältnisse sowie die Dienstaufsicht über die Beschäftigten des Eigenbetriebs. In vielen Ländern können einige der Befugnisse des Dienstvorgesetzten, wie die Einstellung, Entlassung und Umsetzung von Beschäftigten, jedoch auf die Betriebsleitung übertragen werden.¹⁰¹

In Bayern ist die Werkleitung und nicht der Hauptverwaltungsbeamte Dienstvorgesetzter der Beamten des Eigenbetriebs; sie führt die Dienstaufsicht. Ihr können weitere beamtenrechtliche Befugnisse übertragen werden.¹⁰² In Niedersachsen ist die Vertretungskörperschaft für die Ernennung, Entlassung und Versetzung von Beamten zuständig; sie kann diese Befugnis auf den Hauptverwaltungsbeamten übertragen.¹⁰³ In Sachsen-Anhalt steht die Befugnis zur Entscheidung über die Einstellung und Entlassung von Beschäftigten des Eigenbetriebs dem Betriebsausschuss zu, wenn sie nicht durch Satzung auf die Betriebsleitung übertragen wurde.¹⁰⁴

94 § 10 Abs. 2 SächsEigBG.

95 § 10 Abs. 1, 2 EigBG BW; § 9 Abs. 1, 2 BbgEigV; § 8 Abs. 1 HEigBG; § 7 Abs. 2 EigVO M-V; § 6 Abs. 2, 3 EigVO NW; § 6 Abs. 2 EigBetrAnVO RP; § 10 Abs. 1 SächsEigBG.

96 § 6 Abs. 1 EigBG BW; Art. 88 Abs. 3 BayGO; § 4 Abs. 1 EigVO M-V; § 6 Abs. 1 SächsEigBG; § 4 Abs. 1 EigVO SH.

97 Art. 88 Abs. 3 BayGO; § 4 Abs. 1 EigVO SH; § 76 Abs. 1 ThürKO.

98 § 3 Abs. 1 HEigBGes; § 3 Abs. 1 SaarlEigVO.

99 § 6 Abs. 1 BbgEigV; § 3 Abs. 1 EigVO NW; § 5 Abs. 1 EigBetrAnVO RP; § 7 Abs. 1 EigBG LSA.

100 § 11 Abs. 5 EigBG BW; § 62 Abs. 1 BbgKVerf; § 9 Abs. 1, 3 HEigBGes; § 7 Abs. 1 EigVO M-V; § 6 Abs. 1 EigVO NW; § 6 Abs. 1 EigBetrAnVO RP; § 59 Abs. 4 SaarlKSVG; § 11 Abs. 1 SächsEigBG; § 50 Abs. 4 GO SH; § 29 Abs. 3 ThürKO.

101 § 9 Abs. 2 HEigBGes; § 7 Abs. 1 EigVO M-V; § 6 Abs. 1 EigVO NW; § 6 Abs. 1 EigBetrAnVO RP; § 11 Abs. 2 SächsEigBG.

102 Art. 88 Abs. 3 BayGO.

103 § 107 Abs. 4 NKomVG.

104 § 11 Abs. 1 EigBG LSA.

Nach den Kommunalgesetzen einiger Länder ist der Hauptverwaltungsbeamte Adressat der Berichte, die die Betriebsleitung über die Lage des Eigenbetriebs zu erstatten hat.¹⁰⁵

In allen Ländern steht dem Hauptverwaltungsbeamten ein Eilentscheidungsrecht zu: Er kann in Angelegenheiten, über die die Vertretungskörperschaft oder einer ihrer Ausschüsse zu beschließen hat, entscheiden, wenn mit einer Entscheidung nicht bis zur nächsten Sitzung der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses zugewartet werden kann.¹⁰⁶ Durch dieses Eilentscheidungsrecht soll verhindert werden, dass Angelegenheiten, deren Regelung keinen Aufschub duldet, ohne dass der Kommune hieraus Nachteile oder Schäden entstehen, auch dann rechtzeitig geregelt werden können, wenn die eigentlich zuständige Vertretungskörperschaft bzw. der zuständige Ausschuss nicht rechtzeitig zusammentreten können. Der Hauptverwaltungsbeamte muss die Vertretungskörperschaft unverzüglich von solchen Eilentscheidungen in Kenntnis setzen. Von diesem Eilentscheidungsrecht sind auch Angelegenheiten des Eigenbetriebs erfasst, über die die Vertretungskörperschaft und der Betriebsausschuss zu beschließen haben.

Der Hauptverwaltungsbeamte muss Beschlüssen der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses widersprechen, wenn er der Ansicht ist, dass diese Beschlüsse rechtswidrig sind.¹⁰⁷ In den meisten Ländern hat die Vertretungskörperschaft bzw. der Ausschuss nach der Beanstandung durch den Hauptverwaltungsbeamten erneut über die Angelegenheit zu beschließen. Beharrt diese auf dem beanstandeten Beschluss (weil sie ihn nicht für rechtswidrig hält), so hat der Hauptverwaltungsbeamte den Beschluss der Kommunalaufsichtsbehörde vorzulegen.

In Hessen kann der Gemeindevorstand über das Widerspruchsrecht hinaus rechtswidrige Beschlüsse der Betriebskommission aufheben; der Gemeindevorstand kann Beschlüsse der Betriebskommission ändern, wenn diese den Zielen und Planungen der Kommune zuwider laufen. Für Beschlüsse der Vertretungskörperschaft verbleibt es beim Widerspruch gegen rechtswidrige Entscheidungen.¹⁰⁸ Nach niedersächsischer Rechtslage hat der Hauptverwaltungsbeamte einen Beschluss des Hauptausschusses herbeizuführen, wenn er einen Beschluss des Betriebsausschusses für rechtswidrig, für außerhalb der Kompetenzen des Ausschusses oder dem Wohl der Kommune zuwider hält. Für Beschlüsse der Vertretungskörperschaft, die der Hauptverwaltungsbeamte für rechtswidrig hält, räumt die Niedersächsische Kommunalverfassung dem Hauptverwaltungsbeamten ein Wahlrecht ein: Er kann den Beschluss sofort der Kommunalaufsicht vorlegen oder stattdessen Einspruch gegen ihn einlegen; in letzterem Falle muss der Hauptverwaltungsbeamte die Angelegenheit der Kommunalaufsichtsbehörde vorlegen, wenn die Vertretungskörperschaft auf ihrem Beschluss beharrt.¹⁰⁹

bb) Vertretungskörperschaft

Die Vertretungskörperschaft kann über alle Angelegenheiten des Eigenbetriebs entscheiden, sofern sie nicht kraft Gesetzes oder Satzung in eigener Verantwortung durch die Betriebsleitung (Geschäfte der laufenden Betriebsführung) und den Hauptverwaltungsbeamten (vor allem beamtenrechtliche Befugnisse) erledigt werden. Damit hat die Vertretungskörperschaft entsprechend ihrer ihres das der anderen Organe übersteigenden Legitimationsniveaus die Befugnis zur Entscheidung über die wesentlichen Angelegenheiten des Eigenbetriebs. Sie ist das oberste Organ des Eigenbetriebs.¹¹⁰

105 Vgl. hierzu oben unter B) I) 2.) a).

106 § 43 Abs. 4 GemO BW; Art. 37 Abs. 3 BayGO; § 58 BbgKVerf; § 70 Abs. 3 HGO; § 7 Abs. 1 EigVO M-V (für Eilentscheidungen anstelle des Betriebsausschusses) und §§ 38 Abs. 4, 39 Abs. 3 KV M-V (für Eilentscheidungen anstelle der Vertretungskörperschaft und des Hauptausschusses); § 89 NKomVG; § 60 Abs. 2 GO NW; § 48 GemO RP; § 61 Abs. 1, 2 SaarLKSVG; § 52 Abs. 3 SächsGemO; § 62 Abs. 4 GO LSA; § 50 Abs. 2 GO SH; § 30 ThürKO.

107 § 43 Abs. 2 GemO BW; Art. 59 Abs. 2 BayGO; § 55 Abs. 2 BbgKVerf; § 33 Abs. 3 KV M-V; § 54 Abs. 2 GO NW; § 42 Abs. 1 GemO RP; § 61 Abs. 1, 2 SaarLKSVG; § 52 Abs. 2 SächsGemO; § 62 Abs. 3 GO LSA; §§ 43 Abs. 1, 47 Abs. 1 GO SH; § 44 ThürKO.

108 § 8 Abs. 2 HEigBG (Aufhebung und Änderung der Beschlüsse der Betriebskommission) und § 63 Abs. 1 HGO (Widerspruch gegen rechtswidrige Beschlüsse der Vertretungskörperschaft).

109 § 88 Abs. 1 NKomVG (für rechtswidrige Beschlüsse der Vertretungskörperschaft) und § 88 Abs. 4 NKomVG (für Beschlüsse der Ausschüsse).

110 *Schneider* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 132.

In allen Ländern kann die Vertretungskörperschaft eine große Zahl von Angelegenheiten des Eigenbetriebs zur selbständigen Erledigung und Beschlussfassung auf den (beschließenden) Betriebsausschuss übertragen. Jedoch ist diese Delegationsbefugnis in allen Ländern begrenzt. Da der Vertretungskörperschaft aus der unmittelbaren Wahl durch die BürgerInnen unter den Organen der Kommune die höchste Legitimation zukommt, darf nur sie allein über die für die Kommune und den Eigenbetrieb wesentlichen Fragen entscheiden. Diese Angelegenheiten dürfen nicht zur Entscheidung auf den (beschließenden) Betriebsausschuss übertragen werden. Welche Angelegenheiten solcherart wesentlich sind, dass sie nicht auf den Betriebsausschuss übertragen werden dürfen, ist in den Ländern im Einzelnen unterschiedlich geregelt.¹¹¹ In allen Ländern übereinstimmend muss die Vertretungskörperschaft über folgende Angelegenheiten des Eigenbetriebs selbst entscheiden:

- Erlass, Änderung und Aufhebung von Satzungen, unter ihnen die Betriebssatzung,
- Errichtung, wesentliche Erweiterung oder Aufhebung kommunaler Unternehmen, also auch der Eigenbetriebe,
- Rechtsformwechsel der kommunalen Unternehmen,
- Feststellung des Jahresabschlusses, Verwendung von Gewinnen und Tragung der Verluste des Eigenbetriebs,
- Bestellung der Abschlussprüfer bzw. Bestellung der Leitung des für die Abschlussprüfung zuständigen Rechnungsprüfungsamts,
- Aufstellung und Änderung des Wirtschaftsplans der Eigenbetriebe.

In vielen Ländern gehören auch zu den der Entscheidung der Vertretungskörperschaft vorbehaltenen Angelegenheiten:

- Entlassung der Betriebsleitung,
- Verfügungen über das Vermögen des Eigenbetriebs, die nicht als Geschäfte der laufenden Betriebsführung der Entscheidung der Betriebsleitung unterliegen,
- Zustimmung zur Führung von Prozessen und zum Abschluss von Vergleichen, die wesentliche Bedeutung für die Kommune haben,
- Zustimmung zur Begebung von Bürgschaften und Kreditsicherheiten, die erhebliche Auswirkungen auf den Haushalt haben,
- Zustimmung zum Abschluss von Verträgen, die erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen auf die Kommune haben
- allgemeine Lieferbedingung und Entgelttarife,
- Grundsätze der Rechtsverhältnisse der Gemeindebediensteten.

Nur in Baden-Württemberg und Sachsen hat die Vertretungskörperschaft gegenüber dem Betriebsausschuss ein Weisungsrecht¹¹², um durch Einzelweisungen auf die Entscheidungen des Betriebsausschusses Einfluss nehmen zu können, bevor der Betriebsausschuss über eine Angelegenheit beschließt. In den übrigen Ländern ist die Vertretungskörperschaft zur Durchsetzung eines vom Willen des Betriebsausschusses abweichenden Mehrheitswillens in der Vertretungskörperschaft auf die folgenden Rechte angewiesen.

In einigen Ländern kann die Vertretungskörperschaft dem Betriebsausschuss für einzelne Angelegenheiten die Zuständigkeit zur Entscheidung, die sie auf ihn delegiert hat, allgemein oder im Einzelfall wieder entziehen, sich also die Entscheidung vorbehalten.¹¹³ Dies ermöglicht es der Vertre-

111 Vgl. die Kataloge nicht übertragbarer Angelegenheiten in § 9 Abs. 1 EigBG BW, § 39 Abs. 2 GemO BW; Art. 32 Abs. 2 BayGO; § 7 BbgEigV, § 28 Abs. 2 BbgKVerf; § 5 HEigBGes, § 51 HGO; § 5 Abs. 1 EigVO M-V, § 22 Abs. 3 KV M-V; § 58 Abs. 1 NKomVG; § 4 EigVO NW, § 41 Abs. 1 GO NW; § 2 Abs. 1, 2 EigBetrAnVO RP, § 32 Abs. 2 GemO RP; § 4 Abs. 2 SaarEigVO, § 35 SaarKSVG; § 9 Abs. 2 SächsEigBG, § 41 Abs. 2 SächsGemO; §§ 9, 10 EigBG LSA, § 44 Abs. 3 GO LSA; § 5 Abs. 1 EigVO SH, § 28 GO SH; § 26 Abs. 2 ThürKO.

112 § 39 Abs. 3 GemO BW; § 41 Abs. 3 SächsGemO.

113 § 39 Abs. 3 GemO BW; Art. 88 Abs. 4 BayGO; § 5 HEigBGes, §§ 50 Abs. 1, 62 Abs. 1 HGO; § 22 Abs. 2 KV M-

tungskörperschaft, Kontrolle über die Tätigkeit des Eigenbetriebs und des Betriebsausschusses auszuüben, ohne dazu dem Betriebsausschuss generell die Entscheidungsbefugnis über die einzelnen Angelegenheiten entziehen zu müssen. Um die Entscheidungsbefugnis im Einzelfall wieder an sich zu ziehen, muss die Vertretungskörperschaft dem Betriebsausschuss die Entscheidungsbefugnis nicht ausdrücklich entziehen; in einer eigenen Entscheidung in der Sache liegt vielmehr zugleich die stillschweigende Erklärung, den Betriebsausschuss im Einzelfall die Entscheidungsbefugnis zu entziehen.¹¹⁴

Die Kommunalgesetze einiger Länder räumen der Vertretungskörperschaft ausdrücklich das Recht ein, Beschlüsse des Betriebsausschusses aufzuheben oder zu ändern; teilweise ist dies auf Beschlüsse beschränkt, die noch nicht vollzogen wurden oder die noch keine Rechte Dritter begründet haben.¹¹⁵ In den übrigen Ländern dürfte eine solche Befugnis der Vertretungskörperschaft auch ohne ausdrückliche gesetzliche Erwähnung bestehen. Denn die Kommunalgesetze aller Länder weisen der Vertretungskörperschaft die Befugnis zur Entscheidung über die grundsätzlichen Angelegenheiten des Eigenbetriebs zu. Hierin kommt zum Ausdruck, dass die Gesetzgeber der Vertretungskörperschaft einen ihrem Legitimationsvorsprung gegenüber den anderen Organen entsprechenden Vorrang bei der Entscheidung über die Angelegenheiten des Eigenbetriebs einräumen wollen. Zu diesem Vorrang gehört auch die Klärung politisch zwischen Betriebsausschuss und Vertretungskörperschaft streitiger Fragen.¹¹⁶

d) Besonderheiten der Organstruktur bei Eigenbetrieben von Zweckverbänden

Die Rechtsform des Eigenbetriebs kommt auch für interkommunale Unternehmen zur Anwendung. Zu diesem Zweck können mehrere Kommunen einen Zweckverband gründen; letzterer kann dann einen Eigenbetrieb unterhalten.

Mitglieder von Zweckverbänden können neben Gemeinden und Landkreisen auch der Bund, die Länder, andere Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sein. Auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts können Mitglieder von Zweckverbänden werden, wenn dadurch die Aufgabenerfüllung durch den Zweckverband gefördert wird und Gründe des öffentlichen Wohls dieser Mitgliedschaft nicht entgegenstehen und die Kommunen über die Mehrheit der Stimmen in der Verbandsversammlung verfügen.¹¹⁷

Gebildet werden Zweckverbände, indem die Mitglieder sich über eine Verbandssatzung – in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz: Verbandsordnung – einigen.¹¹⁸ Die Verbandssatzung bedarf der Genehmigung durch die zuständige Kommunalaufsichtsbehörde. Mit der öffentlichen Bekanntmachung der Genehmigung – in Rheinland-Pfalz: mit der Errichtungsentscheidung der Errichtungsbehörde – ist der Zweckverband als eigene Rechtsperson des öffentlichen Rechts entstanden. Er hat die Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts.¹¹⁹

Organe des Zweckverbands sind die Verbandsversammlung und der Verbandsvorsitzende, der in einigen Ländern als Verbandsvorsteher oder Verbandsgeschäftsführer bezeichnet wird. Daneben kann

V; § 58 Abs. 3 NKomVG; § 41 Abs. 3 SächsGemO; §§ 26 Abs. 3, 76 Abs. 1 ThürKO.

114 *Schneider* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 133.

115 § 39 Abs. 3 GemO BW; Art. 32 Abs. 3 BayGO; § 41 Abs. 3 SächsGemO; § 26 Abs. 3 ThürKO.

116 So i.E. auch *Schneider* in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 133.

117 § 2 Abs. 2 GKZ BW; Art. 17 BayKomZG; § 4 BbgGKG; § 5 HKGG; § 150 Abs. 2 KV M-V; § 7 NKomZG; § 4 GKG NW; § 2 Abs. 2 KomZG RP; § 2 SaarlKGG; § 44 SächsKomZG; § 6 GKG LSA; § 2 GkZ SH; § 16 ThürKGG.

118 § 6 Abs. 1 GKZ BW; Art. 18 BayKomZG; § 9 BbgGKG; § 9 Abs. 1 HKGG; § 152 KV M-V; § 9 Abs. 1 NKomZG; § 9 Abs. 1 GKG NW; § 4 Abs. 1 KomZG RP; § 6 Abs. 1 SaarlKGG; § 48 SächsKomZG; § 8 Abs. 1 GKG LSA; § 5 Abs. 1, 3 GkZ SH; § 17 Abs. 1 ThürKGG.

119 § 3 GKZ BW; § 5 Abs. 1 BbgGKG; § 6 Abs. 1 HKGG; § 150 Abs. 1 KV M-V; § 8 Abs. 1 NKomZG; § 5 Abs. 1 GKG NW; § 2 Abs. 1 KomZG RP; § 3 Abs. 1 SaarlKGG; § 45 Abs. 1 SächsKomZG; § 7 GKG LSA; § 4 GkZ SH.

die Verbandssatzung weitere Organe vorsehen.¹²⁰ Im Falle von Zweckverbänden, die einen Eigenbetrieb unterhalten, sind als weitere Organe des Zweckverbands der Betriebsausschuss und die Werkleitung in der Verbandssatzung vorzusehen, sofern das jeweilige Landesrecht nicht bestimmt, dass auf die Bildung eines Betriebsausschusses oder einer Werkleitung verzichtet werden kann.

Speziell für Eigenbetriebe sieht Art. 40 BayKomZG vor, dass durch die Verbandssatzung bestimmen kann, dass die Aufgaben der Werkleitung durch den Verbandsvorsitzenden und die Aufgaben des Werksausschusses von der Verbandsversammlung wahrgenommen werden. Und nach § 18 Abs. 3 GKG NW kann die Verbandssatzung vorsehen, dass die Aufgaben des Betriebsausschusses von der Verbandsversammlung wahrgenommen werden müssen, wenn dem Betriebsausschuss gemäß § 114 Abs. 3 GO NW keine Vertreter der Beschäftigten angehören müssen, da der Eigenbetrieb weniger als 50 Beschäftigte hat. Soweit die Zweckverbandsgesetze der übrigen Länder keine speziellen Regelungen enthalten, sind die für Gemeinden geltenden Vorschriften auch auf Zweckverbände anwendbar. Damit gelten auch die Vorschriften, nach denen bei Eigenbetrieben von Gemeinden die Errichtung des Betriebsausschusses oder der Betriebsleitung entbehrlich ist, in den jeweiligen Ländern auch für Zweckverbände.¹²¹ Wenn nach diesen Vorschriften eine Betriebsleitung nicht berufen wird, nimmt deren Aufgaben der Verbandsvorsitzende wahr; die Aufgaben des Betriebsausschusses werden von der Verbandsversammlung wahrgenommen.

Die Verbandsversammlung setzt sich aus Vertretern der Mitgliedskommunen zusammen. Jede Mitgliedskommune entsendet mindestens einen Vertreter in die Verbandsversammlung. Die Verbandssatzung kann bestimmen, dass die Vertreter einzelner oder aller Kommunen über mehrere Stimmen verfügen (Mehrfachstimmrecht) oder dass einzelne oder alle Kommunen mehrere Vertreter (mit je einer Stimme) in die Verbandsversammlung entsenden.¹²² In den meisten Ländern ist der Hauptverwaltungsbeamte der Mitgliedskommune kraft Amtes oder ein von ihm benannter Bediensteter der Kommune als Vertreter in die Verbandsversammlung zu entsenden.¹²³ Wenn eine Kommune mehrere Vertreter entsenden kann, werden die übrigen Vertreter durch die Vertretungskörperschaft der Kommune gewählt, wobei für die Wahl die gleichen Grundsätze wie für die Wahl bzw. Entsendung von Mitgliedern in die Ausschüsse der Vertretungskörperschaft¹²⁴ gelten.¹²⁵ Damit ist – eine genügende Anzahl an zu bestimmenden Vertretern vorausgesetzt – sichergestellt, dass jede Fraktion wie bei den Ausschüssen der Vertretungskörperschaft eine ihrer Stärke in der Vertretungskörperschaft entsprechende Anzahl an Vertretern in die Verbandsversammlung entsenden kann.

Lediglich in Hessen und Sachsen-Anhalt ist der Hauptverwaltungsbeamte nicht kraft Amtes Vertreter der Kommune, sondern es werden alle Vertreter nach den für die Besetzung von Ausschüssen geltenden Regeln von der Vertretungskörperschaft gewählt.¹²⁶ In Nordrhein-Westfalen ist der Hauptverwaltungsbeamte bzw. eine von ihm benannte Person nur dann kraft Amtes in die Verbandsversammlung zu entsenden, wenn die Kommune mehr als einen Vertreter entsenden kann. Ist nur ein Vertreter zu entsenden, wird dieser von der Vertretungskörperschaft gewählt; gleiches trifft im Falle der Entsendung mehrerer Vertreter auf die Wahl aller Vertreter außer dem Hauptverwaltungsbeamten zu.¹²⁷

120 § 12 GKZ BW; Art. 29 BayKomZG; § 14 BbgGKG; § 14 HKGG; § 155 KV M-V; § 10 NKomZG; § 14 GKG NW; § 13 Abs. 1 SaarlKGG; § 51 Abs. 1 SächsKomZG; § 10 GKG LSA; § 8 GkZ SH; § 26 ThürKGG.

121 Vgl. zur Entbehrlichkeit der Betriebsleitung oben unter B) I) 2.) a) und zur Entbehrlichkeit des Betriebsausschusses oben unter B) I) 2.) b) aa).

122 § 13 Abs. 2 GKZ BW; Art. 31 Abs. 1 BayKomZG; § 15 Abs. 2 BbgGKG; § 15 Abs. 2 HKGG; § 156 Abs. 2 KV M-V; § 11 Abs. 1 NKomZG; § 15 Abs. 1 GKG NW; § 8 Abs. 1 KomZG RP; § 13 Abs. 2 SaarlKGG; § 52 Abs. 1 SächsKomZG; § 11 Abs. 1, 4 GKG LSA; § 9 Abs. 1 GkZ SH; § 28 Abs. 1 ThürKGG.

123 § 13 Abs. 4 GKZ BW; Art. 31 Abs. 2 BayKomZG; § 15 Abs. 3 BbgGKG; § 156 Abs. 2 KV M-V; § 11 Abs. 1 NKomZG; § 8 Abs. 2 KomZG RP i.V.m. § 88 Abs. 1 GemO RP; § 13 Abs. 3 SaarlKGG i.V.m. § 114 Abs. 1 SaarlKSVG; § 52 Abs. 3 SächsKomZG; § 9 Abs. 1 GkZ SH; § 28 Abs. 2 ThürKGG.

124 Vgl. zu den Verfahren der Besetzung von Ausschüssen der Vertretungskörperschaft oben unter B) I) 2.) b) aa).

125 § 13 Abs. 4 GKZ BW; Art. 31 Abs. 2 BayKomZG; § 15 Abs. 4 BbgGKG; § 15 Abs. 2 HKGG; § 156 Abs. 3 KV M-V; § 11 Abs. 2 NKomZG; § 8 Abs. 2 KomZG RP i.V.m. § 88 Abs. 1 GemO RP; § 13 Abs. 3 SaarlKGG i.V.m. § 114 Abs. 2 SaarlKSVG; § 52 Abs. 3 i.V.m. § 16 Abs. 4 SächsKomZG; § 11 Abs. 4 GKG LSA; § 9 Abs. 2 GkZ SH; § 28 Abs. 2 ThürKGG.

126 § 15 Abs. 2 HKG; § 11 Abs. 2 GKG LSA.

127 § 15 Abs. 2 GKG NW.

Die Amtszeit der von der Vertretungskörperschaft gewählten Vertreter ist auf die Wahlperiode der Vertretungskörperschaft beschränkt¹²⁸, sodass nach jeder Neuwahl der Vertretungskörperschaft die Vertreter erneut zu wählen sind, womit gesichert ist, dass die Verteilung der Vertreter auf die Fraktionen den neuen Mehrheitsverhältnissen in der Vertretungskörperschaft entspricht. In vielen Ländern können die Vertretungskörperschaften die von ihnen gewählten Vertreter jederzeit abberufen.¹²⁹

Die Stimmen eines Verbandsmitglieds in der Verbandsversammlung können in den meisten Ländern – Ausnahmen: Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein – nur einheitlich abgegeben werden.¹³⁰ Dies gilt sowohl für den Fall, dass ein Vertreter Mehrfachstimmrecht hat, als auch für den Fall, dass ein Mitglied mehrere Vertreter in die Verbandsversammlung entsendet.

In Bayern besteht die Pflicht zur einheitlichen Stimmabgabe nur, wenn sie in der Verbandssatzung angeordnet ist.¹³¹ Im Saarland besteht die Pflicht zur einheitlichen Stimmabgabe nur Abstimmungen, für die die Kommune ihren Vertretern eine Weisung erteilt hat und diese Weisung dem Zweckverband vor der Abstimmung angezeigt wurde; der weisungswidrig abstimmende Vertreter begeht eine Ordnungswidrigkeit, die mit einem Bußgeld geahndet werden kann.¹³² In Thüringen sind die Stimmen einer Kommune einheitlich abzugeben. Dazu haben mehrere Vertreter der gleichen Kommune untereinander über die Stimmabgabe abzustimmen; bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Hauptverwaltungsbeamten.¹³³ In Rheinland-Pfalz kann die Verbandsordnung von Zweckverbänden, deren Mitglieder nur Kommunen sind und die Träger einer Einrichtung mit Anschluss- und Benutzungszwang sind, vorsehen, dass die Vertreter einer Kommune abweichend von der Regel des § 8 Abs. 2 KomZG RP nicht einheitlich abstimmen müssen.¹³⁴

Die Verteilung der Kompetenzen zwischen den Organen des Zweckverbandes richtet sich nach den für die Gemeinden geltenden Vorschriften: Dabei entspricht der Verbandsvorsitzende als Hauptverwaltungsbeamter dem Bürgermeister, die Verbandsversammlung als Vertretungskörperschaft entspricht dem Rat.¹³⁵ Betriebsausschuss und Betriebsleitung haben im Zweckverband gleichfalls die selben Befugnisse wie in der Gemeinde. Damit wählt die Verbandsversammlung die Mitglieder des Betriebsausschusses und hat über diejenigen Angelegenheiten zu beschließen, die sie wie die kommunalen Vertretungskörperschaften nicht auf den beschließenden Betriebsausschuss übertragen darf. Ob der Verbandsversammlung ein Weisungsrecht gegenüber dem Betriebsausschuss zusteht und ob sie die Entscheidung von an den Betriebsausschuss übertragenen Angelegenheiten wieder an sich ziehen kann, richtet sich nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften über die gleichen Befugnisse der Vertretungskörperschaften der Kommunen.¹³⁶ Der Betriebsausschuss beschließt über alle ihm von der Verbandsversammlung übertragenen Angelegenheiten, soweit sie nicht als Geschäfte der laufenden Betriebsführung in die Zuständigkeit der Betriebsleitung fallen. Er nimmt auch die übrigen Aufgaben, z.B. Überwachung der Betriebsleitung, wahr, die auch die nach dem jeweiligen Landesrecht die Betriebsausschüsse der Kommunen wahrnehmen.¹³⁷ Die Betriebsleitung hat die Geschäfte der laufenden Betriebsführung zu erledigen und unterliegt den gleichen Berichts-

128 Art. 31 Abs. 4 BayKomZG; § 15 Abs. 4 BbgGKG; § 15 Abs. 2 HKGG; § 156 Abs. 3 KV M-V; § 12 Abs. 1 NKomZG; § 15 Abs. 2 GKG NW; § 52 Abs. 3 i.V.m. § 16 Abs. 4 SächsKomZG; § 9 Abs. 2 GkZ SH; § 28 Abs. 4 ThürKGG.

129 § 13 Abs. 4 GKZ BW; § 12 Abs. 1 NKomZG (Neuberufung von Vertretern, wenn sich die Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft geändert haben); § 8 Abs. 2 KomZG RP i.V.m. § 88 Abs. 1 GemO RP; 13 Abs. 3 SaarlKGG i.V.m. § 114 Abs. 2 SaarlKSVG; § 11 Abs. 2 GKG LSA.

130 § 13 Abs. 2 GKZ BW; § 15 Abs. 2 BbgGKG; § 11 Abs. 3 NKomZG; § 8 Abs. 2 KomZG RP; § 52 Abs. 2 SächsKomZG; § 11 Abs. 4 GKG LSA.

131 § 31 Abs. 1 BayKomZG.

132 § 13a SaarlKGG.

133 § 28 Abs. 1 ThürKO.

134 § 8 Abs. 3 KomZG RP.

135 So ausdrücklich geregelt in § 20 Abs. 2 GKZ BW; § 8 BbgGKG und § 58 Abs. 2 SächsKomZG.

136 Vgl. zu den Kompetenzen der Vertretungskörperschaft oben unter B) I) 2.) c) bb).

137 Vgl. zu den Kompetenzen des Betriebsausschusses oben unter B) I) 2.) b) bb).

pflichten, die landesrechtlich für die die Betriebsleitungen in den Kommunen gelten.¹³⁸ Der Verbandsvorsitzende hat die gleichen Befugnisse wie der Hauptverwaltungsbeamte der Kommune.¹³⁹

Auf die Öffentlichkeit der Sitzungen von Verbandsversammlung und Betriebsausschuss des Zweckverbands finden die gleichen Vorschriften Anwendung, wie sie für die Vertretungskörperschaften der Kommunen und ihre Ausschüsse gelten.¹⁴⁰

3.) Rechte und Pflichten der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses

Den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses stehen Rechte zu, die teilweise ausdrücklich in den Kommunalgesetzen erwähnt sind und sich teilweise aus dem Status als Mitglieder der Vertretungskörperschaft herleiten.¹⁴¹ Diese Rechte können sie zur demokratischen Steuerung und Kontrolle der Tätigkeit von Eigenbetrieben ausüben. Auf der anderen Seite legen die Kommunalgesetze den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft Pflichten auf, die sie bei der Wahrnehmung ihres Mandats in Vertretungskörperschaft und Ausschuss zu erfüllen haben. Aus diesen Pflichten lassen sich auch die Mindestanforderungen an die Qualifikation von Mitgliedern des Betriebsausschusses ableiten.

a) Rechte der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses

aa) Recht auf Ladung zu den Sitzungen

Damit sich das Mitglied der Vertretungskörperschaft auf deren Sitzungen angemessen vorbereiten kann, hat es das Recht, unter Einhaltung einer angemessenen Ladungsfrist¹⁴² zur Sitzung geladen zu werden, wobei ihm die Tagesordnung und die zur Vorbereitung auf die Beratungsgegenstände erforderlichen Unterlagen mit der Ladung zuzusenden sind.¹⁴³ Dieses Recht erfasst nicht nur die rechtzeitige Ladung zu Sitzungen der Vertretungskörperschaft, sondern auch zu Sitzungen der Ausschüsse, dem das Mitglied der Vertretungskörperschaft angehört. Die Ladung erfolgt durch den Vorsitzenden der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses.

In einigen Ländern wird an einen Verstoß gegen die Bestimmungen über Form und Frist der Ladung keine Rechtsfolge geknüpft.¹⁴⁴ In manchen Ländern führt es zur Beschlussunfähigkeit, wenn nicht alle Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses ordnungsgemäß geladen sind.¹⁴⁵ Dies gilt in einigen Ländern dann nicht, wenn zu der betreffenden Sitzung alle, auch die nicht ord-

138 Vgl. zu den Kompetenzen der Betriebsleitung oben unter B) I) 2.) a).

139 Vgl. zu den Kompetenzen des Hauptverwaltungsbeamten oben unter B) I) 2.) c) aa).

140 Vgl. hierzu oben unter B) I) 2.) b) cc).

141 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 337.

142 Vgl. zu den Ladungsfristen § 34 Abs. 1 GemO BW (angemessene Frist) ; Art. 46 Abs. 2 BayGO (angemessene Frist); § 34 Abs. 4 BbgKVerf (Regelung der Ladungsfrist durch Geschäftsordnung); § 58 Abs. 1 HGO (Mindestfrist drei Tage); § 29 Abs. 3 KV M-V (Regelung der Ladungsfrist durch Geschäftsordnung; sie soll drei Tage nicht unterschreiten); § 59 Abs. 2 NKomVG (Regelung der Ladungsfrist in der Geschäftsordnung); § 47 Abs. 2 GO NW (Regelung der Ladungsfrist in der Geschäftsordnung); § 34 Abs. 3 GemO RP (Mindestfrist vier Tage, die bei Dringlichkeitssitzungen abgekürzt werden kann); § 41 Abs. 3 saarlKSVG (Mindestfrist drei Tage, für Dringlichkeitssitzungen ein Tag); § 36 Abs. 3 SächsGemO (angemessene Frist, in Eilfällen ist fristlose Einberufung möglich); § 51 Abs. 4 GO LSA (Mindestfrist eine Woche, in Eilfällen ist fristlose Einberufung möglich); § 34 Abs. 3 GO SH (Mindestfrist eine Woche, kann in Eilfällen abgekürzt werden); § 35 Abs. 2 ThürKO (Mindestfrist vier Tage, in Eilfällen Abkürzung auf zwei Tage).

143 *VGH BW*, NVwZ-RR 1990, S. 369 und zustimmend *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 339.

144 Hessen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein.

145 § 37 Abs. 1 GemO BW; Art. 47 Abs. 2 BayGO; § 44 Abs. 1 SaarlKSVG (wobei als ordnungsgemäß geladen auch die Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses gelten, die gemäß § 41 Abs. 4 SaarlKSVG trotz nicht ordnungsgemäßer Ladung zur Sitzung erscheinen); § 39 Abs. 1 SächsGemO; § 36 Abs. 1 ThürKO (wobei als ordnungsgemäß geladen nach § 35 Abs. 3 ThürKO diejenigen Mitglieder gelten, die trotz nicht ordnungsgemäßer Ladung zur Sitzung erscheinen und die Ladung nicht rügen).

nungsgemäß geladenen Mitglieder trotz fehlerhafter Ladung anwesend sind¹⁴⁶ und kein Mitglied die Nichteinhaltung der Ladungsvorschriften rügt.¹⁴⁷ In anderen Ländern gilt der Verstoß gegen die Bestimmungen zu Form und Frist der Ladung als geheilt, wenn das nicht ordnungsgemäß geladene Mitglied zur Sitzung erscheint oder schriftlich auf die Einhaltung der Ladungsvorschriften verzichtet.¹⁴⁸

bb) Recht auf Teilnahme an den Sitzungen, Recht auf Beseitigung von Störungen

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft haben das Recht auf Teilnahme an allen ihren Sitzungen.¹⁴⁹ Die Mitglieder der Ausschüsse haben gleichfalls das Recht auf Teilnahme an allen Sitzungen des Ausschusses, dem sie angehören.

Jedoch darf das Recht auf Teilnahme an den Sitzungen nicht dazu missbraucht werden, die ordnungsgemäße Durchführung der Sitzung zu stören oder zu behindern. Deshalb kann der Vorsitzende der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses ein Mitglied, das sich grob ungebührlich verhält oder wiederholt die Ordnung der Sitzung stört, von der weiteren Sitzung ausschließen.¹⁵⁰ Ein Verstoß gegen die Ordnung der Sitzung liegt vor, wenn der ordnungsgemäße Ablauf der Sitzung gestört oder behindert wird. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Mitglied der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses anderen Mitgliedern, denen das Wort erteilt wurde, ins Wort fällt oder durch sonstiges Verhalten verhindert, dass Beratungen oder Abstimmungen durchgeführt werden können. Ungebührliches Verhalten liegt vor, wenn sich ein Mitglied der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses in der Sitzung sich in einer der Würde der Vertretungskörperschaft widersprechenden Weise verhält. Dies ist der Fall bei beleidigenden Äußerungen gegenüber anderen Mitgliedern aber auch gegenüber Personen, die dem Gremium nicht angehören. Ebenfalls ungebührlich ist sonstiges strafbares Verhalten in der Sitzung, wie z.B. volksverhetzende Äußerungen. Dabei kann der Vorsitzende nur gegen ungebührliches Verhalten, das in der Sitzung stattgefunden hat, vorgehen. Dies, weil seine Ordnungsbefugnis auf die Sitzung beschränkt ist. Äußerungen außerhalb der Sitzung können nicht mit einem Sitzungsausschluss geahndet werden. Bei der Entscheidung über den Sitzungsausschluss steht dem Vorsitzenden ein Ermessensspielraum zu. Dabei wäre es, außer in Fällen grob ungebührlichen Verhaltens, ermessensfehlerhaft, wenn der Vorsitzende gleich auf die erste Störung bzw. Ungebühr mit einem Sitzungsausschluss reagierte. Dieser ist vielmehr als letztes Mittel einzusetzen, wenn die Ordnung der Sitzung auf andere Weise nicht hergestellt werden kann. Damit muss auf den ersten Verstoß regelmäßig zunächst mit einem Ordnungsruf reagiert werden, um dem Störenden die Gelegenheit zum Abstellen seines Tuns, und damit zum Verbleib in der Sitzung, zu geben. Erst nach erfolglos gebliebenen Ordnungsrufen ist der Ausschluss von der weiteren Sitzung ermessensfehlerfrei.

Das einzelne Mitglied der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses hat ein Recht darauf, dass der Vorsitzende diese Ordnungsgewalt wahrnimmt, um Störungen der Sitzung durch andere Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Rates zu beseitigen. Gleichfalls steht dem einzelnen Mitglied das Recht zu, dass der Vorsitzende das ihm zustehende Hausrecht wahrnimmt, um Störungen

146 § 30 Abs. 1 KV M-V.

147 § 34 Abs. 6 BbgKVerf; § 65 Abs. 1 NKomVG; § 53 Abs. 1 GO LSA.

148 § 34 Abs. 4 GemO RP; § 41 Abs. 4 SaarlKSVG; § 35 Abs. 3 ThürKO.

149 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 339.

150 § 36 Abs. 3 GemO BW; Art. 53 BayGO; § 37 Abs. 2 BbgKVerf; § 60 Abs. 2 HGO; § 29 Abs. 1 KV M-V (nur Ordnungsgewalt des Vorsitzenden geregelt, ohne Tatbestandsmerkmale für den Sitzungsausschluss zu formulieren); § 63 Abs. 2 NKomVG; § 51 GO NW (Ausschluss aus der Sitzung bedarf einer Regelung in der Geschäftsordnung); § 38 Abs. 1 GemO RP; § 43 Abs. 2 SaarlKSVG; § 38 Abs. 1, 3 SächsGemO; § 55 Abs. 1, 2 GO LSA; § 42 GO SH; § 41 ThürKO.

gen durch Zuhörer zu beseitigen.¹⁵¹ Diese Rechte folgen unmittelbar aus dem Status als Mitglied der Vertretungskörperschaft, der ein Recht auf ungestörte Ausübung des Mandats enthält.

Weiterhin besteht kein Recht auf Teilnahme an Sitzungen, soweit das Mitglied der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses für die behandelte Angelegenheit einem Mitwirkungsverbot unterliegt. Nach den Kommunalgesetzen aller Länder dürfen Mitglieder der Vertretungskörperschaft nicht an Beratungen und Abstimmungen in der Vertretungskörperschaft und in Ausschüssen teilnehmen, wenn die Entscheidung ihm selbst, seinem Ehegatten, einem Verwandten Verschwägerten bis zum – je nach Landesrecht – zweiten oder dritten Grad oder einer von ihm vertretenen Person einen persönlichen Vorteil bringt. Wer derart von der Mitwirkung ausgeschlossen ist, muss die Sitzung verlassen, wenn die fragliche Angelegenheit beraten wird.¹⁵² Er kann die Sitzung, wenn sie öffentlich ist, jedoch als Zuschauer verfolgen. Damit soll verhindert werden, dass ein wegen seines Interesses an der Entscheidung Befangener an der Beratung und Beschlussfassung mitwirkt.¹⁵³ Wann ein das Mitwirkungsverbot auslösender unmittelbarer Vorteil vorliegt, ist im Einzelfall zu beurteilen. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn der Beschluss selbst dem Mitglied der Vertretungskörperschaft einen unmittelbaren Vorteil verschafft, wie z.B. bei Beschlüssen über den Ankauf eines dem Betroffenen oder einem Verwandten gehörenden Grundstücks und bei Entscheidungen über Bebauungspläne, die die Bebaubarkeit eines dem Betroffenen gehörenden Grundstücks regeln. Ein unmittelbarer Vorteil ist regelmäßig zu verneinen, wenn das Mitglied der Vertretungskörperschaft nur als Mitglied einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe von einem Beschluss betroffen ist. Dies wäre z.B. bei Hundehaltern der Fall, wenn über eine neue Hundesteuersatzung abgestimmt wird, oder bei Gewerbetreibenden, wenn neue Hebesätze für die Gewerbesteuer zu beschließen sind.

Die Kommunalgesetze vieler Länder räumen den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft zudem das Recht, an allen – öffentlichen und nicht öffentlichen – Sitzungen der Ausschüsse, denen sie nicht angehören, als Zuhörer – in einigen Ländern auch mit Rederecht – teilzunehmen.¹⁵⁴

cc) Rede-, Antrags- und Stimmrecht

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und der Ausschüsse haben das aus ihrem Status als Mitglieder der Vertretungskörperschaft fließende Recht, dass ihnen in der Sitzung das Wort erteilt wird, dass sie Anträge stellen können und dass sie sich an jeder Abstimmung beteiligen können.¹⁵⁵

Das Rederecht kann durch die Geschäftsordnung zeitlichen Beschränkungen unterworfen werden, wenn und soweit dies erforderlich ist, um die Arbeitsfähigkeit von Vertretungskörperschaft und Ausschuss aufrecht zu erhalten. Dabei sind nur solche Beschränkungen der Redezeit zulässig, die erforderlich und der Sache angemessen sind sowie dem Grundsatz der Gleichbehandlung entsprechen.¹⁵⁶ Erforderlich sind Beschränkungen der Redezeit, wenn die Anzahl der Tagesordnungspunkte nur bei einer zeitlichen Beschränkung der Beratungen der einzelnen Tagesordnungspunkte bewältigt werden kann. Sachlich angemessen sind Redezeiten, die bei hinreichend gestraffter Darstellung eine umfassende Darstellung der Ansicht des einzelnen Mitglieds zulassen. Der Gleichbehandlung entspricht eine Abstufung der den Fraktionen zustehenden Redezeiten nach deren Anteil an den Sit-

151 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 347.

152 § 18 Abs. 1, 5 GemO BW; Art. 49 BayGO; § 22 BbgKVerf; § 25 HGO; § 24 KV M-V; § 41 Abs. 1, 5 NKomVG; § 31 GO NW; § 22 Abs. 1, 4 GemO RP; § 27 SaarlKSVG; § 20 Abs. 1, 4 SächsGemO; § 31 Abs. 1, 5 GO LSA; § 22 GO SH; § 38 ThürKO.

153 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 352.

154 § 30 Abs. 3 BbgKVerf; § 36 Abs. 6 KV M-V (für beratende Ausschüsse); § 72 Abs. 2 NKomVG; § 46 Abs. 4 GemO RP; § 48 Abs. 3 SaarlKSVG; § 42 Abs. 4 SächsGemO; § 42 Abs. 4 GO LSA; § 46 Abs. 9 GO SH; § 43 Abs. 2 ThürKO.

155 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 342.

156 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 342 unter Berufung auf *VGH BW*, VBIBW 1994, S. 99.

zen in der Vertretungskörperschaft bzw. im Ausschuss. Damit kann einer größeren Fraktion eine längere Redezeit zustehen als einer kleineren Fraktion oder einem fraktionslosen Abgeordneten.

Jedes Mitglied hat das Recht, Anträge in der Vertretungskörperschaft zu stellen. Es bedarf dazu nicht der Unterstützung durch eine Fraktion oder eine bestimmte Anzahl anderer Mitglieder der Vertretungskörperschaft.¹⁵⁷ Zu diesem Recht gehört, dass das Mitglied der Vertretungskörperschaft seinen Antrag in der Sitzung begründen kann, wobei es an die Redezeitregelungen der Geschäftsordnung gebunden ist.¹⁵⁸ Der Antragsteller kann jedoch in den meisten Ländern – Ausnahme: Mecklenburg-Vorpommern (§ 29 Abs. 1 KV M-V) – nicht verlangen, dass die Vertretungskörperschaft bzw. der Ausschuss seinen Antrag noch in der gleichen Sitzung behandelt.¹⁵⁹ Dies resultiert daraus, dass das einzelne Ratsmitglied keinen Anspruch auf Aufnahme eines Punktes in die Tagesordnung hat, wenn die Entscheidung über die Aufnahme von Beratungsgegenständen in die Tagesordnung durch die Kommunalgesetze der Mehrheit der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses oder einem bestimmten Minderheitsquorum zugewiesen ist^{160, 161}. Der Antragsteller hat aber einen Anspruch gegen den Vorsitzenden der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses darauf, dass er ermessensfehlerfrei darüber entscheidet, den Antrag in die Tagesordnung aufzunehmen.¹⁶²

Rede-, Antrags- und Abstimmungsrecht stehen einem Mitglied der Vertretungskörperschaft bzw. eines Ausschusses in den Angelegenheiten nicht zu, in denen er einem Mitwirkungsverbot unterliegt.¹⁶³

Wenn eine Fraktion bei der Verteilung der Ausschusssitze nach Fraktionsproporz keinen Sitz erhalten hat, kann sie in den meisten Ländern nur ein Mitglied ohne Antrags- und Stimmrecht in den Ausschuss entsenden.¹⁶⁴ Diesen Ausschussmitgliedern steht lediglich das Rederecht im Ausschuss zu.

dd) Recht auf Sitzungsöffentlichkeit

Dass die Rechtsprechung nur in einigen Ländern ein Recht des einzelnen Mitglieds auf Herstellung der Sitzungsöffentlichkeit anerkennt, mit dem es gegen rechtswidrige Beschlüsse zum Ausschluss der Öffentlichkeit von Sitzungen der Vertretungskörperschaft und der Ausschüsse vorgehen kann,

157 So ausdrücklich geregelt in § 30 Abs. 3 BbgKVerf; § 23 Abs. 4 KV M-V; § 56 NKomVG; § 30 Abs. 4 GemO RP; § 42 Abs. 3 GO LSA.

158 OVG NW, NVwZ-RR 1989, S. 380.

159 VGH BW, DÖV 1989, S. 31.

160 § 34 Abs. 1 GemO BW (ein Gegenstand ist in die Tagesordnung aufzunehmen, wenn ein Viertel der Mitglieder des Gremiums es verlangt); § 35 Abs. 1 BbgKVerf (Aufnahme eines Tagesordnungspunktes auf Forderung eines Zehntels der Mitglieder oder einer Fraktion); § 58 Abs. 5 i.V.m. § 56 Abs. 1 HGO (Aufnahme eines Tagesordnungspunktes auf Verlangen eines Viertels der Mitglieder des Gremiums); § 29 Abs. 1 KV M-V (Aufnahme eines Tagesordnungspunktes auf Verlangen eines Mitglieds der Vertretungskörperschaft); § 59 Abs. 3 NKomVG (Hinzunahme eines Tagesordnungspunktes auf Verlangen des Hauptverwaltungsbeamten); § 48 Abs. 1 GO NW (Aufnahme eines Tagesordnungspunktes auf Forderung eines Fünftels der Mitglieder oder einer Fraktion); § 34 Abs. 5 GemO RP (Aufnahme eines Tagesordnungspunktes auf Forderung eines Viertels der Mitglieder oder einer Fraktion); § 41 Abs. 1 SaarlKSVG (Aufnahme eines Tagesordnungspunktes auf Forderung eines Viertels der Mitglieder oder einer Fraktion); § 36 Abs. 5 SächsGemO (Aufnahme eines Tagesordnungspunktes auf Forderung eines Fünftels der Mitglieder); § 51 Abs. 5 GO LSA (Aufnahme eines Tagesordnungspunktes auf Forderung eines Viertels der Mitglieder oder einer Fraktion); § 34 Abs. 4 GO SH (Aufnahme eines Tagesordnungspunktes auf Forderung eines Drittels der Mitglieder oder einer Fraktion); § 35 Abs. 4 ThürKO (Aufnahme eines Tagesordnungspunktes auf Forderung eines Viertels der Mitglieder oder einer Fraktion).

161 BVerwG, NVwZ-RR 1993, S. 210; kritisch zu dieser Entscheidung *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 342.

162 OVG SH, NVwZ-RR 1994, S. 459 und zustimmend *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 342.

163 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) a) bb).

164 Vgl. hierzu oben unter B) I) 2.) b) aa).

ist bereits oben im Zusammenhang mit der Öffentlichkeit der Sitzungen des Betriebsausschusses dargestellt worden.¹⁶⁵

ee) Fragerecht, Recht auf Akteneinsicht

Der Vertretungskörperschaft obliegt die Aufgabe der Überwachung der Verwaltung. Im Rahmen dieser Aufgabe steht jedem Mitglied der Vertretungskörperschaft das Recht zu, Fragen an die Verwaltung zu richten.¹⁶⁶ Ein Anspruch auf eine Antwort der Verwaltung besteht nur in den Ländern, in denen er gesetzlich ausdrücklich eingeräumt ist.¹⁶⁷ Ein Recht, Einsicht in die Akten der Verwaltung zu nehmen, steht dem einzelnen Mitglied der Vertretungskörperschaft ebenfalls nur zu, wenn dieses Recht gesetzlich ausdrücklich eingeräumt ist.¹⁶⁸ In einigen Ländern steht das Akteneinsichtsrecht nur der Vertretungskörperschaft oder einem von ihr gebildeten Ausschuss zu, wobei Akteneinsicht zu gewähren ist, wenn ein bestimmtes Quorum der Vertretungskörperschaft Akteneinsicht verlangt.¹⁶⁹

Die Rechte auf Auskunft und Akteneinsicht sind inhaltlich beschränkt. Fragen und Akteneinsichtsverlangen dürfen sich nur auf Gegenstände beziehen, die in der Zuständigkeit der Gemeinde liegen. Dies folgt daraus, dass das Fragerecht der Kontrolle der Verwaltung der Kommune dienen soll, womit es inhaltlich nicht weiter gehen kann als die Verbandskompetenz der Kommune und somit auf die Angelegenheiten der Kommune beschränkt ist.¹⁷⁰

ff) Recht auf Entschädigung

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft haben Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen und des Verdienstausfalls sowie auf eine angemessene Aufwandsentschädigung. Diese Ansprüche werden sowohl für die Tätigkeit in der Vertretungskörperschaft als auch für die in Ausschüssen und – wenn das jeweilige Landesrecht es ausdrücklich vorsieht – für Fraktionssitzungen gewährt.

165 Vgl. hierzu oben unter B) I) 2.) b) cc).

166 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 342. Gesetzlich ist das Fragerecht ausdrücklich geregelt in § 29 Abs. 1 BbgKVerf; § 50 Abs. 2 HGO; § 34 Abs. 3 KV M-V; § 56 NKomVG; § 55 Abs. 1 GO NW; § 33 Abs. 4 GemO RP; § 37 Abs. 1 SaarlKSVG; § 28 Abs. 5 SächsGemO; § 44 Abs. 6 GO LSA; § 36 Abs. 2 GO SH.

167 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 342. Diesen Anspruch enthalten § 29 Abs. 1 BbgKVerf (Verweigerung der Auskunft nur wenn öffentliche Belange oder schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen); § 50 Abs. 2 HGO; § 34 Abs. 3 KV M-V (Antwort binnen angemessener Frist); § 56 NKomVG (kein Auskunftsanspruch in Angelegenheiten, die der Geheimhaltung unterliegen); § 55 Abs. 1 GO NW; § 33 Abs. 4, 5 GemO RP (Antwort binnen angemessener Frist; kein Auskunftsanspruch bei geheimhaltungsbedürftigen Angelegenheiten); § 28 Abs. 5 SächsGemO (Antwort binnen angemessener Frist); § 44 Abs. 6, 7 GO LSA (Antwort binnen angemessener Frist; kein Anspruch auf Auskunft über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen); § 36 Abs. 2 GO SH.

168 Das Recht auf Akteneinsicht wird gewährt in § 29 Abs. 1 BbgKVerf; § 55 Abs. 5 GO NW (Akteneinsicht zur Vorbereitung von Ratsbeschlüssen).

169 So z.B. in § 50 Abs. 2 HGO (Akteneinsicht durch einen Ausschuss auf Verlangen eines Viertels der Ratsmitglieder); § 34 Abs. 4 KV M-V (Akteneinsicht durch vom Rat benannte Ratsmitglieder auf Antrag eines Viertels der Ratsmitglieder oder einer Fraktion); § 58 Abs. 4 (Akteneinsicht durch Mitglieder der Vertretungskörperschaft auf Antrag einer Gruppe oder eines Viertels der Mitglieder der Vertretungskörperschaft); § 55 Abs. 3, 4 GO NW (Akteneinsicht durch Ratsmitglieder auf Beschluss der Ratsmehrheit, auf Antrag einer Fraktion oder eines Fünftels der Ratsmitglieder); § 33 Abs. 3, 5 GemO RP (Akteneinsicht durch Ratsmitglieder auf Antrag eines Viertels der Ratsmitglieder; keine Einsicht in geheimhaltungsbedürftige Akten); § 37 Abs. 1 SaarlKSVG (Akteneinsicht durch den Rat, einzelne seiner Mitglieder oder einen Ausschuss auf Antrag eines Viertels der Ratsmitglieder); § 28 Abs. 4 (Akteneinsicht durch Rat oder einen Ausschuss auf Antrag eines Viertels der Ratsmitglieder); § 44 Abs. 5, 7 GO LSA (Akteneinsicht durch Rat oder einen Ausschuss auf Antrag eines Zehntels der Ratsmitglieder; keine Akteneinsicht bei geheimhaltungsbedürftigen Angelegenheiten); § 22 Abs. 3 ThürKO (Akteneinsicht durch Ausschüsse oder vom Rat beauftragte Ratsmitglieder auf Antrag eines Viertels der Ratsmitglieder).

170 Vgl. zum ebenfalls auf Angelegenheiten der Kommune beschränkten Informationsanspruch der Vertretungskörperschaft gegen den Hauptverwaltungsbeamten *VGH BW*, Urteil vom 25.09.1989 - 1 S 3239/88 – (zitiert nach juris).

Unter Auslagen sind alle geldwerten Aufwendungen aus dem Privatvermögen zu verstehen, die ein Mitglied der Vertretungskörperschaft für die Tätigkeit in der Vertretungskörperschaft und den Ausschüssen macht. Hierzu zählen Schreib- und Kopierauslagen sowie Kosten von Dienstreisen.

Ersatz von Verdienstaussfall wird gewährt für dasjenige Einkommen aus selbständiger oder nichtselbständiger Erwerbstätigkeit, das dem Mitglied der Vertretungskörperschaft entgeht, weil es während der für die Tätigkeit in der Vertretungskörperschaft und den Ausschüssen aufgewendeten Zeit keine Erwerbseinkünfte erzielen kann. Grundsätzlich ist der Verdienstaussfall in tatsächlich entstandener Höhe zu ersetzen. Um die mit der Ermittlung des konkreten Verdienstaussfalls vor allem bei Selbständigen verbundenen Berechnungs- und Beweisschwierigkeiten auszuschließen, sehen viele Länder vor, dass durch Rechtsverordnung oder Satzung Durchschnittssätze festgesetzt werden können. In einigen Ländern wird ein Verdienstaussfall auch dann ersetzt, wenn die Betroffenen keiner oder nur einer teilzeitigen Erwerbstätigkeit nachgehen; diesen Personen wird das entstandene Zeitversäumnis nach pauschalen Stundensätzen entschädigt.

Die Aufwandsentschädigung ist eine besondere Form des Auslagenersatzes. Mit ihr wird eine angemessene Entschädigung gewährt für die Zeit und den materiellen Aufwand, die für die Arbeit in der Vertretungskörperschaft, den Ausschüssen und – wenn das Landesrecht es vorsieht – in der Fraktion aufgewendet wird. Da es sich bei der Angemessenheit der Aufwandsentschädigung um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der der näheren Konkretisierung bedarf, sehen die Kommunalgesetze der Länder vor, dass die Höhe der Aufwandsentschädigungen durch Rechtsverordnung oder Satzung zu bestimmen ist. In manchen Ländern kann die Aufwandsentschädigung in der Sonderform von Sitzungsgeldern gewährt werden. Dabei handelt es sich um feste Sätze, die jedes Mitglied der Vertretungskörperschaft für die Teilnahme an Sitzungen der Vertretungskörperschaft und der Ausschüsse sowie – wenn das Landesrecht es vorsieht – der Fraktionen erhält.

In einigen Ländern wird kein Ersatz für Auslagen oder Verdienstaussfall gewährt, wenn den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft eine Aufwandsentschädigung geleistet wird, da letztere regelmäßig auch die in der für die Arbeit in der Vertretungskörperschaft und den Ausschüssen aufgewendeten Zeit entgangenen Erwerbseinkünfte sowie die Auslagen mit ausgleichen soll.

Im Einzelnen weisen die Kommunalgesetze der Länder z.T. erhebliche Unterschiede bei der Ausgestaltung der Ansprüche auf Ersatz von Auslagen und Verdienstaussfall sowie auf Aufwandsentschädigung auf:

Nach § 19 Abs. 1 GemO BW haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaft in Baden-Württemberg Anspruch auf Ersatz von Auslagen und Verdienstaussfall; durch Satzung können hierfür Höchstbeträge festgesetzt werden. Unterhalb dieses Höchstbetrags wird damit Verdienstaussfall in tatsächlich entstandener Höhe gewährt. Das einzelne Mitglied der Vertretungskörperschaft muss der Kommune dessen Höhe darlegen und beweisen. Nicht Erwerbstätige erhalten als Verdienstaussfall einen Ausgleich für ihren Zeitaufwand; hierfür ist durch Satzung ein Stundensatz festzulegen. Gemäß § 19 Abs. 2 GemO BW können durch Satzung Durchschnittssätze für den Ersatz von Auslagen und Verdienstaussfall festgesetzt werden. Macht die Kommune von dieser Möglichkeit Gebrauch, wird Verdienstaussfall nur in Höhe des Durchschnittssatzes gewährt. Damit wird für das einzelne Mitglied der Vertretungskörperschaft die Darlegung seines tatsächlichen Verdienstaussfalls entbehrlich; es kann aber selbst dann keinen höheren Verdienstaussfall als den Durchschnittssatz geltend machen, wenn es tatsächlich höhere Verdienstaussfälle hat. Durch diese Bestimmung könnten gut verdienende BürgerInnen von der Wahrnehmung ihres passiven Wahlrechts abgehalten werden. Gleichwohl dürfte hierin kein verfassungswidriger Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl liegen. Die faktische Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit lässt sich rechtfertigen mit dem verfassungsrechtlich legitimen öffentlichen Interesse an der Sparsamkeit der kommunalen Haushaltsführung.¹⁷¹ § 19 Abs. 3 GemO BW ermächtigt die Kommunen zum Erlass von Satzungen, in denen den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft eine Aufwandsentschädigung gewährt werden kann. Die Satzung muss deren Höhe regeln. Durch Satzung kann nach § 19 Abs. 4 GemO BW ebenso geregelt werden, dass den Mit-

171 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 346 m.w.N.

gliedern der Vertretungskörperschaft neben Durchschnittssätzen für den Ersatz von Auslagen und einer Aufwandsentschädigung Reisekosten nach Beamtenrecht erstattet werden können.

In Bayern haben nach Art. 20a Abs. 1 BayGO ehrenamtlich tätige Gemeindeglieder – zu denen die Mitglieder der Vertretungskörperschaft gehören – einen Anspruch auf angemessene Entschädigung; die Einzelheiten regeln die Kommunen durch Satzung. Zum Begriff der Entschädigung gehören der Auslagenersatz und die Aufwandsentschädigung. Nach Art. 20a Abs. 2 BayGO stehen den ehrenamtlich Tätigen folgende weitere Ansprüche zu: Arbeitern und Angestellten wird der ihnen entstandene nachgewiesene Verdienstausschlag ersetzt (Art. 20a Abs. 2 Nr. 1 BayGO). Damit wird der Verdienstausschlag nur in der tatsächlich entstandenen Höhe gewährt. Der ehrenamtlich Tätige trägt die Beweislast für die Höhe des Verdienstausschlags, muss also der Kommune z.B. Bescheinigungen des Arbeitgebers vorlegen, um Ersatz des Verdienstausschlags zu erhalten. Selbständige können für die ihnen entstandene Zeitversäumnis eine Verdienstausschlagentschädigung geltend machen; deren Höhe ist als Pauschalbetrag in einer Satzung festzulegen. Wegezeiten können in angemessenem Umfang berücksichtigt werden (Art. 20a Abs. 2 Nr. 2 BayGO). Mit dieser Pauschalbetragsregelung sind Selbständige vom Nachweis eines konkreten Verdienstausschlags entlastet. Damit wollte der Gesetzgeber Beweisschwierigkeiten vermeiden, die daraus entstehen, dass es Selbständigen oft nicht möglich ist, die wegen der Teilnahme an Sitzungen entgangenen Einnahmen und die dadurch verursachten Mehrausgaben exakt zu kalkulieren. Allerdings ist es fraglich, warum nicht auch abhängig Beschäftigte in den Genuss dieser Beweiserleichterung kommen. Rechtspolitisch sollte eine Gleichstellung abhängig und selbständig Tätiger herbeigeführt werden, indem beiden Verdienstausschlag als Pauschalbetrag gewährt wird. Schließlich gewährt Art. 20a Abs. 2 Nr. 3 BayGO auch Personen, die keine Ansprüche auf Ersatz von Verdienstausschlag als abhängig oder selbständig Tätige haben, denen aber im beruflichen oder häuslichen Bereich ein Nachteil entsteht, der in der Regel nur durch das Nachholen versäumter Arbeit oder die Inanspruchnahme einer Hilfskraft ausgeglichen werden kann, einen Entschädigungsanspruch. Diesen ehrenamtlich Tätigen ist eine Entschädigung zu gewähren, die als Pauschalbetrag in einer Satzung zu regeln ist; der Pauschalbetrag darf nicht höher sein als der für Selbständige nach Art. 20a Abs. 2 Nr. 2 BayGO.

In Brandenburg haben Mitglieder der Vertretungskörperschaft nach § 30 Abs. 4 BbgKVerf Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen und ihres Verdienstausschlags. Sie können auch eine Aufwandsentschädigung erhalten; der Vorsitzende der Vertretungskörperschaft und sein Stellvertreter sowie die Vorsitzenden von Ausschüssen und Fraktionen können eine zusätzliche Aufwandsentschädigung erhalten. Die Einzelheiten sind durch eine Entschädigungssatzung in jeder Kommune zu regeln. Die Anspruchsvoraussetzungen für den Ersatz des Verdienstausschlags und der Aufwandsentschädigungen sowie deren Höchstsätze können durch Rechtsverordnung geregelt werden. Die kommunalen Entschädigungssatzungen müssen die Regelungen dieser Verordnung einhalten. Gemäß § 30 Abs. 3 BbgKVerf haben die Mitglieder der Gemeindevertretung keinen Anspruch auf ein Sitzungsgeld, wenn sie als Zuhörer an Sitzungen von Ausschüssen nicht teilnehmen, denen sie nicht angehören.

Nach § 27 Abs. 1 HGO haben in Hessen ehrenamtlich tätige BürgerInnen – und damit auch die Mitglieder der Vertretungskörperschaft – Anspruch auf Ersatz ihres Verdienstausschlags. Durch kommunale Satzung ist ein Durchschnittssatz für den Verdienstausschlag festzulegen. Der Durchschnittssatz steht nur denjenigen zu, die nachweisen können, dass ihnen ein Verdienstausschlag entstanden ist. Damit müssen die Betroffenen zwar nachweisen, dass ein Verdienstausschlag entstanden ist, sind aber vom Nachweis seiner konkreten Höhe befreit. Dies erleichtert die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen vor allem für Selbständige, denen eine Kalkulation der Verdienstausschläge oft nur mit erheblichem Aufwand möglich ist. Hausfrauen wird der Durchschnittssatz auch ohne Nachweis des Verdienstausschlags gewährt. Die Gewährung des Durchschnittssatzes kann durch Satzung auf Zeiten begrenzt werden, in denen nach allgemeiner Lebenserfahrung einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wird. Dies sind Zeiten, in denen davon auszugehen ist, dass sie für jedermann nach Arbeitsschluss liegen. Anstelle des Durchschnittssatzes kann jedes Mitglied der Vertretungskörperschaft auch den tatsächlich entstandenen Verdienstausschlag geltend machen; in diesem Falle muss er die Entstehung des Verdienstausschlags und dessen Höhe gegenüber der Kommune darlegen und beweisen. Ebenso kann für erforderliche Aufwendungen, die dem Mitglied der Vertretungskörperschaft wegen Inanspruchnahme einer Ersatzkraft zur Betreuung von Kindern, Alten, Kranken und Behinderten entstehen, Ersatz der tatsächlich entstandenen Kosten verlangt werden. Auch hier muss der Betroffene die Entstehung der Kosten und deren tatsächliche Höhe gegenüber der Kommune darlegen und beweisen. In § 27 Abs. 2 HGO wird den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft Ersatz für Fahrkosten zugesprochen; dies in tatsächlicher Höhe; der Betroffene muss die Kosten nachweisen. Gemäß § 27 Abs. 3 HGO kann durch Satzung zusätzlich zum Ersatz von Verdienstausschlag und Fahrkosten noch eine Aufwandsentschädigung gewährt werden. Diese kann ganz oder teilweise in Sitzungsgeldern gewährt werden. Bei letzteren handelt es sich um Pauschalbeträge, die jedem Mitglied der Vertretungskörperschaft für die Teilnahme an einer Sitzung gewährt werden. Den Ausschuss- und Fraktionsvorsitzenden kann eine höhere Aufwandsentschädigung gewährt werden. Durch Rechtsverordnung können Höchstsätze für die Aufwandsentschädigung festgesetzt werden, die durch die Kommunen nicht überschritten werden dürfen. Nach § 27 Abs. 4 können Ersatz von Verdienstausschlag und Fahrkosten sowie eine Aufwandsentschädigung auch für Fraktionsitzungen gewährt werden, wobei durch Satzung eine Höchstzahl von Sitzungen festzulegen ist, für die Ersatz und Aufwandsentschädigung gewährt werden.

In Mecklenburg-Vorpommern haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaft gemäß § 27 Abs. 1 KV M-V Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen, Reisekosten und ihres Arbeitsverdienstes. Letzterer umfasst sowohl die entgangenen Arbeitsentgelte abhängig Beschäftigter als auch die Selbständigen entgangenen Gewinne. Abhängig Beschäftigte haben zudem Anspruch auf Ersatz der auf ihren Verdienstausschlag entfallenden Arbeitgeberanteile an den Sozialversicherungsbeiträgen. Die Einzelheiten der Ansprüche sind durch eine Rechtsverordnung zu regeln. Gemäß § 27 Abs. 2 KV M-V sind Aufwandsentschädigungen in der Satzung zu regeln; dabei kann für die Wahrnehmung besonderer Funktionen in der Vertretungskörperschaft (Vorsitz im Rat oder Ausschuss) eine erhöhte Aufwandsentschädigung festgesetzt werden. Nach § 27 Abs. 3 KV M-V kann statt eines Ersatzes von Auslagen in tatsächlich entstandener Höhe auch eine pauschalisierte Aufwandsentschädigung gezahlt werden. Dies ist nur dann zulässig, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte oder tatsächlicher Erhebungen nachvollziehbar ist, dass und in welcher Höhe Aufwendungen für die ehrenamtliche Tätigkeit typischerweise entstehen. Diese Einschränkung erfordert Erhebungen über die tatsächlich gemachten Aufwendungen einer größeren Zahl von Mitgliedern der Vertretungskörperschaften. Aus diesen Erhebungen sind die durchschnittlich – also typischerweise – gemachten Aufwendungen abzuleiten. Über die Gewährung von Aufwandsentschädigungen, und damit auch über deren Höhe, kann eine Rechtsverordnung erlassen werden.

Gemäß § 55 Abs. 1 i.V.m. § 44 Abs. 1 NKomVG haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaften in Niedersachsen Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen, die auch die Kosten für die Kinderbetreuung umfassen, und ihres nachgewiesenen Verdienstausschlags. Damit müssen die Betroffenen der Kommune darlegen und beweisen, dass und in welcher Höhe sie Auslagen und Verdienstausschlag hatten. Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die keinen Verdienstausschlag geltend machen können, haben Anspruch auf eine Aufwandsentschädigung zum Ausgleich von Nachteilen, die ihnen im Bereich der Haushaltsführung und Berufsausübung aus der Wahrnehmung ihres Mandats entstehen. Die Einzelheiten dieses Anspruchs sind in einer Satzung zu regeln, die auch Bestimmungen zum Höchstsatz der Aufwandsentschädigung enthalten muss. Nach § 55 Abs. 1 NKomVG kann der Ersatz von Auslagen und Verdienstausschlag anstatt einer Erstattung in tatsächlicher Höhe durch Satzung auch als Pauschalbetrag gewährt werden. Dies hat den Vorteil, dass für die Betroffenen der Nachweis der Höhe von Auslagen und Verdienstausschlag entfällt. Diese pauschale Aufwandsentschädigung kann ganz oder teilweise als Sitzungsgeld gewährt werden, also als Pauschalbetrag, der pro Teilnahme des Betroffenen an einer Sitzung von Vertretungskörperschaft und Ausschüssen gezahlt wird. Für besondere Funktionen (Vorsitz der Vertretungskörperschaft und von Ausschüssen) können erhöhte Sätze der Aufwandsentschädigung festgesetzt werden. Nach § 55 Abs. 2 NKomVG setzt das Ministerium des Inneren am Ablauf einer jeden Wahlperiode eine Sachverständigenkommission ein, die Empfehlungen zur Ausgestaltung und Höhe der Entschädigungen abgibt. Diese Empfehlungen werden vom Ministerium veröffentlicht und dienen den Kommunen als (unverbindliche) Orientierung bei der satzungsmäßigen Gestaltung der Entschädigungsansprüche.

§ 45 Abs. 1 GO NW gewährt den Mitgliedern der Vertretungskörperschaften und Ausschüsse in Nordrhein-Westfalen Ersatz für ihren Verdienstausschlag. Ersetzt wird nur der Verdienstausschlag, der durch die Mandatsausübung innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit des Betroffenen entsteht. Diese Arbeitszeit ist individuell zu ermitteln; es kommt also nicht auf die üblichen Arbeitszeiten des Bevölkerungsdurchschnitts an, sondern auf die Arbeitszeiten, die der Betroffene aufgrund seines Arbeitsverhältnisses konkret einzuhalten hat. Entgangener Verdienst aus Nebentätigkeiten und aus Überstundenvergütungen wird nicht ersetzt. Nach § 45 Abs. 2 GO NW wird als Verdienstausschlag mindestens der in der Satzung der jeweiligen Kommune festgesetzte Regelstundensatz gezahlt. Ein Regelstundensatz wird aber nicht gezahlt, wenn der Betroffene durch die Mandatsausübung keinen Verdienstausschlag erlitten hat. Insofern erspart die Vergütung nach Regelstundensätzen zwar den Nachweis der Höhe des tatsächlich entstandenen Verdienstausschlags, nicht aber den Nachweis, dass ein Verdienstausschlag entstanden ist. Anstelle des Regelstundensatzes können abhängig Beschäftigte Ersatz des tatsächlich entstandenen Verdienstausschlags beantragen. Sie haben dazu Entstehung und Höhe des Verdienstausschlags nachzuweisen. Vorteilhaft ist diese Möglichkeit, wenn der tatsächliche Verdienstausschlag den Pauschalbetrag übersteigt. Selbständige können beantragen, dass ihnen anstelle des Regelstundensatzes eine Verdienstausschlagpauschale je Stunde bezahlt wird, die im Einzelfall auf der Grundlage des glaubhaft gemachten Einkommens nach billigem Ermessen festgesetzt wird. Dies ermöglicht es Selbständigen, einen den Regelstundensatz übersteigenden Verdienstausschlag geltend machen zu können. Personen, die einen Haushalt mit mindestens zwei Personen führen und nicht oder weniger als 20 Stunden je Woche erwerbstätig sind, erhalten für die Zeit der mandatsbedingten Abwesenheit vom Haushalt mindestens den Regelstundensatz. Statt des Regelstundensatzes werden auf Antrag die notwendigen Kosten für eine Vertretung im Haushalt ersetzt. Gemäß § 45 Abs. 1 GO NW werden dabei keine Zeiten der Abwesenheit vom Haushalt vergütet, die außerhalb der individuell zu ermittelnden regelmäßigen Zeit, in der der Betroffene der Führung des Haushalts nachgeht, liegen. In der Hauptsatzung ist ein einheitlicher Höchstbetrag festzulegen, der bei dem Ersatz des Verdienstausschlags je Stunde nicht überschritten werden darf; es kann außerdem ein täglicher oder monatlicher Höchstbetrag festgesetzt werden. Gemäß § 45 Abs. 3 GO NW haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaft Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Kinderbetreuung, derer sie in den für die Mandatsausübung benötigten Zeiten bedürfen. Die Höhe der Kosten ist von den Betroffenen nachzuweisen. Die Kinderbetreuungskosten, die in den Zeiten entstehen, für die nach § 45 Abs. 2 GO NW Verdienstausschlag ersetzt wird, werden nicht ersetzt. Dies erscheint sinnvoll, da es sich bei diesen Zeiten um die regelmäßigen Arbeitszeiten der Betroffenen handelt, in denen aus dem Arbeitseinkommen ohnehin Kosten

für die Kinderbetreuung zu bestreiten sind. Insofern deckt der Ersatz des Verdienstauffalls auch die Kosten der Kinderbetreuung ab. Zuzüglich zum Ersatz des Verdienstauffalls kann nach § 45 Abs. 4 GO NW in bestimmten Fällen auch eine Aufwandsentschädigung geleistet werden; es ist zulässig, diese ganz oder teilweise als Sitzungsgelder zu zahlen. Aufwandsentschädigungen werden geleistet an Mitglieder der Vertretungskörperschaft für die Teilnahme an Sitzungen der Vertretungskörperschaft, der Ausschüsse, den das Mitglied angehört, und der Fraktion.

Für Rheinland-Pfalz ist das Recht auf Entschädigung in § 18 Abs. 4 GemO RP geregelt. Nach dieser Vorschrift haben ehrenamtlich Tätige, also auch Mitglieder der Vertretungskörperschaft Anspruch auf Ersatz ihrer notwendigen Auslagen und des Verdienstauffalls. Personen, die keinen Verdienstauffall haben, können einen Nachteilsausgleich für die zur Mandatsausübung aufgewendete Zeit geltend machen. Zusätzlich zu diesen Leistungen kann ehrenamtlich Tätigen auch eine Aufwandsentschädigung gezahlt werden. Voraussetzungen und Höhe der Entschädigungs- und Aufwandsentschädigungsansprüche sind durch kommunale Satzung zu regeln; diese Satzungen müssen sich innerhalb des Rahmens halten, den das fachlich zuständige Ministerium durch Richtlinien festgelegt hat. In diesen Satzungen können die Ansprüche auch als Pauschalbeträge ausgestaltet werden; dies erspart den Betroffenen den Nachweis der konkreten Höhe von Auslagen und Verdienstauffall, macht aber die Geltendmachung von Verdienstauffällen oberhalb des Pauschalbetrags unmöglich. Sind die Ansprüche durch die Satzung nicht als Pauschalbeträge ausgestaltet, muss der Betroffene Entstehung und tatsächliche Höhe von Auslagen und Verdienstauffall darlegen und beweisen.

Im Saarland regelt § 51 SaarlKSVG die Entschädigungsansprüche der Mitglieder der Vertretungskörperschaft. Nach dessen Abs. 1 erhalten die Mandatsträger zur Abgeltung ihrer Auslagen einen monatlichen Grundbetrag in angemessener Höhe. Zudem erhalten sie Sitzungsgelder für die Teilnahme an Sitzungen der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse. Den Gemeinden steht es frei, für diese beiden Ansprüche einen gemeinsamen Pauschalbetrag festzusetzen. Gemäß § 51 Abs. 2 SaarlKSVG entscheidet über die Höhe dieser Entschädigungen die Mehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl der Vertretungskörperschaft. Nach § 51 Abs. 3 SaarlKSVG haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaft Anspruch neben den Entschädigungsansprüchen nach Absatz 1 Anspruch auf Ersatz ihres Verdienstauffalls in tatsächlich entstandener Höhe; für die Entstehung und die Höhe des Verdienstauffalls sind die Mitglieder der Vertretungskörperschaft darlegungs- und beweispflichtig. Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die keinen Verdienstauffall nachweisen können, weil sie mit der Führung eines Haushalts betraut sind, haben Anspruch auf einen von der Vertretungskörperschaft festzusetzenden Stundensatz.

Gemäß § 21 Abs. 1 SächsGemO haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaften in Sachsen Anspruch auf Ersatz ihrer notwendigen Auslagen und ihres Verdienstauffalls. Durch Satzung können die Kommunen Höchstbeträge und Durchschnittssätze für Auslagen- und Verdienstauffallsentschädigungen festlegen. Ebenso kann durch Satzung bestimmt werden, dass Personen, denen kein Verdienstauffall entstanden ist, eine Entschädigung für ihren Zeitaufwand geleistet wird. Sind durch Satzung Durchschnittssätze festgesetzt, richtet sich die Höhe der Ersatzleistungen nach diesen Sätzen. Die Betroffenen müssen der Gemeinde die Höhe ihrer Auslagen und des Verdienstauffalls nicht nachweisen, sondern nur darlegen und beweisen, dass sie Auslagen hatten bzw. dass ihnen Verdienst entgangen ist. Soweit ein Höchstbetrag festgesetzt ist, werden tatsächlich entstandene Auslagen und Verdienstauffälle, die den Höchstbetrag übersteigen, nicht ersetzt. Haben Gemeinden von dieser Ermächtigung zum Erlass von Satzungen keinen Gebrauch gemacht, müssen die Betroffenen darlegen und beweisen, dass und in welcher Höhe sie Auslagen und Verdienstauffall hatten; die Höhe des Ersatzanspruchs entspricht der Höhe der Auslagen und des Verdienstauffalls. Haben Betroffene keinen Verdienstauffall erlitten, können sie eine Entschädigung für ihren Zeitaufwand nur geltend machen, wenn diese Möglichkeit durch eine Satzung eröffnet ist. In § 21 Abs. 2 SächsGemO werden die Kommunen ermächtigt, durch Satzung den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft und der Ausschüsse Aufwandsentschädigungen zu gewähren. Diese Vorschrift verbietet nicht, dass die Aufwandsentschädigung neben dem Ersatz für Auslagen und Verdienstauffall gewährt wird.

Ehrenamtlich Tätige – und damit auch die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und der Ausschüsse – haben in Sachsen-Anhalt nach § 33 Abs. 1 GO LSA Anspruch auf Ersatz von Auslagen und Verdienstauffall. Bei Personen, die keinen Verdienst haben, gilt das für die Mandatswahrnehmung entstandene Zeitversäumnis als Verdienstauffall. Durch Satzung können die Kommunen für dieses Zeitversäumnis einen Stundensatz festlegen. Ebenso kann durch Satzung ein Durchschnittssatz für den Verdienstauffall festgesetzt werden. Damit werden in Sachsen-Anhalt Auslagen in tatsächlich entstandener Höhe ersetzt; der Betroffene muss diese der Gemeinde gegenüber darlegen und beweisen. Wenn ein Durchschnittssatz für den Verdienstauffall nicht festgesetzt ist, hat die Gemeinde den Verdienstauffall in tatsächlich entstandener Höhe zu ersetzen; für die Entstehung des Verdienstauffalls und dessen Höhe trägt der Betroffene die Darlegungs- und Beweislast. Wenn ein Durchschnittssatz festgesetzt ist, muss der Betroffene nur die Entstehung des Verdienstauffalls darlegen und beweisen. Die Höhe des Ersatzanspruchs richtet sich in dem Fall nach den Durchschnittssätzen; ein über die Durchschnittssätze hinaus gehender Verdienstauffall wird nicht ersetzt. Nach § 33 Abs. 2 GO LSA können durch Satzung den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft und der Ausschüsse Aufwandsentschädigungen zugesprochen werden, deren Höhe durch die Satzung festzulegen ist. Mit diesen Aufwandsentschädigungen wird der Ersatz von Aufwendungen abgegolten; Ausnahme hiervon sind die Kosten für Dienstreisen außerhalb des Wohnorts und die Kosten

für die Betreuung von Kindern und Pflegebedürftigen. Soweit es sich um letztere Kosten handelt, haben die Betroffenen, wenn ihnen Aufwandsentschädigungen zustehen, keinen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen. Zudem haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und der Ausschüsse nach § 33 Abs. 2 GO LSA Anspruch auf Ersatz ihrer Fahrtkosten für die Fahrten von der Wohnung zum Sitzungsort und zurück. Nach § 42 Abs. 4 GO LSA haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaft keinen Anspruch auf Ersatz von Auslagen und Verdienstaussfall sowie auf Aufwandsentschädigungen für die Teilnahme an Sitzungen von Ausschüssen, deren Mitglied sie nicht sind.

In Schleswig-Holstein haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaft gemäß § 22 Abs. 1 GO SH Anspruch auf Ersatz ihrer mandatsbedingten Auslagen. Die Gemeinden können für diesen Auslagenersatz Pauschalsätze festlegen. In letzterem Falle müssen die Betroffenen nur darlegen und beweisen, dass sie Auslagen hatten; der Nachweis der Höhe der Auslagen ist entbehrlich, da sich die Höhe des Ersatzanspruchs nicht nach der tatsächlichen Höhe der Auslagen, sondern nach dem Pauschalbetrag bemisst. Gemäß § 22 Abs. 2 GO SH kann anstatt des Ersatzes von Aufwendungen eine angemessene Aufwandsentschädigung gewährt werden, mit der auch der Aufwand an Zeit und Arbeitsleistung und das mit dem Ehrenamt oder der ehrenamtlichen Tätigkeit verbundene Haftungsrisiko abgegolten wird. Die Anspruchsvoraussetzungen für die Aufwandsentschädigung sind von den Kommunen in Satzungen zu regeln. Weiterhin gewährt § 22 Abs. 1 GO SH Ansprüche auf Ersatz des entgangenen Arbeitsverdiensts unter Einschluss der entgangenen Arbeitgeberanteile zu den Sozialversicherungen, sowie Ersatz des Verdienstaussfalls für Selbständige in Form einer Verdienstaussfallentschädigung. Mitgliedern der Vertretungskörperschaft, die einen Haushalt mit mindestens zwei Personen führen und nicht oder weniger als 20 Stunden je Woche erwerbstätig sind, erhalten eine Entschädigung für die mandatsbedingte Anwesenheit vom Haushalt. Zudem werden die mandatsbedingten Reisekosten, zu denen die Kosten für die Fahrt von der Wohnung zum Sitzungsort und zurück sowie für Reisen zu außerörtlichen Terminen der Gemeindevertretung gehören, ersetzt. Für den Ersatz von Verdienstaussfall, die Entschädigung für die mandatsbezogene Abwesenheit vom Haushalt und die Reisekosten können durch Satzung Pauschalsätze festgelegt werden. Vorteil einer solchen Pauschalisierung ist für den Betroffenen, dass er nur noch die Entstehung von Auslagen und Verdienstaussfall darlegen und beweisen muss; der in vielen Fällen, vor allem bei Selbständigen, schwierige Nachweis der Höhe des Verdienstaussfalls entfällt, da die Anspruchshöhe nach den Pauschalbeträgen bemessen wird. Nachteile erleiden die Bezieher hoher Einkommen, da sie einen Verdienstaussfall, der die Höhe des Pauschalbetrages übersteigt, nicht ersetzt bekommen. In Kommunen, die keine Pauschalbeträge normiert haben, werden Auslagen und Verdienstaussfall in tatsächlich entstandener Höhe ersetzt. In diesem Fall müssen die Betroffenen die Entstehung von Auslagen und Verdienstaussfall sowie deren Höhe nachweisen. In jedem Fall sollte die Satzung eine Regelung zur Entschädigung nicht Erwerbstätiger enthalten, damit auch ihnen eine Entschädigung für ihren Zeitaufwand zukommt.

Für Thüringen ist die Entschädigung der Mitglieder der Vertretungskörperschaften in § 13 Abs. 1 ThürKO geregelt. Nach dieser Norm haben ehrenamtlich Tätige Anspruch auf eine angemessene Aufwandsentschädigung. Da das Gesetz deren Höhe nicht regelt, muss dies durch Satzungen der Kommunen erfolgen. Zu dieser Aufwandsentschädigung erhalten die Mitglieder der Vertretungskörperschaft Ersatz der Auslagen und des Verdienstaussfalls für die zur Wahrnehmung des Ehrenamts notwendige Teilnahme an Sitzungen, Besprechungen oder anderen Veranstaltungen. Die Auslagen werden in tatsächlich entstandener Höhe ersetzt; der Betroffene muss die Entstehung und Höhe der Auslagen darlegen und beweisen. Für abhängig Beschäftigte wird Verdienstaussfall ebenfalls in tatsächlich entstandener Höhe ersetzt; auch hierfür ist der Betroffene hinsichtlich Entstehung und Höhe des Verdienstaussfalls darlegungs- und beweispflichtig. Für Selbständige sieht das Gesetz eine Beweiserleichterung vor: Sie erhalten anstelle des Ersatzes des Verdienstaussfalls eine Verdienstaussfallpauschale. Damit müssen Selbständige nur noch die Entstehung des Verdienstaussfalls nachweisen, nicht aber dessen oft schwer zu bestimmende konkret entstandene Höhe, da sich die Höhe des Anspruchs nicht nach der tatsächlichen Höhe des Verdienstaussfalls, sondern nach der satzungsmäßigen Höhe der Verdienstaussfallpauschale richtet. Schließlich erhalten Personen, denen kein Verdienstaussfall entsteht, weil sie nicht erwerbstätig sind, eine zusätzliche Entschädigung nach Maßgabe eines Stundenpauschalsatzes, wenn sie einen Mehrpersonenhaushalt von mindestens drei Personen führen. Die Höhe des Anspruchs ist durch die Hauptsatzung der Kommune zu bestimmen.

gg) Anspruch auf Fortbildung und Bildungsurlaub

Die Ausübung eines Mandats in einer kommunalen Vertretungskörperschaft erfordert einiges Spezialwissen auf rechtlichem und verwaltungswissenschaftlichem sowie verwaltungspraktischem Gebiet. Nur wer weiß, wie die Kommunalverwaltung arbeitet und welche Kontroll- und Antragsrechte ihm zustehen, kann den Hauptverwaltungsbeamten und die Betriebsleitung effektiv kontrollieren und in seiner Tätigkeit in Vertretungskörperschaft und Betriebsausschuss für eine rechtmäßige und den Interessen der Kommune entsprechende Wirtschaftsführung des Eigenbetriebs sorgen. Da den meisten Mandatsträgern in kommunalen Vertretungskörperschaften dieses Wissen am Beginn ihrer Tätigkeit nicht zur Verfügung steht, bedürfen sie der Fortbildung. Gerade bei einer Tätigkeit im Betriebsausschuss ist der Fortbildungsbedarf groß, da das kommunale Wirtschaftsrecht und die ver-

waltungswissenschaftlichen Voraussetzungen der Führung eines Eigenbetriebs umfangreich und komplex sind. Deshalb gewähren einige Länder den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft Bildungsurlaub und Ansprüche auf Fortbildung.

In wenigen Ländern wird den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft ein Anspruch auf Bildungsurlaub zum Zwecke der der Mandatsausübung dienenden Fortbildung gewährt.¹⁷² Der Anspruch auf Urlaubsgewährung richtet sich gegen die Dienstherrn bzw. Arbeitgeber der Mitglieder der Vertretungskörperschaft. Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft haben für die Zeit des Bildungsurlaubs Anspruch auf Ersatz ihres Verdienstausfalls (für den Fall, dass der Arbeitgeber den Bildungsurlaub nur unentgeltlich gewährt) gegen die Kommune. Der Bildungsurlaub kann für den Besuch von Fortbildungsveranstaltungen genutzt werden, die dem Erwerb von Wissen, das für die Mandatsausübung förderlich ist, verwendet werden. Für Mitglieder des Betriebsausschusses ist in diesem Sinne förderlich für die Ausübung ihres Mandats im Ausschuss der Besuch von Fortbildungsveranstaltungen über kommunalwirtschaftliche Fragen, wie z.B. über die Wirtschaftsführung kommunaler Unternehmen oder über das kommunale Wirtschaftsrecht.

Einen Anspruch der Mitglieder der Vertretungskörperschaft gegen die Kommune auf Fortbildung kennt nur die Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein. Nach § 32 Abs. 3 GO SH gilt dieser Anspruch nur im Rahmen der für die Fortbildung bereitgestellten Haushaltsmittel. Dies bedeutet, dass ein Mitglied der Vertretungskörperschaft einen Anspruch auf Fortbildung dann nicht mehr geltend machen kann, wenn im laufenden Haushaltsjahr die für Fortbildung veranschlagten Haushaltsmittel bereits aufgebraucht sind. Für die Praxis ist deshalb zu empfehlen, eine nach den konkreten Umständen in der Kommune ausreichende Summe für Fortbildungskosten in den Haushalt einzustellen.

In den übrigen Ländern kann ein Anspruch auf Fortbildung nur durch eine entsprechende Anspruchsgrundlage in einer Satzung der Kommune entstehen. Daher sollten Ansprüche auf Fortbildung in die Hauptsatzung jeder Kommune aufgenommen werden.

Beispiel eines Fortbildungsanspruchs in einer kommunalen Satzung:

§ 20 Anspruch auf Fortbildung

(1) Jedes Mitglied des Rates hat Anspruch auf von der Gemeinde durchgeführte Fortbildungen im Umfang von 20 Stunden pro Kalenderjahr. Die Fortbildung muss Themen betreffen, die mit der Ausübung des Mandats in Zusammenhang stehen. Die Kosten für die Erfüllung der Ansprüche nach Satz 1 trägt die Gemeinde.

(2) Der Rat beschließt die Themen und den zeitlichen Umfang der durchzuführenden Fortbildungsveranstaltungen sowie über die Teilnehmer der einzelnen Fortbildungsveranstaltungen. Der zeitliche Umfang aller in einem Jahr durchgeführten Fortbildungsveranstaltungen ist so zu bemessen, dass die Ansprüche aller Mitglieder des Rates nach Absatz 1 erfüllt werden. Der Bürgermeister sorgt für die Durchführung der Fortbildungsveranstaltungen und lädt deren Teilnehmer. Er kann mit dem Abhalten der Fortbildungsveranstaltungen Mitarbeiter der Gemeindeverwaltung oder andere fachkundige Personen betrauen. Der Bürgermeister soll dafür sorgen, dass Fortbildungsveranstaltungen außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit stattfinden. Er setzt die Zeiten, zu denen die Fortbildungsveranstaltungen stattfinden, und deren Veranstaltungsort mit Zustimmung des Rates fest.

¹⁷² § 35a Abs. 4 HGO (jährlich bis zu zwei Wochen); § 54 Abs. 2 NKomVG (fünf Arbeitstage für die Wahlperiode); § 18a Abs. 6 GemO RP (bis zu fünf Arbeitstage im Kalenderjahr).

hh) Freiheit von Weisungen

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft haben das Recht, nach ihrer freien Überzeugung zu entscheiden. Sie sind an Aufträge und Weisungen, die ihre Entschließungsfreiheit einschränken, nicht gebunden.¹⁷³ Dieses grundlegende Recht der kommunalen Mandatsträger soll gewährleisten, dass jedes Mitglied der Vertretungskörperschaft in der Vertretungskörperschaft und deren Ausschüssen durch Äußerung seiner persönlichen Meinung zur Meinungsbildung und Entscheidungsfindung beitragen kann. Er kann durch Weisungen nicht dazu gezwungen werden, einer bestimmten in der Einwohnerschaft oder in seiner Partei vertretenen Meinung zu folgen. Die Übereinstimmung seiner Meinungsäußerungen und seines Abstimmungsverhaltens mit einer bestimmten Meinung in Wählerschaft und Partei ist nur durch den Zwang zur Wiederwahl gesichert.¹⁷⁴ Es obliegt damit der freien Entscheidung jedes Mandatsträgers, ob er während der Wahlperiode einer bestimmten Meinung in der Wählerschaft oder einer Partei folgen will, um seine Wiederwahlchancen zu erhalten.

Der Mandatsträger kann sich also freiwillig hinsichtlich des Inhalts seiner Anträge und Redebeiträge sowie seines Abstimmungsverhaltens den Beschlüssen seiner Partei unterordnen. Zu einer solchen Unterwerfung kann er aber rechtlich wegen der gesetzlich garantierten Weisungsfreiheit nicht gezwungen werden. Damit sind Vereinbarung zwischen der Partei und dem Kandidaten, die aus Anlass der Kandidatenaufstellung abgeschlossen werden und den Kandidaten im Falle seiner Wahl an die Beschlüsse der Parteigremien binden, rechtlich unwirksam. Die Parteien können auf ein Abweichen des Mandatsträgers von ihren Beschlüssen nur damit reagieren, dass sie den Betroffenen bei einer erneuten Wahl nicht mehr als Kandidaten aufstellen.

Gleiches gilt auch im Verhältnis des Mandatsträgers zu seiner Fraktion. Fraktionsdisziplin – also die freiwillige Beachtung von Fraktionsbeschlüssen durch den einzelnen Mandatsträger – ist zulässig, da sie seiner freien Entscheidung entspringt. Fraktionszwang – also die Anwendung von Sanktionsmitteln gegen Mandatsträger, die bei Reden, Anträgen und Abstimmungen von Fraktionsbeschlüssen abweichen – ist unzulässig. Dies ergibt sich zum einen aus der gesetzlich garantierten Weisungsfreiheit der Mandatsträger, wegen der alle Weisungen zu einem bestimmten Verhalten in der Vertretungskörperschaft und deren Ausschüssen, um welche es sich bei Fraktionsbeschlüssen zu einem bestimmten Rede- und Abstimmungsverhalten handelt, gegen den Mandatsträger keine rechtliche Wirkung entfalten. Zum anderen ergibt sich dies aus dem Rechtscharakter der Fraktionen. Diese sind Zusammenschlüsse von kommunalen Mandatsträgern.¹⁷⁵ Jedoch entsteht durch den Zusammenschluss kein Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen der Fraktion und ihren Mitgliedern.¹⁷⁶ Damit hat die Fraktion keine Befugnis zur Bestimmung über das Rede- und Abstimmungsverhalten ihrer Mitglieder. Sofern solche Weisungsrechte in einem Fraktionsbildungsvertrag bzw. Fraktionsstatut vorgesehen sind, sind sie wegen des Verstoßes gegen das Recht auf ein freies Mandat unwirksam. Die Beachtung von Fraktionsbeschlüssen durch die Fraktionsmitglieder kann nur freiwillig erfolgen, von der Fraktion also nicht erzwungen werden. Damit rechtfertigt ein Abweichen von einem Fraktionsbeschluss grundsätzlich nicht, dass ein Mandatsträger aus der Fraktion ausgeschlossen oder von ihr aus einem Ausschuss zurückgerufen wird.

173 § 32 Abs. 3 GemO BW; § 30 Abs. 1 BbgKVerf; § 35 Abs. 1 HGO; § 23 Abs. 3 KV M-V; § 54 Abs. 1 NKomVG; § 43 Abs. 1 GO NW; § 30 Abs. 1 GemO RP; § 30 Abs. 1 SaarlKSVG; § 35 Abs. 3 SächsGemO; § 42 Abs. 1 GO LSA; § 32 Abs. 1 GO SH; § 24 Abs. 1 ThürKO.

174 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 337.

175 § 32 Abs. 1 BbgKVerf; § 36a Abs. 1 HGO; § 23 Abs. 5 KV M-V; § 57 Abs. 1 NKomVG; § 56 Abs. 1 GO NW; § 30a Abs. 1 GemO RP; § 30 Abs. 5 SaarlKSVG; § 35a Abs. 1 SächsGemO; § 43 GO LSA; § 32a Abs. 1 GO SH; § 25 ThürKO.

176 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 321.

Ein Fraktionsausschluss kommt nur als Sanktion bei einer groben Schädigung der Interessen der Fraktion durch das betroffene Fraktionsmitglied in Betracht.¹⁷⁷ Sofern das Landesrecht den Fraktionen das Recht auf Abberufung eines Mitglieds aus einem Ausschuss zuerkennt, ist in diesem Falle auch eine Abberufung aus dem Ausschuss zulässig. Eine solche grobe Schädigung der Fraktionsinteressen liegt vor, wenn ein Mitglied einer kleinen Fraktion, die über nur einen Ausschusssitz verfügt, wiederholt in einem beschließenden Ausschuss einem Fraktionsbeschluss zuwider abstimmt. Schließlich dient der Fraktionsproporz im Ausschuss dazu, dass die parteipolitischen Mehrheitsverhältnisse auch im Ausschuss aufrecht erhalten bleiben. Nur so sind verbindliche Beschlüsse beschließender Ausschüsse demokratisch hinreichend legitimiert, da im Ausschuss bei Beratungen und für Beschlüsse keine anderen Mehrheitsverhältnisse herrschen als dies bei einer Abstimmung in der Vertretungskörperschaft der Fall gewesen wäre. Stimmt das Mitglied einer Fraktion, die nur einen Ausschusssitz innehat, entgegen der Fraktionsmeinung ab, ist letztere bei der Abstimmung im Ausschuss faktisch nicht mehr repräsentiert. Die Fraktion ist in diesem Fall praktisch nicht mehr an der Abstimmung beteiligt; der Fraktionsproporz im Ausschuss faktisch aufgehoben. Das Interesse der Fraktionsmehrheit an politischer Repräsentation im Ausschuss ist damit erheblich verletzt. Der mit dieser Interessenverletzung verbundene Verlust des Vertrauens der Fraktionsmehrheit in die zuverlässige Wahrnehmung der Fraktionsinteressen durch das abweichende Fraktionsmitglied rechtfertigt sowohl die Abberufung aus dem Ausschuss als auch den Ausschluss aus der Fraktion.

b) Pflichten der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft übernehmen mit der Annahme des Mandats nicht nur die aus dem Mandat fließenden Rechte, sondern auch die mit dem Mandat verbundenen Pflichten. Letztere dienen der Sicherung der Funktionsfähigkeit der demokratischen Entscheidungsverfahren in der Vertretungskörperschaft und deren Ausschüssen.

aa) Pflicht zur Teilnahme an Sitzungen

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft sind verpflichtet, an den Sitzungen der Vertretungskörperschaft und der Ausschüsse, deren Mitglied sie sind, teilzunehmen. In den meisten Ländern ist diese Pflicht ausdrücklich gesetzlich geregelt.¹⁷⁸ In den übrigen Ländern kann sie aus der allen ehrenamtlich Tätigen treffenden Pflicht zur Ausübung des Ehrenamts¹⁷⁹ abgeleitet werden.¹⁸⁰ In einigen Bundesländern können Verstöße gegen die Teilnahmepflicht mit Geldbußen, zeitweiligem Ausschluss von Sitzungen und Mandatsverlust geahndet werden.

Gemäß Art. 48 Abs. 2 BayGO kann der Gemeinderat bei unentschuldigter Nichtteilnahme an Sitzungen ein Ordnungsgeld verhängen. Nach Art. 48 Abs. 3 BayGO kann der Gemeinderat den Verlust des Mandats aussprechen, wenn ein Ratsmitglied nach zwei verhängten Ordnungsgeldern innerhalb von sechs Monaten erneut gegen die Teilnahmepflicht verstößt.

In Hessen kann gemäß § 60 Abs. 2 HGO in der Geschäftsordnung eine Geldbuße für Verstöße gegen die Pflicht zur Teilnahme an Sitzungen vorgesehen werden. Für den Fall wiederholten ungerechtfertigten Fernbleibens kann die Geschäftsordnung als Sanktion den zeitweiligen Ausschluss von allen Sitzungen für längstens drei Monate vorsehen.

In Mecklenburg-Vorpommern kann nach § 172 Abs. 1 KV M-V den Verstoß gegen die Pflicht zur Teilnahme an Sitzungen mit einem Ordnungsgeld geahndet werden.

Nach § 39 Abs. 2 NKomVG ist in Niedersachsen ein Verstoß gegen die Pflicht zur Ausübung der ehrenamtlichen Tätigkeit eine Ordnungswidrigkeit, die mit Geldbuße belegt werden kann. Da zur Ausübung des Ehrenamts eines Mandats-

177 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 321 m.w.N.

178 § 34 Abs. 3 GemO BW; Art. 48 Abs. 1 BayGO; § 31 Abs. 1 BbgKVerf; § 60 Abs. 2 HGO; § 23 Abs. 3 KV M-V; § 33 Abs. 1 SaarlKSVG; § 35 Abs. 4 SächsGemO; § 52 Abs. 1 GO LSA; § 37 Abs. 1 ThürKO.

179 § 38 Abs. 2 NKomVG; § 28 Abs. 2 GO NW; § 18 Abs. 1 GemO RP; § 32 Abs. 2 GO SH.

180 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 350.

trägers auch die Teilnahme an Sitzungen gehört, kann mit dieser Vorschrift auch eine Nichtteilnahme an Sitzungen geahndet werden.

Ähnlich ist die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen. Nach § 29 Abs. 1 GO NW kann der Inhaber eines Ehrenamts, wozu die Mitglieder der Vertretungskörperschaft zählen, dessen Ausübung verweigern, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Nichtausübung des Ehrenamts ohne wichtigen Grund, wozu auch die Nichtteilnahme an Sitzungen ohne wichtigen Grund rechnet, kann vom Rat mit Ordnungsgeld belegt werden.

In Schleswig-Holstein ist die Nichtteilnahme an Sitzungen ohne triftigen Grund nach § 134 Abs. 1 Nr. 3 GO SH eine Ordnungswidrigkeit, die nach Abs. 4 dieser Vorschrift mit einer Geldbuße geahndet werden kann. Die zuständige Behörde dazu ist der Bürgermeister, der die Tat allerdings gemäß § 134 Abs. 7 GO SH jedoch nur auf Antrag des Rates verfolgen darf.

In Thüringen kann der Rat gemäß § 37 Abs. 2 ThürKO gegen Mitglieder des Rates, die sich der Pflicht zur Sitzungsteilnahme ohne genügende Entschuldigung entziehen, ein Ordnungsgeld festsetzen.

Diese Pflicht gilt nicht, wenn das Mitglied der Vertretungskörperschaft einen wichtigen Grund dafür hat, an einer Sitzung nicht teilzunehmen. Diese Ausnahme ist nur in einigen Ländern gesetzlich geregelt.¹⁸¹ Sie gilt aber auch in den anderen Ländern und hat ihren Rechtsgrund zum Einen in dem Rechtsinstitut der rechtfertigenden Pflichtenkollision: Wer durch eine rechtlich schwerer wiegende Pflicht daran gehindert ist, eine andere Pflicht zu erfüllen, handelt bei der Erfüllung der weniger schwer wiegenden Pflicht nicht rechtswidrig. Zum Anderen resultiert die Freistellung von der Teilnahmepflicht aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass das Recht von niemandem eine unmögliche Leistung fordern kann. Als wichtige, die Nichtteilnahme an einer Sitzung rechtfertigende Gründe kommen in Betracht: eine Erkrankung des Mandatsträgers, die die Teilnahme an der Sitzung unmöglich macht; Erkrankungen und Pflegebedarf naher Angehöriger, sofern der Einsatz von Pflegekräften nicht rechtzeitig möglich oder aus sonstigen Gründen nicht zumutbar ist; Verspätung von Verkehrsmitteln; die Wahrnehmung unaufschiebbarer Behörden- und Gerichtstermine. Ist das Mitglied der Vertretungskörperschaft als Vormund oder Betreuer tätig, ist er von der Teilnahme an Sitzungen befreit, wenn er dringende Geschäfte für die Betreuten zu erledigen hat.

bb) Pflicht zur Offenbarung eines Mitwirkungsverbots

Liegen Tatsachen vor, die das Eingreifen eines Mitwirkungsverbots auslösen können (z.B. eigener Vorteil oder der eines Verwandten aus einem geplanten Beschluss der Vertretungskörperschaft)¹⁸², trifft das betroffene Mitglied der Vertretungskörperschaft die Pflicht, den Vorsitzenden der Vertretungskörperschaft über diese Tatsachen von sich aus zu informieren.¹⁸³

Wenn der Vorsitzende der Vertretungskörperschaft der Ansicht ist, dass die vom betroffenen Mitglied der Vertretungskörperschaft mitgeteilten Tatsachen ein Mitwirkungsverbot begründen, führt er einen Beschluss der Vertretungskörperschaft, mit dem das Vorliegen des Mitwirkungsverbots festgestellt wird, herbei. An diesem Beschluss darf das betroffene Mitglied der Vertretungskörperschaft nicht mitwirken.¹⁸⁴

181 Art. 48 Abs. 2 BayGO (kein Ordnungsgeld bei entschuldigter Nichtteilnahme); § 60 Abs. 1 HGO (Geldbuße und Ausschluss von Sitzungen nur bei ungerechtfertigtem Fernbleiben von Sitzungen); § 23 Abs. 3 KV M-V (keine Pflicht bei Verhinderung aus wichtigem Grund); § 29 Abs. 1 GO NW (Ablehnung der Ausübung eines Ehrenamts wenn ein wichtiger Grund vorliegt); § 134 Abs. 1 GO SH (Ordnungswidrigkeit nur bei Nichtteilnahme ohne triftigen Grund); § 37 Abs. 2 ThürKO (Ordnungsgeld nur bei nicht genügender Entschuldigung für das Fernbleiben von der Sitzung).

182 Vgl. zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des Mitwirkungsverbots oben unter B) I) 3.) a) bb).

183 § 18 Abs. 4 GemO BW; § 22 Abs. 4 BbgKVerf; § 25 Abs. 4 HGO; § 24 Abs. 3 KV M-V; § 41 Abs. 4 NKomVG; § 43 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 31 Abs. 4 GO NW; § 22 Abs. 5 GemO RP; § 20 Abs. 3 SächsGemO; § 31 Abs. 4 GO LSA; § 22 Abs. 4 GO SH; § 38 Abs. 3 ThürKO.

184 § 18 Abs. 4 GemO BW; Art. 49 Abs. 3 BayGO; § 22 Abs. 4 BbgKVerf; § 25 Abs. 3 HGO; § 24 Abs. 3 KV M-V; § 41 Abs. 4 NKomVG; § 43 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 31 Abs. 4 GO NW; § 22 Abs. 5 GemO RP; § 27 Abs. 4 SaarlKSVG;

Eine rechtswidrige Feststellung eines Mitwirkungsverbots kann das betroffene Mitglied der Vertretungskörperschaft durch verwaltungsgerichtliche Klage gegen die Vertretungskörperschaft anfechten.

cc) Treuepflicht/Vertretungsverbot

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft haben eine Treuepflicht gegenüber der Kommune. Deren wichtigste gesetzliche Ausgestaltung ist das Vertretungsverbot: Mitglieder der Vertretungskörperschaft dürfen Ansprüche Dritter gegenüber der Kommune geltend machen. Dies gilt nicht, wenn das Mitglied der Vertretungskörperschaft als gesetzlicher Vertreter des Dritten handelt.¹⁸⁵

Vertritt ein Mitglied der Vertretungskörperschaft einen Dritten gegen die Gemeinde, ist er zur loyalen Wahrnehmung der Interessen des Dritten verpflichtet. Ihn trifft aber auch aufgrund seiner Treuepflicht die Pflicht, sich gegenüber der Kommune loyal zu verhalten. Diesen Interessenkonflikt soll das Vertretungsverbot ausschließen. Zudem soll die Kommune vor unlauteren Einflussnahmen des Mandatsträgers zugunsten des von ihm Vertretenen geschützt werden.¹⁸⁶

Die Ansprüche, die der Mandatsträger nicht für Dritte geltend machen darf, sind nicht nur solche auf Geldleistungen. Vielmehr sind auch nicht vermögensrechtliche Ansprüche wie die auf Erlass und Aufhebung von Verwaltungsakten, z.B. Erlass von Genehmigungen und Aufhebung von Bescheiden, und auf die Durchführung sonstiger behördlicher Maßnahmen vom Vertretungsverbot betroffen. Das Verbot beinhaltet sowohl die gerichtliche Verfolgung der Ansprüche als auch die außergerichtliche. Das Vertretungsverbot gilt nicht für die Vertretung Dritter in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, da in diesen Verfahren keine Ansprüche des Dritten verfolgt werden.¹⁸⁷

Das Verbot, Dritte bei der Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Kommune zu vertreten, gilt nur für die rechtsgeschäftlich zwischen Mandatsträger und Drittem vereinbarte Vertretung, nicht aber für die gesetzliche Vertretung. Gesetzliche Vertreter sind solche, bei denen die Vertretungsmacht kraft Gesetzes und nicht aufgrund eines Rechtsgeschäfts mit dem Dritten besteht. Dies sind die Eltern für ihre minderjährigen Kinder, der Betreuer für den Betreuten, der Geschäftsführer für die GmbH, der Vorstand für die Aktiengesellschaft, die vertretungsberechtigten Gesellschafter und Prokuristen für Handelsgesellschaften, Vorstände für eingetragene Vereine und die vertretungsberechtigten Organe von Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Dagegen beruht die Vertretungsmacht auf einem Rechtsgeschäft bei der Beauftragung von Rechtsanwälten und Steuerberatern und in jedem anderen Fall, in dem ein Dritter dem Mandatsträger eine Vollmacht zur Verfolgung von Ansprüchen gegen die Kommune erteilt. Eine Ausnahme vom Vertretungsverbot für Rechtsanwälte erkennt die Rechtsprechung an: Ein Mandatsträger darf die Organe der Kommune und deren Mitglieder in kommunalverfassungsrechtlichen Streitigkeiten – also solchen zwischen Organen und Organwaltern der Kommunen um Organrechte – vor den Verwaltungsgerichten vertreten, da hierbei keine Ansprüche gegen die Kommune selbst, sondern gegen kommunale Organe geltend gemacht werden.¹⁸⁸

Rechtspolitisch diskussionswürdig sind die Konsequenzen des Vertretungsverbots für die Wahrnehmung des passiven Wahlrechts und die Berufsausübung von Rechtsanwälten. Werden diese in eine kommunale Vertretungskörperschaft gewählt, sind sie an der Wahrnehmung von Mandaten gegen

§ 20 Abs. 3 SächsGemO; § 31 Abs. 4 GO LSA; § 22 Abs. 4 GO SH; § 38 Abs. 3 ThürKO.

185 § 17 Abs. 3 GemO BW; Art. 50 BayGO; § 23 Abs. 1 BbgKVerf; § 26 HGO; § 26 KV M-V; § 42 Abs. 1 NKomVG; § 32 Abs. 1 GO NW; § 21 Abs. 1 GemO RP; § 26 Abs. 2 SaarlKSVG; § 19 Abs. 3 SächsGemO; § 30 Abs. 3 GO LSA; § 23 GO SH.

186 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 363.

187 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 364.

188 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 364 unter Berufung auf OVG NW, NVwZ 1985, S. 843.

die Kommune behindert. Mangels konkreter rechtssoziologischer Erhebungen ist die Zahl derjenigen Rechtsanwälte, die wegen der Aussicht auf den Mandatsverlust von einer Kandidatur für ein kommunales Mandat abgehalten werden, nicht genau zu beziffern. Jedoch erscheint es wahrscheinlich, dass die Zahl derjenigen, die die Möglichkeit, ein Mandat gegen die Kommune annehmen zu können, einem Sitz in der kommunalen Vertretungskörperschaft vorziehen, nicht gering ist. Den kommunalen Vertretungskörperschaften entgeht damit wertvoller juristischer Sachverstand, der, würde er in die Entscheidungsfindung in der Vertretungskörperschaft eingehen, die Zahl rechtlich bedenklicher Entscheidungen erheblich vermindern könnte. Die Landesgesetzgeber sollten daher überlegen, ob sie nicht statt des Vertretungsverbots ein Mitwirkungsverbot normieren, durch das derjenige Mandatsträger, er einen Dritten bei der Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Kommune vertritt, von der Mitwirkung an der auf den Anspruch bezogenen Beratungen und Entscheidungen in der Vertretungskörperschaft und deren Ausschüssen ausschließt. Hiermit wäre sowohl der Interessenkonflikt des Mandatsträgers als auch dessen unlautere Einflussnahme auf die Entscheidungen der Kommune ausgeschlossen. Der betroffene Mandatsträger könnte seinen Sachverstand aber weiterhin in die Beratungen aller übrigen Angelegenheiten einbringen.

dd) Verschwiegenheitspflicht

Nach den Kommunalgesetzen aller Länder sind die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse zur Verschwiegenheit über die ihnen bei der Ausübung ihres Mandats bekannt gewordenen Angelegenheiten verpflichtet. Diese Pflicht gilt auch nach Ende des Mandats.¹⁸⁹ Diese Pflicht umfasst in den meisten Ländern auch, dass die Mitglieder der Vertretungskörperschaft geheim zu haltende Tatsachen nicht verwerten dürfen¹⁹⁰, wobei unter Verwertung sowohl die Veröffentlichung als auch die ohne Veröffentlichung erfolgte Ausnutzung geheimhaltungsbedürftiger Daten zum Zwecke der Erzielung eines wirtschaftlichen oder sonstigen Vorteils zu verstehen ist. In den Ländern, in denen dieses Verwertungsverbot nicht besonders gesetzlich angeordnet ist, umfasst die Pflicht zur Geheimhaltung auch das Verbot der Veröffentlichung geheim zu haltender Tatsachen zum Zwecke, daraus Vorteile zu ziehen. Daher ist auch in diesen Ländern die Verwertung verboten, soweit sie mit der Veröffentlichung geheim zu haltender Tatsachen begangen wird.

Welche Angelegenheiten der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, ist in den einzelnen Bundesländern dem Gesetzeswortlaut nach unterschiedlich geregelt. Im Ergebnis der Auslegung unterscheiden sich die in den einzelnen Ländern geheim zu haltenden Angelegenheiten trotz der unterschiedlichen Wortlaute jedoch nicht:

In allen Ländern unterliegen der Verschwiegenheit diejenigen Angelegenheiten, die ihrer Natur bzw. Bedeutung nach der Geheimhaltung bedürfen. Um dieses Regelungsziel zu erreichen, bedienen sich die Länder zweier Regelungstechniken, die inhaltlich das gleiche Ergebnis zeitigen: Ein Teil der Kommunalgesetze ordnet an, dass Angelegenheiten, die ihrer Natur nach der Geheimhaltung bedürfen, der Verschwiegenheitspflicht unterliegen¹⁹¹, während andere Länder zunächst alle Angelegenheiten der Verschwiegenheitspflicht unterwerfen, und von dieser solche Angelegenheiten ausnehmen, die ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen¹⁹². Darüber hinaus ist in einigen

189 § 17 Abs. 2 GemO BW; Art. 20 II BayGO; § 21 Abs. 1 BbgKVerf; § 24 Abs. 1 HGO; § 23 Abs. 6 KV M-V; § 54 Abs. 3 i.V.m. § 40 Abs. 1 NKomVG; § 43 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 GO NW; § 20 Abs. 1 GemO RP; § 30 Abs. 1 i.V.m. § 26 Abs. 3 SaarlKSVG; § 19 Abs. 2 SächsGemO; § 30 Abs. 2 GO LSA; § 32 Abs. 3 i.V.m. § 21 Abs. 2 GO SH; § 12 Abs. 3 ThürKO.

190 § 17 Abs. 2 GemO BW; Art. 20 Abs. 2 BayGO; § 21 Abs. 1 BbgKVerf; § 54 Abs. 3 i.V.m. § 40 Abs. 1 NKomVG; § 43 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 GO NW; § 30 Abs. 1 i.V.m. § 26 Abs. 3 SaarlKSVG; § 19 Abs. 2 SächsGemO; § 30 Abs. 2 GO LSA.

191 § 17 Abs. 2 GemO BW; § 31 Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 BbgKVerf; § 54 Abs. 3 i.V.m. § 40 Abs. 1 NKomVG; § 43 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 GO NW; § 20 Abs. 1 GemO RP; § 30 Abs. 1 i.V.m. § 26 Abs. 3 SaarlKSVG; § 19 Abs. 2 SächsGemO; § 30 Abs. 2 GO LSA.

192 Art. 20 Abs. 2 BayGO; § 24 Abs. 1 HGO; § 23 Abs. 6 KV M-V; § 32 Abs. 3 i.V.m. § 21 Abs. 2 GO SH; § 12 Abs. 3

Ländern ausdrücklich geregelt, dass der Verschwiegenheit diejenigen Tatsachen unterliegen, deren Geheimhaltung gesetzlich, behördlich oder von der Vertretungskörperschaft angeordnet ist.¹⁹³ Diese Normen bewirken keine Erweiterung des Kreises der der Verschwiegenheit unterliegenden Tatsachen über den Kreis der ihrer Natur nach geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen hinaus. Dies ergibt sich aus der Auslegung des Begriffs der ihrer Natur nach geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen. Das sind solche, deren Mitteilung an andere dem Gemeinwohl oder den berechtigten Interessen einzelner Personen zuwiderlaufen würde.¹⁹⁴ Dem Gemeinwohl liefe die Veröffentlichung von Angelegenheiten, deren Geheimhaltung gesetzlich oder von anderen, dazu befugten Behörden vorgeschrieben ist, entgegen. Die Fälle gesetzlicher und behördlicher Anordnung der Geheimhaltung lassen sich also unter den ihrer Natur nach geheimhaltungsbedürftigen Angelegenheiten erfassen. Berechtigte Geheimhaltungsinteressen Einzelner sind vor allem solche, die sich aus Rechtsvorschriften ergeben. Damit gehören auch insofern die Fälle gesetzlich angeordneter Geheimhaltung zum Begriff der ihrer Natur nach geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen. Im Ergebnis sind damit alle Angelegenheiten, deren Geheimhaltung gesetzlich oder behördlich angeordnet ist, lediglich Sonderfälle – und damit keine Erweiterung – der Kategorie der ihrer Natur nach geheimhaltungsbedürftigen Angelegenheiten.

Wie gerade ausgeführt, definiert die Rechtsprechung die ihrer Natur nach geheimhaltungsbedürftigen Angelegenheiten als Informationen, deren Mitteilung an andere dem Gemeinwohl oder den berechtigten Interessen einzelner Personen zuwiderlaufen würde. Dies sind die gleichen Kriterien, nach denen ein Ausschluss der Öffentlichkeit von Sitzungen der Vertretungskörperschaft und deren Ausschüssen gerechtfertigt ist. Insofern unterliegen der Verschwiegenheitspflicht alle Tatsachen, bei deren Erörterung in der Vertretungskörperschaft und deren Ausschüssen die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden könnte, womit zur Erläuterung und Begründung der geheimhaltungsbedürftigen Angelegenheiten auf die obigen Ausführungen zur Sitzungsöffentlichkeit verwiesen werden kann.¹⁹⁵ Diese Ausführungen zusammengefasst unterliegen der Geheimhaltung alle personenbezogenen Daten, vor allem Personalangelegenheiten, sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, sofern die Betroffenen der Veröffentlichung nicht zugestimmt haben, Angelegenheiten, über deren Geheimhaltung die Kommune nicht verfügen darf und deren Geheimhaltung gesetzlich oder von der dazu befugten Behörde im Einzelfall angeordnet wurde, Grundstücksangelegenheiten sowie Erwägungen zur Taktik und zum Stand von Vertragsverhandlungen und gerichtlichen Verfahren.

Der Verschwiegenheitspflicht unterliegen zudem alle Angelegenheiten, die von der Vertretungskörperschaft und deren Ausschüssen in nichtöffentlicher Sitzung behandelt wurden. In einigen Ländern ist dies ausdrücklich gesetzlich bestimmt.¹⁹⁶ Aber auch in den Ländern, in denen die Verschwiegenheit über die Inhalte nichtöffentlicher Sitzungen gesetzlich nicht ausdrücklich angeordnet ist, nimmt die Rechtsprechung eine Verschwiegenheitspflicht über die in nichtöffentlicher Sitzung beratenen Angelegenheiten an.¹⁹⁷ In den Ländern, in denen die Verschwiegenheitspflicht kraft Gesetzes für die Angelegenheiten, deren Geheimhaltung die Vertretungskörperschaft beschlossen hat, gilt¹⁹⁸, folgt

ThürKO.

193 § 17 Abs. 2 GemO BW; § 31 Abs. 1 i.V.m. § 21 Abs. 1 BbgKVerf; § 54 Abs. 3 i.V.m. § 40 Abs. 2 NKomVG; § 43 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 GO NW; § 20 Abs. 1 GemO RP; § 30 Abs. 1 i.V.m. § 26 Abs. 3 SaarlKSVG; § 19 Abs. 2 SächsGemO; § 30 Abs. 2 GO LSA.

194 OVG NW, Beschluss vom 16.07.2009 - 15 B 945/09 -, Abs. 4 (zitiert nach juris) mit Verweis auf OVG NW, NWVBl. 2009, 221 (222).

195 Vgl. hierzu oben unter B) I) 2.) b) cc).

196 § 35 Abs. 2 GemO BW; § 37 Abs. 2 SächsGemO; § 50 Abs. 3 GO LSA.

197 *BayVGH*, Beschluss vom 29.01.2004 - 4 ZB 03.174 -, Abs. 7 (zitiert nach juris) mit Bezug auf *BayVGH*, BayVBl 1989, 81 (82); *VG Ansbach*, Urteil vom 14.11.2002 - AN 4 K 01.01318 -, Abs. 47 (zitiert nach juris); *VG Düsseldorf*, Urteil vom 14.08.2009 - 1 K 6465/08 -, Abs. 55 (zitiert nach juris); *VG Würzburg*, Urteil vom 27.11.2002 - W 2 K 02.87 -, Abs. 27 f. (zitiert nach juris).

198 § 21 Abs. 1 BbgKVerf; § 30 Abs. 1 GO NW; § 20 Abs. 1 GemO RP.

dies daraus, dass der Beschluss der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses, über eine Angelegenheit in nichtöffentlicher Sitzung zu beraten, zugleich die Entscheidung darüber enthält, dass die in nichtöffentlicher Sitzung verhandelte Angelegenheit geheim zu halten ist¹⁹⁹, weil mit der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausschlusses der Öffentlichkeit (überwiegendes öffentliches Interesse oder Interesse eines Einzelnen) zugleich über die identischen Voraussetzungen der Verschwiegenheitspflicht beschlossen wird. Auch in den Ländern, in denen weder die Verschwiegenheit über nichtöffentliche Sitzungen noch die aufgrund eines Beschlusses des Rates gesetzlich vorgeschrieben ist, sieht die Rechtsprechung eine Pflicht zur Verschwiegenheit über Angelegenheiten, die in nichtöffentlicher Sitzung behandelt wurden, als gegeben an.²⁰⁰ Dies deshalb, weil die von der Vertretungskörperschaft beschlossene Nichtöffentlichkeit der Sitzung ein starkes Indiz für die Geheimhaltungsbedürftigkeit der verhandelten Angelegenheit sei²⁰¹, da die Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung der Wahrung des Wohls der Allgemeinheit oder der Interessen Einzelner diene, die auch die Notwendigkeit der Geheimhaltung begründen²⁰².

Die Pflicht zur Verschwiegenheit über in nichtöffentlicher Sitzung behandelte Angelegenheiten gilt auch dann, wenn zwar die Angelegenheit zwar in nichtöffentlicher Sitzung behandelt wurde, ein ausdrücklicher Beschluss über den Ausschluss der Öffentlichkeit von der Vertretungskörperschaft bzw. dem Ausschuss aber nicht gefasst wurde.²⁰³ Denn schon der von der Mehrheit der Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses akzeptierte faktische Ausschluss der Öffentlichkeit macht deutlich, dass die Mehrheit der Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses die Gründe für den Ausschluss der Öffentlichkeit und damit für die Geheimhaltung der beratenden Angelegenheit als erfüllt angesehen hat.

Auch wenn der Beschluss über den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtswidrig ist, besteht die Pflicht zur Verschwiegenheit über nichtöffentlich behandelte Angelegenheiten.²⁰⁴ Dies gilt, weil auch ein rechtswidriger Beschluss der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses bis zu seiner Aufhebung rechtlich wirksam ist, weshalb der Ausschluss der Öffentlichkeit solange wirksam ist, bis der rechtswidrige Beschluss über den Ausschluss der Öffentlichkeit aufgehoben wird.²⁰⁵ Solange der Beschluss nicht aufgehoben ist, dürfen alle Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses darauf vertrauen, dass ihre in nichtöffentlicher Sitzung getätigten Äußerungen der Verschwiegenheitspflicht unterliegen.²⁰⁶ Das einzelne Mitglied der Vertretungskörperschaft hat jedoch einen Anspruch auf Freistellung von der Verschwiegenheitspflicht, wenn der Beschluss über den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtswidrig war.²⁰⁷ Daher kann er einen entsprechenden Antrag in der Vertretungskörperschaft stellen und im Falle von dessen Ablehnung die Freistellung von der Verschwiegenheitspflicht gerichtlich durchsetzen.

199 OVG NW, Beschluss vom 23.12.2009 - 15 A 2126/09 -, Abs. 12 (zitiert nach juris).

200 BayVGh, Beschluss vom 29.01.2004 - 4 ZB 03.174 -, Abs. 7 (zitiert nach juris) mit Bezug auf BayVGh, BayVBl 1989, 81 (82); BayVGh, Beschluss vom 29.01.2004 - 4 ZB 03.174 -, Abs. 7 (zitiert nach juris) mit Bezug auf BayVGh, BayVBl 1989, 81 (82); VG Sigmaringen, Urteil vom 25.11.2010 - 2 K 2364/08 -, Abs. 24 f. (zitiert nach juris).

201 BayVGh, Beschluss vom 29.01.2004 - 4 ZB 03.174 -, Abs. 7 (zitiert nach juris) mit Bezug auf BayVGh, BayVBl 1989, 81 (82).

202 VG Sigmaringen, Urteil vom 25.11.2010 - 2 K 2364/08 -, Abs. 25 (zitiert nach juris).

203 OVG NW, Beschluss vom 07.04.2011 - 15 A 441/11 -, Abs. 11 (zitiert nach juris).

204 OVG RP, Urteil vom 24.11. 1976 - 7 A 46/75 -, Abs. 20 (zitiert nach juris); VG Düsseldorf, Urteil vom 14.08.2009 - 1 K 6465/08 -, Abs. 64 (zitiert nach juris).

205 OVG NW, Beschluss vom 23.12.2009 - 15 A 2126/09 -, Abs. 7 ff. (zitiert nach juris).

206 OVG RP, Urteil vom 24.11. 1976 - 7 A 46/75 -, Abs. 20 (zitiert nach juris).

207 OVG NW, Beschluss vom 07.04.2011 - 15 A 441/11 -, Abs. 13 (zitiert nach juris) mit Bezug auf OVG NW, NWVBl. 2010, 237.

Die Verschwiegenheitspflicht gilt auch für rechtswidrige Beschlüsse, die in nichtöffentlicher Sitzung gefasst worden sind.²⁰⁸ Ein Mitglied der Vertretungskörperschaft darf daher den Gang der Aussprache, die Redebeiträge der Sitzungsteilnehmer und deren Abstimmungsverhalten nicht veröffentlichen. Denn die Rechtswidrigkeit eines in nichtöffentlicher Sitzung gefassten Beschlusses allein rechtfertigt eine Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht nicht, da die in nichtöffentlicher Sitzung zur Sprache gekommenen schutzwürdigen öffentlichen Interessen und Interessen Einzelner, die die Nichtöffentlichkeit erforderlich machen, auch dann einer Veröffentlichung entgegen stehen, wenn über sie ein rechtswidriger Beschluss gefasst wurde.²⁰⁹

Die Pflicht zur Verschwiegenheit über nichtöffentlich behandelte Angelegenheiten verbietet die Veröffentlichung der Redebeiträge aller Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses und alle in der Sitzung erörterten Angaben über die geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen.²¹⁰ Zudem umfasst sie auch den Inhalt der für diese Angelegenheiten angefertigten Sitzungsunterlagen.²¹¹ Nach der Rechtsprechung soll die Verschwiegenheitspflicht auch die Veröffentlichung des Abstimmungsverhaltens der einzelnen Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses verbieten.²¹² Begründet wird dies damit, dass eine umfassende Meinungsbildung über alle Aspekte der Angelegenheit nur dann möglich sei, wenn sich das einzelne Mitglied der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses umfassend mit Beiträgen in die Diskussion einbringen kann, weil es nicht befürchten muss, für sein Rede- und Abstimmungsverhalten von der Öffentlichkeit kritisiert und demokratisch zur Verantwortung gezogen zu werden. Dies diene nicht dazu, das einzelne Mitglied der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses vor seiner demokratischen Verantwortlichkeit gegenüber den BürgerInnen der Kommune zu immunisieren, sondern die Kommune vor einer nicht genügenden Befassung mit der Angelegenheit zu bewahren. Um diesen Schutz der Funktionsfähigkeit des demokratischen Meinungsbildungsprozesses zu gewährleisten, sei es erforderlich, den psychischen Druck, der aus der Gefahr des öffentlichen Bekanntwerdens des Rede- und Abstimmungsverhaltens resultiert, von den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses zu nehmen.²¹³

Verfassungsrechtlich mag dem Gesichtspunkt der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Meinungsbildungsprozesses in der Vertretungskörperschaft so viel Gewicht zukommen, dass es eine Einschränkung der ebenfalls verfassungsrechtlich geforderten Verantwortlichkeit der Mandatsträger vor den WählerInnen so weit einzuschränken vermag, dass diese sich mangels öffentlicher Bekanntgabe ihres Abstimmungsverhaltens für ihre Entscheidungen in nichtöffentlichen Sitzungen nicht rechtfertigen müssen. Verfassungspolitisch aber sind die Argumente der Rechtsprechung nicht überzeugend. Denn auch wenn die Rechtsprechung meint, dass das Verbot der Veröffentlichung des Abstimmungsverhaltens nicht der Abkopplung der Mandatsträger von der Verantwortung für ihre Entscheidungen vor den WählerInnen dienen soll, so zeitigt sie praktisch genau diesen Effekt: Solange das Abstimmungsverhalten eines Mandatsträgers der Öffentlichkeit nicht bekannt ist, können die WählerInnen ihre Wiederwahlentscheidung nicht von diesem Abstimmungsverhalten abhängig machen; die über den Wiederwahlzwang bewirkte Verantwortlichkeit des Mandatsträgers vor den WählerInnen ist für Entscheidungen in nichtöffentlichen Sitzungen aufgehoben. Ebenso fehlt den in der Abstimmung Unterlegenen die Möglichkeit, die demokratische Meinungsbildung in der Öffentlichkeit zu ihren Gunsten zu beeinflussen, indem sie das Abstimmungsverhalten der Mehrheit kritisieren und ihre Meinung als Alternative darstellen. Diese erhebliche Einschränkung des Demokra-

208 *VG Sigmaringen*, Urteil vom 25.11.2010 - 2 K 2364/08 -, Abs. 25 (zitiert nach juris).

209 *VG Sigmaringen*, Urteil vom 25.11.2010 - 2 K 2364/08 -, Abs. 25 (zitiert nach juris).

210 *VG Würzburg*, Urteil vom 27.11.2002 - W 2 K 02.870 -, Abs. 28 (zitiert nach juris).

211 *VG Arnsberg*, Urteil vom 26.09.2003 - 12 K 5195/02 -, Abs. 32 (zitiert nach juris).

212 *BayVGH*, Beschluss vom 29.01.2004 - 4 ZB 03.174 -, Abs. 7 (zitiert nach juris); *VG Ansbach*, Urteil vom 14.11.2002 - AN 4 K 01.01318 -, Abs. 37 (zitiert nach juris); *VG Würzburg*, Urteil vom 27.11.2002 - W 2 K 02.870 -, Abs. 28 (zitiert nach juris).

213 So argumentiert *VG Würzburg*, Urteil vom 27.11.2002 - W 2 K 02.870 -, Abs. 29 (zitiert nach juris).

tieprinzips ist mit einer angeblichen Notwendigkeit, die Mandatsträger von dem von der Veröffentlichung des Abstimmungsverhaltens ausgehenden psychischen Druck zu befreien, nicht zu rechtfertigen. Schließlich gehört dieser psychische Druck zum verfassungsrechtlichen Leitbild des gewählten Mandatsträgers. Nur wegen dieses Drucks, zum Zwecke der Wiederwahl der Meinung einer bestimmten Wählerschaft bei allen Abstimmungen zu entsprechen, gelingt die demokratische Repräsentation der WählerInnen in der Vertretungskörperschaft. Der von diesem Druck befreite Mandatsträger widerspricht damit den verfassungsrechtlichen Vorgaben an die demokratische Legitimation der Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften und kann schon deshalb als Argument für die Ausdünnung der demokratischen Verantwortlichkeit nicht überzeugen. Diese praktische Ablösung von der demokratischen Verantwortlichkeit findet nur in beratenden Ausschüssen nicht statt, da über die dort in nichtöffentlicher Sitzung beratenen Angelegenheiten noch die Vertretungskörperschaft zu entscheiden hat, womit die Möglichkeit gegeben ist, dass sich die Mandatsträger für ihr Abstimmungsverhalten in der Vertretungskörperschaft vor den WählerInnen rechtfertigen müssen. Nur für deren Beratungen ist ein Verbot der Veröffentlichung des Abstimmungsverhaltens möglich, ohne die verfassungsnotwendige demokratische Verantwortlichkeit der kommunalen Mandatsträger aufzuheben.

Verschwiegenheit haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. der Ausschüsse nicht zu wahren über Tatsachen, die offenkundig sind.²¹⁴ Ebenso endet die Pflicht zur Verschwiegenheit über bisher noch nicht offenkundige Tatsachen, sobald diese offenkundig geworden sind.²¹⁵ Offenkundig sind diejenigen Tatsachen, über die sich jedermann aus frei zugänglichen Quellen informieren kann. Deren Geheimhaltung ist nicht mehr erforderlich, weil auch die Geheimhaltung durch die kommunalen Mandatsträger die Veröffentlichung der Tatsachen nicht verhindern kann, die Erreichung des mit der Verschwiegenheitspflicht verfolgten Zwecks ist also bei offenkundigen Tatsachen unmöglich. Jedoch gilt die Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht ausschließlich für die offenkundige Tatsache. So entbindet z.B. das öffentliche Bekanntwerden von Informationen über den Hergang von Vertragsverhandlungen, die in nichtöffentlicher Sitzung besprochen wurden, nur von der Schweigepflicht für genau diese Informationen. Die Schweigepflicht über alle nicht veröffentlichten sonstigen Informationen über die Vertragsverhandlungen, über den Verlauf der Beratung, die einzelnen Redebeiträge und das Abstimmungsverhalten der Mandatsträger unterliegt weiterhin der Verschwiegenheitspflicht.

Die Pflicht zur Verschwiegenheit gilt nicht für Mitteilungen im amtlichen Verkehr.²¹⁶ Amtlicher Verkehr meint die Kommunikation gemeindlicher Organe und ihrer zuständigen Hilfskräfte untereinander oder die Kommunikation mit zuständigen staatlichen Stellen, wozu die Aufsichtsbehörden zählen.²¹⁷ Diese Ausnahme rechtfertigt sich daraus, dass die Empfänger der Informationen der Amtverschwiegenheit unterliegen, womit ein öffentliches Bekanntwerden der geheim zu haltenden Angelegenheiten verhindert wird.

Die Verschwiegenheitspflicht gilt so lange, bis sie aufgehoben wird. In einigen Ländern ist für die Aufhebung der Geheimhaltung der Hauptverwaltungsbeamte zuständig²¹⁸, in den übrigen Ländern die Vertretungskörperschaft²¹⁹.

214 Ausdrücklich gesetzlich geregelt in Art. 20 Abs. 2 BayGO; § 24 Abs. 1 HGO; § 23 Abs. 6 KV M-V; § 20 Abs. 2 GemO RP; § 21 Abs. 2 GO SH; § 12 Abs. 3 ThürKO.

215 OVG NW, Beschluss vom 07.04.2011 - 15 A 441/11 -, Abs. 16 (zitiert nach juris).

216 So ausdrücklich gesetzlich geregelt in Art. 20 Abs. 2 BayGO; § 24 Abs. 1 HGO; § 21 Abs. 2 GO SH.

217 VG Würzburg, Urteil vom 27.11.2002 - W 2 K 02.870 -, Abs. 23 (zitiert nach juris) m.w.N.

218 § 35 Abs. 2 GemO BW.

219 So ausdrücklich gesetzlich geregelt in § 37 Abs. 2 SächsGemO; § 50 Abs. 3 GO LSA.

Fraglich ist, ob ein Mandatsträger in den Fällen, in denen der Beschluss zum Ausschluss der Öffentlichkeit oder ein in nichtöffentlicher Sitzung gefasster Beschluss rechtswidrig ist, das Recht hat, die Öffentlichkeit über die Vorgänge in der nichtöffentlichen Sitzung zu informieren, um durch öffentlichen Druck auf eine Aufhebung des rechtswidrigen Beschlusses hinzuwirken. Die Rechtsprechung erkennt ein Recht des einzelnen Mandatsträgers auf „Flucht in die Öffentlichkeit“ zwar grundsätzlich an.²²⁰ Praktisch dürften jedoch in keinem denkbaren Fall die Voraussetzungen erfüllbar sein, die die Rechtsprechung an die Zulässigkeit der „Flucht in die Öffentlichkeit“ stellt.

Ein solcher Schritt kommt nach der Rechtsprechung aber zum Einen nur dann in Betracht, wenn der fragliche Beschluss rechtswidrig war; nicht jedoch in Fällen, in denen ein Mandatsträger aus politischen Gründen den Inhalt eines rechtmäßigen Beschlusses kritisiert. Dies folgt daraus, dass der einzelne Mandatsträger hinsichtlich des Inhaltes eines Beschlusses dem Mehrheitsprinzip unterliegt und sich deshalb der Entscheidung der Mehrheit unterzuordnen hat²²¹, was ein Recht des in der Abstimmung Unterlegenen auf Anfechtung eines Beschlusses wegen dessen politischen Inhalts ausschließt.

Zum Anderen kommt eine Flucht in die Öffentlichkeit nur dann in Betracht, wenn der Mandatsträger vor der Veröffentlichung alle ihm zu Gebote stehenden Mittel zur Herbeiführung einer Entscheidung durch die dafür zuständigen Stellen ausgeschöpft hat²²² oder wenn die Abhilfe durch eine zuständige Behörde oder das zuständige Gericht nicht rechtzeitig vor Vollzug des rechtswidrigen Beschlusses zu erlangen ist²²³. Das Ausschöpfen aller zu Gebote stehenden Mittel zur Erlangung von Abhilfe bedeutet, dass der Mandatsträger zunächst in der Vertretungskörperschaft den Antrag auf Herstellung der Öffentlichkeit zu stellen hat. Wird dieser abgelehnt, muss er einen Antrag auf Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht stellen. Wird diesem Antrag nicht entsprochen, hat er sich an die Kommunalaufsichtsbehörde zu wenden, damit diese den rechtswidrigen Beschluss beanstanden und seine Aufhebung verlangen kann. Wenn die Kommunalaufsichtsbehörde nicht wie erwünscht einschreitet, muss sich der Betroffene an das Verwaltungsgericht – in Eilfällen im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes – wenden, um seinen Anspruch auf Entbindung von der Schweigepflicht oder – sofern er von dem angefochtenen Beschluss in einem ihm zustehenden Recht verletzt ist – die Aufhebung des Beschlusses durchzusetzen.²²⁴ Dies gilt auch dann, wenn der betroffene Mandatsträger der Auffassung ist, dass eine Einschaltung von Kommunalaufsichtsbehörde und Gericht nicht erfolgreich sein wird.²²⁵ Nur in sehr dringenden Fällen, in denen der Vollzug eines rechtswidrigen Beschlusses unmittelbar bevorsteht, d.h. binnen weniger Tage, in denen auch eine Eilentscheidung von Kommunalaufsichtsbehörde oder Gericht nicht zu erwarten ist oder wenn Behörde und Gericht nicht vor dem geplanten Vollzug des Beschlusses entscheiden, wird die „Flucht in die Öffentlichkeit“ zulässig sein.²²⁶

220 Dieses Recht bejahend *OVG RP*, NVwZ-RR 1996, 685 (686 f.); offen gelassen in *OVG NW*, Beschluss vom 23.12.2009 - 15 A 2126/09 -, Abs. 23 ff. und *VG Sigmaringen*, Urteil vom 25.11.2010 - 2 K 2364/08 -, Abs. 26 (zitiert nach juris).

221 *VG Düsseldorf*, Urteil vom 14.08.2009 - 1 K 6465/08 -, Abs. 95 (zitiert nach juris).

222 *VG Düsseldorf*, Urteil vom 14.08.2009 - 1 K 6465/08 -, Abs. 93 (zitiert nach juris). *VG Sigmaringen*, Urteil vom 25.11.2010 - 2 K 2364/08 -, Abs. 26 (zitiert nach juris).

223 *OVG NW*, Beschluss vom 23.12.2009 - 15 A 2126/09 -, Abs. 23 ff.; *VG Düsseldorf*, Urteil vom 14.08.2009 - 1 K 6465/08 -, Abs. 97 (zitiert nach juris).

224 *OVG NW*, Beschluss vom 23.12.2009 - 15 A 2126/09 -, Abs. 25; *VG Sigmaringen*, Urteil vom 25.11.2010 - 2 K 2364/08 -, Abs. 27 (zitiert nach juris).

225 *VG Sigmaringen*, Urteil vom 25.11.2010 - 2 K 2364/08 -, Abs. 28 (zitiert nach juris).

226 *VG Düsseldorf*, Urteil vom 14.08.2009 - 1 K 6465/08 -, Abs. 97 (zitiert nach juris) hat einen Zeitraum von drei Wochen zwischen Beschlussfassung und Vollzug des Beschlusses für ausreichend erachtet, um Eilentscheidungen der Kommunalaufsichtsbehörde und des Gerichts herbeizuführen.

Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht kann in fast allen Ländern mit einem Ordnungsgeld oder einer Geldbuße geahndet werden.²²⁷ Diese ist in einigen Ländern vom Rat zu beschließen²²⁸, in den anderen Ländern erlässt der Hauptverwaltungsbeamte nach Anhörung bzw. mit Zustimmung der Vertretungskörperschaft die Entscheidung den Bußgeldbescheid²²⁹.

Einzig in Hessen ist die für die Ahndung der Verstöße gegen die Verschwiegenheitspflicht zuständige Behörde die Kommunalaufsichtsbehörde.²³⁰

In den meisten Bundesländern bedürfen Mitglieder der Vertretungskörperschaft einer von der Kommune erteilten Aussagegenehmigung, wenn sie über geheimhaltungsbedürftige Angelegenheiten vor Gericht oder außergerichtlich vor einer Behörde Aussagen machen sollen.²³¹ Ist das Mitglied der Vertretungskörperschaft Beteiligter eines Rechtsstreits, und dient sein Vorbringen der Wahrnehmung seiner berechtigten Interessen, darf ihm die Aussagegenehmigung nur versagt werden, wenn ein zwingendes öffentliches Interesse dies erfordert. Wird die Aussagegenehmigung versagt, ist dem Mitglied der Vertretungskörperschaft derjenige Schutz seiner berechtigten Interessen zu ermöglichen, den der Schutz der zwingenden öffentlichen Interessen zulässt.²³² Damit dürfen Aussagegenehmigungen nur soweit beschränkt werden, wie dies zur Wahrung der öffentlichen Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist, um den Betroffenen ein möglichst erfolgreiche Wahrnehmung seiner Interessen nicht mehr als erforderlich zu behindern.

ee) Haftung und Haftungsfreistellung

Bei der Frage der Haftung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. ihrer Ausschüsse sind zwei Rechtsverhältnisse zu unterscheiden: Eine Haftung kann sich gegenüber Dritten und gegenüber der Kommune ergeben.

aaa) Haftung gegenüber Dritten und Regress gegenüber der Kommune

Grundsätzlich haftet die Kommune für Schäden, die die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse Dritten durch rechtswidrige und schuldhaftige Handlungen bei der Wahrnehmung von Aufgaben der Kommune verursachen. Ob daneben eine Haftung der Mandatsträger gegeben ist, richtet sich danach, ob die Schaden stiftende Handlung im Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe oder mit einer zivilrechtlichen Betätigung der Kommune erfolgt: Erfolgt die schädigende Handlung im Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe der Kommune, haftet allein die Kommune für die von den Mandatsträgern verursachten Schäden Dritter nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG; daneben besteht kein Schadensersatzanspruch des Geschädigten gegen einzelne Mandatsträger²³³. Erfolgt die schädigende Handlung im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Betätigung der Kommune, richtet sich die Haftung der Kommune nach §§ 31, 89 BGB i.V.m. § 823 ff. BGB oder nach § 831 BGB; neben der Kommune haften auch die Mandatsträger aus § 823 ff. BGB.

227 § 17 Abs. 4 i.V.m. § 16 Abs. 3 GemO BW; Art. 20 Abs. 4 BayGO; § 25 Abs. 5 BbgKVerf; § 24a Abs. 3 HGO; § 172 Abs. 1 KV M-V; § 40 Abs. 2 i.V.m. § 39 Abs. 2 NKomVG; § 30 Abs. 1 i.V.m. § 29 Abs. 3 GO NW; § 26 Abs. 4 SaarlKSVG; § 19 Abs. 4 SächsGemO; § 30 Abs. 4 i.V.m. § 29 Abs. 2 GO LSA; § 134 Abs. 3 Nr. 2 GO SH; § 12 Abs. 3 ThürKO.

228 § 17 Abs. 4 i.V.m. § 16 Abs. 3 GemO BW; § 25 Abs. 5 BbgKVerf; § 172 Abs. 1 KV M-V; § 40 Abs. 2 i.V.m. § 39 Abs. 2 NKomVG; § 30 Abs. 1 i.V.m. § 29 Abs. 3 GO NW; § 20 Abs. 2 i.V.m. § 19 Abs. 3 GemO RP; § 19 Abs. 4 SächsGemO; § 30 Abs. 4 i.V.m. § 29 Abs. 2 GO LSA; § 12 Abs. 3 ThürKO.

229 § 20 Abs. 2 i.V.m. § 19 Abs. 3 GemO RP; § 26 Abs. 4 SaarlKSVG; § 134 Abs. 7 GO SH.

230 § 35 Abs. 2 HGO.

231 Art. 20 Abs. 3 BayGO; § 21 Abs. 2 BbgKVerf; § 24 Abs. 2 HGO; § 40 Abs. 1 NKomVG; § 30 Abs. 2 GO NW; § 21 Abs. 3 GO SH.

232 § 21 Abs. 4 BbgKVerf; § 24 Abs. 4 HGO; § 30 Abs. 4 GO NW; § 21 Abs. 5 GO SH.

233 BGHZ 99, 326.

Eine Haftung der Kommune nach § 839 BGB i.V.m. Art 34 GG, ohne Eigenhaftung der schädigenden Mandatsträger, kommt also nur in Betracht, wenn die gemeindliche Aufgabe, mit deren Erfüllung die schädigende Handlung in Zusammenhang steht, der hoheitlichen Verwaltung zuzurechnen ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Kommune Aufgaben und Befugnisse wahrnimmt, die ihr durch das öffentliche Recht eingeräumt sind. Das sind die Angelegenheiten, für deren Regelung der Kommune das Recht zur einseitigen Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen ihr und den BürgerInnen eingeräumt ist, z.B. durch Erlass von Verwaltungsakten und Satzungen. Jedoch erschöpft sich der Kreis hoheitlicher Aufgaben nicht auf die vorgenannten Angelegenheiten, in denen zwischen Kommune und Betroffenen ein Über-Unterordnungsverhältnis besteht. So gehören zu den hoheitlichen Aufgaben auch solche, die mit den Mitteln schlichter Hoheitsverwaltung, also ohne Einsatz von einseitigen Regelungsakten, erfüllt werden.²³⁴ Nach diesen Grundsätzen ist auch die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG auf der einen und §§ 31, 89, 823 ff. BGB auf der anderen Seite für die Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge²³⁵, deren Erfüllung die wirtschaftliche Betätigung der Eigenbetriebe überwiegend dient, vorzunehmen. Bei diesen Aufgaben ist für die Zuordnung zu einer haftungsrechtlichen Anspruchsgrundlage darauf abzustellen, mit welchen rechtlichen Mitteln die Kommune die Erledigung der Aufgabe organisiert hat.²³⁶ Gestaltet die Kommune die Aufgabenerledigung nach öffentlichem Recht aus, folgt die Haftung für schädigende Handlungen der Mandatsträger aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Gestaltet die Kommune die Aufgabenerledigung dagegen zivilrechtlich aus, haftet die Kommune nur aus §§ 31, 89, 823 ff. BGB für Schäden, die Mandatsträger Dritten bei der Aufgabenerledigung zufügen.

So steht den Kommunen z.B. für die Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses für öffentliche Einrichtungen die Freiheit der Wahl der Rechtsform zu. Die Kommunen können das Nutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich ausgestalten, indem sie eine Satzung über die Benutzungsordnung erlassen, die Zulassung zur Nutzung für jeden Interessenten einseitig durch Verwaltungsakt regeln und für die Nutzung Gebühren erheben, die sie einseitig durch Gebührenbescheide festsetzen. Für Schäden, die kommunale Mandatsträger Dritten im Zusammenhang mit einem solchen öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnis zufügen, haftet die Kommune allein aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Diese Haftung kann z.B. daraus entstehen, dass der Betriebsausschuss dem Betroffenen rechtswidrig die Nutzung einer wirtschaftlichen Leistung des Eigenbetriebs versagt und dem Betroffenen dadurch ein Schaden entsteht, weil er die Leistung anderweitig zu höheren Kosten beziehen muss. Die Kommunen können das Nutzungsverhältnis auch zivilrechtlich ausgestalten, indem sie das Nutzungsverhältnis durch zivilrechtliche Allgemeine Geschäftsbedingungen regeln und für die Benutzung zivilrechtliche Entgelte per Rechnung erheben. In diesen Fällen richtet sich die Haftung der Kommune nach §§ 31, 89, 823 ff. BGB und die der einzelnen Mandatsträger nach §§ 823 ff. BGB.

Nach diesen Abgrenzungskriterien haftet die Kommune grundsätzlich aus §§ 31, 89, 823 ff. BGB neben den Mandatsträgern für alle Geschäfte ihrer kommunalen Betriebe²³⁷, da diese Geschäfte regelmäßig in Form zivilrechtlicher Verträge abgeschlossen werden. Sämtliche Einkäufe von Waren und Dienstleistungen für kommunale Eigenbetriebe gehören ebenso zu diesen Geschäften, wie der Verkauf von Waren und Dienstleistungen sowie von nicht mehr benötigten Wirtschaftsgütern. So nach haftet die Kommune z.B. für Schäden, die einem Dritten beim Kauf bzw. Verkauf von Grundstücken entstehen, nicht nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, sondern nach §§ 31, 89, 823 ff. BGB und nach vertragsrechtlichen Anspruchsgrundlagen des BGB.²³⁸

234 *BGH*, NJW 1962, S. 796.

235 Vgl. zur Definition der Daseinsvorsorge oben unter A) II) 2.) b) dd) aaa).

236 *BGH*, NJW 1973, S. 1650 und NJW 1981, S. 50.

237 *BGH*, NJW 1953, S. 778.

238 *BGH*, JR 1981, S. 192.

Für letztere vertragsrechtlichen Anspruchsgrundlagen haftet ausschließlich die Kommune gegenüber den geschädigten Dritten, nicht jedoch der Mandatsträger. Dies folgt daraus, dass der Vertrag Rechte und Pflichten nur der Vertragsparteien – und damit der Kommune und des Dritten – begründet, womit der Vertrag für die Mandatsträger, die nicht Vertragsparteien sind, keine Haftungspflichten begründen kann.

Nach alledem ist die Eigenhaftung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses gegenüber Dritten auf diejenigen Schäden beschränkt, die sie bei der zivilrechtlich organisierten Erledigung kommunaler Aufgaben verursachen. Die Eigenhaftung tritt nur ein, wenn die Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage erfüllt sind. Als Anspruchsgrundlagen kommen insbesondere §§ 823 und 824 BGB in Betracht.

Aus § 823 Abs. 1 BGB sind die Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Betriebsausschusses zum Ersatz des einem Dritten entstandenen Schadens verpflichtet, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht des Dritten verletzen. Verletzungen der Gesundheit und des Eigentums sind die in der Praxis der Entscheidungen kommunaler Gremien häufigsten Fälle. So liegt eine Gesundheitsverletzung z.B. dann vor, wenn der Betriebsausschuss eine bestimmte bauliche Gestaltung eines Gebäudes des Eigenbetriebs beschließt und diese Gestaltung Verletzungsgefahren für Besucher des Gebäudes hervorruft. Ein Beschluss, Bäume auf einem Besucherparkplatz des Eigenbetriebs nicht auf Schäden untersuchen oder fällen zu lassen oder die Fahrbahndecke eines Besucherparkplatzes nicht erneuern zu lassen, kann eine Eigentumsverletzung auslösen; stürzt ein Baum um oder verliert Äste und beschädigt dadurch Autos von Besuchern bzw. erleidet ein Auto einen Schaden, weil es in ein tiefes Schlagloch gefahren ist, hat der Beschluss des Ausschusses die Gefahr einer Eigentumsverletzung ausgelöst. Realisiert sich diese Gefahr in einer Verletzung eines Besuchers oder seines Eigentums, haften die Mitglieder des Betriebsausschusses, wenn sie beim Beschluss vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben.

Als sonstiges Recht, das durch Handlungen der Mitglieder des Betriebsausschusses verletzt werden kann, kommt vor allem das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Betracht. Dieses schützt Personen davor, dass von ihnen in der Öffentlichkeit ein falsches Bild entsteht.²³⁹ Dieses kann von den Mitgliedern des Betriebsausschusses vor allem durch Äußerungen in öffentlichen Sitzungen verletzt werden. Ein falsches Bild einer Person in der Öffentlichkeit wird von Redebeiträgen kommunaler Mandatsträger u.a. dann erzeugt, wenn er einem Abschluss eines Vertrages mit einem Dritten mit dem Argument widerspricht, der Dritte sei Anhänger einer Sekte, mit der die Kommune keine Geschäfte machen sollte. Trifft diese Behauptung nicht zu und hat der Mandatsträger sie mindestens fahrlässig geäußert, haftet er dem Geschädigten aus § 823 Abs. 1 BGB.

Schließlich kommt als sonstiges Recht noch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht. Hierbei handelt es sich um einen Auffangtatbestand, den die Rechtsprechung zur Schließung von Rechtsschutzlücken im gewerblichen Rechtsschutz entwickelt hat.²⁴⁰ Die Rechtsprechung nimmt eine Verletzung dieses Rechts an, wenn bei der Abwägung zwischen den Rechtsgütern und dem Interesse des Unternehmers an ungestörter Ausübung seines Gewerbes und dem Interesse des Eingreifenden an der Störung des Geschäftsbetriebs das Interesse des Unternehmers das des Eingreifenden überwiegt.²⁴¹ Dabei soll die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs im vollen Umfang

239 Vgl. aus der Rechtsprechung *BGHZ 13, 334* (einem Anwalt wird die Ansicht seines Mandanten als eigene Meinung unterstellt) und *BGHZ 35, 363* (ein Professor wird fälschlicherweise mit der potenzfördernden Wirkung des Ginseng in Verbindung gebracht).

240 *BGHZ 45, 296* (307).

241 *BGHZ 138, 311*.

der schon getroffenen geschäftlichen Dispositionen geschützt werden.²⁴² Geschützt ist damit gegen Eingriffe alles, was den wirtschaftlichen Wert des Unternehmens ausmacht: dessen Bestand, seine Erscheinungsform, der Umfang der ausgeübten Tätigkeiten und der Kundenstamm.²⁴³ Als schädigende Handlungen erkennt die Rechtsprechung nur unmittelbare Eingriffe in den Gewerbebetrieb an.²⁴⁴ Das sind solche Eingriffe, die sich spezifisch gegen die betriebliche Organisation oder die Entscheidungsfreiheit des Unternehmens richten und über eine bloße Belästigung oder sozial übliche Behinderung hinausgehen.²⁴⁵

Solche Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommen vor allem bei Werturteilen über die Qualität von Produkten in Betracht. Zu solchen Fällen kann es im Betriebsausschuss bei Aussprachen über die Auswahl bestimmter zu beschaffender Investitionsgüter kommen. Für die Investitionsentscheidung spielen Qualität, Haltbarkeit, Wartungsbedarf und Funktionalität der in Frage kommenden Produkte eine entscheidende Rolle. Diese Eigenschaften der verschiedenen Produkte sind deshalb regelmäßig Gegenstand der Darstellung, der Bewertung und des Vergleichs in öffentlichen Sitzungen des Betriebsausschusses. Solche Werturteile über Produkte können einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen, wenn ein Werturteil über die Eigenschaften eines Produkts öffentlich bekanntgegeben wird und so negativ ausfällt, dass andere Kunden vom Erwerb dieses Produkts abgehalten werden. Doch sind solche Eingriffe mittels negativer Produktbewertungen nicht schon deshalb rechtswidrig, weil sie zu Absatzrückgängen führen oder führen können. Vielmehr kommt es bei der Abwägung der Interessen darauf an, ob das Interesse der Allgemeinheit an objektiven Informationen höher zu bewerten ist als die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens.²⁴⁶ Im Ergebnis dieser Abwägung ist die Veröffentlichung der Ergebnisse von Produkttests zulässig, wenn die zugrunde liegenden Untersuchungen neutral, sachkundig und sorgfältig durchgeführt wurden und die aus den Untersuchungen abgeleiteten Bewertungen vertretbar sind. Ist eine Bewertung in diesem Sinne fachkundig ausgeführt worden, ist die Veröffentlichung ihrer Ergebnisse durch Bekanntgabe in einer öffentlichen Sitzung auch dann nicht rechtswidrig, wenn ein Produkt so negativ bewertet wird, dass aufgrund dieses Werturteils der weitere Absatz des Produkts erschwert wird. Nur bewusste Fehlwurteile, nicht vertretbare Untersuchungsmethoden oder nicht vertretbare Schlüsse aus den Untersuchungsergebnissen begründen einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Ebenso rechtswidrig sind unrichtige Tatsachenbehauptungen über das Produkt²⁴⁷ und eine unsachliche, das Produkt verunglimpfende Bewertung²⁴⁸.

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Betriebsausschusses haften nach § 823 Abs. 1 BGB nur für schädigende Handlungen, die sie vorsätzlich oder fahrlässig begangen haben. Vorsatz bedeutet Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges. Vorsätzlich handelt also derjenige, der weiß, dass seine Handlung einen rechtswidrigen Erfolg haben kann und diesen auch herbeiführen will. Nicht erforderlich ist dabei, dass der Handelnde den Erfolg wünscht oder beabsichtigt²⁴⁹; es genügt, dass er den Eintritt des Verletzungserfolgs billigend in Kauf nimmt. Ebenso muss sich der Vorsatz nur auf den Verletzungserfolg beziehen, nicht auf den konkret daraus resultierenden Schaden.²⁵⁰

242 *BGH*, NJW 1969, S. 1207.

243 *BGH*, DB 1971, S. 571.

244 *BGHZ* 86, 152.

245 *BGH*, NJW 1985, S. 1620.

246 *BGH*, NJW 1986, S. 981.

247 *BGH*, NJW 1989, S. 1923.

248 *BGHZ* 65, 325.

249 *RGZ* 57, 241.

250 *BGH*, MDR 1955, S. 542.

Fahrlässigkeit ist in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB definiert als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Der dabei anzuwendende Sorgfaltsmaßstab richtet sich nicht nach den individuellen Kenntnissen und Fertigkeiten des Handelnden, sondern ist ein objektiver. Vielmehr wird im Rechtsverkehr vorausgesetzt, dass jeder, der eine bestimmte Handlung vornimmt, auch über das dazu erforderliche Wissen und die dazu erforderlichen Fertigkeiten verfügt. Daher handelt auch fahrlässig, wer nicht über die nötigen Kenntnisse für die Ausübung der Schaden stiftenden Tätigkeit verfügt und infolge dieser Unkenntnis nicht von der rechtswidrigen, Schaden stiftenden Tätigkeit Abstand nimmt.²⁵¹ Zu diesem im Rechtsverkehr vorausgesetzten Kenntnisstand gehören sowohl die Rechtskenntnis als auch das für die Beherrschung einer Tätigkeit nötige fachliche und praktische Wissen. Ebenso kann sich niemand durch persönliche Überlastung vor dem Vorwurf der Fahrlässigkeit schützen.²⁵² In diesem Falle wird vom Rechtsverkehr vorausgesetzt, dass der Überlastete die Schaden stiftende Tätigkeit nicht übernimmt. Auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt ist der Eintritt von Schäden unvermeidbar, wenn sie objektiv nicht vorhersehbar waren. Deshalb ist Fahrlässigkeit ausgeschlossen, wenn bei Anstrengung der erforderlichen Sorgfalt nicht vorhersehbar war, dass aus einer Handlung ein Schaden entstehen kann.²⁵³ Die Rechtsprechung stellt für die Vorhersehbarkeit darauf ab, dass der Eintritt eines Schadens allgemein vorhersehbar war; es kommt nicht darauf an, dass der konkrete Ablauf der Schadensentstehung vorauszusehen war.²⁵⁴ Auch wenn ein Schaden trotz Einhaltung aller notwendigen Schutzvorkehrungen unvermeidbar war, hat der Schädiger nicht fahrlässig gehandelt.²⁵⁵ Schadensverläufe, die völlig außerhalb jeder normalen Erfahrung liegen und deshalb weder vorhersehbar noch vermeidbar sind, begründen damit keine Haftung.

Beruhet der Eintritt des Schadens auf einem Beschluss der Vertretungskörperschaft bzw. des Betriebsausschusses, haften nur diejenigen Mitglieder der Vertretungskörperschaft bzw. des Ausschusses, denen Vorsatz oder Fahrlässigkeit bei der Beschlussfassung zur Last fallen. Daher haften die Mandatsträger nicht, die bei der Beratung des Beschlusssentwurfs auf die mögliche Rechtswidrigkeit des Beschlusses hingewiesen und gegen den von der Mehrheit angenommenen Beschluss gestimmt haben.²⁵⁶

Aus dem Schadensersatzanspruch kann der Geschädigte verlangen, dass der Schädiger den Zustand wiederherstellt, der ohne das schädigende Ereignis bestünde. Dies kann in Form von Wiederherstellung in natura, z.B. durch Reparatur beschädigter Gegenstände, geschehen. Bei den Fällen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann der Geschädigte zur Wiederherstellung eines schadensfreien Zustands den Widerruf der falschen Behauptung verlangen. Ist die Wiederherstellung in natura nicht möglich, wie z.B. bei Gesundheitsschäden, kann der Geschädigte Schadensersatz in Geld verlangen.

In den Fällen, in denen die Mandatsträger Schäden im Zusammenhang mit der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse verursachen, haftet allein die Kommune dem Geschädigten aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG; da dem Geschädigten gegen den Mandatsträger kein Anspruch zusteht, haftet dieser nicht neben der Kommune. In den Fällen der Wahrnehmung kommunaler Aufgaben mit zivilrechtlichen Mitteln besteht die Haftung von Kommune aus §§ 31, 89, 823 BGB neben der individuellen Haftung der einzelnen Mandatsträger aus § 823 BGB. Da die Kommune und die Mandatsträger mithin als Gesamtschuldner haften, kann sich der Geschädigte aussuchen, ob er die Kommune

251 *RGZ* 152, 140 (im Falle des Fehlens des für die Amtsausübung notwendigen Wissens des Bürgermeisters einer kleinen Gemeinde).

252 *BGH*, VersR 1953, S. 338.

253 *BGHZ* 39, 285.

254 *BGHZ* 59, 39.

255 *BGHZ* 39, 285.

256 *VG Meiningen*, Beschluss vom 11.03.2003 - 2 E 228/03.Me -, Abs. 7 (zitiert nach juris).

oder den Mandatsträger auf Schadensersatz in Anspruch nimmt. Die Kommune, wenn sie dem Geschädigten Ersatz geleistet hat, kann Regress bei dem Mandatsträger, der die schädigende Handlung begangen hat, nur dann und nur insoweit nehmen, als das Landesrecht einen solchen Regressanspruch vorsieht.

In Brandenburg enthält die Kommunalverfassung einen ausdrücklichen Regressanspruch. Nach § 25 Abs. 2 BbgKVerf kann die Gemeinde, wenn sie einem Dritten Schadensersatz aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung geleistet hat, Rückgriff bei dem ehrenamtlich Tätigen, der den Schaden verursacht hat, nehmen. Dieser Anspruch besteht jedoch nur, wenn dem ehrenamtlich Tätigen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fallen. Da zu den ehrenamtlich Tätigen auch die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse fallen, können sie vom Regressanspruch betroffen sein. Die rechtlichen Verpflichtungen, aufgrund derer die Kommune einem Dritten Schadensersatz geleistet hat, sind sowohl die Schadensersatzansprüche, die Dritte gegen die Kommune aus § 839 BGB i.V.m. Art 34 GG haben, als auch die, die Dritte gegen die Kommune aus §§ 31, 89, 823 BGB wegen Schäden haben, die von Mitgliedern der Vertretungskörperschaft bzw. eines Ausschusses verursacht wurden. Insofern kommt Regress sowohl für Schäden in Betracht, die Mandatsträger bei der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse verursacht haben, als auch für Schäden, die Mandatsträger bei der Wahrnehmung kommunaler Aufgaben in zivilrechtlicher Rechtsform verursacht haben; dabei ist unerheblich, ob das schädigende Ereignis ein Beschluss von Vertretungskörperschaft bzw. Ausschuss ist oder eine andere Handlung eines Mandatsträgers, wie z.B. die Äußerung eines Mandatsträgers in einer Sitzung, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Dritten verletzt. Allerdings erfasst der Regressanspruch nicht alle Ansprüche, die Dritte gegen die Kommune haben. Vielmehr ist ein Regress nur möglich, wenn der Mandatsträger, der in Regress genommen werden soll, vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Dabei handelt grob fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerwiegender Weise außer Acht lässt. Dies ist der Fall, wenn der Schädiger schon die einfachsten, sich jedermann aufdrängenden Überlegungen zu den möglichen schädigenden Folgen seines Handelns nicht angestellt hat und wenn er das nicht bedacht hat, was jedermann in der gleichen Situation ohne weiteres eingeleuchtet hätte.²⁵⁷ Bei der Beurteilung, ob sich der Schädiger diese Überlegungen in der konkreten Situation aufdrängen mussten, berücksichtigt die Rechtsprechung abweichend von dem sonst geltenden objektiven Sorgfaltsmaßstab auch persönliche Umstände des Schädigers²⁵⁸, wie z.B., dass er kein Fachmann ist²⁵⁹. Ein solches Maß an Pflichtverletzung setzt regelmäßig voraus, dass dem Schädiger die potenzielle Gefährlichkeit seines Handelns bewusst ist.²⁶⁰ Damit setzt der Regressanspruch bei fahrlässig verursachten Schäden eine besonders hohe Stufe der Fahrlässigkeit voraus, für die unterhalb dieser Stufe liegenden Fälle leichter Fahrlässigkeit besteht kein Regressanspruch der Kommune gegen die Mandatsträger, die die schädigende Handlung ausgeführt haben. Die Höhe des Regressanspruchs bemisst sich nach der Höhe des Schadensersatzes, den die Kommune dem Dritten geleistet hat.

Auch in Bayern und Thüringen kann die Kommune Ersatz von einem Mandatsträger verlangen, wenn sie aufgrund einer die Kommune treffenden Schadensersatzpflicht einem Dritten Ersatz für den von einem Mandatsträger verursachten Schaden geleistet hat. In beiden Ländern haben die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse der Kommune den Schaden zu ersetzen, der daraus entsteht, dass sie eine ihnen obliegende Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzen.²⁶¹ Ein solcher Schaden kann der Kommune auch daraus entstehen, dass sie wegen einem von einem Mandatsträger einem Dritten bei der Wahrnehmung einer kommunalen Aufgabe zugefügten Schaden aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG oder §§ 31, 89, 823 BGB Schadensersatz zu leisten hat. Dies ergibt sich für Bayern aus der Auslegung der Vorschrift über die Verjährung des Schadensersatzanspruchs. Letztere enthält eine besondere Bestimmung für den Beginn der Verjährungsfrist für die Fälle, in denen die Kommune einem Dritten aufgrund eines die Kommune verpflichtenden Schadensersatzanspruchs Ersatz für die Schäden geleistet hat, die der Mandatsträger durch sein pflichtwidriges Handeln verursacht hat.²⁶² Auch für Thüringen gilt i.E. nichts anderes, da die Kommune einen Vermögensschaden erleidet, indem sie einem Dritten Ersatz für den vom Mandatsträger verursachten Schaden leisten muss. Der Schaden besteht in der Höhe des Schadensersatzes, den die Kommune dem Dritten geleistet hat, sodass die Kommune im Wege des Schadensersatzes Regress beim Mandatsträger nehmen kann. Der Anspruch der Kommune besteht sowohl für Schäden, die durch einen Beschluss der Vertretungskörperschaft entstehen, als auch für solche, die durch andere Handlungen einzelner Mandatsträger verursacht werden, wie z.B. eine die Schadensersatzpflicht auslösende Erklärung eines Mandatsträgers in einer Sitzung. Wie beim Regressanspruch in Brandenburg ist die Haftung des Mandatsträgers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

257 BGHZ 89, 161; BGH, NJW 1992, S. 3236.

258 BGHZ 119, 149.

259 OLG Hamm, NJW-RR 1993, S. 536.

260 BGH, NJW-RR 1989, S. 991.

261 Art. 20 Abs. 4 BayGO i.V.m. Art. 49 Abs. 1 BayKWBG; § 12 Abs. 3 ThürKO.

262 Art. 49 Abs. 2 BayKWBG; inhaltsgleich: § 25 Abs. 3 BbgKVerf.

Ähnlich wie in Bayern und Brandenburg ist die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen: Auch hier haften die Mitglieder der Vertretungskörperschaft nach § 43 Abs. 4 GO NW für Schäden, die sie der Kommune durch eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten zugefügt haben. Wie in Bayern und Brandenburg werden damit auch Schäden in Form von Schadensersatzleistungen, die die Kommune Dritten wegen der von den Mandatsträgern verursachten Schäden erbringen muss, erfasst; die Mandatsträger haften der Kommune also auf Regress des von ihr geleisteten Schadensersatzes. Auch in Nordrhein-Westfalen ist die Haftung der Mandatsträger auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Im Unterschied zur Rechtslage in Bayern und Brandenburg lösen aber nicht alle schädigenden Handlungen der Mandatsträger die Haftung gegenüber der Kommune aus. Vielmehr besteht ein Anspruch der Kommune dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nach nur dann, wenn der Kommune der Schaden infolge eines Beschlusses der Vertretungskörperschaft entstanden ist. Damit haften Mandatsträger nur dann, wenn dem Dritten der Schaden durch einen Beschluss der Vertretungskörperschaft zugefügt wurde. Für andere Schäden bei Dritten hervorrufoende Handlungen, wie z.B. Äußerungen in der Sitzung, haftet der Mandatsträger der Kommune nicht. Leistet die Kommune einem Dritten Ersatz für einen Schaden, der nicht aufgrund eines Beschlusses entstanden ist, kann sie nicht bei den verantwortlichen Mandatsträgern Regress nehmen.

In den Fällen, in denen die Kommune von einem Dritten aus §§ 31, 89, 823 BGB in Anspruch genommen wird, weil ein Mandatsträger im Zusammenhang mit der Wahrnehmung zivilrechtlicher Angelegenheiten der Kommune einen Schaden verursacht hat, könnte sich in den Ländern, die keine kommunalrechtlichen Regressansprüche normiert haben, ein Regressanspruch der Kommune gegen den Mandatsträger auch aus § 426 Abs. 1 BGB ergeben. Ob diese Vorschrift auf den Ausgleich zwischen Kommune und Mandatsträger anwendbar ist und in welcher Höhe die Kommune Regress verlangen kann, ist bisher von der Rechtsprechung noch nicht geklärt worden. Dass die Rechtsprechung § 426 Abs. 1 BGB auch auf das Verhältnis von Kommune und Mandatsträger für anwendbar halten könnte, ist nach dem Stand der Entscheidungspraxis in anderen, ähnlich gelagerten Fällen jedenfalls nicht auszuschließen. So wurde zwischen mehreren öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG haften, eine nach § 426 Abs. 1 BGB zu beurteilende Verpflichtung zur internen Verteilung des dem Dritten geleisteten Ersatzes angenommen.²⁶³ Es ist wahrscheinlich, dass die Rechtsprechung auch für den Ausgleich zwischen der nach §§ 31, 89, 823 BGB haftenden Kommune und dem nach § 823 BGB für den gleichen Schaden haftenden Mandatsträger ein nach § 426 Abs. 1 BGB zu beurteilendes Ausgleichsverhältnis annehmen wird. Dies hätte Regressansprüche der Kommunen zur Folge, die noch über die in den Kommunalgesetzen normierten hinausgehen: So bestimmt § 426 Abs. 1 BGB, dass Gesamtschuldner, die nebeneinander für einen Schaden verantwortlich sind, im Innenverhältnis die Hälfte der Schadensersatzforderung zu tragen haben. Wenn ein Gesamtschuldner die gesamte Ersatzsumme an den Dritten geleistet hat, kann er von dem anderen Gesamtschuldner die Hälfte dieser Summe als Ausgleich im Innenverhältnis fordern. Dies gilt jedoch nur dann, wenn nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. Für Fälle, in denen Gesamtschuldner für Ersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen wie § 823 BGB verantwortlich sind, bestimmt sich der Ausgleich zwischen den Gesamtschuldnern nach § 254 Abs. 1 BGB.²⁶⁴ Nach dieser Vorschrift richtet sich die Verteilung der Anteile an der Schadensersatzsumme nach dem Anteil der Gesamtschuldner an der Verursachung des Schadens. Hat einer der Gesamtschuldner nur einen geringen Beitrag zur Entstehung des Schadens geleistet, muss er keinen Anteil an der Schadensersatzforderung übernehmen²⁶⁵; der andere Gesamtschuldner kann bei ihm also keinen Regress nehmen, wenn er dem Dritten den vollen Schadensersatz geleistet hat; umgekehrt kann der Gesamtschuldner, der im Innenverhältnis keinen Anteil zu tragen hat, vom anderen Gesamtschuldner Regress in Höhe der gesamten Schadensersatzsumme nehmen, wenn er dem Dritten Ersatz geleistet hat. Dass die Rechtsprechung für die vorliegenden Fälle einen solch geringen Verursachungsbeitrag der Kommune annehmen wird, ist zwar nicht sicher vorauszusagen, liegt aber nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, da allein die Handlung des Mandatsträgers den Schaden hervorgerufen hat. Käme die Rechtsprechung zu diesem Ergebnis, könnte die Kommune vollen Regress beim

263 BGHZ 9, 65.

264 BGHZ 59, 103.

265 Nach *OLG Hamm*, VersR 1971, S. 914 werden Verursachungsbeiträge von weniger als 20% bei der Verteilung der Haftungsquoten nicht berücksichtigt.

Mandatsträger nehmen. Dieser wäre nicht nur auf Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit beschränkt, sondern erfasste auch leicht fahrlässiges Handeln.

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse haben keinen aus ihrem Mandat folgenden Anspruch auf Freistellung von der Haftung, wenn sie von einem Dritten unmittelbar wegen eines Schadens, den der Mandatsträger dem Dritten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer kommunalen Angelegenheit zugefügt hat, in Anspruch genommen werden. Ein solcher Anspruch kann sich nur aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung der Haftungsfreistellung ergeben.

Einen solchen Anspruch auf Haftungsfreistellung haben die Mandatsträger nur in Bayern.²⁶⁶ Der Anspruch ist aber ausgeschlossen, wenn der Mandatsträger den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat, sodass eine Haftungsfreistellung nur dann möglich ist, wenn der Mandatsträger den Schaden des Dritten leicht fahrlässig verursacht hat.

Rechtspolitisch ist die Trennung der Haftung kommunaler Mandatsträger in eine Haftung für Schäden bei der Wahrnehmung kommunaler Angelegenheiten in öffentlich-rechtlicher Rechtsform und in privatrechtlicher Form reformbedürftig. Mit Art. 34 GG ist die Überleitung der Haftung für das Handeln der kommunalen Mandatsträger auf die Kommune und damit die Freistellung der Mandatsträger von eigener Haftung gegenüber dem Geschädigten auf die Haftung für öffentlich-rechtliche Tätigkeiten der Mandatsträger beschränkt worden. Damit sollte nicht nur das Ziel erreicht werden, den durch einen Mandatsträger Geschädigten mit der Kommune einen solventen Schuldner des Schadensersatzanspruchs zu garantieren. Die Freistellung von der Eigenhaftung diene zudem der Sicherung der Entscheidungsbereitschaft der Mandatsträger. Sie sollten frei von Haftungsrisiken entscheiden können, damit wichtige Entscheidungen nicht durch langwierige rechtliche Prüfungen verzögert oder wegen nicht ausräumbarer rechtlicher Zweifel verhindert werden.

Art. 34 GG entstand in einer Zeit, in der die Kommunen in weit geringerem Umfang als heute zur Erfüllung ihrer Aufgaben der Daseinsvorsorge wirtschaftlich tätig waren. Damit lag der Schwerpunkt des Handelns kommunaler Mandatsträger bei Erlass des Grundgesetzes weit überwiegend auf den Gebieten, in denen sich die Kommune zur Erledigung ihrer Aufgaben der Handlungsformen des öffentlichen Rechts bedienten. Im Ergebnis gab es damit nur eine geringe Zahl von Fällen, in denen die Mandatsträger zivilrechtlich tätig wurden und dabei das gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Handeln höhere Haftungsrisiko zu tragen hatten. Die Menge möglicher Fälle der Eigenhaftung der Mandatsträger – und damit der Fälle eingeschränkter Entscheidungsbereitschaft – war daher gering. Seither haben sich die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Lebensbedingungen ebenso geändert wie die Funktion und der Aufgabenzuschnitt der Kommunen.²⁶⁷ Dies hat vor allem zu einer Ausweitung der kommunalen Aufgaben der Daseinsvorsorge geführt, von denen die überwiegende Zahl durch wirtschaftliche, zivilrechtlich organisierte Tätigkeiten der Kommunen erledigt werden. Für die Zukunft könnten weitere, umfangreiche Aufgaben der Daseinsvorsorge hinzu kommen²⁶⁸, die von den Kommunen wiederum in zivilrechtlichen Handlungsformen erledigt werden können. Die Fälle möglicher Eigenhaftung der Mandatsträger haben damit seit Inkrafttreten des Art 34 GG erheblich zugenommen. Das Haftungsrisiko wird mit der weiteren Ausweitung der Aufgaben der Daseinsvorsorge noch weiter zunehmen.

Angesichts dieser zunehmenden Bedeutung zivilrechtlichen Handelns für die kommunale Aufgabenerledigung kommt auch der Sicherung der Entscheidungsbereitschaft der kommunalen Mandatsträger immer größere Wichtigkeit zu. Von daher erscheint eine die Entscheidungsbereitschaft beschränkende Eigenhaftung kommunaler Mandatsträger als Anachronismus. Um den Mandatsträgern

266 Art. 20 Abs. 4 BayGO.

267 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 77 m.w.N.

268 Neutz in Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, S. 77.

für ihr Handeln auf zivilrechtlichem Gebiet das gleiche geringe Haftungsrisiko zu gewährleisten wie für Handeln auf öffentlich-rechtlichem Gebiet sollte die Eigenhaftung der Mandatsträger ausgeschlossen werden. Hierzu könnte § 89 BGB einen neuen Absatz 3 ergänzt werden, durch den die persönliche Haftung der Mitglieder der Organe von Körperschaften des öffentlichen Rechts und der sonstigen satzungsmäßigen Vertreter ausgeschlossen ist, wenn und soweit die Körperschaft nach § 89 Abs. 1 BGB für die von ihnen verursachten Schäden haftet.

Bei dieser Rechtslage könnten die Gesetzgeber der Länder darüber entscheiden, ob und in welchem Umfang sie den Kommunen Regressansprüche gegen die Mandatsträger gewähren. Dabei wäre sinnvoll, den Regress auf vorsätzliche und grob fahrlässige Handlungen der Mandatsträger zu beschränken, um die Entscheidungsbereitschaft der Mandatsträger nicht zu weitgehend einzuschränken. Denn einer Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit, d.h. auch für kleine Nachlässigkeiten, könnten die Mandatsträger nur entgehen, wenn sie jede Angelegenheit, auch solche von untergeordneter Bedeutung, vor einer Entscheidung gründlich tatsächlich und rechtlich prüfen. Dies hätte zum Einen erhebliche und in vielen Fällen den Erfolg einer Maßnahme gefährdende Verzögerungen der Entscheidungsprozesse zur Folge. Zum Anderen wären viele Kommunalpolitiker mit solch intensiven Prüfungen sowohl zeitlich als auch nach ihrer Qualifikation und ihren praktischen Erfahrungen überfordert; die Bereitschaft zu Übernahme kommunaler Wahlämter würde bei zu hohen Haftungsanforderungen empfindlich gemindert.

bbb) Haftung gegenüber der Kommune

In einigen Bundesländern haften die Mitglieder der Vertretungskörperschaften und ihrer Ausschüsse für die Schäden, die der Kommune aus einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verletzung der den Mandatsträgern obliegenden Pflichten entstehen.²⁶⁹

Die grundlegende Pflicht der Mitglieder der Vertretungskörperschaft, deren Verletzung die Haftung gegenüber der Kommune auslösen kann, ist die Pflicht zu rechtmäßigem Handeln und Entscheiden und zur Unterlassung rechtswidriger Schädigungen. Diese ist dann verletzt, wenn ein Mandatsträger einem rechtswidrigen Beschluss der Vertretungskörperschaft zustimmt. Beispiel hierfür sind rechtswidrige Entscheidungen über die öffentliche Vergabe von Aufträgen, bei denen die Vertretungskörperschaft oder der Betriebsausschuss in rechtswidriger Weise nicht dem günstigsten Bieter den Auftrag erteilen. Ebenso ist die Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten verletzt, wenn die Vertretungskörperschaft oder der Betriebsausschuss Geldleistungen aus dem Haushalt bewilligen, ohne dass sich hierfür in der Haushaltssatzung ein entsprechender Haushaltsansatz findet oder dass die Vertretungskörperschaft zugleich mit der Auszahlungsbewilligung die notwendigen Haushaltsmittel bereitstellt.²⁷⁰ Rechtswidrig ist auch die Bewilligung von Haushaltsmitteln für Zuwendungen an Dritte, wenn die Kommune keine rechtliche Pflicht zu dieser Leistung trifft. Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn der Empfänger der Leistung zwar einen Anspruch auf die Leistung aus einem Vertrag mit der Kommune hat, seine dafür erforderliche Gegenleistung aber nicht erbracht hat. Schließlich gehört zur Pflicht zu rechtmäßigem Handeln auch, dass die Mandatsträger so handeln, dass die Gemeinde die ihr Dritten gegenüber obliegenden Pflichten nicht verletzt. Solche Pflichten sind vor allem die Verkehrssicherungspflichten. Diese verpflichten die Kommune dazu, kommunale Straßen und Wege in einem Zustand zu erhalten, durch den Verkehrsteilnehmer und Fahrzeuge nicht geschädigt werden. Auch hat die Kommune Gebäude, zu denen sie der Öffentlichkeit Zugang gestattet, in einem Zustand zu erhalten, der eine Verletzung von Besuchern ausschließt. Bewilligt die Vertretungskörperschaft oder der Betriebsausschuss die für die Erhaltung des Gebäudes notwendigen Haushaltsmittel nicht oder stimmt sie einer baulichen Gestaltung von Gebäuden zu, die eine Gefahr

269 Art. 20 Abs. 4 BayGO i.V.m. Art. 49 Abs. 1 BayKWBG; § 25 Abs. 1 BbgKVerf; § 43 Abs. 4 Buchst. a) GO NW; § 12 Abs. 3 ThürKO.

270 So ausdrücklich geregelt in § 43 Abs. 4 Buchst. c) GO NW.

für die Gesundheit von Besuchern hervorruft, wie z.B. bei der Zustimmung zu einem zu glatten Bodenbelag, der beim Eintrag von Regennässe zum Ausrutschen von Besuchern führt, ist die Pflicht der Mandatsträger zu rechtmäßigem Handeln verletzt.

In Nordrhein-Westfalen haften zudem diejenigen Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die trotz eines Mitwirkungsverbots an einer Entscheidung mitgewirkt haben, obwohl sie die Gründe für das Mitwirkungsverbot kannten, für die Schäden, die der Kommune aus ihrer fehlerhaften Mitwirkung entstehen.²⁷¹

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses sind auch dazu verpflichtet, ihre Aufsicht über die Betriebsleitung so wahrzunehmen, dass der Kommune keine wirtschaftlichen Schäden entstehen. Ein Verstoß hiergegen liegt vor, wenn die Mandatsträger ihrer Aufsichtsfunktion gar nicht oder nicht mit der erforderlichen Gründlichkeit nachkommen und dadurch Maßnahmen der Betriebsleitung, die zu wirtschaftlichen Schäden der Kommune führen, nicht verhindern. Ebenso wird die Aufsichtspflicht dadurch verletzt, dass die Mitglieder der Vertretungskörperschaft oder des Betriebsausschusses finanziellen Aufwendungen, Wirtschaftsplänen oder Verträgen zustimmen, die für die Kommune zu finanziellen Schäden führen.

Bei vorstehenden Beispielen handelt es sich fast ausschließlich um Pflichtverletzungen, die in Form von Beschlüssen der Vertretungskörperschaft bzw. des Betriebsausschusses begangen wurden. Jedoch ist die Ersatzpflicht nicht hierauf beschränkt. Sie umfasst vielmehr auch alle sonstigen pflichtwidrigen Handlungen. Beispielsweise darf der Mandatsträger keine Sachen beschädigen, zerstören, entwenden oder unterschlagen, die ihm zur Ausübung seines Mandats von der Kommune überlassen wurden oder die sich in den Sitzungs- und Fraktionsräumen befinden. Denn auch durch solche Handlungen, z.B. durch Beschädigung von Möbeln in Fraktionsräumen oder das Entwenden von Geräten, die im Eigentum der Kommune stehen, verletzt der Mandatsträger die Rechtsgüter der Kommune.

Eine weitere Pflicht, deren Verletzung nicht mittels eines Beschlusses der Vertretungskörperschaft oder ihrer Ausschüsse begangen wird und einen Schadensersatzanspruch der Kommune gegen ein Mitglied der Vertretungskörperschaft auslösen kann, ist die Verschwiegenheitspflicht. Offenbart ein Mitglied der Vertretungskörperschaft bzw. eines Ausschusses eine Information, zu deren Geheimhaltung es verpflichtet ist, gegenüber Dritten, hat es der Kommune den Schaden zu ersetzen, der der Kommune aus der Weitergabe der Informationen entsteht. Gibt ein Mitglied der Vertretungskörperschaft z.B. Informationen über den geplanten Erwerb von Grundstücken durch die Kommune, die in nichtöffentlicher Sitzung behandelt wurden, an Dritte weiter, verstößt er gegen seine Pflicht zur Verschwiegenheit. Nutzt die Dritten die Informationen dazu, das Grundstück zu erwerben und der Kommune zu einem höheren Preis zu verkaufen als dem, den der ursprüngliche Eigentümer von der Kommune gefordert hätte, entsteht der Kommune aus der Pflichtverletzung des Mitglieds der Vertretungskörperschaft ein Schaden in Höhe der Differenz zwischen dem Preis, den der ursprüngliche Eigentümer von der Kommune verlangt hätte und dem, der den Dritten bezahlt wurde. Handelt das Mitglied der Vertretungskörperschaft beim Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig, hat es der Kommune den Schaden zu ersetzen.

Anders ist die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen. Nach § 43 Abs. 4 GO NW müssen die Mandatsträger nur die Schäden ersetzen, die der Kommune infolge eines Beschlusses der Vertretungskörperschaft entstehen. Eine Haftung für Schäden, die aus sonstigen rechtswidrigen Handlungen der Mandatsträger entstehen, ist damit ausgeschlossen.

Der Mandatsträger haftet für die Schäden, die aus vorstehend dargestellten Pflichtverletzungen resultieren. Zu diesen Schäden gehören zunächst diejenigen, die die Kommune selbst an ihren Rechtsgütern erleidet. In vorstehenden Beispielen sind dies die Schäden oder Verluste von der Kommune

271 § 43 Abs. 4 Buchst. b) GO NW.

gehörenden Gegenständen und die Vermögensverluste, die die Kommune wegen der rechtswidrigen Bewilligung von Geldleistungen erleidet. Ein Schaden der Kommune liegt aber auch dann vor, wenn die Pflichtverletzung des Mandatsträgers einem Dritten einen Schaden zugefügt hat und die Kommune dem Dritten aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung Ersatz für den Schaden geleistet hat.²⁷² Damit liegt im vorstehenden Beispiel der rechtswidrigen Auftragsvergabe ein Schaden der Kommune vor, wenn sie demjenigen, dem der Auftrag nicht erteilt wurde, den Schaden ersetzen musste, den er durch das Ausbleiben des ihm zustehenden Auftrags erlitten hat. Muss die Kommune einem Geschädigten Ersatz für Schäden leisten, die aus einem Verstoß der Mandatsträger gegen Verkehrssicherungspflichten resultieren, liegt der Schaden gleichfalls in dem von der Kommune für den Schadensersatz aufgewendeten Vermögen.

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses haften nur für vorsätzliche und grob fahrlässige Pflichtverletzungen. Eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit besteht gegenüber der Kommune nicht. Zur Erläuterung der Begriffe Vorsatz, grobe und leichte Fahrlässigkeit kann auf das oben Gesagte verwiesen werden.²⁷³ Für rechtswidrige Beschlüsse der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses muss nur derjenige Mandatsträger haften, der dem Beschluss zugestimmt hat. Denn derjenige, der in der Beratung und durch Ablehnung des Beschlusses in der Abstimmung versucht hat, den rechtswidrigen Beschluss zu verhindern, hat weder vorsätzlich noch fahrlässig seine Pflicht zu rechtmäßigem Handeln verletzt²⁷⁴, sondern vielmehr versucht, ein rechtswidriges Handeln der übrigen Mandatsträger zu verhindern.

c) Notwendige Qualifikation der Mitglieder des Betriebsausschusses

Rechtliche Vorschriften, die von den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses eine bestimmte Qualifikation verlangen, existieren nicht. Jedoch sollten die kommunalen Mandatsträger aus zwei Gründen über bestimmte grundlegende Kenntnisse verfügen: Zum Einen sollten sie über die Grundkenntnisse verfügen, die sie benötigen, um ihre Aufgaben und Rechte bei der demokratischen Steuerung und Überwachung des Eigenbetriebs effektiv ausüben zu können. Zum Anderen benötigen sie schon aus eigenem Interesse an der Vermeidung einer Haftung auf Schadensersatz diejenigen Kenntnisse, derer sie zur Beurteilung möglicher Haftungsrisiken bedürfen.

Das beinhaltet Kenntnisse über die sich aus den Gesetzen und den kommunalen Satzungen ergebenden Aufgaben und Befugnisse der einzelnen kommunalen Organe bei der Leitung und Beaufsichtigung des Eigenbetriebs. Diese sind erforderlich, um alle Befugnisse bei der Leitung und Kontrolle des Eigenbetriebs einsetzen zu können. Auch sollten alle Mandatsträger über grundlegende Kenntnisse ihrer sich aus dem Mandat ergebenden Rechte haben, um diese in möglichst vollem Umfang bei der Kontrolle des Eigenbetriebs ausüben zu können.

Weiterhin ist zur effektiven Überwachung des Eigenbetriebs erforderlich, dass die Mitglieder des Betriebsausschusses über diejenigen Kenntnisse verfügen, mit denen sie die ihnen von der Betriebsleitung und dem Hauptverwaltungsbeamten vorgelegten Berichte ohne fremde Hilfe verstehen und inhaltlich beurteilen zu können. Das erfordert Kenntnisse über die ordnungsgemäße Führung kommunaler Unternehmen, um die Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit betrieblicher Entscheidungen abschätzen zu können. Ohne dieses Wissen scheitert eine effektive Kontrolle der Betriebsleitung daran, dass die Mandatsträger nicht dazu in der Lage sind, mögliche Abweichungen von Beschlüssen des Betriebsausschusses und der Vertretungskörperschaft sowie wirtschaftliche und rechtliche Risiken zu erkennen. Ebenso erforderlich ist, dass die Mandatsträger die

272 Vgl. zur Begründung oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

273 Vgl. oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

274 VG *Meiningen*, Beschluss vom 11.03.2003 - 2 E 228/03.Me -, Abs. 7 (zitiert nach juris).

Wirtschaftspläne und Jahresabschlüsse des Eigenbetriebs wenigstens so weit verstehen können, dass ihnen mögliche Fehler und wirtschaftliche Fehlentwicklungen auffallen.

Zur weiteren Verifikation, ob Fehler der Betriebsleitung, unrichtige Angaben im Jahresabschluss oder wirtschaftliche Fehlentwicklungen tatsächlich vorliegen, können dann Sachkundige hinzugezogen werden. Dabei sollte es sich um Wirtschaftsprüfer oder Anwälte handeln, die einer beruflichen Schweigepflicht unterliegen. Sofern im Haushalt der Kommune für solche Beratungen keine Mittel eingestellt sind, sollten hierfür Fraktionsmittel eingeplant werden.

Zur Vermeidung von Haftungsrisiken sollten die Mandatsträger die Grundzüge ihrer Rechte und Pflichten kennen. Hierzu gehören vor allem Grundkenntnisse über die ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten, damit die Mandatsträger diese nicht unbewusst – und damit fahrlässig – verletzen.

Besonders diejenigen Mandatsträger, die erstmals in die Vertretungskörperschaft oder den Betriebsausschuss gewählt werden, verfügen häufig kaum über alle diese Grundkenntnisse. Um diese möglichst schnell zu erwerben, sollten neu in den Betriebsausschuss Gewählte sofort nach der Wahl Fortbildungsveranstaltungen besuchen. Sofern diese nicht durch die Kommune angeboten werden²⁷⁵, sollten die Mandatsträger nach Angeboten des Städte- und Gemeindebunds oder des Deutschen Städtetags suchen. Wenn auch von dieser Seite keine Angebote vorliegen, sollten die Fraktionen eigene Fortbildungsveranstaltungen organisieren.

d) Besonderheiten bei Eigenbetrieben von Zweckverbänden

Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die als Vertreter ihrer Kommune in der Verbandsversammlung oder dem Betriebsausschuss eines Zweckverbands tätig sind, unterliegen bei ihrer Tätigkeit im Zweckverband – anders als bei ihrer Tätigkeit in den Gremien der Kommune – in fast allen Ländern einem Weisungsrecht der Kommune.²⁷⁶

In Rheinland-Pfalz kann die Verbandsordnung von Zweckverbänden, deren Mitglieder nur Kommunen sind und die Träger einer Einrichtung mit Anschluss- und Benutzungszwang sind, vorsehen, dass die Vertreter der Kommunen nicht weisungsgebunden sind.²⁷⁷

Das Weisungsrecht erstreckt sich nach den meisten Landesgesetzen auf alle Angelegenheiten, die in den Verbandsorganen behandelt werden.

Nur in Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein ist das Weisungsrecht auf folgende Angelegenheit beschränkt: Wahl der Verbandsorgane und Bestellung des Verbandsvorstands, Änderung der Verbandssatzung, Beratung des Jahresabschlusses und Festsetzung der Verbandsumlage. In Mecklenburg-Vorpommern kommt noch der Zusammenschluss mit anderen Zweckverbänden hinzu.²⁷⁸

Während in einigen Ländern das Weisungsrecht darauf beschränkt ist, den Vertretern der Kommune ein bestimmtes Abstimmungsverhalten vorzuschreiben²⁷⁹, gilt das Weisungsrecht in den übrigen Ländern für alle Tätigkeiten des Vertreters in den Organen des Zweckverbands. Die Kommune kann ihren Vertretern damit auch Weisungen erteilen, das Frage- und Rederecht in einer bestimmten Weise auszuüben. Ebenso sind Anweisungen zulässig, die den Vertreter dazu verpflichten, bestimmte Anträge zu stellen oder zu unterlassen.

275 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) a) gg).

276 § 13 Abs. 5 GKZ BW; § 15 Abs. 4 BbgGKG; § 156 Abs. 7 KV M-V; § 8 Abs. 2 KomZG RP; § 13 Abs. 3 SaarlKGG i.V.m. § 114 Abs. 4 SaarlKSVG; § 52 Abs. 4 SächsKomZG; § 11 Abs. 3 GKG LSA; § 9 Abs. 6 GkZ SH; § 30 Abs. 2 ThürKGG.

277 § 8 Abs. 3 KomZG RP.

278 § 156 Abs. 7 KV M-V; § 9 Abs. 6 GkZ SH.

279 § 30 Abs. 3 ThürKGG.

Welches Organ der Kommune für die Erteilung der Weisungen zuständig ist, richtet sich nach der durch Gesetz und Satzung geregelten Verteilung der Kompetenzen auf die Organe der Kommune.²⁸⁰ Bei den Angelegenheiten, die in der Verbandsversammlung und dem Betriebsausschuss des Zweckverbands behandelt werden, handelt es sich meist nicht um Geschäfte der laufenden Verwaltung des Zweckverbands, da diese vom Vorstand in eigener Verantwortung erledigt werden. Damit handelt er sich bei den Weisungen auch nicht um Geschäfte der laufenden Verwaltung der Kommune; das Weisungsrecht ist damit nicht vom Hauptverwaltungsbeamten, sondern von der Vertretungskörperschaft oder – sofern ihm die Angelegenheit übertragen wurde – einem beschließenden Ausschuss auszuüben.

In den Ländern, die ein Weisungsrecht der Kommune nicht ausdrücklich gesetzlich vorsehen, wird die Frage des Bestehens eines Weisungsrechts unterschiedlich beantwortet.

Unter diesen Ländern ist nur die Rechtsprechung in Hessen der Ansicht, dass aus dem Fehlen eines ausdrücklichen Weisungsrechts im Gesetz zu schließen ist, dass ein solches Weisungsrecht nicht bestehe.²⁸¹ In den anderen Ländern, wie z.B. in Niedersachsen, die kein ausdrückliches Weisungsrecht normiert haben, geht die Verwaltungspraxis offenbar vom Bestehen eines Weisungsrechts aus. So werden in diesen Ländern immer wieder Weisungen erteilt, ohne dass bisher das Recht der Kommunen, solche Weisungen zu erteilen, von den Vertretern in Zweifel gezogen wurde; entsprechende gerichtliche Auseinandersetzungen oder aufsichtsbehördliche Maßnahmen jedenfalls gab es bislang nicht. Juristisch lässt sich diese Annahme eines Weisungsrechts auch ohne besondere gesetzliche Erwähnung aus der Rechtsstellung des Vertreters ableiten: Dieser wird im Zweckverband – anders als in den Gremien der Kommune – nicht in Ausübung seines freien Mandats, sondern als von der Kommune Bevollmächtigter zur Wahrnehmung der Rechte und Interessen der Kommune tätig. Da die Entscheidungsbefugnis über ihre Rechte und Interessen aber allein der Kommune und nicht dem Vertreter zusteht, hat die Kommune gegenüber dem Vertreter ein Weisungsrecht, damit letzterer bei der Wahrnehmung der Vertretung nicht den Interessen der Kommune entgegen handelt.

II) Das Kommunalunternehmen in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts

In Bayern, Brandenburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein steht den Kommunen für ihre Unternehmen noch neben dem Eigenbetrieb noch eine weitere Rechtsform zur Verfügung: Kommunalunternehmen können auch als Anstalt des öffentlichen Rechts gegründet und betrieben werden.

1.) Rechtsform, Anstaltsträgerschaft und Rechtsverhältnisse der Anstalt

a) Eigene Rechtspersönlichkeit der Anstalt

Gegenüber der Kommune ist die Anstalt des öffentlichen Rechts noch weiter verselbständigt als der Eigenbetrieb. Sie verfügt nicht nur wie der Eigenbetrieb über eigenes Personal und eigene Sachmittel. Sie verfügt zudem über ein Stammkapital und sie hat anders als der Eigenbetrieb eine eigene, von der der Kommune verschiedene Rechtspersönlichkeit. Anders als der Eigenbetrieb kann die Anstalt damit selbst Eigentum und andere Rechte erwerben und veräußern sowie im eigenen Namen Rechtsgeschäfte schließen. Und sie kann in gerichtlichen Verfahren selbst als Partei auftreten.²⁸²

b) Anstaltsträgerschaft

Das Rechtsverhältnis zwischen der Kommune und der von ihr gegründeten Anstalt wird als Anstaltsträgerschaft bezeichnet. Aus ihr folgt das Recht der Kommune, über den Verwaltungsrat der Anstalt Einfluss auf die Aufgabenerfüllung durch die Anstalt auszuüben. Die Anstaltsträgerschaft

280 Vgl. zu dieser Kompetenzverteilung oben unter B) I) 2.).

281 VG Kassel, Beschluss vom 04.08.1983 - III/3 G 1054/83 – (zitiert nach juris).

282 Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 139.

beinhaltet zudem für die Kommune zwei Pflichten: Sie muss die Anstaltslasten tragen und unterliegt der Gewährträgerhaftung.²⁸³

Die Anstaltslast zu tragen bedeutet für die Kommune, dass sie der Anstalt gegenüber verpflichtet ist, die Existenz der letzteren zu sichern und sicherzustellen, dass die Anstalt ihre Aufgaben erfüllen kann²⁸⁴. Hierzu muss die Kommune in einigen Ländern der Anstalt ein angemessenes Stammkapital zur Verfügung stellen²⁸⁵, wobei angemessen bedeutet, dass die Anstalt dazu in der Lage sein muss, die für die Erledigung ihrer Aufgaben erforderlichen Ressourcen aufbauen und vorhalten zu können.

Eine Abkehr von diesem traditionellen Verständnis der Anstaltslast haben Niedersachsen und Schleswig-Holstein für Kommunalunternehmen vollzogen. In diesen Ländern bedeutet Anstaltslast die Verpflichtung der Kommune, das Kommunalunternehmen bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen, mit der Maßgabe, dass ein Anspruch des Unternehmens gegen die Gemeinde oder eine andere Rechtspflicht der Gemeinde, dem Kommunalunternehmen Mittel zur Verfügung zu stellen, nicht besteht.²⁸⁶ Damit ist ein Anspruch des Unternehmens gegen die Trägerkommune auf ein angemessenes Stammkapital in diesen Ländern ausgeschlossen.

Die Gewährträgerhaftung verpflichtet die Kommune dazu, Dritten gegenüber für Verbindlichkeiten der Anstalt zu haften, soweit der Dritte seine Forderung nicht aus dem Vermögen der Anstalt befriedigen kann.²⁸⁷ Diese Haftung ist der eines Bürgen vergleichbar, der vom Gläubiger erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Schuldner seiner Zahlungspflicht nicht nachkommen kann.

Auch bei der Gewährträgerhaftung wenden sich Niedersachsen und Schleswig-Holstein vom traditionellen Verständnis des Anstaltsrechts ab und schließen kraft Gesetzes die Haftung der Kommune für Verbindlichkeiten des Kommunalunternehmens ausdrücklich aus.²⁸⁸

Mit der Einschränkung der Anstaltslast und dem Ausschluss der Gewährträgerhaftung wollen Niedersachsen und Schleswig-Holstein Zahlungspflichten der Kommunen an ihre Unternehmen verhindern, die gegen das Verbot staatlicher Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen, aus Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoßen. Eine Beihilfe ist eine aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung für Unternehmen. Für die Anstaltslast der Kommunen gegenüber den Sparkassen hat die EG-Kommission die Ansicht vertreten, dass sie eine Beihilfe darstellt, die den Wettbewerb verfälscht und deshalb nach Art. 107 Abs. 1 AEUV verboten ist.²⁸⁹ Diese Ansicht ist insoweit zutreffend, als die Sparkassen auf den Finanzmärkten immer in Konkurrenz zu privatrechtlichen Unternehmen stehen, die ihren Gläubigern allein haften. Der Wettbewerb zu diesen Konkurrenten ist verfälscht, da die Sparkassen wegen ihrer durch den Gewährträger garantierten Bonität einen von privaten Konkurrenten nicht auszugleichenden Wettbewerbsvorteil haben. Diese Argumentation lässt sich nicht ohne Weiteres auf Kommunalunternehmen, die auf anderen Geschäftsfeldern tätig sind, übertragen. So enthält Art. 106 Abs. 2 AEUV eine Ausnahme vom Beihilfeverbot, nach der Beihilfen an Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, unter bestimmten Bedingungen zulässig sind.²⁹⁰ Unter Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse verstehen die EG-Organe Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und deshalb von

283 *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 139.

284 So ausdrücklich geregelt in § 4 Abs. 1 AnstG LSA.

285 § 9 BayKUV; § 9 KUV NW; § 29 EigBetrAnVO RP; § 4 AnstG LSA.

286 § 144 Abs. 1 NKomVG; § 106a Abs. 4 GO SH.

287 Art. 89 Abs. 4 BayGO; § 94 Abs. 5 BbgKVerf; § 114a Abs. 5 GO NW; § 86a Abs. 4 GemO RP; § 4 Abs. 1 AnstG LSA.

288 § 144 Abs. 2 NKomVG; § 9 KUVO SH.

289 *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 140 f.

290 Vgl. zu den Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV *Ehlers* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 24 f.

den Mitgliedsstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden.²⁹¹ Damit ist der europarechtliche Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zwar nicht völlig deckungsgleich mit den Begriff der Daseinsvorsorge des deutschen Rechts. Aber viele Leistungen der Daseinsvorsorge, die von Kommunalunternehmen erbracht werden, unterfallen dem europarechtlichen Begriff und damit der Ausnahme vom Beihilfeverbot. Daraus folgt, dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Kommunalunternehmen, die vom Beihilfeverbot ausgenommene Tätigkeiten ausüben, europarechtlich zulässig sind. Daher ist der vollständige Ausschluss von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für alle Kommunalunternehmen europarechtlich nicht zwingend erforderlich.

Von daher ist rechtspolitisch zu überlegen, ob in Niedersachsen und Schleswig-Holstein Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Kommunalunternehmen, die Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, wieder eingeführt werden sollte. Dies erscheint angezeigt, weil die Versorgung der Bevölkerung mit Gütern der Daseinsvorsorge zu sozial angemessenen Tarifen in vielen Fällen zu nicht kostendeckenden Einnahmen der Kommunalunternehmen führt. Für diese Verluste sollte ein Ausgleich durch die Kommunen stattfinden, da die Kommunalunternehmen das defizitäre Angebot im Interesse der Kommunen erbringen.

Anstaltsträger ist die Kommune, die das Kommunalunternehmen errichtet hat. In einigen Ländern ist es zulässig, dass mehrere Kommunen ein gemeinsames Kommunalunternehmen in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts errichten.²⁹² In diesem Fall sind alle Kommunen gemeinsam Träger der Anstalt und haften als Gesamtschuldner für die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung.²⁹³ Schließlich können auch Zweckverbände Kommunalunternehmen in der Rechtsform der Anstalt errichten, da auf sie die für Kommunen geltenden Bestimmungen des kommunalen Wirtschaftsrechts – und damit auch die Vorschriften zur Gründung von Kommunalunternehmen – entsprechend anwendbar sind.²⁹⁴

c) Aufgaben und Befugnisse von Kommunalunternehmen und Trägerkommune

Die Trägerkommune erlässt zur Regelung der Rechtsverhältnisse des Kommunalunternehmens eine Unternehmenssatzung (in Brandenburg: Anstaltssatzung).²⁹⁵ Die Kompetenz zum Erlass und zur Änderung der Unternehmenssatzung verbleibt bei Kommunalunternehmen, die nur eine Trägerkommune haben, auch nachdem das Kommunalunternehmen als eigene Rechtspersönlichkeit entstanden ist, bei den Organen der Trägerkommune und geht nicht auf die Organe des Kommunalunternehmens über.²⁹⁶ Damit kann die Trägerkommune Aufgaben und Befugnisse des Kommunalunternehmens jederzeit ändern und behält auf diesem Wege den zur Erfüllung ihrer aus dem Demokratieprinzip folgenden Ingerenzpflicht notwendigen Einfluss auf das Kommunalunternehmen.

Für gemeinsame Kommunalunternehmen, die mehrere Trägerkommunen haben, haben die Länder die Befugnis zur Änderung der Unternehmenssatzung unterschiedlich geregelt.

In Nordrhein-Westfalen bleiben auch bei gemeinsamen Kommunalunternehmen die Organe der Trägerkommunen für die Änderung der Unternehmenssatzung zuständig.²⁹⁷ In Niedersachsen muss die Zuständigkeit zur Änderung der Un-

291 *EG-Kommission*, ABl. EG 1996 Nr. C 281/3.

292 Art. 49 Abs. 1 BayKomZG; § 3 Abs. 1 NKomZG; § 27 Abs. 1 GKG NW; § 14a Abs. 1 KomZG RP; §§ 19b, 19c Abs. 1 GkZ SH.

293 *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, *Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen*, S. 160.

294 *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, *Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen*, S. 140.

295 Art. 89 Abs. 3 BayGO; § 94 Abs. 2 BbgKVerf; § 142 NKomVG; § 114a Abs. 2 GO NW; § 86a Abs. 2 GemO RP; § 2 AnstG LSA; § 106a Abs. 2 GO SH.

296 *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, *Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen*, S. 146.

297 § 27 Abs. 6 GKG NW.

ternehmenssatzung in der Unternehmenssatzung geregelt werden.²⁹⁸ In Bayern, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein haben die Landesgesetzgeber die Zuständigkeit für die Änderung der Unternehmenssatzung des gemeinsamen Kommunalunternehmens dem Verwaltungsrat des Kommunalunternehmens zugewiesen; für die Änderung folgender Inhalte der Unternehmenssatzung bedarf der Verwaltungsrat jedoch der Zustimmung aller Trägerkommunen: die Änderung der Aufgabe des gemeinsamen Kommunalunternehmens, der Beitritt zur Trägerschaft und der Austritt, die Erhöhung des Stammkapitals, die Verschmelzung und die Aufhebung des gemeinsamen Kommunalunternehmens.²⁹⁹ Durch letzteren Zustimmungsvorbehalt behalten die Trägerkommunen bei grundlegenden Satzungsänderungen Einfluss auf die Entscheidungen des gemeinsamen Kommunalunternehmens und können über diesen Einfluss ihrer aus dem Demokratieprinzip folgenden Ingerenzpflicht nachkommen.

Die Trägerkommune kann dem Kommunalunternehmen durch die Unternehmenssatzung eine oder alle mit dem Unternehmenszweck zusammenhängende Aufgaben übertragen. Die Kommune kann die einzelnen Aufgaben in vollem Umfang oder nur teilweise auf das Kommunalunternehmen übertragen.³⁰⁰ Da diese Befugnis durch die Landesgesetzgeber nicht eingeschränkt wurde, kann dem Kommunalunternehmen jede Aufgabe, die die Trägerkommune freiwillig oder aufgrund gesetzlicher Verpflichtung erfüllt, übertragen werden.³⁰¹ Mit der Aufgabe kann die Trägerkommune dem Kommunalunternehmen auch die Befugnisse übertragen, die zur Erledigung der Aufgabe erforderlich sind. Das umfasst die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten, wie z.B. Gebührenbescheiden, und deren Vollstreckung. Ebenso kann die Trägerkommune dem Kommunalunternehmen in der Unternehmenssatzung die Befugnis übertragen, Satzungen für die übertragenen Aufgaben zu erlassen.³⁰² Macht die Kommune hiervon keinen Gebrauch, erlässt sie die Satzungen, z.B. Gebührensatzungen, selbst und kann das Unternehmen dazu ermächtigen, die Satzungsregelungen, z.B. durch den Erlass von Gebührenbescheiden, durchzusetzen.

Mit dem Umfang der dem Kommunalunternehmen übertragenen Aufgaben und Befugnisse entscheidet die Kommune zugleich über das Maß an demokratischer Steuerung und Kontrolle, das die Organe der Kommune über das Kommunalunternehmen ausüben können. Je mehr Entscheidungsbefugnisse bei der Kommune verbleiben, desto größer ist der Einfluss der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune auf die Tätigkeit des Kommunalunternehmens. Bei Befugnissen, die auf das Unternehmen übertragen wurden, reduzieren sich die Einflussmöglichkeiten auf die nachfolgend dargestellten Zustimmungsvorbehalte und Weisungsrechte gegenüber dem Verwaltungsrat des Unternehmens sowie auf den Einfluss, den die Vertretungskörperschaft durch die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats auf dessen Tätigkeit ausüben kann. Je größer die Bedeutung der dem Kommunalunternehmen übertragenen Aufgaben für die Trägerkommune und für die Befriedigung der Bedürfnisse der Einwohnerschaft ist und je mehr das Kommunalunternehmen bei der Erfüllung seiner Aufgaben in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen kann, desto mehr Entscheidungsrechte sollte sich die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune vorbehalten, um die wegen ihrer Ingerenzpflicht notwendige, intensive demokratische Kontrolle des Unternehmens gewährleisten zu können.

Mit Zustimmungsvorbehalten und Weisungsrechten haben die Landesgesetzgeber den Trägerkommunen bzw. deren Vertretungskörperschaften Instrumente zur Steuerung des Kommunalunternehmens an die Hand gegeben, durch die sie den nach dem Demokratieprinzip notwendigen Einfluss der Kommune auf das Unternehmen ausüben können. Im Einzelnen unterscheidet sich die Rechtslage in den einzelnen Ländern.

298 § 3 Abs. 3 NKomZG.

299 Art. 50 Abs. 6 BayKomZG; § 14b Abs. 5 KomZG RP; § 19d Abs. 4 GkZ SH.

300 Art. 89 Abs. 2 BayGO; § 94 Abs. 4 BbgKVerf; § 143 Abs. 1 NKomVG; § 114a Abs. 3 GO NW; § 86a Abs. 3 GemO RP; § 3 AnstG LSA; § 106a Abs. 3 GO SH.

301 *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 147.

302 Art. 89 Abs. 2 BayGO; § 94 Abs. 4 BbgKVerf; § 143 Abs. 1 NKomVG; § 114a Abs. 3 GO NW; § 86a Abs. 3 GemO RP; § 3 AnstG LSA; § 106a Abs. 3 GO SH.

In Bayern und Sachsen-Anhalt hat die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune ein Weisungsrecht gegenüber den Mitgliedern des Verwaltungsrats des Kommunalunternehmens beim Erlass von Satzungen und Verordnungen durch den Verwaltungsrat; zudem kann die Unternehmenssatzung Weisungsrechte auch in anderen Angelegenheiten vorsehen.³⁰³ Die entsprechende Satzungsbestimmung muss die Angelegenheiten, für die das Weisungsrecht bestehen soll, aufzählen. Das Weisungsrecht besteht nur gegenüber dem Verwaltungsrat, nicht aber gegenüber dem Vorstand des Kommunalunternehmens.³⁰⁴

In Brandenburg besteht das Weisungsrecht der Vertretungskörperschaft gegenüber dem Verwaltungsrat beim Erlass von Satzungen und bei der Beteiligung der Anstalt an anderen Unternehmen. Die Anstaltssatzung kann vorsehen, dass die Vertretungskörperschaft bei weiteren Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung den Mitgliedern des Verwaltungsrats Richtlinien und Weisungen erteilen kann.³⁰⁵ Weisungen sind solche Willenserklärungen, die den Mitgliedern des Verwaltungsrats ein genau bestimmtes Verhalten – im Falle der Abstimmung über eine Satzung: ein bestimmtes Abstimmungsverhalten – vorschreiben. Richtlinien geben kein genau bestimmtes Verhalten vor, sondern enthalten lediglich verbindliche Entscheidungsvorgaben, anhand derer die Mitglieder des Verwaltungsrats selbst über ihr Verhalten im Verwaltungsrat entscheiden müssen. Weisungen und Richtlinien unterscheiden sich damit nicht hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit, sondern nur hinsichtlich der Bestimmtheit der in ihnen enthaltenen Verhaltensanweisungen.

In Schleswig-Holstein bedürfen Entscheidungen des Verwaltungsrats des Kommunalunternehmens über den Erlass von Satzungen und die Beteiligung an anderen Unternehmen der Zustimmung der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune. Zudem kann die Unternehmenssatzung vorsehen, dass Entscheidungen des Vorstands und des Verwaltungsrats des Kommunalunternehmens, die grundsätzliche Bedeutung haben, der Zustimmung der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune bedürfen.³⁰⁶

Der Verwaltungsrat bedarf in Niedersachsen für Entscheidungen über den Erlass von Satzungen und die Beteiligung des Kommunalunternehmens an anderen Unternehmen der Zustimmung der Vertretungskörperschaft. Die Unternehmenssatzung kann vorsehen, dass die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune den Mitgliedern des Verwaltungsrats in bestimmten anderen Angelegenheiten Weisungen erteilen kann.³⁰⁷ Die entsprechende Satzungsbestimmung muss die Angelegenheiten, für die das Weisungsrecht bestehen soll, aufzählen.

In Nordrhein-Westfalen unterliegt der Verwaltungsrat des Kommunalunternehmens bei Entscheidungen über den Erlass von Satzungen dem Weisungsrecht der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune. Entscheidungen über die Beteiligung an anderen Unternehmen oder über die Veräußerung von Unternehmensanteilen darf der Verwaltungsrat nur nach vorheriger Entscheidung der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune fällen. Schließlich kann die Unternehmenssatzung vorsehen, dass bei Entscheidungen des Vorstands und des Verwaltungsrats, die von grundsätzlicher Bedeutung sind, die Zustimmung des Rates erforderlich ist.³⁰⁸

Die Unternehmenssatzung kann in Rheinland-Pfalz bestimmen, dass bei Entscheidungen des Vorstands und des Verwaltungsrats des Kommunalunternehmens, die von grundsätzlicher Bedeutung sind, die Zustimmung des Gemeinderats erforderlich ist.³⁰⁹

Soweit die Landesgesetzgeber Zustimmungsvorbehalte und Weisungsrechte für Angelegenheiten von „grundsätzlicher Bedeutung“ vorgesehen haben, fehlen in den entsprechenden Normen Hinweise darauf, was unter grundsätzlicher Bedeutung zu verstehen sein soll.³¹⁰ Mangels anderer Kriterien bietet sich für die Auslegung ein rechtssystematischer Rückgriff auf das Recht der Eigenbetriebe an. Was bei Eigenbetrieben von solcher Wichtigkeit ist, dass die Vertretungskörperschaft die Entscheidung nicht auf den Betriebsausschuss übertragen darf, ist auch bei einem Kommunalunternehmen von so großer Bedeutung, dass das demokratisch am Besten legitimierte Organ der Trägerkommune bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen der Organe des Kommunalunternehmens haben muss. Welche Angelegenheiten das sind, ist bereits oben dargestellt worden.³¹¹ Ob daneben weitere

303 Art. 90 Abs. 2 BayGO; § 5 Abs. 3 AnstG LSA.

304 *Schraml* in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 156.

305 § 95 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 1 BbgKVerf.

306 § 4 Abs. 1 KUVO SH.

307 § 145 Abs. 3 NKomVG.

308 § 114a Abs. 7 GO NW.

309 § 86b Abs. 2 GemO RP.

310 *Schraml* in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 157.

311 Vgl. hierzu oben unter B) I) 2.) c) bb).

Angelegenheiten, die im Recht der Eigenbetriebe dem Betriebsausschuss zur Entscheidung übertragen werden dürfen, zu den Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung gehören, ist bisher in der Rechtsprechung noch nicht geklärt worden.

Die Landesgesetzgeber haben kein ausdrückliches Informationsrecht der Trägerkommune normiert. Da das den Trägerkommunen gegenüber den Organen des Kommunalunternehmens eingeräumte Weisungsrecht aber nur dann praktisch wahrgenommen werden kann, wenn die Organe der Kommune über die für die Ausübung des Weisungsrechts notwendigen Informationen verfügen, folgt aus dieser Natur der Sache, dass zugleich mit einem Weisungsrecht auch ein Recht der Trägerkommune bestehen muss, vom Kommunalunternehmen über die dem Weisungsrecht unterliegenden Angelegenheiten informiert zu werden.³¹² Zudem können die Trägerkommunen in der Unternehmenssatzung den Organen des Kommunalunternehmens weitere Informations- und Berichtspflichten auferlegen.³¹³

2.) Die Verteilung der Kompetenzen zur Steuerung und Kontrolle von Kommunalunternehmen zwischen den Organen des Kommunalunternehmens und der Kommune

Wie bei den Eigenbetrieben sind auch bei den Kommunalunternehmen in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts die Aufgaben und Befugnisse bei der Geschäftsführung des Kommunalunternehmens zwischen dessen Organen – Vorstand und Verwaltungsrat – und der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune aufgeteilt. Auch bei den Kommunalunternehmen orientiert sich die Verteilung der Befugnisse am Niveau demokratischer Legitimation der einzelnen Organe und gestaltet damit die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Demokratieprinzips einfachgesetzlich aus.

a) Vorstand

Der Vorstand des Kommunalunternehmens, der aus einer oder mehreren Personen bestehen kann, wird vom Verwaltungsrat bestellt.³¹⁴ Die Trägerkommune hat dabei kein Vorschlagsrecht. Damit hat die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune keinen unmittelbaren Einfluss auf die personelle Besetzung des Vorstands. Dieser besteht allenfalls mittelbar, indem die Vertretungskörperschaft die Mitglieder des Verwaltungsrats, die ihrerseits den Vorstand wählen, bestellt.

Die Amtszeit des Vorstands ist gesetzlich auf höchstens fünf Jahre beschränkt; der Verwaltungsrat kann den Vorstand auch für eine kürzere Amtszeit bestellen. Eine erneute Bestellung nach Ablauf der Amtszeit ist zulässig.³¹⁵ Vor Ablauf der Amtszeit ist die Abberufung des Vorstands durch den Verwaltungsrat nach den allgemeinen kommunalrechtlichen Grundsätzen über die Abberufung von Amtsträgern nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.³¹⁶ Ein solcher wichtiger Grund liegt vor, wenn sich ein Mitglied des Vorstands einer groben Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat oder wenn er nicht mehr dazu in der Lage ist, seine Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen.

Der Vorstand führt in eigener Verantwortung sämtliche Geschäfte des Kommunalunternehmens.³¹⁷ Diese nach dem gesetzlichen Leitbild unbeschränkte Leitungsfunktion geht weit über die Befugnis-

312 Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 158 m.w.N.

313 Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 158.

314 Art. 90 Abs. 2 BayGO; § 95 Abs. 1 BbgKVerf; § 145 Abs. 3 NKomVG; § 114a Abs. 7 GO NW; § 86b Abs. 2 GemO RP; § 5 Abs. 3 AnstG LSA; § 4 Abs. 1 KUVO SH.

315 Art. 90 Abs. 2 BayGO; § 95 Abs. 1 BbgKVerf; § 145 Abs. 3 NKomVG; § 114a Abs. 7 GO NW; § 86b Abs. 2 GemO RP; § 5 Abs. 3 AnstG LSA; § 4 Abs. 1 KUVO SH.

316 Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 150 m.w.N.

317 Art. 90 Abs. 1 BayGO; § 95 Abs. 1 BbgKVerf; § 145 Abs. 2 NKomVG; § 114a Abs. 6 GO NW; § 86b Abs. 1 GemO RP; § 5 Abs. 2 AnstG LSA; § 3 Abs. 1 KUVO SH.

se der Betriebsleitung des Eigenbetriebs hinaus. Sie umfasst nicht nur die Geschäfte der laufenden Betriebsleitung, sondern auch diejenigen Angelegenheiten, die bei Eigenbetrieben dem Betriebsausschuss oder der Vertretungskörperschaft wegen ihrer größeren Bedeutung für die Steuerung der Tätigkeit des Betriebs vorbehalten sind. Zudem vertritt der Vorstand das Kommunalunternehmen in allen Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich.³¹⁸ Damit ist Rechtsstellung des Vorstands des Kommunalunternehmens der eines Vorstandes einer AG angenähert.³¹⁹

Anders als der Vorstand wird der Verwaltungsrat unmittelbar von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune gewählt und hat daher ein höheres Niveau demokratischer Legitimation als der über die Wahl durch den Verwaltungsrat nur mittelbar legitimierte Vorstand. Der uneingeschränkten Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands steht diese im Vergleich zu der des Verwaltungsrats schwach ausgebildete demokratische Legitimation entgegen. Deshalb haben die Gesetzgeber der meisten Länder das die Befugnis zu bestimmten grundlegenden Entscheidungen nicht dem Vorstand, sondern dem dafür besser legitimierten Verwaltungsrat zugewiesen. In allen Ländern wurde den Kommunen zudem das Recht eingeräumt, durch die Unternehmenssatzung weitere Entscheidungsbefugnisse vom Vorstand auf den Verwaltungsrat zu übertragen.³²⁰ Diese Verlagerung von Entscheidungsbefugnissen auf den Verwaltungsrat ermöglicht der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune über die von ihr in den Verwaltungsrat berufenen Vertreter die Einflussnahme auf die unternehmerischen Entscheidungen. Die den Trägerkommunen von den Gesetzgebern eröffnete Möglichkeit, die Entscheidungskompetenzen auf Vorstand und Verwaltungsrat zu verteilen, soll den Kommunen dazu dienen, den der jeweils zu erfüllenden Aufgabe angemessenen Einfluss der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune auf das Kommunalunternehmen zu sichern, um so ihre aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip folgende Ingerenzpflicht erfüllen zu können. Je größer dabei die Haftungsrisiken, die Einstandspflichten und die Einwirkungspflichten der Trägerkommune sind, umso größer ist der Bedarf der Kommune an Einfluss auf das Unternehmen.³²¹

Den Vorstand treffen nach den meisten Landesgesetzen Auskunfts- und Berichtspflichten gegenüber dem Verwaltungsrat. So hat der Vorstand die Pflicht, dem Verwaltungsrat über alle wichtigen Angelegenheiten rechtzeitig zu unterrichten. Auf Anforderung des Verwaltungsrats hat der Vorstand dem Verwaltungsrat über jede Angelegenheit des Unternehmens Bericht zu erstatten.³²² Den Bericht über wichtige Angelegenheiten hat der Vorstand von sich aus zu erstatten; einer Anforderung des Verwaltungsrats bedarf es zum Auslösen der Berichtspflicht nicht. Rechtzeitige Unterrichtung bedeutet, dass der Vorstand den Bericht ohne schuldhaftes Zögern sofort erstattet, nachdem er selbst von der Angelegenheit Kenntnis erlangt hat.

In den Ländern, in denen diese Berichtspflichten nicht ausdrücklich gesetzlich festgelegt sind, ergeben sich diese aus dem Rechtsverhältnis zwischen Vorstand und Verwaltungsrat. So ist es Aufgabe des Verwaltungsrats, die Tätigkeit des Vorstands zu überwachen. Um diese Aufgabe ausüben zu können, bedürfen der Verwaltungsrat der für die Beurteilung der Lage des Unternehmens und der Tätigkeit des Vorstands erforderlichen Informationen, über die regelmäßig nur der Vorstand verfügt. Daher muss das Recht des Verwaltungsrats, den Vorstand zu überwachen, auch das zur Erledigung dieser Aufgabe unerlässliche Recht des Verwaltungsrats, vom Vorstand unterrichtet zu werden, enthalten. Zur Klarstellung sollten entsprechende Berichts- und Auskunftspflichten in der Unternehmenssatzung geregelt werden.

318 Art. 90 Abs. 1 BayGO; § 95 Abs. 1 BbgKVerf; § 145 Abs. 2 NKomVG; § 114a Abs. 6 GO NW; § 86b Abs. 1 GemO RP; § 5 Abs. 2 AnstG LSA; § 3 Abs. 1 KUVO SH.

319 *Schraml* in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 151.

320 Vgl. hierzu bei den Aufgaben und Befugnissen des Verwaltungsrats unten unter B) II) 2.) b) bb).

321 *Schraml* in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 152.

322 § 3 Abs. 1 BayKUV; § 3 Abs. 1 KUV NW; § 6 Abs. 2 AnstVO LSA; § 3 Abs. 2 KUVO SH.

Der Vorstand hat dem Verwaltungsrat in einigen Ländern zudem vierteljährlich über die Abwicklung des Vermögens- und Erfolgsplans zu berichten. Die Frist kann in der Unternehmenssatzung anders festgesetzt werden, aber ein halbes Jahr nicht überschreiten. Sind bei der Ausführung des Erfolgsplans Mindereinnahmen oder Mindererträge zu erwarten, hat der Vorstand den Verwaltungsrat zu unterrichten.³²³

Wenn Verluste zu erwarten sind, die Auswirkungen auf den Haushalt der Trägerkommune haben können, hat der Vorstand nach der Rechtslage in einigen Ländern die Trägerkommune zu unterrichten.³²⁴

Die Trägerkommunen können weitere Auskunft- und Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Verwaltungsrat und der Trägerkommune in die Unternehmenssatzung aufnehmen.³²⁵

Bei allen Berichten unterliegt der Vorstand der Pflicht, gewissenhaft, umfassend und wahrheitsgemäß zu unterrichten.

Beispiel der Regelung der Berichtspflichten des Vorstands in einer Unternehmenssatzung:³²⁶

§ 6 Berichtspflichten des Vorstands

(1) Der Vorstand hat den Verwaltungsrat über alle wichtigen Vorgänge rechtzeitig zu unterrichten und auf Anforderung dem Verwaltungsrat über alle Angelegenheiten der Anstalt Auskunft zu geben.

(2) Der Vorstand hat dem Verwaltungsrat vierteljährlich Zwischenberichte über die Abwicklung des Vermögens- und Erfolgsplanes schriftlich vorzulegen. Des Weiteren hat der Vorstand den Verwaltungsrat zu unterrichten, wenn bei der Ausführung des Erfolgsplanes erfolgsgefährdende Mindererträge oder Mehraufwendungen zu erwarten sind. Sind darüber hinaus Verluste zu erwarten, die Auswirkungen auf den Haushalt der Gemeinde haben können, ist sie und der Verwaltungsrat hierüber unverzüglich zu unterrichten.

(3) Der Vorstand hat den Organen der Gemeinde auf Verlangen Auskunft über alle wichtigen Angelegenheiten der Anstalt zu geben.

b) Verwaltungsrat

Die Kommunalgesetze fast aller Länder enthalten ähnliche Bestimmungen über die Zusammensetzung des Verwaltungsrats, nur in Schleswig-Holstein enthält das Gesetz keine Regelung und überlässt die Bestimmung der Zusammensetzung des Verwaltungsrats und die Bestellung seiner Mitglieder der Unternehmenssatzung.³²⁷

323 § 21 Abs. 1, 2 BayKUV; § 21 Abs. 1, 2 KUV NW; § 18 Abs. 1, 2 AnstVO LSA; § 21 Abs. 1, 2 KUVO SH.

324 § 21 Abs. 2 BayKUV; § 21 Abs. 2 KUV NW; § 18 Abs. 2 AnstVO LSA; § 21 Abs. 2 KUVO SH.

325 Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 158.

326 Das Beispiel entspricht im Wesentlichen den Regelungen dem vom Ministerium des Inneren Schleswig-Holstein im Amtsblatt SH 2003, S. 856 veröffentlichten Muster für eine Organisationssatzung für Kommunalunternehmen.

327 § 106a Abs. 2 GO SH.

aa) Zusammensetzung des Verwaltungsrats, Wahl der Mitglieder

Der Hauptverwaltungsbeamte der Trägerkommune führt regelmäßig den Vorsitz im Verwaltungsrat.³²⁸ Er ist Mitglied kraft Amtes und bedarf nicht der Bestellung durch die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune.

In den Ländern Bayern, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt haben die Landesgesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, dass mit Zustimmung des Hauptverwaltungsbeamten auch eine andere Person zum Vorsitzenden des Verwaltungsrats bestellt werden kann.³²⁹

Für Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz gilt eine weitere Besonderheit: Sind in den Kommunen Beigeordnete mit einem eigenen Geschäftsbereich bestellt, so führt derjenige Beigeordnete, in dessen Geschäftsbereich die dem Kommunalunternehmen übertragenen Aufgaben fallen, den Vorsitz im Verwaltungsrat. Gehören die Aufgaben des Kommunalunternehmens zu den Geschäftsbereichen mehrerer Beigeordneter, entscheidet der Hauptverwaltungsbeamte der Kommune über den Vorsitz im Verwaltungsrat.³³⁰

In einigen Bundesländern können oder müssen dem Verwaltungsrat Vertreter des beim Kommunalunternehmen beschäftigten Personals angehören.

So bestimmt § 145 Abs. 4 NKomVG, dass in Niedersachsen dem Verwaltungsrat eines Kommunalunternehmens mindestens eine beim Kommunalunternehmen beschäftigte Person angehören muss. Nach § 145 Abs. 5 Satz 1 NKomVG darf die Zahl der Vertreter der Beschäftigten im Verwaltungsrat ein Drittel der Gesamtzahl der Mitglieder nicht überschreiten. Die Unternehmenssatzung muss gemäß § 145 Abs. 5 Satz 2 NKomVG Bestimmungen über die Wahl und das Stimmrecht der Vertreter der Beschäftigten enthalten; diese Bestimmungen müssen die Vorgaben des niedersächsischen Personalvertretungsrechts einhalten.

Auch in Sachsen-Anhalt muss dem Verwaltungsrat nach § 5 Abs. 4 Satz 1 AnstG LSA mindestens ein Vertreter der Beschäftigten des Kommunalunternehmens angehören. Die Zahl der Vertreter der Beschäftigten im Verwaltungsrat darf ein Drittel der Gesamtzahl der Mitglieder nicht überschreiten, § 5 Abs. 4 Satz 2 AnstG LSA. Die Vertreter der Beschäftigten nehmen gemäß § 5 Abs. 4 Satz 3 AnstG LSA nur mit beratender Stimme an den Sitzungen des Verwaltungsrats teil; ein Stimmrecht ist ihnen damit kraft Gesetzes verwehrt. Die Beschäftigtenvertreter werden von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune bestellt, § 5 Abs. 4 Satz 5 AnstG LSA.

Auch in Rheinland-Pfalz gehört dem Verwaltungsrat eine Mitarbeitervertretung an, § 86b Abs. 3 Satz 1 GemO RP. Die Mitarbeitervertretung hat bei den Sitzungen des Verwaltungsrats gemäß § 86b Abs. 3 Satz 2 GemO RP nur beratende Stimme, also kein Stimmrecht. § 86b Abs. 3 Satz 7 GemO RP bestimmt, dass die Mitglieder der Mitarbeitervertretung von den Beschäftigten des Kommunalunternehmens in geheimer Wahl gewählt werden. Die Wahlberechtigung, die Wählbarkeit, die Stimmabgabe, die Feststellung des Wahlergebnisses und das weitere Verfahren für die Wahl der Mitarbeitervertretung hat die Trägerkommune durch Satzung zu regeln, § 86b Abs. 3 Satz 8 GemO RP.

Die weiteren stimmberechtigten Mitglieder des Verwaltungsrats werden von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune bestellt. Diese weiteren Mitglieder können, müssen aber nicht Mitglieder der Vertretungskörperschaft sein. Dies ermöglicht es den Trägerkommunen, fachkundige Personen in den Verwaltungsrat zu berufen.

In Rheinland-Pfalz ist die Anzahl der Mitglieder des Verwaltungsrats, die nicht Mitglieder der Vertretungskörperschaft sind, nach § 86b Abs. 3 i.V.m. § 44 Abs. 1 GemO RP auf höchstens die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrats beschränkt. Die übrigen Ländergesetze enthalten keine solche Beschränkung.

Die Dauer der Amtszeit der Mitglieder des Verwaltungsrats ist in den einzelnen Ländern unterschiedlich geregelt.

328 Art. 90 Abs. 3 BayGO; § 95 Abs. 2 BbgKVerf; § 145 Abs. 4, 6 NKomVG; § 114a Abs. 8 GO NW; § 86b Abs. 3 GemO RP; § 5 Abs. 4 AnstG LSA.

329 Art. 90 Abs. 3 BayGO; § 145 Abs. 6 NKomVG; § 5 Abs. 4 AnstG LSA.

330 § 114a Abs. 8 GO NW; § 86b Abs. 3 GemO RP.

In Bayern beträgt die Amtszeit der Mitglieder des Verwaltungsrats mit Ausnahme des Hauptverwaltungsbeamten der Trägerkommune gemäß Art. 90 Abs. 3 BayGO sechs Jahre. Nach der gleichen Vorschrift endet die Amtszeit der Mitglieder des Verwaltungsrats, die der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune angehören, am Ende der Wahlperiode der Vertretungskörperschaft oder, wenn sie vorzeitig aus der Vertretungskörperschaft ausscheiden, mit dem Ausscheiden aus der Vertretungskörperschaft. Die Mitglieder des Verwaltungsrats üben ihr Amt bis zum Amtsantritt der neuen Mitglieder weiter aus.

In Brandenburg werden alle Mitglieder des Verwaltungsrats außer dem Hauptverwaltungsbeamten der Trägerkommune durch die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune für die Dauer von deren Wahlperiode bestellt; sie üben ihr Amt bis zum Amtsantritt der neuen Mitglieder aus; § 95 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 1 BbgKVerf.

Der niedersächsische Gesetzgeber hat die Dauer der Amtszeit in § 145 Abs. 7 NKomVG geregelt. Danach beträgt die Dauer der Amtszeit für die Mitglieder des Verwaltungsrats fünf Jahre. Die Amtszeit der Mitglieder des Verwaltungsrats, die der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune angehören, endet mit dem Ablauf der Wahlperiode der Vertretungskörperschaft oder dem vorzeitigen Ausscheiden des Mitglieds aus der Vertretungskörperschaft. Über die Amtsausübung bis zum Amtsantritt neuer Mitglieder muss die Unternehmenssatzung Regelungen enthalten.

In Nordrhein-Westfalen werden die Mitglieder des Verwaltungsrats, die nicht Hauptverwaltungsbeamte oder Beigeordnete sind, von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune für fünf Jahre gewählt; die Amtszeit von Mitgliedern des Verwaltungsrats, die der Vertretungskörperschaft angehören, endet mit dem Ende der Wahlzeit oder dem vorzeitigen Ausscheiden aus der Vertretungskörperschaft; die Mitglieder der Vertretungskörperschaft üben ihr Amt bis zum Amtsantritt der neuen Mitglieder weiter aus; § 114a Abs. 8 GO NW. Die gleiche Rechtslage gilt in Sachsen-Anhalt, § 5 Abs. 4 AnstG LSA.

§ 86b Abs. 3 GemO RP regelt nur, dass die Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die nicht Hauptverwaltungsbeamte, Beigeordnete oder Vertreter der Beschäftigten sind, von der Vertretungskörperschaft gewählt werden. Die Dauer der Amtsperiode, für die die Wahl erfolgt, ist im Gesetz dagegen nicht ausdrücklich geregelt. Daher muss die Dauer der Amtszeit in der Unternehmenssatzung geregelt werden.³³¹

In Schleswig-Holstein regelt § 4 Abs. 2 KOVO SH die Amtszeit der Mitglieder des Verwaltungsrats: Die Vertretungskörperschaft wählt die Mitglieder des Verwaltungsrats für die Dauer von fünf Jahren; bei vorzeitigem Ausscheiden eines Mitglieds aus dem Verwaltungsrat ist eine Nachfolgerin oder ein Nachfolger für die restliche Amtszeit zu wählen. Die Amtszeit von Mitgliedern des Verwaltungsrats, die der Vertretungskörperschaft angehören, endet mit dem Ende der Wahlzeit oder dem vorzeitigen Ausscheiden aus der Vertretungskörperschaft. Die Mitglieder des Verwaltungsrats üben ihr Amt bis zum Amtsantritt der neuen Mitglieder weiter aus.

Damit müssen alle der Vertretungskörperschaft angehörenden Mitglieder des Verwaltungsrats am Beginn jeder neuen Wahlperiode von der Vertretungskörperschaft neu gewählt werden. Während der laufenden Wahlperiode sind nur die Nachfolger von vorzeitig aus der Vertretungskörperschaft und dem Verwaltungsrat Ausgeschiedenen neu zu wählen.

Für das Verfahren der Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats durch die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune haben drei Bundesländer besondere Vorschriften erlassen.

In Brandenburg gelten für die Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsrats gemäß § 95 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 1 BbgKVerf die Regeln über die Wahl von Gremien des § 41 BbgKVerf, wenn mehrere Mitglieder des Verwaltungsrats neu zu bestimmen sind. Ist nur ein Mitglied neu zu bestimmen, ist gemäß § 95 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 1 BbgKVerf das in § 40 BbgKVerf geregelte Verfahren anzuwenden.

Im Einzelnen gilt für die Wahl nur eines Mitgliedes des Verwaltungsrats folgendes: Nach § 40 Abs. 2 BbgKVerf ist von mehreren Kandidaten derjenige gewählt, der in ersten Wahlgang die absolute Mehrheit der Stimmen erreicht hat. Nach § 40 Abs. 3 BbgKVerf findet, wenn im ersten Wahlgang kein Bewerber die absolute Mehrheit erreichen konnte, eine Stichwahl zwischen den beiden Bewerbern statt, die im ersten Wahlgang die meisten Stimmen erhalten haben. Gewählt ist, wer im zweiten Wahlgang die meisten Stimmen erhalten hat. Bei Stimmengleichheit entscheidet das Los. Wenn nur ein Bewerber zur Wahl steht, so ist er gemäß § 40 Abs. 4 BbgKVerf gewählt, wenn er mehr Ja- als Neinstimmen erhalten hat.

Sind mehrere Mitglieder des Verwaltungsrats neu zu bestimmen, gilt im Einzelnen nach § 41 BbgKVerf folgendes: Nach § 41 Abs. 2 BbgKVerf wird die Verteilung der Sitze im Verwaltungsrat auf die Fraktionen der Vertretungskörper-

331 Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 153.

schaft wie folgt berechnet: Die Sitze werden aufgrund von Vorschlägen der Fraktionen verteilt. Die Zahl der zu vergebenden Sitze im Verwaltungsrat wird mit der Zahl der Mitglieder der Fraktion vervielfacht und durch die Zahl der Mitglieder aller Fraktionen geteilt. Jede Fraktion erhält zunächst so viele Sitze im Verwaltungsrat, wie sich für sie ganze Zahlen ergeben. Die weiteren Sitze sind in der Reihenfolge der höchsten Zahlenbruchteile auf die Fraktionen zu verteilen. Bei gleichen Zahlenbruchteilen entscheidet das Los, soweit die betroffenen Fraktionen keine Einigung erzielen. Jede Fraktion schlägt die ihrem Anteil an den Sitzen entsprechende Anzahl an Personen vor, die in den Verwaltungsrat gewählt werden sollen. Gemäß § 41 Abs. 4 BbgKVerf wählt die Vertretungskörperschaft die Mitglieder des Verwaltungsrats, wobei sie an die Wahlvorschläge der Fraktionen gebunden ist. Nach § 41 Abs. 5 BbgKVerf kann eine Fraktion, deren Wahlvorschlag abgelehnt wurde, einen neuen Wahlvorschlag unterbreiten. Wird auch dieser abgelehnt, wird die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats als Verhältniswahl aufgrund von Listenwahlvorschlägen der Fraktionen durchgeführt.³³²

In Nordrhein-Westfalen ist gemäß § 114a Abs. 8 GO NW die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats nach dem in § 50 Abs. 4 GO NW geregelten Verfahren durchzuführen. Nach letzterer Vorschrift ist die Wahl nach dem in § 50 Abs. 3 GO NW durchzuführen, wenn zwei oder mehr Mitglieder des Verwaltungsrats zu wählen sind.

Nach § 50 Abs. 3 GO NW ist ein einstimmiger Beschluss der Vertretungskörperschaft über die Besetzung des Verwaltungsrats ausreichend, wenn sich die Vertretungskörperschaft auf einen einheitlichen Wahlvorschlag geeinigt hat. Einigen sich die Fraktionen nicht auf einen einheitlichen Wahlvorschlag, kann jede Fraktion einen eigenen Wahlvorschlag in Form einer Liste machen. Über die vorgeschlagenen Listen stimmt die Vertretungskörperschaft in einem Wahlgang ab. Die im Verwaltungsrat zu vergebenden Sitze sind auf die Wahlvorschläge der Fraktionen der Vertretungskörperschaft entsprechend dem Verhältnis der Stimmzahlen, die auf die einzelnen Wahlvorschläge entfallen, zur Gesamtzahl der abgegebenen gültigen Stimmen zu verteilen. Jedem Wahlvorschlag werden zunächst so viele Sitze zugeteilt, wie sich für ihn ganze Zahlen ergeben. Sind danach noch Sitze zu vergeben, so sind sie in der Reihenfolge der höchsten Zahlenbruchteile zuzuteilen. Bei gleichen Zahlenbruchteilen entscheidet das Los.

Gemäß § 50 Abs. 4 GO NW ist das gleiche Wahlverfahren anzuwenden, wenn zwei oder mehr Mitglieder vorzeitig aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden sind und deren Nachfolger von der Vertretungskörperschaft gewählt werden. Wenn nur eine Person vorzeitig aus dem Verwaltungsrat ausscheidet, wählt die Vertretungskörperschaft den Nachfolger nach dem in § 50 Abs. 2 GO NW geregelten Verfahren: Gewählt ist die vorgeschlagene Person, die mehr als die Hälfte der gültigen Stimmen erhalten hat. Erreicht im ersten Wahlgang niemand mehr als die Hälfte der Stimmen, so findet zwischen den Personen, welche die beiden höchsten Stimmzahlen erreicht haben, eine engere Wahl statt. Gewählt ist, wer in dieser engeren Wahl die meisten Stimmen auf sich vereinigt. Bei Stimmgleichheit entscheidet das Los.

Mit letzterer Regelung findet der Fraktionsproporz in der Vertretungskörperschaft bei Nachwahlen nur eines Mitglieds des Verwaltungsrats keine Berücksichtigung.³³³ Daher ist es möglich, dass nach dem Ausscheiden eines von einer Minderheitsfraktion benannten Mitglieds des Verwaltungsrats die Mehrheit der Vertretungskörperschaft einen Nachfolger wählt, der nicht der Minderheitsfraktion angehört. Die Regelung zur Nachwahl einzelner ausgeschiedener Mitglieder des Verwaltungsrats bezweckt also nicht, den Fraktionsproporz im Verwaltungsrat auch nach der Nachwahl aufrecht zu erhalten.³³⁴ Dies steht im Gegensatz zur Regelung des § 50 Abs. 3 GO NW, der beim Ausscheiden eines Mitglieds aus einem Ausschuss die Vertretungskörperschaft bei der Nachwahl an den Wahlvorschlag der Fraktion, der das ausgeschiedene Mitglied angehört, gebunden ist, womit die Aufrechterhaltung des Fraktionsproporzes im Ausschuss auch bei Nachwahlen gesichert ist. Ein sachlicher Grund für diese unterschiedliche Ausgestaltung des Schutzes der Minderheit durch angemessene Repräsentation in Gremien ist nicht zu erkennen, sodass rechtspolitisch zu fordern ist, die für die Nachwahl von Ausschussmitgliedern geltende Vorschrift auch auf die Nachwahl von Mitgliedern der Verwaltungsräte auszudehnen. Dies entspräche auch der (sogleich zu schildernden) Rechtslage in Rheinland-Pfalz, wo der Landesgesetzgeber davon ausgegangen ist, dass der demokratische Minderheitenschutz gebiete, dass auch bei Nachwahlen der Fraktionsproporz aufrecht erhalten bleiben soll, womit Minderheitenfraktionen das Recht gewährt werden muss, einen bindenden Wahlvorschlag für Nachwahlen zu machen.

Für Rheinland-Pfalz bestimmt § 86b Abs. 3 GemO RP, dass die in § 45 GemO RP normierten Regeln für die Wahl der Mitglieder von Ausschüssen der Vertretungskörperschaft auch auf die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats anzuwenden sind. Gemäß § 45 Abs. 1 GemO RP werden die Mitglieder des Verwaltungsrats aufgrund von Wahlvorschlägen der in der Vertretungskörperschaft vertretenen Fraktionen gewählt. Wenn nur ein Wahlvorschlag gemacht wird, sind die vorgeschlagenen Personen sind gewählt, wenn die Mehrheit der gesetzlichen Zahl der Mitglieder des Gemeinderats dem Wahlvorschlag zustimmt. Werden mehrere Wahlvorschläge gemacht, so werden die Mitglieder des Verwaltungsrats nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt, wie sie soeben für § 50 Abs. 3 GO NW erläutert wurden.

332 Vgl. zu den Einzelheiten des Verfahrens der Verhältniswahl nach Listenwahlvorschlägen der Fraktionen oben unter B) I) 2.) b) aa) zur Wahl von Mitgliedern des Betriebsausschusses Gesagte.

333 VG Düsseldorf, Urteil vom 22.08.2008 - 1 K 4682/07 -, Abs. 24 (zitiert nach juris).

334 VG Düsseldorf, Urteil vom 22.08.2008 - 1 K 4682/07 -, Abs. 41 (zitiert nach juris).

Nachfolger für vorzeitig ausgeschiedene Mitglieder des Verwaltungsrats werden – anders als in Nordrhein-Westfalen – gemäß § 45 Abs. 1 GemO RP auf Vorschlag der Fraktion, die das ausgeschiedene Mitglied vorgeschlagen hatte, durch Mehrheitswahl gewählt.

Im Ergebnis ebenso wie in den drei erwähnten Ländern ist die Rechtslage in Niedersachsen.

Hier bestimmt § 71 Abs. 6 NKomVG, dass die Regeln des § 71 Abs. 2, 3, 5 NKomVG über die Besetzung von Ausschüssen der Vertretungskörperschaft auch dann anwendbar sind, wenn die Vertretungskörperschaft mehrere unbesetzte Stellen gleicher Art zu besetzen hat. Damit erfolgt die Besetzung mehrerer gleichartiger Stellen nach dem Fraktionsproporz in der Vertretungskörperschaft.³³⁵ Diese Vorschrift soll dazu dienen, dass ebenso wie bei der Verteilung von Ausschusssitzen auch bei der Verteilung der unbesetzten Stellen jede Fraktion bzw. Gruppe der Vertretungskörperschaft einen ihrer Stärke in der Vertretungskörperschaft entsprechenden Anteil an den zu besetzenden Stellen erhält. Dies schützt die Minderheitenfraktionen davor, aufgrund einer Entscheidung der Mehrheit bei der Besetzung unbesetzter Stellen übergangen zu werden. Der Begriff der unbesetzten Stellen ist zur Erreichung eines umfassenden Minderheitenschutzes weit auszulegen.³³⁶ Er erfasst nicht nur Stellen innerhalb der Verwaltung der Kommune, sondern auch Stellen in anderen Einrichtungen, in denen die Kommune durch Vertreter repräsentiert wird. Damit gehören zu den unbesetzten Stellen i.S.d. § 71 Abs. 6 NKomVG auch die Sitze im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, deren Gesellschafterin die Kommune ist,³³⁷ und die Sitze im Verwaltungsrat eines Kommunalunternehmens.³³⁸

Diese Vorschriften ermöglichen es bei Neuwahlen aller Mitglieder des Verwaltungsrats, dass jede in der Vertretungskörperschaft vertretene Fraktion eine ihrer Stärke in der Vertretungskörperschaft entsprechende Anzahl von Sitzen im Verwaltungsrat erhält. In Brandenburg und Nordrhein-Westfalen müssen alle Mitglieder des Verwaltungsrats, die der Vertretungskörperschaft angehören (Nordrhein-Westfalen) bzw. von der Vertretungskörperschaft bestellt wurden (Brandenburg) zu Beginn jeder neuen Wahlperiode der Vertretungskörperschaft neu gewählt werden, da die Amtszeit dieser Mitglieder des Verwaltungsrats mit Ablauf der Wahlperiode der Vertretungskörperschaft endet. In Verbindung mit den Vorschriften über das Wahlverfahren führt diese Pflicht zur Neuwahl am Beginn jeder Wahlperiode dazu, dass jede Fraktion der Vertretungskörperschaft am Beginn jeder Wahlperiode die Möglichkeit hat, eine ihrer Stärke in der Vertretungskörperschaft entsprechende Anzahl von Sitzen im Verwaltungsrat des Kommunalunternehmens zu erhalten.

Da die Landesgesetzgeber in den übrigen Ländern für die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats kein Wahlverfahren zwingend vorgeschrieben haben, steht den Kommunen die Möglichkeit offen, das Wahlverfahren durch Satzung zu regeln. Dabei ist es zulässig, dass die von der Vertretungskörperschaft bestellten Mitglieder des Verwaltungsrats nach dem Prinzip der Mehrheitswahl, also ohne Bindung an den in der Vertretungskörperschaft bestehenden Fraktionsproporz bestimmt werden.³³⁹ Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sollten die Kommunen von der Möglichkeit der Regelung durch Satzung Gebrauch machen. Um auch den Minderheitenfraktionen die gesetzlich nicht garantierte, angemessene Repräsentation im Verwaltungsrat des Kommunalunternehmens zu gewährleisten, sollte die Satzungsbestimmung zwei Regelungen enthalten:

- die Regelung des Verfahrens der Bestellung der von der Vertretungskörperschaft zu bestimmenden Mitglieder des Verwaltungsrats sollte die Regelungen der jeweiligen Landesgesetze über die Wahl der Mitglieder von Ausschüssen in Bezug nehmen, um den Fraktionsproporz bei der Verteilung der Sitze im Verwaltungsrat zu gewährleisten;
- für Nachwahlen sollte ein bindendes Vorschlagsrecht der Fraktion, die das ausgeschiedene Mitglied des Verwaltungsrats vorgeschlagen hat, vorgesehen werden, um auch bei Nachwahlen den Fraktionsproporz im Verwaltungsrat aufrecht zu erhalten.

335 Vgl. zur Besetzung von Ausschüssen nach dem Fraktionsproporz oben unter B) I) 2.) b) aa).

336 VG Göttingen, Beschluss vom 20.04.1999 - 1 B 1018/99 -, Abs. 25 f. m.w.N. (zitiert nach juris).

337 VG Göttingen, Beschluss vom 20.04.1999 - 1 B 1018/99 -, Abs. 26 m.w.N. (zitiert nach juris).

338 Wefelmeier in Blum/Baumgarten/Beckhof/Behrens/Göke/Häusler/Menzel/Smollich/Wefelmeier, Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, § 113e NGO Rn. 43.

339 BayVGh, Urteil vom 02.02.2000 - 4 B 99.1377 -, Abs. 23 m.w.N. (zitiert nach juris).

Beispiel einer Regelung der Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats durch die Vertretungskörperschaft:

§6 Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats

- (1) Für die Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsrats der Städtischen Bühnen X-Stadt gilt § 46 GO SH entsprechend.³⁴⁰
- (2) Nachfolger für vorzeitig ausgeschiedene Mitglieder des Verwaltungsrats werden auf Vorschlag der Fraktion, die das ausgeschiedene Mitglied vorgeschlagen hatte, durch Mehrheitswahl gewählt.

In einigen Ländern können die Mitglieder des Verwaltungsrats vor Ablauf ihrer gesetzlichen Amtszeit abberufen werden.

In Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein ist eine Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats jederzeit in besonders begründeten Fällen möglich.³⁴¹ Die Abberufung bedarf eines Beschlusses der Vertretungskörperschaft, der mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder der Vertretungskörperschaft gefasst wird. Ein besonders begründeter Fall liegt dann vor, wenn der Abberufene grob gegen seine Pflichten als Mitglied des Verwaltungsrats verstoßen hat, z.B. indem er entgegen einer ihm von der Vertretungskörperschaft erteilten Weisung im Verwaltungsrat abgestimmt hat. Ein besonders begründeter Fall liegt auch dann vor, wenn der Abberufene nicht mehr dazu in der Lage ist, seine Tätigkeit im Verwaltungsrat ordnungsgemäß auszuüben, was u.a. der Fall ist bei dauerhaften gesundheitlichen Beeinträchtigungen oder beim Eintritt nicht nur vorübergehender persönlicher Umstände, die die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Aufgabe eines Mitglieds des Verwaltungsrats unmöglich machen. Ein Beispiel für letztere Umstände ist der Eintritt der Pflegebedürftigkeit eines Angehörigen. Schließlich kann der Betroffene sein Amt nicht ordnungsgemäß ausüben, wenn er sich hierfür als unfähig erwiesen hat oder wenn er nicht gewillt ist, die ihm obliegenden Aufgaben und Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen.

In Brandenburg ist die Abberufung nach § 95 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 1 und § 41 Abs. 7 BbgKVerf möglich, wenn ein wichtiger Grund für die Abberufung vorliegt. § 41 Abs. 7 BbgKVerf nennt als Beispiel eines wichtigen Grundes, dass der Betroffene im Verwaltungsrat gegen eine verbindliche Richtlinie oder Weisung der Vertretungskörperschaft gehandelt hat oder wenn dies ernsthaft zu besorgen ist. Zudem sind die eben für Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein aufgeführten Abberufungsgründe weitere wichtige Gründe, die auch die Abberufung nach § 41 Abs. 7 BbgKVerf rechtfertigen. Anders als in Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein bedarf der Beschluss der Vertretungskörperschaft über die Abberufung nur der Zustimmung der einfachen Mehrheit der Mitglieder der Vertretungskörperschaft.

In Niedersachsen sind die Voraussetzungen für die Abberufung gemäß § 145 Abs. 7 NKomVG durch Satzung zu regeln.

In den übrigen Bundesländern ist eine Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats vor Ablauf der gesetzlichen Amtszeit nach den allgemeinen kommunal- und verwaltungsrechtlichen Vorschriften möglich. Als Vorschrift des Allgemeinen Verwaltungsrechts kommen hier vor allem die Normen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder, die inhaltlich dem § 86 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes entsprechen³⁴², zur Anwendung.³⁴³ Nach diesen Vorschriften können Personen, die zu ehrenamtlicher Tätigkeit herangezogen wurden, von der Stelle, die sie berufen hat, abberufen werden, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt. Da die Stelle, die die Mitglieder des Verwaltungsrats berufen hat, die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune ist, ist diese auch für die Abberufung zuständig. Da § 86 VwVfG insoweit keine spezielle Regelung enthält, richtet sich das Verfahren der Abberufung nach den allgemeinen kommunalrechtlichen Grundsätzen: Die Abberufung erfolgt durch Beschluss der Vertretungskörperschaft, der mit einfacher Mehrheit gefasst wird. § 86

340 Hier ist Bezug auf die jeweils einschlägige landesrechtliche Vorschrift zur Besetzung von Ausschüssen der Vertretungskörperschaft zu nehmen; vgl. zu diesen oben unter B) I) 2.) b) aa).

341 § 5 Abs. 4 AnstG LSA; § 4 Abs. 2 KUVO SH.

342 Art. 86 BayVwVfG; § 86 VwVfG NW; § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. § 86 VwVfG (Bund).

343 So für Art. 86 BayVwVfG *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 154 m.w.N.

VwVfG zählt Beispiele für wichtige Gründe auf, die nicht abschließend sind, sodass ein wichtiger Grund auch vorliegen kann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Beispiele nicht erfüllt sind. Das erste Beispiel ist, dass der Betroffene eine mit dem Ehrenamt verbundene Pflicht gröblich verletzt hat. Dies kann schon bei einem einmaligen Verstoß gegen eine Pflicht der Fall sein, wenn diese für die ordnungsgemäße Ausübung des Ehrenamts wichtig ist. Eine solche wichtige Pflicht ist u.a. die Verschwiegenheitspflicht. Eine gröbliche Pflichtverletzung liegt aber auch vor, wenn der Betroffene mehrere Pflichtverletzungen begangen hat, die zwar jede für sich nicht gröblich sind, bei denen die Häufung aber geeignet ist, das Vertrauen in die ordnungsgemäße Amtsführung zu erschüttern. Das zweite in § 86 VwVfG aufgezählte Beispiel ist, dass sich der ehrenamtlich Tätige als unwürdig erwiesen hat. Dies ist der Fall, wenn der Betroffene Handlungen vorgenommen hat, die dem Ansehen des Kommunalunternehmens schaden, wenn er weiter im Verwaltungsrat tätig wäre. Das kann dann der Fall sein, wenn der Betroffene wegen einer strafbaren Handlung verurteilt wurde und die Tat das Vertrauen der Öffentlichkeit in die ordnungsgemäße Ausübung des Ehrenamts erschüttert. Ob letzteres der Fall ist, ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Regelmäßig wird aber bei leicht fahrlässig begangenen Straftaten das Vertrauen in die ordnungsgemäße Amtsführung nicht erschüttert sein. Ebenso kann regelmäßige Trunkenheit des Betroffenen dessen Ansehen in der Öffentlichkeit so sehr herabmindern, dass es dem Ansehen des Kommunalunternehmens und der Trägerkommune schadet, wenn der Betroffene weiter im Verwaltungsrat verbleibt. Schließlich nennt § 86 VwVfG als letztes Beispiel, dass der Betroffene seine Tätigkeit nicht mehr ordnungsgemäß ausüben kann. Wie dieses Beispiel auszulegen ist, wurde soeben für die Rechtslage in Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein erläutert.

bb) Zuständigkeit des Verwaltungsrats

Der Verwaltungsrat erlangt die demokratische Legitimation für sein Handeln mit der Wahl durch die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune. Der Vorstand leitet die demokratische Legitimation seines Handelns vom Verwaltungsrat ab, der die Mitglieder des Vorstands bestellt. Damit hat der Verwaltungsrat einen Legitimationsvorsprung gegenüber dem Vorstand des Kommunalunternehmens.

Wegen dieses Legitimationsvorsprungs muss die Entscheidung über wesentliche Angelegenheiten der Führung des Kommunalunternehmens vom Verwaltungsrat getroffen werden. Aus diesem Grunde haben die Gesetzgeber der meisten Länder bestimmt, dass der Verwaltungsrat statt des Vorstands für bestimmte wesentliche Entscheidungen zuständig ist.³⁴⁴ Nach diesen im Wesentlichen übereinstimmenden Bestimmungen entscheidet der Verwaltungsrat über

- die Bestellung des Vorstandes,
- den Erlass von Satzungen,
- die Feststellung des Wirtschaftsplans und des Jahresabschlusses,
- die Festlegung allgemein geltender Tarife,
- die Verwendung des Ergebnisses.

Dem Verwaltungsrat kann durch die Unternehmenssatzung die Zuständigkeit für weitere Angelegenheiten zugewiesen werden.³⁴⁵

Einzig die Gemeindeordnung von Rheinland-Pfalz enthält keinen solchen Katalog zwingender Zuständigkeiten des Verwaltungsrats. Nach § 86b Abs. 2 GemO RP bestellt der Verwaltungsrat den Vorstand und entscheidet über alle Angelegenheiten, die ihm durch die Unternehmenssatzung zugewiesen sind.

344 Art. 90 Abs. 2 BayGO; § 95 Abs. 1 BbgKVerf; § 145 Abs. 3 NKomVG; § 114a Abs. 7 GO NW; § 5 Abs. 3 AnstG LSA; § 4 Abs. 1 KUVVO SH.

345 So ausdrücklich geregelt in § 95 Abs. 1 BbgKVerf; § 114a Abs. 7 GO NW.

Mit dieser Möglichkeit der flexiblen Gestaltung der Zuständigkeit des Verwaltungsrats ist den Kommunen die Möglichkeit eröffnet, selbst darüber zu entscheiden, welche Angelegenheiten des Kommunalunternehmens sie für so wesentlich halten, dass sie deren Regelung dem im Vergleich zum Vorstand besser legitimierten Verwaltungsrat vorbehalten.³⁴⁶ Damit ist es z.B. möglich, die Entscheidung über Investitionen, die ein bestimmtes Kostenvolumen überschreiten, von der Zustimmung des Verwaltungsrats abhängig zu machen.

Eine weitere Aufgabe des Verwaltungsrats ist es, die Tätigkeit des Vorstands des Kommunalunternehmens zu überwachen.³⁴⁷ Um diese Aufgabe erfüllen zu können, muss der Verwaltungsrat über die Tätigkeit des Vorstands und die wirtschaftliche Lage des Kommunalunternehmens informiert sein. Damit der Verwaltungsrat diese Informationen erhält, haben die Landesgesetzgeber den Vorstand zur Erstattung von regelmäßigen Berichten und Berichten aus bestimmten Anlässen an den Verwaltungsrat verpflichtet. Zudem haben die Kommunen das Recht, weitere als die gesetzlich vorgeschriebenen Berichtspflichten durch Satzung zu regeln.³⁴⁸

Durch die Unternehmenssatzung kann der Verwaltungsrat dazu verpflichtet werden, Berichte an die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune zu erstatten. Dabei kann es sich sowohl um regelmäßige Berichte, die in bestimmten zeitlichen Abständen zu erstatten sind, handeln als auch um Berichte, die wegen des Eintritts bestimmter Ereignisse oder auf Anforderung der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune zu erstatten sind. In der Praxis sinnvoll ist es, dass der Verwaltungsrat der Vertretungskörperschaft regelmäßig Berichte über den Stand der Erfüllung der Finanzplanung zu erstatten hat. Zudem ist eine Berichtspflicht angezeigt für den Fall, dass wichtige Vorgänge im Kommunalunternehmen die Interessen der Trägerkommune berühren oder die Vermögenslage des Unternehmens gefährden können. Weiterhin sind Berichte des Verwaltungsrats über Angelegenheiten, in denen der Vertretungskörperschaft ein Weisungsrecht gegenüber den Mitgliedern des Verwaltungsrats zusteht, angezeigt. Schließlich ist zu empfehlen, dass der Verwaltungsrat auf Verlangen der Vertretungskörperschaft Bericht über jede Angelegenheit zu erstatten hat, über die die Vertretungskörperschaft Auskunft begehrt.

Beispiel der Regelung der Berichtspflichten des Verwaltungsrats in einer Unternehmenssatzung:

§ 7 Berichtspflichten des Verwaltungsrats

- (1) Der Verwaltungsrat hat den Rat der Stadt S über alle wichtigen Vorgänge des Unternehmens rechtzeitig zu unterrichten und auf Anforderung über alle Angelegenheiten des Unternehmens Auskunft zu geben.
- (2) Der Verwaltungsrat hat dem Rat der Stadt S halbjährlich schriftlich Bericht über die Abwicklung des Vermögens- und Erfolgsplanes zu erstatten. Des Weiteren hat der Verwaltungsrat den Rat der Stadt S zu unterrichten, wenn bei der Ausführung des Erfolgsplanes erfolgsgefährdende Mindererträge oder Mehraufwendungen zu erwarten sind, die Auswirkungen auf den Haushalt der Stadt S haben können.
- (3) Der Verwaltungsrat hat den Rat der Stadt S vor Entscheidungen über den Erlass oder die Änderung von Satzungen über deren beabsichtigten Inhalt zu unterrichten. Zudem hat der Verwaltungsrat den Rat der Stadt S vor allen sonstigen Entscheidungen, bei denen der

346 Vgl. hierzu eingehend oben unter B) II) 2.) a).

347 Art. 90 Abs. 2 BayGO; § 95 Abs. 1 BbgKVerf; § 145 Abs. 3 NKomVG; § 114a Abs. 7 GO NW; § 5 Abs. 3 AnstG LSA; § 4 Abs. 1 KUVVO SH.

348 Vgl. zu den Berichtspflichten des Vorstands eingehend oben unter B) II) 2.) a).

Verwaltungsrat dem Zustimmungsvorbehalt oder Weisungsrecht des Rates der Stadt S unterliegt, über deren beabsichtigten Inhalt zu informieren.

cc) Öffentlichkeit der Sitzungen des Verwaltungsrats

Auf die Tätigkeit des Verwaltungsrats sind die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze anzuwenden, da er ein Organ der Exekutive ist. Zu diesen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen gehört auch der, dass Verwaltungsverfahren nicht öffentlich durchgeführt werden, sondern dass die Handlungen der Beteiligten und die Entscheidungen der Behörde nur den Beteiligten des Verfahrens bekanntgemacht werden (Grundsatz der Parteiöffentlichkeit des Verwaltungsverfahrens). Damit finden Sitzungen des Verwaltungsrats grundsätzlich nichtöffentlich statt, es sei denn, dass ein Gesetz die Öffentlichkeit der Sitzung anordnet.³⁴⁹

In einigen Bundesländern existieren Regelungen, nach denen Beratungen und Beschlüsse des Verwaltungsrats in bestimmten Angelegenheiten in öffentlicher Sitzung zu erfolgen haben.

In Bayern ordnet § 2 Abs. 4 BayKUV an, dass für Sitzungen des Verwaltungsrats, in denen Satzungen und Verordnungen beraten und beschlossen werden, die Rechte und Pflichten Dritter begründen, die Vorschriften über die Sitzungsöffentlichkeit des Art. 52 BayGO anzuwenden sind. Nach Art. 52 Abs. 2 BayGO sind Sitzungen öffentlich, soweit nicht Rücksichten auf das Wohl der Allgemeinheit oder auf berechtigte Ansprüche Einzelner entgegenstehen; unter welchen Voraussetzungen diese Norm den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigt, wurde bereits bei der Öffentlichkeit der Sitzungen des Betriebsausschusses erläutert³⁵⁰. Damit finden Sitzungen des Verwaltungsrats, auf denen Satzungen und Verordnungen, die Rechte und Pflichten Dritter begründen, beraten und beschlossen werden, öffentlich statt, wenn nicht das Wohl der Allgemeinheit oder berechtigte Ansprüche Einzelner den Ausschluss der Öffentlichkeit erfordern. Allerdings werden in der Praxis kaum Fälle vorkommen, in denen bei Beratungen über allgemeingültige Satzungen Informationen zu erörtern sind, deren Geheimhaltung im Interesse des Gemeinwohls oder Einzelner erforderlich ist. Bei dieser Rechtslage ist nicht über jede Satzung öffentlich zu verhandeln und zu beschließen. Vielmehr kommt es auf deren Inhalt an: Nur Satzungen, die Rechte und Pflichten Dritter begründen, sind in öffentlicher Sitzung zu behandeln. Es kommt mithin darauf an, ob die Satzung Außenwirkung hat, also ob sie Rechte und Pflichten von Personen außerhalb des Kommunalunternehmens gegen das Unternehmen begründen sollen. Rein unternehmensinterne Organisationsatzungen, die nur unternehmensinterne Abläufe regeln und damit keine Rechte von Personen außerhalb der rechtlichen Organisation des Unternehmens begründen, sind in nichtöffentlicher Sitzung zu beraten und zu beschließen.

In Nordrhein-Westfalen berät und beschließt der Verwaltungsrat gemäß § 114a Abs. 7 GO NW über den Erlass von Satzungen in öffentlicher Sitzung. Damit sind grundsätzlich alle Satzungen erfasst, für die Trägerkommune dem Kommunalunternehmen das Recht der Satzungsgebung übertragen hat. Eine Möglichkeit, die Öffentlichkeit auszuschließen, wenn Gründe des Gemeinwohls oder berechtigte Interessen Einzelner es erfordern, enthält diese Vorschrift nicht. Auch scheint eine solche Ausschlussmöglichkeit praktisch nicht erforderlich zu sein, da es unwahrscheinlich ist, dass bei der Beratung über den Erlass von allgemeingültigen Rechtsnormen, was auf Satzungen zutrifft, Informationen zu besprechen sind, deren Geheimhaltung zur Wahrung der Interessen Einzelner oder des Gemeinwohls erforderlich ist.

In Schleswig-Holstein gelten nach § 4 Abs. 1 KUVSH für Sitzungen des Verwaltungsrats über Abgabensatzungen die Vorschriften über die Sitzungsöffentlichkeit des § 35 GO SH entsprechend. Gemäß § 35 Abs. 1 GO SH finden Sitzungen grundsätzlich öffentlich statt. Die Öffentlichkeit ist auszuschließen, wenn überwiegende Belange des öffentlichen Wohls oder berechtigte Interessen Einzelner es erfordern. Die Angelegenheit kann in öffentlicher Sitzung behandelt werden, wenn die Personen, deren Interessen betroffen sind, dies schriftlich verlangen oder hierzu schriftlich ihr Einverständnis erklären. Sonach finden Sitzungen des Verwaltungsrats, auf denen über Abgabensatzungen beraten und entschieden wird, öffentlich statt, wenn nicht überwiegende Gemeinwohlbelange oder berechtigte Interessen Einzelner, auf deren nichtöffentliche Behandlung die Betroffenen nicht schriftlich verzichtet haben, eine nichtöffentliche Beratung erfordern. Welche Belange des Gemeinwohls und welche Interessen Einzelner den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigen, ist bei der Sitzungsöffentlichkeit des Betriebsausschusses erläutert worden.³⁵¹ Die Sitzungsöffentlichkeit gilt nur für Beratungen über Abgabensatzungen. Das sind Satzungen, in denen öffentliche Abgaben – also Gebühren, Beiträge und Steuern – nach den Vorgaben des Kommunalabgabengesetzes, die das Unternehmen von den BürgerInnen erhebt, geregelt werden.

349 Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 155.

350 Vgl. hierzu oben unter B) I) 2.) b) cc).

351 Vgl. hierzu oben unter B) I) 2.) b) cc).

Alle anderen Angelegenheiten, für die diese Regelungen die Öffentlichkeit der Sitzungen nicht vorsehen, sind vom Verwaltungsrat in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln. In den Ländern, die keinerlei Ausnahme von der grundsätzlichen Nichtöffentlichkeit vorsehen, finden alle Sitzungen des Verwaltungsrats in nichtöffentlich statt. Bestimmungen in Unternehmenssatzungen, die über die gesetzlich zugelassenen Fälle hinaus die Öffentlichkeit von Sitzungen anordnen, sind, soweit die über die gesetzlich zugelassenen Fälle hinausgehen, nichtig und damit unwirksam.³⁵² Damit haben die Kommunen nicht die rechtliche Möglichkeit, durch Satzung selbst darüber zu entscheiden, in welchem Umfang sie die Tätigkeit des Verwaltungsrats durch Herstellung von Öffentlichkeit für die BürgerInnen transparent machen wollen.

An den Vorschriften über die Öffentlichkeit von Sitzungen des Verwaltungsrats wird von einem Teil des juristischen Schrifttums zu recht Kritik geübt. Diese Stimmen folgern aus den Demokratieprinzip des Grundgesetzes das Gebot der Publizität und Transparenz von Entscheidungsprozessen. Dieses Publizitätsgebot verlangt, dass demokratische Vertretungskörperschaften Beschlüsse über den Erlass von Rechtsnormen, wozu auch Satzungen gehören, in öffentlicher Sitzung fassen³⁵³, da erst durch die Beratung und Abstimmung in öffentlicher Sitzung die Verantwortlichkeit der Repräsentanten für ihre die Rechte der WählerInnen tangierenden Entscheidungen gegenüber den WählerInnen begründet. Die Gegenansicht verweist darauf, dass der Verwaltungsrat beim Erlass von Satzungen einem Weisungsrecht bzw. einem Zustimmungsvorbehalt der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune unterworfen sei. Mit der öffentlichen Beratung der Vertretungskörperschaft über die Ausübung des Weisungsrechts bzw. über die Zustimmung zur Satzung werde der Entscheidungsprozess für die demokratische Öffentlichkeit ausreichend transparent gemacht.³⁵⁴ Letzterer Ansicht kann allenfalls für die Länder zugestimmt werden, in denen der Erlass von Satzungen durch den Verwaltungsrat der Zustimmung der Vertretungskörperschaft bedarf. Damit die Satzung wirksam werden kann, muss die Vertretungskörperschaft über ihre Zustimmung entscheiden, was in öffentlicher Sitzung zu erfolgen hätte. Insofern ist für jeden Fall des Erlasses und der Änderung einer Satzung sichergestellt, dass sich die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune in öffentlicher Sitzung mit dem Inhalt der Satzung befasst. Für die Länder Bayern, Brandenburg und Sachsen-Anhalt, die der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune keinen Zustimmungsvorbehalt, sondern nur ein Weisungsrecht einräumen, ist es nicht gewiss, dass jeder Erlass bzw. jede Änderung einer Satzung durch den Verwaltungsrat Gegenstand einer öffentlichen Sitzung der Vertretungskörperschaft wird. Vielmehr ist es bei dieser Rechtslage möglich, dass alle Mitglieder der Vertretungskörperschaft keinen Bedarf sehen, den Mitgliedern des Verwaltungsrats Weisungen zum Inhalt einer geplanten Satzung zu erteilen, z.B. weil alle Mitglieder der Vertretungskörperschaft mit dem Inhalt des vom Verwaltungsrat vorgeschlagenen Satzungsentwurfs einverstanden sind. Da kein Mitglied der Vertretungskörperschaft in diesem Fall einen Antrag auf Erörterung des Satzungsentwurfs oder auf Erteilung von Weisungen an den Verwaltungsrat stellen wird, findet über die vom Verwaltungsrat beschlossene Satzung auch keine öffentliche Beratung der Vertretungskörperschaft statt; die Satzung könnte rechtlich wirksam werden, ohne dass sie Gegenstand einer öffentlichen Beratung geworden ist. Um solche verfassungswidrigen Verfahren des Erlasses von Satzungen auszuschließen, müssen alle Landesgesetzgeber vorschreiben, dass Satzungen vom Verwaltungsrat nur in öffentlicher Sitzung beschlossen werden dürfen.

Im Übrigen ist der Ausschluss der Öffentlichkeit bei allen sonstigen Angelegenheiten rechtspolitisch missglückt. Der Ausschluss der Öffentlichkeit, den die Kommunen nicht durch Satzungen beschränken können, betrifft völlig undifferenziert alle Angelegenheiten, die der Verwaltungsrat berät,

352 *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 155.

353 Vgl. die Nachweise zu dieser Ansicht bei *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 155, Fn. 166.

354 *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 155.

ohne zwischen geheimhaltungsbedürftigen und nicht geheimhaltungsbedürftigen Angelegenheiten zu unterscheiden. Hierdurch ist den Kommunen die Möglichkeit genommen, anhand der Gegebenheiten des betroffenen Unternehmens darüber zu entscheiden, welche Angelegenheiten der Geheimhaltung bedürfen und daher vom Verwaltungsrat nichtöffentlich behandelt werden müssen und bei welchen Angelegenheiten das Interesse der demokratischen Öffentlichkeit an der Publizität der Entscheidungsprozesse Vorrang vor dem Interesse des Kommunalunternehmens an der Geheimhaltung haben soll. Es ist kein Grund dafür erkennbar, warum den Kommunen das Recht vorenthalten wird, bei Angelegenheiten, die nach Einschätzung der betroffenen Kommune keiner Geheimhaltung bedürfen, die demokratische Öffentlichkeit von Beratungs- und Entscheidungsprozessen des Verwaltungsrats herzustellen und damit eine effektive Verantwortlichkeit der Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die dem Verwaltungsrat angehören, für ihre Tätigkeit im Verwaltungsrat gegenüber den WählerInnen zu begründen.

c) Vertretungskörperschaft der Trägerkommune

Auch nachdem das Kommunalunternehmen als eigene Rechtspersönlichkeit entstanden ist, verbleibt die Befugnis zum Erlass und zur Änderung der Unternehmenssatzung bei der Kommune. Das gleiche gilt in Nordrhein-Westfalen für die Änderung der Satzung von gemeinsamen Kommunalunternehmen, die mehrere Trägerkommunen haben; in Niedersachsen kann die Unternehmenssatzung vorsehen, dass die Unternehmenssatzung eines gemeinsamen Kommunalunternehmens von den Trägerkommunen geändert werden kann.³⁵⁵ Innerhalb der Trägerkommune ist die Vertretungskörperschaft das für den Erlass und die Änderung der Unternehmenssatzung zuständige Organ.

Die Vertretungskörperschaft ist ebenfalls für den Erlass von Satzungen, die die Tätigkeit des Kommunalunternehmens regeln, zuständig, soweit die Trägerkommune ihre Befugnis zum Erlass von Satzungen nicht auf das Kommunalunternehmen übertragen hat. Ebenso entscheidet die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune über alle sonstigen Aufgaben des Kommunalunternehmens, bei denen die Trägerkommune dem Kommunalunternehmen zwar die Erledigung der Aufgabe nicht aber die Befugnis zur Entscheidung übertragen hat.³⁵⁶

Weiterhin entscheidet die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune über die Erteilung von Zustimmung zu Entscheidungen des Verwaltungsrats des Kommunalunternehmens und über die Erteilung von Weisungen an den Verwaltungsrat, soweit die Kommunalgesetze und die Unternehmenssatzungen Weisungsbefugnisse und Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Trägerkommune normieren.³⁵⁷

Schließlich ist die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune Adressat der Berichte, die der Vorstand und der Verwaltungsrat des Kommunalunternehmens aufgrund gesetzlicher oder satzungrechtlicher Berichtspflichten an die Vertretungskörperschaft zu erstatten haben. Wenn der Trägerkommune durch Gesetz oder Satzung das Recht eingeräumt wurde³⁵⁸, Auskünfte oder Berichte von den Organen des Kommunalunternehmens zu fordern, entscheidet die Vertretungskörperschaft über die Wahrnehmung dieses Rechts.

3.) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats

Den Mitgliedern des Verwaltungsrats stehen für ihre Tätigkeit Rechte zu, die sich zum Teil aus ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen und zum Teil aus dem Status des Mitglieds des Verwaltungs-

355 Vgl. zu den Einzelheiten oben unter B) II) 1.) c).

356 Vgl. zu den Einzelheiten der Übertragung des Satzungsrechts und von Aufgaben oben unter B) II) 1.) c).

357 Vgl. zu den Einzelheiten der Weisungsbefugnisse und der Zustimmungsvorbehalte oben unter B) II) 1.) c).

358 Vgl. zu den Auskunfts- und Informationsrechten der Trägerkommune oben unter B) II) 1.) c) und B) II) 2.) b) bb).

rats ergeben. Die Wahrnehmung dieser Rechte ermöglicht den von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune bestellten Mitgliedern des Verwaltungsrats die Mitwirkung an der demokratischen Steuerung und Kontrolle der Tätigkeit des Kommunalunternehmens. Gleichzeitig obliegen den Mitgliedern des Verwaltungsrats Pflichten, die sie bei der Wahrnehmung ihrer Tätigkeit im Verwaltungsrat zu erfüllen haben. Aus diesen Pflichten lassen sich die Mindestanforderungen an die Qualifikation von Mitgliedern des Verwaltungsrats ableiten.

a) Rechte der Mitglieder des Verwaltungsrats

aa) Recht auf Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsrats

Den Mitgliedern des Verwaltungsrats steht das Recht zu, an jeder Sitzung des Verwaltungsrats teilzunehmen. Dieses Recht wird zwar nicht ausdrücklich in den Kommunalgesetzen der Länder erwähnt, ergibt sich aber als notwendiger Bestandteil aus dem rechtlichen Status des Mitglieds des Verwaltungsrats, da erst die rechtlich garantierte Teilnahme an den Sitzungen den Mitgliedern des Verwaltungsrats die Wahrnehmung ihrer Aufgaben ermöglicht.

Ein Recht auf Teilnahme an der Sitzung besteht nicht, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats für die zu behandelnde Angelegenheit einem Mitwirkungsverbot unterliegt. Die rechtliche Grundlage des Mitwirkungsverbots ist in den einzelnen Ländern unterschiedlich ausgestaltet.

In Bayern, Brandenburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein gelten für das Mitwirkungsverbot für Mitglieder des Verwaltungsrats die gleichen Vorschriften, wie sie für Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse gelten.³⁵⁹ In Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt gelten für die Mitglieder des Verwaltungsrats mangels spezieller Regelungen in den Kommunalgesetzen die Mitwirkungsverbote der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder.³⁶⁰

Die Regelungen der Mitwirkungsverbote in den Kommunalgesetzen und den Verwaltungsverfahrensgesetzen haben im Wesentlichen den gleichen Inhalt. In der Praxis führt die unterschiedliche rechtliche Grundlage also nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen. Zur Erläuterung aller Mitwirkungsverbote kann daher auf die obigen Ausführungen zu dem in der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune und deren Ausschüssen geltenden Vertretungsverbot verwiesen werden.³⁶¹

bb) Rede-, Antrags- und Stimmrecht

Aus dem Status eines Mitglieds des Verwaltungsrats folgt auch das Recht, dass dem Mitglied des Verwaltungsrats in den Sitzungen das Wort erteilt wird, dass das Mitglied Anträge stellen darf und dass es bei Abstimmungen Stimmrecht hat.

Das Rederecht garantiert, dass das Mitglied des Verwaltungsrats zu jedem Punkt der Tagesordnung das Wort ergreifen darf. Es kann wie in der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune und ihren Ausschüssen durch die Geschäftsordnung zeitlichen Beschränkungen unterworfen werden, die zur Aufrechterhaltung der Arbeitsfähigkeit des Verwaltungsrats erforderlich sind. Erforderlich sind Beschränkungen der Redezeit, wenn die Anzahl der Tagesordnungspunkte nur bei einer zeitlichen Beschränkung der Beratungen abgearbeitet werden kann. Die Beschränkung der Redezeit muss sachlich angemessen sein; d.h. dass das Mitglied des Verwaltungsrats die Möglichkeit haben muss, bei gestraffter Darstellung seine Ansicht umfassend zu erläutern. Zudem muss die Redezeitbegrenzung dem Grundsatz der Gleichbehandlung genügen. Dies lässt eine Abstufung der den Fraktionen zustehenden Redezeiten nach deren Anteil an den Sitzen im Verwaltungsrat zu. Damit kann einer Frakti-

359 Art. 90 Abs. 2 i.V.m. Art. 49 BayGO; § 95 Abs. 4 i.V.m. § 22 BbgKVerf; § 147 Abs. 1i.V.m. § 41 NKomVG; § 114a Abs. 11 i.V.m. § 31 GO NW; § 106a Abs. 5 i.V.m. § 22 GO SH.

360 § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. § 20 VwVfG (Bund); § 20 VwVfG LSA.

361 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) a) bb).

on, die mehr Vertreter in den Verwaltungsrat entsandt hat, eine längere Redezeit zustehen als dem Mitgliedern, die von einer kleineren Fraktion entsandt wurden.

Das Antragsrecht gewährleistet, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrats Anträge stellen kann, ohne hierzu die Unterstützung weiterer Mitglieder zu benötigen. Zum Antragsrecht gehört auch das Recht, den Antrag in angemessenem Umfang zu begründen. Jedoch folgt aus dem Antragsrecht kein Anspruch darauf, dass ein mündlich gestellter Antrag sofort in der laufenden Sitzung behandelt wird, da das Recht zur Bestimmung der Tagesordnung dem Vorsitzenden bzw. der Mehrheit des Verwaltungsrats zusteht und nicht dem einzelnen Mitglied.

Das Stimmrecht gewährt dem Mitglied des Verwaltungsrats das Recht, an jeder Abstimmung des Verwaltungsrats teilzunehmen und seine Stimme nach seiner eigenen Überzeugung abzugeben. Das Stimmrecht steht jedem Mitglied des Verwaltungsrats zu; nur in Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt haben die Vertreter der Beschäftigten des Kommunalunternehmens im Verwaltungsrat kein Stimmrecht³⁶².

Das Stimmrecht wird eingeschränkt durch die Weisungsrechte, die der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune gegenüber dem Verwaltungsrat aufgrund eines Gesetzes oder einer Satzung zustehen.³⁶³ Macht die Vertretungskörperschaft von ihrem Weisungsrecht in der Weise Gebrauch, dass sie den Verwaltungsrat dazu verpflichtet, einen bestimmten Beschluss zu fassen, sind die Mitglieder des Verwaltungsrats dazu verpflichtet, ihre Stimme der Weisung entsprechend abzugeben.

Rede-, Antrags- und Stimmrecht werden zudem durch die Mitwirkungsverbote beschränkt. Wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats in einer Angelegenheit einem Mitwirkungsverbot unterliegt³⁶⁴, darf es in dieser Angelegenheit nicht an der Sitzung teilnehmen, in der Angelegenheit nicht das Wort ergreifen, keine Anträge stellen und nicht an der Abstimmung teilnehmen.

cc) Fragerecht, Recht auf Akteneinsicht

Das Recht des Verwaltungsrats, Fragen an den Vorstand zu stellen, ist nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt; es ergibt sich aber aus der dem Verwaltungsrat zugewiesenen Aufgabe der Überwachung des Vorstands. Damit der Verwaltungsrat diese Aufgabe effektiv erfüllen kann, muss ihm das Recht zustehen, vom Vorstand Auskunft über die Angelegenheiten des Kommunalunternehmens zu verlangen. Dieses Recht steht dem Verwaltungsrat als Organ zu, da ihm als Organ die Überwachung des Vorstands obliegt; es wird durch Beschluss der Mehrheit ausgeübt. Ein Recht des einzelnen Mitglieds des Verwaltungsrats, Auskunft vom Vorstand zu verlangen, folgt hieraus nicht, da die Überwachung des Vorstands dem Organ Verwaltungsrat und nicht den einzelnen Organwaltern zugewiesen ist. Damit bleibt dem einzelnen Mitglied nur die Möglichkeit, im Verwaltungsrat zu beantragen, dass letzterer Fragen an den Vorstand stellt.

Ein Recht des einzelnen Mitglieds des Verwaltungsrats, in die Akten des Kommunalunternehmens einzusehen, regeln die Gesetze der Länder ebenfalls nicht.

Sonach gewähren die Gesetze der Länder den Mitgliedern des Verwaltungsrats zwar kein individuelles Frage- und Akteneinsichtsrecht, sie schließen aber auch nicht aus, dass die Kommunen solche durch Satzung schaffen. Ein solches individuelles Frage- und Akteneinsichtsrecht ermöglicht die Kontrolle des Vorstands durch jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrats und ermöglicht damit

362 Vgl. hierzu oben unter B) II) 2.) b) aa).

363 Vgl. zu den Weisungsrechten oben unter B) II) 1.) c).

364 Vgl. zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des Mitwirkungsverbots oben unter B) II) 3.) a) aa) und unter B) I) 3.) a) bb).

insbesondere die effektive Kontrolle des Kommunalunternehmens durch die Vertreter der Minderheitsfraktionen im Verwaltungsrat: Während sie bei einem nur dem Verwaltungsrat zustehenden Fragerecht darauf angewiesen sind, dass die Mehrheit ihren Auskunftsbegehren zustimmt, haben sie mit einem eigenen Fragerecht die Möglichkeit, den Umfang der Kontrolle des Vorstands selbst zu bestimmen. Daher ist die Aufnahme eines individuellen Frage- und Akteneinsichtsrechts in die Unternehmenssatzung für die kommunale Praxis dringend empfohlen.

Beispiel der Regelung eines Frage- und Akteneinsichtsrechts für die Mitglieder des Verwaltungsrats in einer Unternehmenssatzung:

§ 9 Fragen und Akteneinsicht durch die Mitglieder des Verwaltungsrats

(1) Jedes Mitglied des Verwaltungsrats kann vom Vorstand verlangen, dass er dem Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten des Unternehmens erstattet. Die Auskunft ist in der Regel in Textform zu erstatten. Der Vorsitzende des Verwaltungsrats gibt die Auskunft allen Mitgliedern des Verwaltungsrats zur Kenntnis.

(2) Jedes Mitglied des Verwaltungsrats kann während der normalen Geschäftszeiten die Akten des Unternehmens zu bestimmten Geschäftsvorgängen einsehen und prüfen. Es darf sich hierzu der Hilfe von Personen bedienen, die wegen ihres Berufsstands gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.

dd) Recht auf Entschädigung

Uneinheitlich ist in den einzelnen Ländern das Recht auf Entschädigung für Mitglieder des Verwaltungsrats geregelt.

In Bayern haben die Mitglieder des Verwaltungsrats kraft Gesetzes einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Die Einzelheiten der Entschädigungsansprüche sind in der Unternehmenssatzung zu regeln.³⁶⁵ Da das Gesetz insofern keine Beschränkungen enthält, können die Kommunen selbst über die Art und die Höhe der Entschädigungen entscheiden.³⁶⁶

Auch in Sachsen-Anhalt hat der Gesetzgeber nur bestimmt, dass die Unternehmenssatzung die Zahlung von Entschädigungen regeln muss, hat dabei aber die Entscheidungsfreiheit der Kommunen zu Art und Höhe der den Mitgliedern des Verwaltungsrats gewährten Entschädigungen nicht beschränkt.³⁶⁷

In Brandenburg, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz enthalten die Kommunalgesetze keine Aussagen zu den Entschädigungen der Mitglieder des Verwaltungsrats. Damit haben die Kommunen in diesen Ländern einen uneingeschränkten Spielraum bei der Gestaltung von Art und Höhe der Entschädigungen.³⁶⁸

Die Gesetze in Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein gewähren den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft einen Anspruch auf angemessene Entschädigung für die Teilnahme an Sitzungen. Die Einzelheiten des Anspruchs regeln die Kommunen durch die Unternehmenssatzung.³⁶⁹

Die Gesetzgeber in Bayern, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein haben verboten, dass den Mitgliedern des Verwaltungsrats eine Beteiligung am Gewinn des Kommunalunternehmens gewährt wird.³⁷⁰

Im Einzelnen haben die Kommunen bei dieser Rechtslage folgende Möglichkeiten der Gestaltung der Entschädigungsansprüche:

365 § 2 Abs. 2 BayKUV.

366 Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 154 f.

367 § 4 Nr. 3 AnstVO LSA.

368 Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 155.

369 § 2 Abs. 2 KUV NW; § 4 Abs. 3 KUVO SH.

370 § 2 Abs. 2 BayKUV; § 2 Abs. 2 KUV NW; § 4 Abs. 2 KUVO SH.

In Bayern, Brandenburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt hat der Gesetzgeber haben die Landesgesetzgeber die Art der Ansprüche, die die Kommunen den Mitgliedern des Verwaltungsrats durch Satzung gewähren können, nicht beschränkt. Damit steht es den Kommunen in diesen Ländern frei, den Mitgliedern des Verwaltungsrats neben einer Entschädigung für die Teilnahme an Sitzungen auch für weitere Aufwendungen, die durch die Tätigkeit im Verwaltungsrat veranlasst sind, zu entschädigen. Die Satzung kann den Mitgliedern des Verwaltungsrats in den genannten Ländern Ersatz ihrer Auslagen gewähren. Damit werden die geldwerten Aufwendungen aus dem Privatvermögen erstattet, die ein Mitglied des Verwaltungsrats für die Tätigkeit im Verwaltungsrat z.B. für Schreib- und Kopierauslagen sowie Dienstreisen macht. Der Ersatz kann in der Form gewährt werden, dass dem Mitglied des Verwaltungsrats die Aufwendungen in tatsächlich entstandener Höhe ersetzt werden. In diesem Fall muss das Mitglied des Verwaltungsrats dem Kommunalunternehmen gegenüber darlegen und beweisen, in welcher Höhe es Aufwendungen für seine Tätigkeit im Verwaltungsrat gemacht hat. Um den dadurch verursachten Verwaltungsaufwand zu vermeiden, kann jedem Mitglied des Verwaltungsrats auch eine Pauschale gewährt werden.

In Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein sind die Entschädigungsansprüche der Mitglieder des Verwaltungsrats dagegen auf eine Entschädigung für die Teilnahme an Sitzungen beschränkt. Mit dieser Beschränkung haben die Landesgesetzgeber die Gewährung von Ersatz für Auslagen, die nicht durch die Teilnahme an Sitzungen verursacht sind, ausgeschlossen. Damit dürfen die Satzungen in diesen Ländern z.B. Ersatz für die Fahrtkosten, die für die Teilnahme an Sitzungen des Verwaltungsrats entstanden sind, gewähren. Eine Erstattung von Kosten für Fahrten zum Sitz des Kommunalunternehmens, die nicht der Teilnahme an einer Sitzung dienen, z.B. wenn das Mitglied des Verwaltungsrats das Kommunalunternehmen zur Akteneinsicht, zur Teilnahme an Betriebsversammlungen oder zur Besprechung mit anderen Mitgliedern des Verwaltungsrats aufsucht, ist dagegen ausgeschlossen.

Die Satzungen der Kommunen können in allen Ländern den Mitgliedern des Verwaltungsrats den Verdienstaufschlag ersetzen, der dadurch entsteht, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats während der Sitzungszeit einer Erwerbstätigkeit nicht nachgehen können. Der Verdienstaufschlag kann dabei in tatsächlich entstandener Höhe ersetzt werden. Bei einer solchen Ausgestaltung des Anspruchs muss das Mitglied des Verwaltungsrats dem Kommunalunternehmen darlegen und beweisen, dass und in welcher Höhe es Verdienstaufschläge während der Sitzungszeiten hatte. Der Prüfungsaufwand für das Kommunalunternehmen ist in diesem Fall hoch. Zudem ist der Nachweis von Verdienstaufschlägen besonders für Selbständige oft schwierig zu führen. Daher kann der Ersatz des Verdienstaufschlags auch in Form einer Pauschale gewährt werden. Eine Sonderform pauschalisierten Verdienstaufschlags wird als Sitzungsgeld bezeichnet. Dabei erhält jedes Mitglied des Verwaltungsrats für die Teilnahme an einer Sitzung einen in der Satzung bestimmten Geldbetrag. Eine pauschale Zuwendung zur Abgeltung ihres Zeitaufwands für die Teilnahme an Sitzungen ist auch an Mitglieder des Verwaltungsrats möglich, die keiner Erwerbstätigkeit nachgehen und daher keinen tatsächlichen Verdienstaufschlag haben.

ee) Anspruch auf Fortbildung

Einen Anspruch auf Fortbildung für Mitglieder des Verwaltungsrats gewähren die Kommunalgesetze der Länder nicht. Es steht den Kommunen jedoch frei, einen solchen Anspruch in die Unternehmenssatzung aufzunehmen.

Beispiel eines Fortbildungsanspruchs in einer Unternehmenssatzung:

§ 17 Anspruch auf Fortbildung

(1) Jedes Mitglied des Verwaltungsrats hat Anspruch auf Fortbildungen im Umfang von 20 Stunden pro Kalenderjahr. Die Fortbildung muss der Vermittlung von Kenntnissen dienen, die für die Tätigkeit im Verwaltungsrat erforderlich sind. Der zeitliche Umfang aller in einem Jahr durchgeführten Fortbildungsveranstaltungen ist so zu bemessen, dass die Ansprüche aller Mitglieder des Verwaltungsrats nach Absatz 1 erfüllt werden. Die Kosten für die Durchführung der Fortbildungsveranstaltungen trägt das Unternehmen.

(2) Der Verwaltungsrat beschließt die Themen und den zeitlichen Umfang der durchzuführenden Fortbildungsveranstaltungen sowie über die Teilnehmer der einzelnen Fortbildungsveranstaltungen. Der Vorstand sorgt für die Durchführung der Fortbildungsveranstaltungen und lädt deren Teilnehmer. Er kann mit dem Abhalten der Fortbildungsveranstaltungen Mitarbeiter des Unternehmens oder andere fachkundige Personen betrauen. Der Vorstand soll dafür sorgen, dass Fortbildungsveranstaltungen außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit stattfinden.

Alternativ haben Mitglieder des Verwaltungsrats, die auch der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune angehören, ein Anspruch auf Fortbildung als Mitglied der Vertretungskörperschaft, soweit Gesetz oder kommunale Satzungen einen solchen Anspruch gewähren.³⁷¹ Im Rahmen dieser Fortbildung von Mitgliedern der Vertretungskörperschaft können auch Veranstaltungen zur Vermittlung des für die Tätigkeit im Verwaltungsrat erforderlichen Wissens abgehalten werden.

ff) Freiheit von Weisungen

Die Gesetze einiger Länder geben den Vertretungskörperschaften der Trägerkommunen das Recht, den Mitgliedern des Verwaltungsrats für bestimmte Angelegenheiten Weisungen zu erteilen. Zudem eröffnen die Landesgesetze den Trägerkommunen das Recht, für weitere Angelegenheiten Weisungsrechte der Vertretungskörperschaft in der Unternehmenssatzung zu regeln.³⁷² Erteilt die Vertretungskörperschaft eine solche Weisung, sind die Mitglieder des Verwaltungsrats verpflichtet, die Weisung auszuführen.

Der Vertretungskörperschaft ist nicht befugt, den Mitgliedern des Verwaltungsrats in Angelegenheiten, für die ihr nicht durch Gesetz oder Satzung ein Weisungsrecht eingeräumt wurde, Weisungen zu erteilen. Für diese Angelegenheiten, für die der Vertretungskörperschaft kein Weisungsrecht zusteht, haben die Mitglieder des Verwaltungsrats die Freiheit, nach eigenem Gutdünken über die Wahrnehmung ihrer Rechte im Verwaltungsrat zu entscheiden: Sie können frei darüber entscheiden, ob und mit welchem Inhalt sie ihr Rede- und Antragsrecht ausüben und wie sie abstimmen.

Erteilt die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune Weisungen, ohne hierfür durch Gesetz oder Satzung ermächtigt zu sein, ist die Weisung rechtswidrig und kann von den Mitgliedern des Verwaltungsrats verwaltungsgerichtlich angefochten werden.

Dem Hauptverwaltungsbeamten der Trägerkommune räumen die Landesgesetze kein Weisungsrecht gegenüber den von der Vertretungskörperschaft bestimmten Mitgliedern des Verwaltungsrats ein.

Mitglieder des Verwaltungsrats, die auch Mitglieder der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune sind, unterliegen auch keinem Weisungsrecht der Fraktion, der sie angehören. Dies ergibt sich

³⁷¹ Vgl. zu den Voraussetzungen eines Anspruchs der Mitglieder der Vertretungskörperschaft auf Fortbildung oben unter B) I) 3.) a) gg).

³⁷² Vgl. zu den Einzelheiten der Weisungsrechte der Vertretungskörperschaften oben unter B) II) 1.) c).

zum einen daraus, dass der Fraktion Rechte nur zustehen, soweit sie ihr durch Gesetz oder die Geschäftsordnung der Vertretungskörperschaft zugewiesen sind³⁷³. Ein Weisungsrecht gegenüber den ihnen angehörenden Mitgliedern des Verwaltungsrats wird den Fraktionen der Vertretungskörperschaft in keinem Bundesland gesetzlich gewährt. Zum anderen folgt die Weisungsfreiheit gegenüber der Fraktion aus dem Rechtscharakter der Fraktionen. Diese sind freiwillige Zusammenschlüsse von kommunalen Mandatsträgern.³⁷⁴ Durch den Zusammenschluss entsteht kein Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen der Fraktion und ihren Mitgliedern³⁷⁵, da eine Unterordnung der Mitglieder unter eine einseitige Befugnis der Fraktion, über die Handlungen ihrer Mitglieder zu bestimmen, mit der rechtlichen Gleichheit aller Fraktionsmitglieder unvereinbar ist. Deshalb hat die Fraktion keine einseitigen Weisungsrechte, mit denen sie das Rede- und Abstimmungsverhalten ihrer Mitglieder im Verwaltungsrat des Kommunalunternehmens vorschreiben kann. Sofern solche Weisungsrechte in einem Fraktionsbildungsvertrag bzw. Fraktionsstatut vorgesehen sind, sind sie rechtswidrig und unwirksam. Damit steht es jedem Mitglied der Fraktion frei, freiwillig Fraktionsdisziplin zu üben, indem es sich freiwillig den Beschlüssen der Fraktion unterwirft. Die Einhaltung der Fraktionsbeschlüsse kann von der Fraktion wegen des Fehlens von Weisungsrechten jedoch nicht mit Sanktionen erzwungen werden.

Allenfalls in Fällen einer groben Schädigung von Fraktionsinteressen kann ein Mitglied als Sanktion für sein schädigendes Verhalten aus der Fraktion ausgeschlossen werden.³⁷⁶ Eine solche grobe Schädigung der Fraktionsinteressen ist es, wenn ein Mitglied einer kleinen Fraktion, die nur ein Mitglied des Verwaltungsrats stellt, nicht nur einmalig sondern wiederholt Fraktionsbeschlüssen zuwider abstimmt. Denn in diesem Fall ist die Meinung der Fraktion nicht mehr in den Verhandlungen und Abstimmungen des Verwaltungsrats repräsentiert. Das Interesse der Fraktionsmehrheit an politischer Repräsentation im Verwaltungsrat ist damit erheblich verletzt. Der mit dieser Interessenverletzung verbundene Verlust des Vertrauens der Fraktionsmehrheit in die zuverlässige Wahrnehmung der Fraktionsinteressen durch das abweichende Fraktionsmitglied rechtfertigt den Ausschluss aus der Fraktion. Da der Fraktion, anders als dies in einigen Bundesländern für Ausschüsse der Vertretungskörperschaft der Fall ist³⁷⁷, gesetzlich kein Recht auf Rückruf eines Mitglieds aus dem Verwaltungsrat zusteht, ist ein Rückruf des Mitglieds aus dem Verwaltungsrat auch bei grober Schädigung der Fraktionsinteressen nicht möglich.

b) Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats

Aus der Rechtsstellung als Mitglied des Verwaltungsrats ergeben sich nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten gegenüber dem Kommunalunternehmen. Zudem obliegen den Mitgliedern des Verwaltungsrats, die von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune bestellt wurden, als Vertreter der Trägerkommune im Verwaltungsrat Pflichten gegenüber der Trägerkommune.

aa) Pflicht zur Offenbarung eines Mitwirkungsverbots

Liegen Tatsachen vor, die das Eingreifen eines Mitwirkungsverbots auslösen können (z.B. eigener Vorteil oder der eines Verwandten aus einem geplanten Beschluss der Vertretungskörperschaft)³⁷⁸, trifft das betroffene Mitglied des Verwaltungsrats die Pflicht, den Vorsitzenden des Verwaltungsrats über diese Tatsachen von sich aus zu informieren.³⁷⁹ Der Verwaltungsrat beschließt darüber, ob das

373 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 318.

374 § 32 Abs. 1 BbgKVerf; § 36a Abs. 1 HGO; § 23 Abs. 5 KV M-V; § 57 Abs. 1 NKomVG; § 56 Abs. 1 GO NW; § 30a Abs. 1 GemO RP; § 30 Abs. 5 SaarKSVG; § 35a Abs. 1 SächsGemO; § 43 GO LSA; § 32a Abs. 1 GO SH; § 25 ThürKO.

375 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 321.

376 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 321 m.w.N.

377 Vgl. hierzu oben unter B) I) 2.) b) aa).

378 Vgl. zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des Mitwirkungsverbots oben unter B) I) 3.) a) bb).

379 § 95 Abs. 4 i.V.m. § 22 Abs. 4 BbgKVerf; § 147 Abs. 1 i.V.m. § 41 Abs. 4 NKomVG; § 114a Abs. 11 i.V.m. § 31

betreffende Mitglied ausgeschlossen wird. An diesem Beschluss darf das betroffene Mitglied der Vertretungskörperschaft nicht mitwirken.³⁸⁰ Ist die Sitzung des Verwaltungsrats öffentlich, darf das von der Mitwirkung ausgeschlossene Mitglied an der Sitzung als Zuhörer teilnehmen.³⁸¹

bb) Auskunftspflicht

Die Kommunalgesetze einiger Länder erlegen den Mitgliedern des Verwaltungsrats eine Auskunftspflicht gegenüber der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune auf: Die von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune bestellten Mitglieder des Verwaltungsrats haben die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung zu unterrichten.³⁸²

In Brandenburg kann die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune zudem von den von ihr bestellten Mitgliedern des Verwaltungsrats jederzeit Auskunft verlangen.³⁸³

Aus diesen Vorschriften sind die Mitglieder des Verwaltungsrats dazu verpflichtet, über „Angelegenheiten von besonderer Bedeutung“ zu berichten. Mit diesem die Auskunftspflicht begrenzenden Gesetzeswortlaut ist zunächst ausgeschlossen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats die Vertretungskörperschaft über jeden ihnen bekannt gewordenen Geschäftsvorgang des Kommunalunternehmens und über alle Inhalte der Sitzungen des Verwaltungsrats zu informieren haben.³⁸⁴ Auch der Gesetzeszweck spricht für eine Beschränkung der Auskunftspflicht: Die Regelung über die Auskunftspflicht soll auch dem Schutz des betroffenen Unternehmens vor einem unbeschränkten Informationsanspruch der Kommune dienen.³⁸⁵ Über andere Angelegenheiten als solche von besonderer Bedeutung müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats die Vertretungskörperschaft also nicht unterrichten. Von besonderer Bedeutung und damit der Vertretungskörperschaft zu berichten sind die grundlegenden Angelegenheiten, über die die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Einwirkungspflichten Kenntnis haben muss.³⁸⁶ Zu berichten ist daher insbesondere über alle Angelegenheiten, bei denen der Trägerkommune ein Weisungsrecht oder Zustimmungsvorbehalt zusteht. Auch Probleme des Kommunalunternehmens bei der Erfüllung der ihm von der Trägerkommune übertragenen Aufgaben sind zu berichten, da die Trägerkommune diese Angaben benötigt, um zur Sicherung der Aufgabenerfüllung Einfluss auf das Kommunalunternehmen ausüben zu können.

Anders als die Unterrichtungspflicht ist das in Brandenburg bestehende Auskunftsrecht der Vertretungskörperschaft nicht auf Angelegenheiten von besonderer Bedeutung beschränkt. Die Vertretungskörperschaft kann also Auskunft über alle Angelegenheiten des Kommunalunternehmens verlangen. Das bedeutet, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats in Brandenburg von sich aus nur über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung berichten müssen; über andere Angelegenheiten müssen sie nur auf Verlangen der Vertretungskörperschaft Bericht erstatten.

Der Wortlaut der Vorschriften schreibt für die Unterrichtung keine bestimmte Form vor. Sie kann durch mündlichen Bericht in einer Sitzung der Vertretungskörperschaft oder eines ihrer Ausschüsse

Abs. 4 GO NW; § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. § 20 Abs. 4 VwVfG (Bund); § 20 Abs. 4 VwVfG LSA; § 106a Abs. 5 i.V.m. § 22 Abs. 4 GO SH.

380 Art. 90 Abs. 2 i.V.m. Art. 49 Abs. 3 BayGO; § 95 Abs. 4 i.V.m. § 22 Abs. 4 BbgKVerf; § 147 Abs. 1 i.V.m. § 41 Abs. 4 NKomVG; § 114a Abs. 11 i.V.m. § 31 Abs. 4 GO NW; § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. § 20 Abs. 4 VwVfG (Bund); § 20 Abs. 4 VwVfG LSA; § 106a Abs. 5 i.V.m. § 22 Abs. 4 GO SH.

381 *BayVGH*, VR 1978, S. 352.

382 § 95 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 7 BbgKVerf; § 138 Abs. 4 NKomVG; § 113 Abs. 5 GO NW.

383 § 95 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 7 BbgKVerf.

384 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 61 (zitiert nach juris).

385 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 56 ff. m.w.N. (zitiert nach juris).

386 *Wefelmeier* in Blum/Baumgarten/Beckhof/Behrens/Göke/Häusler/Menzel/Smollich/Wefelmeier, Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, § 111 NGO Rn. 54.

ebenso erfolgen wie in der Form eines schriftlichen Berichts oder einer schriftlichen Vorlage für eine Sitzung der Vertretungskörperschaft. Die Vertretungskörperschaft entscheidet darüber, in welcher Form sie ihre Informationsrechte gegenüber den Mitgliedern des Verwaltungsrats wahrnehmen will. Es liegt daher in ihrem Ermessen, eine bestimmte Unterrichtsform zu wählen und andere Informationsarten abzulehnen.³⁸⁷ Billigt die Vertretungskörperschaft einen in einer bestimmten Form erstatteten Bericht, ist ihr Informationsanspruch gegen das Mitglied des Verwaltungsrats erfüllt. Besteht die Vertretungskörperschaft auf einer anderen Form der Unterrichtung, muss das Mitglied des Verwaltungsrats Bericht in der verlangten Form erstatten, um den Informationsanspruch der Vertretungskörperschaft zu befriedigen.

Da die Vorschriften über die Auskunftspflichten auch dem Schutz der Eigenständigkeit des Kommunalunternehmens dienen, und die Eigenständigkeit des Unternehmens ungebührlich beeinträchtigt wäre, wenn die Vertretungskörperschaft Einsicht in alle wesentlichen Unterlagen des Unternehmens nehmen dürfte, kann die Vertretungskörperschaft vom Mitglied des Verwaltungsrats nicht verlangen, dass es der Vertretungskörperschaft zur Unterrichtung Unterlagen des Kommunalunternehmens herausgibt oder zur Einsichtnahme vorlegt; eine freiwillige Herausgabe der Unterlagen durch das Mitglied des Verwaltungsrats ist jedoch zulässig.³⁸⁸

Die Unterrichtung muss nicht zwingend gegenüber der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune erfolgen. Vielmehr genügt zur Erfüllung des Informationsanspruchs der Kommune auch die Unterrichtung des Hauptverwaltungsbeamten der Trägerkommune, der dazu verpflichtet ist, die erhaltenen Informationen in geeigneter Weise der Vertretungskörperschaft zu übermitteln. In den Fällen, in denen eine Geheimhaltung der der Kommune übermittelten Informationen rechtlich geboten ist, muss das Mitglied des Verwaltungsrats zur Wahrung der Geheimhaltungsinteressen seinen Bericht sogar an den Hauptverwaltungsbeamten der Trägerkommune übermitteln. Letzterer hat die erhaltenen Informationen in einer der Geheimhaltung genügenden Weise an die Vertretungskörperschaft weiterzuleiten.³⁸⁹

Adressat der Unterrichtungspflicht ist die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune. Die Wahrnehmung seines Informationsanspruchs steht damit dem gesamten Organ Vertretungskörperschaft und nicht seinen einzelnen Mitgliedern zu. Das einzelne Mitglied der Vertretungskörperschaft hat daher keinen eigenen Anspruch darauf, von den Mitgliedern des Verwaltungsrats über die Angelegenheiten des Kommunalunternehmens informiert zu werden.³⁹⁰ Ihm stehen lediglich die aus seiner Mitgliedschaft in der Vertretungskörperschaft folgenden Rechte zu, an Entscheidungen der Vertretungskörperschaft über die Wahrnehmung des Informationsanspruchs teilzunehmen und von der Vertretungskörperschaft über die Inhalte der von den Mitgliedern des Verwaltungsrats erstatteten Berichte in Kenntnis gesetzt zu werden.³⁹¹

cc) Verschwiegenheitspflicht

Die Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder des Verwaltungsrats ist in den Ländern unterschiedlich geregelt.

In Bayern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein haben die Mitglieder der Organe des Kommunalunternehmens über alle vertraulichen Angaben sowie über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Verschwiegenheit

387 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 45 (zitiert nach juris).

388 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 55 ff. m.w.N. (zitiert nach juris).

389 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 49 ff. m.w.N. (zitiert nach juris).

390 *Obermann* in: Schumacher (Hrsg.), *BbgKVerf*, § 97 *BbgKVerf* Anm. 8.

391 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 41, 45, 49 (zitiert nach juris).

zu bewahren. Diese Pflicht gilt auch nach dem Ausscheiden aus den Verwaltungsrat. Sie gilt nicht gegenüber den Organen der Trägerkommune.³⁹²

Der Wortlaut der Regelungen ist – mit geringfügigen sprachlichen Änderungen, die keinen Einfluss auf den Inhalt haben – der Verschwiegenheitspflicht für Mitglieder des Vorstands von Aktiengesellschaften in § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG nachempfunden. Daher kann zur Auslegung auf die Rechtsprechung und das juristische Schrifttum zu § 93 Abs. 1 AktG zurückgegriffen werden.

Die Landesgesetzgeber haben die Geheimnisse des Unternehmens, die der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, in Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse unterteilt. Unter Betriebsgeheimnissen werden technische Informationen, wie z.B. Rezepturen von Produkten, Produktionsverfahren, Forschungsvorhaben, verstanden. Geschäftsgeheimnisse sind die kaufmännischen Informationen über das Unternehmen, wie z.B. Kundenstamm, Beziehungen zu Lieferanten, Marketingstrategie, Schulden und Guthaben des Unternehmens sowie die Planungen zur Unternehmensentwicklung.³⁹³

Nicht jede dieser technischen und kaufmännischen Informationen über das Unternehmen ist ein Geheimnis. Geheimnisse des Unternehmens sind nur solche Tatsachen, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind. Der Verschwiegenheitspflicht unterfallen solche Tatsachen, wenn ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung besteht.³⁹⁴ Dieses objektive Geheimhaltungsinteresse ist im Einzelfall vorhanden, wenn die Geheimhaltung einer Information erforderlich ist, um die gegenwärtige wirtschaftliche und rechtliche Situation des Unternehmens, insbesondere seine Wettbewerbsfähigkeit, seinen Ruf und seine Entwicklungschancen am Markt, nicht zu gefährden. Indizien für das Vorliegen dieses objektiven Geheimhaltungsinteresses sind der geäußerte oder mutmaßliche Wille des Unternehmens, dass die Informationen geheim gehalten werden sollen.³⁹⁵ Bei diesen Indizien handelt es sich um Hilfskriterien für die Ermittlung des Geheimhaltungsinteresses des Unternehmens. Sie ersetzen den Nachweis des objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht vollständig.³⁹⁶

Das bedeutet, dass der subjektive Wille der Organe des Unternehmens, eine Tatsache geheim halten zu wollen, regelmäßig auf ein objektives, vom Willen der Organe unabhängiges Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung hindeutet. Es sind aber auch Fälle möglich, in denen ein objektives Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens fehlt, obwohl ein subjektives Interesse der Organe des Unternehmens an der Geheimhaltung vorliegt. So fehlt es an einem objektiven Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens, wenn die Tatsachen, die nach dem Willen der Organe des Unternehmens geheim gehalten werden sollen, bereits offenkundig sind. Das ist z.B. dann der Fall, wenn über die Tatsachen bereits in den Medien berichtet wurde oder wenn sie einer Vielzahl von Personen außerhalb der Organe des Unternehmens bekannt sind. Dabei muss es sich um konkrete Informationen handeln. Werden von den Medien oder von Personen außerhalb der Organe des Unternehmens dagegen nur bloße Gerüchte weitergegeben, ist der Wahrheitsgehalt der gerüchteweise verbreiteten Informationen noch nicht offenkundig. Das Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung der wahren Tatsachen besteht fort.³⁹⁷ Außerdem besteht trotz eines subjektiven Geheimhaltungswillens der Unternehmensorgane eine Pflicht zur Geheimhaltung nicht, wenn das objektive Interesse des Unternehmens an der Offenlegung von Informationen das objektive Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens überwiegt.³⁹⁸ Das ist u.a. der Fall, wenn die Weitergabe von Geheimnis-

392 § 4 BayKUV; § 4 KUV NW; § 7 AnstVO LSA; § 5 KUVO SH.

393 Hüffer, AktG, § 93 Rn. 7; Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 18.

394 Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 18 m.w.N.

395 Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 18 m.w.N.

396 BGHZ 64, 325 (329).

397 OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.11.2006 - 8 W 388/06 -, Abs. 14 (zitiert nach juris).

398 Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 22.

sen an Berater und Vertragspartner des Unternehmens erforderlich ist, damit diese ihre Aufgabe zum Wohle des Unternehmens erfüllen können. In diesen Fällen überwiegt das Interesse an der Weitergabe von Geheimnissen das objektive Geheimhaltungsinteresse, wenn diejenigen, an die das Geheimnis weitergegeben werden soll, gesetzlich oder vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.³⁹⁹ Zudem hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass in extremen Ausnahmefällen die Wahrung der Interessen der Gesellschaft eine Offenlegung von Geheimnissen als letztes Mittel erforderlich machen kann: Nach der Rechtsauffassung des Gerichts kann eine Erörterung von Geheimnissen des Unternehmens außerhalb des Aufsichtsrats in einem anderen geschlossenen Personenkreis wie z.B. dem Betriebsrat bzw. der Betriebsversammlung oder einem externen Expertengremium oder sogar die öffentliche Bekanntgabe von Geheimnissen zur Wahrung der Interessen des Unternehmens notwendig sein, um Gerüchte entkräften, Missverständnisse ausräumen, Unruhe in der Belegschaft oder Gefahren für das Bild des Unternehmens in der Öffentlichkeit abwehren zu können. Allgemeingültige Kriterien dafür, wann das Interesse des Unternehmens an der Offenlegung das an der Wahrung der Geheimnisse überwiegt, hat der Bundesgerichtshof nicht aufgestellt. Vielmehr muss diese Frage anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls entschieden werden.⁴⁰⁰

Weiterhin unterliegen vertrauliche Angaben des Unternehmens der Verschwiegenheitspflicht. Vertrauliche Angaben sind alle Informationen, bei denen ein Interesse des Unternehmens daran besteht, dass sie Personen außerhalb der Organe des Unternehmens nicht bekannt werden.⁴⁰¹ Zu diesen Informationen zählen nach der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und juristischem Schrifttum auch die gesamten Inhalte der nichtöffentlichen Beratungen des Verwaltungsrats und das Abstimmungsverhalten der einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats in nichtöffentlichen Sitzungen.⁴⁰² Diese Geheimhaltung sei erforderlich, damit der Verwaltungsrat seine Kontrollfunktion gegenüber dem Vorstand wirksam wahrnehmen kann. Nur unter dem Schutz der Verschwiegenheit könnten alle Probleme und Planungen des Unternehmens offen im Aufsichtsrat besprochen werden. Nach herrschender Meinung im juristischen Schrifttum kann ein Interesse an der Geheimhaltung von vertraulichen Angaben auch dann bestehen, wenn diese offenkundig – also Personen außerhalb der Organe des Unternehmens bekannt – sind.⁴⁰³ Z.B. kann die Verschwiegenheit über offenkundige Tatsachen geboten sein, um Spekulationen, die in der Öffentlichkeit aufgrund der offenkundigen Tatsachen entstanden sind und den Ruf oder eine unternehmerische Planung des Unternehmens gefährden können, nicht noch weiter anzukurbeln. In diesem Sinne hat die Rechtsprechung eine Pflicht zur Verschwiegenheit über konkrete Planungen zum Erwerb eines Unternehmens angenommen, obwohl der Vorstand des Unternehmens bereits öffentlich die Absicht bekundet hatte, bisher noch nicht konkretisierte Pläne zur Übernahme eines Unternehmens zu verfolgen. Im konkreten Fall sei die Verschwiegenheit zum Schutz der Interessen des Unternehmens erforderlich gewesen, um den in der Belegschaft kursierenden, den Betriebsfrieden gefährdenden Gerüchten über die Folgen der Übernahme für die Arbeitnehmer nicht noch weitere Nahrung zu geben.⁴⁰⁴ Ein Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens kann sich auch aus einem Interesse Dritter an der Vertraulichkeit der Informationen ergeben, wenn das Unternehmen ein eigenes Interesse an der Geheimhaltung der Informationen hat.⁴⁰⁵ Das können Informationen über Lieferanten und Kunden sein, aber auch z.B. über Bewerber für einen Arbeitsplatz im Unternehmen oder einen Vorstandsposten. Hier können die Dritten ein berechtigtes Interesse an der Vertraulichkeit ihrer dem Unternehmen übermittelten personen- und unternehmensbezogenen Daten haben. Das Unternehmen selbst kann ein Interesse an der Geheimhal-

399 *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 22 m.w.N.

400 *BGHZ* 64, 325 (331).

401 *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 19.

402 So für die (immer nichtöffentlichen) Sitzungen des Aufsichtsrats einer AG *BGHZ* 64, 325 (330) und *Hüffer*, AktG, § 116 Rn. 6 f.

403 *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 19 m.w.N.

404 *OLG Stuttgart*, Beschluss vom 07.11.2006 - 8 W 388/06 -, Abs. 14 ff. (zitiert nach juris).

405 *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 19 m.w.N.

tung dieser Daten haben, um seine Geschäftsbeziehungen zu Kunden und Lieferanten zu schützen und um seinen Ruf bezüglich seines Umgangs mit Bewerbern zu wahren.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats haben Verschwiegenheit über die Geheimnisse und vertraulichen Angaben des Unternehmens gegenüber allen Personen, die nicht einem Organ des Unternehmens – also Vorstand oder Verwaltungsrat – angehören, zu wahren.⁴⁰⁶ Dagegen verbietet die Verschwiegenheitspflicht die Weitergabe von vertraulichen Informationen an Personen im Unternehmen, die nicht einem Organ des Unternehmens angehören, und an Personen außerhalb des Unternehmens. Damit dürfen die Mitglieder des Verwaltungsrats vertrauliche Informationen nicht an die Arbeitnehmer und den Personalrat des Unternehmens weitergeben.⁴⁰⁷

Zudem haben die Landesgesetzgeber die Weitergabe von Geheimnissen und vertraulichen Informationen des Unternehmens an die Organe der Trägerkommune – also Vertretungskörperschaft und Hauptverwaltungsbeamter – von der Verschwiegenheitspflicht freigestellt. Bei der Erfüllung ihrer Unterrichtungspflicht gegenüber den Organen der Trägerkommune⁴⁰⁸ müssen sich die Mitglieder des Verwaltungsrats also nicht auf Angaben beschränken, die nicht der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, sondern können zu Berichtszwecken auch vertrauliche Angaben und Geheimnisse des Unternehmens an die Organe der Trägerkommune weitergeben. Zu beachten ist dabei jedoch, dass die vertraulichen Angaben und Geheimnisse des Kommunalunternehmens ein schützenswertes Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung der unternehmerischen Interna begründen. In allen Bundesländern müssen solche Informationen, an deren Geheimhaltung ein Unternehmen ein schützenswertes Interesse hat, von der Vertretungskörperschaft und ihren Ausschüssen in nichtöffentlicher Sitzung behandelt werden.⁴⁰⁹ Daher sind Berichte an die Vertretungskörperschaft von den Mitgliedern des Verwaltungsrats von der Vertretungskörperschaft in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln.⁴¹⁰ Um die Geheimhaltungsinteressen des Kommunalunternehmens zu wahren, haben die Mitglieder des Verwaltungsrats ihre Berichte zunächst gegenüber dem Hauptverwaltungsbeamten zu erstatten. Dieser hat dafür zu sorgen, dass die Berichte in der Geheimhaltung genügender Weise an die Vertretungskörperschaft gelangen.⁴¹¹ Er hat ggfs. auf einen Ausschluss der Öffentlichkeit hinzuwirken, wenn Berichte mit vertraulichem Inhalt in der Vertretungskörperschaft oder einem ihrer Ausschüsse behandelt werden sollen.

Die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht gilt nur für die Weitergabe von Informationen an die Organe der Trägerkommune. Gesetzliche Organe der Kommune sind nach den Kommunalgesetzen aller Länder nur die Vertretungskörperschaft und der Hauptverwaltungsbeamte. Die Fraktionen der Vertretungskörperschaft haben nicht den rechtlichen Status von Organen. Damit verbietet es die Verschwiegenheitspflicht den Mitgliedern des Verwaltungsrats, vertrauliche Angaben und Geheimnisse des Kommunalunternehmens an die Fraktionen der Vertretungskörperschaft weiterzugeben.⁴¹²

Der brandenburgische Gesetzgeber hat für die Mitglieder des Verwaltungsrats die Vorschriften über die Verschwiegenheitspflicht für anwendbar erklärt, die für die Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse gelten.⁴¹³ Die Gesetzgeber in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz haben in den Kommunalgesetzen keine speziellen Regelungen zur Verschwiegenheitspflicht von Mitgliedern des Verwaltungsrats von Kommunalunternehmen normiert. In diesen Län-

406 So für Ausschluss der Verschwiegenheitspflicht zwischen den Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat einer AG *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 21.

407 So für den Vorstand einer AG *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 21.

408 Vgl. hierzu oben unter B) II) 3.) b) bb).

409 Vgl. zum Ausschluss der Öffentlichkeit bei Sitzungen der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse oben unter B) I) 2.) b) cc).

410 *Schraml* in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 158.

411 VG *Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 49 ff. m.w.N. (zitiert nach juris).

412 VG *Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 49 (zitiert nach juris).

413 § 95 Abs. 6 i.V.m. § 21 BbgKVerf.

dem gelten die allgemeinen Regeln der Verwaltungsverfahrensgesetze zur Verschwiegenheitspflicht ehrenamtlich Tätiger auch für Mitglieder des Verwaltungsrats.⁴¹⁴

§ 84 VwVfG, der in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz auf Mitglieder des Verwaltungsrats anzuwenden ist, hat im Wesentlichen den gleichen Inhalt wie § 21 BbgKVerf, sodass in allen drei Ländern für die Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder des Verwaltungsrats von Kommunalunternehmen im Ergebnis die gleiche Rechtslage gilt. Da die Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder des Verwaltungsrats in den drei Ländern damit der Verschwiegenheitspflicht für Mitglieder der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune und deren Ausschüssen entspricht, kann zur Erläuterung der den Mitgliedern des Verwaltungsrats obliegenden Verschwiegenheitspflicht auf das oben zur Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse Gesagte verwiesen werden.⁴¹⁵

dd) Ablieferungspflicht

In Brandenburg und Niedersachsen haben die Mitglieder des Verwaltungsrats die ihnen vom Kommunalunternehmen gewährten Vergütungen und Entschädigungen an die Kommune abzuführen, soweit sie über das Maß einer angemessenen Entschädigung hinausgehen.⁴¹⁶

In Brandenburg sollen die Höhe der angemessenen Entschädigung und der Abführung durch Satzung geregelt werden. In Niedersachsen setzt die Vertretungskörperschaft die Höhe der angemessenen Entschädigung fest; dies muss nicht in der Rechtsform einer Satzung erfolgen, die Vertretungskörperschaft kann mithin auch durch einfachen Beschluss über die Höhe der angemessenen Entschädigung entscheiden.

Bei dieser Rechtslage haben die Mitglieder des Verwaltungsrats nicht die Pflicht, die gesamten Aufwandsentschädigungen, die ihnen vom Kommunalunternehmen gewährt werden, an die Trägerkommune abzuführen. Vielmehr können sie die Aufwandsentschädigungen in der Höhe behalten, die der von der Vertretungskörperschaft festgesetzten angemessenen Entschädigung entspricht. Nur den Teil der Aufwandsentschädigung, der über der Höhe einer angemessenen Entschädigung liegt, ist an die Trägerkommune abzuführen.

Bei der Festsetzung der Höhe der angemessenen Entschädigung, die nicht abgeführt werden muss, haben die Trägerkommunen einen weiten Ermessensspielraum. Dies ermöglicht es der Kommune, bei der Festsetzung der Höhe der angemessenen Entschädigung die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Dabei gilt, dass die angemessene Entschädigung umso höher bemessen werden kann, je komplexer und arbeitsintensiver die Tätigkeit im Verwaltungsrat ist. Bei kleinen Kommunalunternehmen wird sich die Tätigkeit nach Schwierigkeitsgrad und Arbeitsaufwand kaum wesentlich von der Tätigkeit in der Vertretungskörperschaft und ihren Ausschüssen unterscheiden, sodass eine Entschädigung angemessen sein dürfte, deren Höhe in etwa der durch Gesetz oder Satzung festgesetzten angemessenen Entschädigung für Mitglieder der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune entspricht⁴¹⁷. Bei größeren Kommunalunternehmen mit komplexen Strukturen und einer großen Anzahl von Geschäftsvorgängen steigen Arbeitsaufwand und Schwierigkeitsgrad der Tätigkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats deutlich an. Damit ist eine Entschädigung, die über den Sätzen für die Tätigkeit in der Vertretungskörperschaft liegt, angemessen.

In den übrigen Ländern steht es den Kommunen mangels entgegenstehender gesetzlicher Regelungen frei, eine Ablieferungspflicht durch Satzung zu begründen. Schaffen die Kommunen in diesen

414 § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 84 VwVfG (Bund); § 1 Abs. 1 VwVfG RP i.V.m. § 84 VwVfG (Bund).

415 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) b) dd).

416 § 95 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 8 BbgKVerf; § 138 Abs. 7, 8 NKomVG.

417 Vgl. zur angemessenen Entschädigung für Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse oben unter B) I) 3.) a) ff).

Ländern eine entsprechende Satzungsbestimmung nicht, sind die Mitglieder des Verwaltungsrats zur Abführung von Vergütungen an die Trägerkommune nicht verpflichtet.

ee) Haftung und Haftungsfreistellung

Für die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats sind drei Rechtsverhältnisse zu unterscheiden: Schadensersatzpflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats können sich ergeben gegenüber der Trägerkommune, dem Kommunalunternehmen und gegenüber Dritten.

aaa) Haftung gegenüber der Trägerkommune

Die Mitglieder des Verwaltungsrats, die von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune bestellt wurden, üben ihr Amt im Verwaltungsrat als ehrenamtliche Vertreter der Trägerkommune aus. Als ehrenamtlich für die Trägerkommune Tätige unterliegen sie den in den Kommunalgesetzen einiger Länder enthaltenen Regeln zur Haftung ehrenamtlich Tätiger gegenüber der Kommune.

In Bayern und Brandenburg haben ehrenamtlich Tätige der Kommune diejenigen Schäden zu ersetzen, die sie der Kommune durch eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen.⁴¹⁸

Die Kommunalgesetze der übrigen Länder, die Kommunalunternehmen in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts zulassen, enthalten keine Schadensersatzansprüche der Kommunen gegenüber ehrenamtlich Tätigen. Dies gilt auch für Nordrhein-Westfalen. Zwar regelt dort § 43 Abs. 4 GO NW einen Schadensersatzanspruch der Kommune. Dieser umfasst aber nicht die Haftung für die Verletzung von Pflichten, die den Mitgliedern des Verwaltungsrats gegenüber der Kommune obliegen, da er sich ausschließlich gegen die Mitglieder der Vertretungskörperschaft richtet und nur Schäden erfasst, die die Mandatsträger der Kommune durch einen Beschluss der Vertretungskörperschaft zufügen.

Damit richtet sich die Haftung der von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune bestellten Mitglieder des Verwaltungsrats gegenüber der Trägerkommune nach den allgemein für ehrenamtlich Tätige geltenden Regeln, die bereits bei der Haftung von Mitgliedern der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse erläutert wurden⁴¹⁹. Diese Ausführungen gelten für die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats entsprechend.

Nach dieser Rechtslage haften die Mitglieder des Verwaltungsrats gegenüber der Trägerkommune für die Schäden, die sie der Kommune durch eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung der Pflicht, die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung zu unterrichten⁴²⁰, zufügen. Dies verdeutlicht der folgende Beispielfall: Nach der Unternehmenssatzung muss die Vertretungskörperschaft allen Finanzanlagegeschäften des Kommunalunternehmens zustimmen, bei denen das Risiko des Verlusts des eingesetzten Kapitals besteht. Die Mitglieder des Verwaltungsrats des Kommunalunternehmens erfahren in einer Sitzung vom Vorstand, dass dieser beabsichtigt, die gesamten Einnahmen, die innerhalb der nächsten drei Monate nicht wieder ausgegeben werden müssen, in spekulativen Wertpapieren anzulegen, um die Gewinne des Unternehmens zu steigern. Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden vom Vorstand über die anzulegende Summe und die möglichen Risiken einer ungünstigen Kursentwicklung der Wertpapiere informiert. Kein Mitglied des Verwaltungsrats informiert die Organe der Trägerkommune über das Vorhaben des Vorstands. Der Vorstand tätigt das riskante Geschäft. Da der Kurs der Wertpapiere stark fällt, verliert das Kommunalunternehmen bei dem Geschäft über die Hälfte des eingesetzten Kapitals. Dieser Verlust führt dazu, dass das Unternehmen am Jahresende keine Gewinne an die Trägerkommune abführen kann. Ohne dieses Geschäft wäre ein Gewinn abgeführt worden. Dass die Mitglieder des Verwaltungsrats die Organe der Kommune nicht über das vom Vorstand geplante Geschäft informieren, stellt einen Verstoß gegen ihre Pflicht, die Organe der Trägerkommune über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung zu unterrichten, dar, da ein riskantes Geschäft, das

418 Art. 20 Abs. 4 BayGO i.V.m. Art. 49 Abs. 1 BayKWBG; § 25 Abs. 1 BbgKVerf.

419 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) b) ee) bbb).

420 Vgl. zur Unterrichtungspflicht oben unter B) II) 3.) b) bb).

die Gewinnziele des Unternehmens gefährden kann, eine Angelegenheit von besonderer Bedeutung ist, über die die Mitglieder des Verwaltungsrats die Organe der Kommune zu unterrichten haben. Da den Mitgliedern des Verwaltungsrats die Risiken und der Umfang der Investition bekannt waren, waren sie auch dazu in der Lage, die Gefährdung des Gewinnziels des Unternehmens zu erkennen. Es war ihnen damit unschwer möglich, zu erkennen, dass sie der Kommune über das Vorhaben des Vorstands zu informieren haben. Der Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht stellt damit eine besonders schwerwiegende Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dar; die Pflichtverletzung geschah damit mindestens grob fahrlässig. Aus dieser Pflichtverletzung ist der Kommune ein Schaden entstanden: Hätten die Mitglieder des Verwaltungsrats die Organe der Trägerkommune rechtzeitig vom geplanten Geschäft informiert, hätte die Vertretungskörperschaft von ihrem Zustimmungsvorbehalt Gebrauch gemacht und den Abschluss des riskanten Geschäfts verhindert. In diesem Falle hätte die Kommune Gewinne vom Unternehmen ausgeschüttet bekommen. Da der Kommune wegen des Abschlusses des riskanten Geschäfts Gewinne in dieser Höhe entgangen sind, ist ihr durch die Pflichtverletzung der Mitglieder des Verwaltungsrats ein Schaden in Höhe der ohne das riskante Geschäft möglichen Jahresgewinne entstanden. Die Mitglieder des Verwaltungsrats haften der Kommune als Gesamtschuldner für diesen Schaden.

Exkurs:

In Bayern, Brandenburg und Nordrhein-Westfalen haften auch die Mitglieder der Vertretungskörperschaft der Kommune für Schäden, die der Kommune aus einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verletzung der den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft obliegenden Pflichten entstehen; in Nordrhein-Westfalen greift diese Haftung nur, sofern der Schaden durch einen Beschluss der Vertretungskörperschaft entstanden ist.⁴²¹ Die Haftung ergibt sich aus den Vorschriften, die bereits bei der Haftung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft für Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit kommunalen Eigenbetrieben besprochen wurden. Auf die obigen Darlegungen zu diesen Vorschriften⁴²² kann zur Erläuterung der Haftung für Pflichtverletzungen durch die Mitglieder der Vertretungskörperschaft für Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Angelegenheiten des Kommunalunternehmens verwiesen werden.

Verdeutlicht sei diese Haftung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft an einer Abwandlung des obigen Beispielfalls: Anders als im obigen Fall haben die Mitglieder des Verwaltungsrats nicht gegen ihre Unterrichtungspflicht verstoßen und die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune rechtzeitig über das vom Vorstand geplante riskante Finanzgeschäft, sein Volumen und die Risiken unterrichtet. Die Vertretungskörperschaft berät über das Geschäft und beschließt mit den Stimmen der Mehrheitsfraktion gegen die Stimmen der Minderheitsfraktionen, dem Geschäft zuzustimmen. Mit diesem Beschluss haben diejenigen Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die dem Beschluss zugestimmt haben, gegen die ihnen obliegende Pflicht, unangemessene Risiken für den Haushalt der Kommune zu vermeiden, verstoßen. Da sie über den Umfang und die Risiken des Geschäfts informiert waren, fällt ihnen ebenso wie den Mitgliedern des Verwaltungsrats im obigen Ausgangsfall mindestens grobe Fahrlässigkeit zur Last. Wie im obigen Ausgangsfall besteht der Schaden, der der Kommune durch die Pflichtverletzung entstanden ist, in dem Gewinn, den das Kommunalunternehmen an die Kommune abgeführt hätte, wenn das riskante Geschäft nicht getätigt worden wäre. Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die dem Beschluss zugestimmt haben, haften für den Schaden als Gesamtschuldner; die Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die dem Beschluss nicht zugestimmt haben, haften für den Schaden nicht, da ihnen keine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist.

421 Art. 20 Abs. 4 BayGO i.V.m. Art. 49 Abs. 1 BayKWBG; § 25 Abs. 1 BbgKVerf; § 43 Abs. 4 Buchst. a) GO NW.

422 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) b) ee) bbb).

bbb) Haftung gegenüber dem Kommunalunternehmen

In zwei Bundesländern gelten Regelungen zur Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats gegenüber dem Kommunalunternehmen.

In Brandenburg erklärt § 95 Abs. 6 BbgKVerf für die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats gegenüber dem Kommunalunternehmen § 25 BbgKVerf für entsprechend anwendbar. Letztere Norm regelt die Haftung der ehrenamtlich Tätigen für Pflichtverletzungen gegenüber der Kommune. Durch den Verweis des § 95 Abs. 6 BbgKVerf haften die Mitglieder des Verwaltungsrats für Pflichtverletzungen dem Kommunalunternehmen gegenüber unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen nach § 25 BbgKVerf ehrenamtlich Tätige der Kommune gegenüber für Pflichtverletzungen haften: Verstößt ein Mitglied des Verwaltungsrats vorsätzlich oder grob fahrlässig gegen eine ihm obliegende Pflicht, hat es dem Kommunalunternehmen den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

Für Nordrhein-Westfalen ist die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats gegenüber dem Kommunalunternehmen in § 2 Abs. 4 KUV NW geregelt. Nach dieser Vorschrift gilt für die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats § 43 Abs. 4 GO NW, der die Haftung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft gegenüber der Kommune regelt, entsprechend, wenn dem Kommunalunternehmen infolge eines Beschlusses des Verwaltungsrats ein Schaden entsteht. Nach letzterer Vorschrift haften die Mitglieder des Verwaltungsrats für Schäden, die dem Kommunalunternehmen durch einen Beschluss des Verwaltungsrats entstehen, wenn sie grob fahrlässig oder vorsätzlich ihre Pflichten verletzt haben [§ 43 Abs. 4 Buchst. a) GO NW], wenn sie bei der Beschlussfassung mitgewirkt haben, obwohl ein Mitwirkungsverbot bestand und ihnen der Ausschließungsgrund bekannt war [§ 43 Abs. 4 Buchst. b) GO NW] und wenn sie der Bewilligung von Aufwendungen und Auszahlungen zugestimmt haben, für die das Gesetz oder die Haushaltssatzung eine Ermächtigung nicht vorsieht, wenn nicht gleichzeitig die erforderlichen Deckungsmittel bereitgestellt werden [§ 43 Abs. 4 Buchst. c) GO NW].

Diese Rechtslage entspricht der für die Haftung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft, die bereits oben bei der Haftung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses im Zusammenhang mit den kommunalen Eigenbetrieben besprochen wurde⁴²³. Zur Erläuterung der Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats gegenüber dem Kommunalunternehmen kann auf diese obigen Ausführungen verwiesen werden.

ccc) Haftung gegenüber Dritten und Regress gegenüber dem Unternehmen

Für die Haftung des Kommunalunternehmens und der Mitglieder des Verwaltungsrats gegenüber Dritten gelten die Haftungsregeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ob das Kommunalunternehmen Regress bei den Mitgliedern des Verwaltungsrats nehmen kann, wenn es Dritten Ersatz für Schäden geleistet hat, die von den Mitgliedern des Verwaltungsrats verursacht wurden, beurteilt sich ebenfalls nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Ausgleich unter den Gesamtschuldern.

Die Haftungs- und Regressregeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurden bereits oben für die Haftung von Kommune und Mitgliedern der Vertretungskörperschaft im Zusammenhang mit kommunalen Eigenbetrieben erläutert.⁴²⁴ Auf diese Erläuterungen kann für die Darstellung der Haftung von Kommunalunternehmen und Mitgliedern des Verwaltungsrats sowie für den Regress verwiesen werden.

ddd) Haftungsfreistellung durch die Kommune

Die Länder Brandenburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen gewähren den Mitgliedern des Verwaltungsrats gegen die Trägerkommune einen Anspruch auf Haftungsfreistellung: Wird ein Mitglied des Verwaltungsrats aus seiner Tätigkeit für das Kommunalunternehmen haftbar gemacht, so hat ihm die Kommune den Schaden zu ersetzen. Diese Haftungsfreistellung gilt nicht, wenn das Mitglied des Verwaltungsrats den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat. Die Kommune hat vorsätzlich und grob fahrlässig verursachte Schäden auch dann zu ersetzen, wenn das

423 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) b) ee) bbb).

424 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

Mitglied des Verwaltungsrats auf Weisung der Vertretungskörperschaft der Kommune gehandelt hat.⁴²⁵

Die Haftungsfreistellung greift für Schäden ein, die das Mitglied des Verwaltungsrats im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit im Verwaltungsrat verursacht hat. Vor ihr umfasst sind sowohl Ersatzansprüche des Kommunalunternehmens als auch Ansprüche Dritter.

Haftungsfreistellung bedeutet, dass das Mitglied des Verwaltungsrats von der Trägerkommune den Betrag ersetzt verlangen kann, den es dem Kommunalunternehmen oder einem Dritten aufgrund eines Schadensersatzanspruchs leisten musste. Insofern bleibt das Mitglied des Verwaltungsrats zwar Schuldner der Ersatzansprüche für die von ihm verursachten Schäden. Es bleibt verpflichtet, dem Kommunalunternehmen oder dem Dritten Schadensersatz zu leisten. Es kann aber von der Kommune Regress in Höhe des von ihm geleisteten Schadensersatzes verlangen.

Der Anspruch auf Haftungsfreistellung besteht nicht, wenn das Mitglied des Verwaltungsrats den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat. Damit findet eine Haftungsfreistellung nur statt, wenn das Mitglied des Verwaltungsrats bei seiner Tätigkeit den Schaden leicht fahrlässig verursacht hat.⁴²⁶ Ausnahmsweise hat das Mitglied des Verwaltungsrats auch bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Handeln einen Anspruch auf Haftungsfreistellung gegen die Kommune. Dies ist der Fall wenn das Mitglied des Verwaltungsrats bei der Verursachung des Schadens auf Weisung der Vertretungskörperschaft der Kommune gehandelt hat. Diese Regelung ist angemessen, da es dem Mitglied des Verwaltungsrats wegen der bindenden Weisung der Vertretungskörperschaft unmöglich war, rechtmäßig zu handeln und den Schaden zu vermeiden. Daher soll die Verantwortung für den Ersatz des Schadens letzten Endes bei der Kommune, deren Organ die Weisung erteilt hat, liegen.

c) Notwendige Qualifikation der Mitglieder des Verwaltungsrats

Gesetzlich ist nicht bestimmt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats eine bestimmte Qualifikation haben müssen. Jedoch sprechen Gründe der praktischen Vernunft dafür, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats über bestimmte Kenntnisse verfügen: Zum einen bedürfen sie zumindest grundlegender Kenntnisse ihrer Rechte, um diese zur Kontrolle der Tätigkeit des Vorstands nutzen zu können. Weiterhin benötigen sie wirtschaftliche und rechtliche Grundkenntnisse, um die Recht- und Zweckmäßigkeit der Handlungen des Vorstands beurteilen zu können und um mögliche Haftungsrisiken zu vermeiden.

Unerlässlich sind insbesondere Kenntnisse über die Aufgaben und Rechte der Organe der Trägerkommune und des Kommunalunternehmens bei der Leitung und Beaufsichtigung des Unternehmens. Diese sind erforderlich, um alle Befugnisse bei der Kontrolle der Tätigkeit des Vorstands des Kommunalunternehmens einsetzen zu können. Auch sollten alle Mitglieder des Verwaltungsrats grundlegende Kenntnisse über ihre Rechte haben, um sie bei der Kontrolle des Vorstands ausüben zu können.

Zur effektiven Kontrolle des Kommunalunternehmens sollten die Mitglieder des Verwaltungsrats die ihnen vom Vorstand vorgelegten Berichte und Bilanzen ohne fremde Hilfe verstehen und inhaltlich beurteilen zu können. Dazu erforderlich sind Kenntnisse, um die Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und die Risikopotenziale betrieblicher Entscheidungen abschätzen zu können. Nur mit diesen Kenntnissen sind die Mitglieder des Verwaltungsrats dazu in der Lage, wirtschaftlich und rechtlich riskante Entscheidungen des Vorstands zu erkennen und zu verhindern. Ebenso erforderlich ist, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats Wirtschaftspläne und Jahresab-

425 § 95 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 6 BbgKVerf; § 138 Abs. 6 NKomVG; § 113 Abs. 6 GO NW.

426 Vgl. die Erläuterungen zu den Begriffen Vorsatz, grobe und leichte Fahrlässigkeit oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

schlüsse des Kommunalunternehmens wenigstens so weit verstehen können, dass sie Fehler und wirtschaftliche Fehlentwicklungen erkennen können.

Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats so vertiefte Kenntnisse haben, um die Bilanzfehler und wirtschaftlichen Schwierigkeiten in vollem Umfang selbst einschätzen zu können. Es genügen Kenntnisse, die es ermöglichen, Zweifel an den Angaben des Vorstands zu wecken. Zur weiteren Beurteilung, ob tatsächlich unrichtige Angaben im Jahresabschluss oder wirtschaftliche Fehlentwicklungen vorliegen, können dann Sachkundige hinzugezogen werden. Dabei sollte es sich um Wirtschaftsprüfer oder Anwälte handeln, die einer beruflichen Schweigepflicht unterliegen. Da im Wirtschaftsplan des Kommunalunternehmens für solche Beratungen keine Mittel eingestellt sind, sollten hierfür Fraktionsmittel eingeplant werden.

Zur Vermeidung von Haftungsrisiken müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats die Grundzüge ihrer Rechte und Pflichten kennen. Hierzu gehören vor allem Grundkenntnisse über die ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten, damit die Mitglieder des Verwaltungsrats diese nicht unbewusst – und damit fahrlässig – verletzen.

Mitglieder des Verwaltungsrats, die noch nicht über die vorstehend dargestellten Grundkenntnisse verfügen, sollten diese möglichst schnell erwerben. Dies schon, um Haftungsrisiken zu entgehen. Daher sollten neu in den Verwaltungsrat Gewählte sofort nach der Wahl Fortbildungsveranstaltungen besuchen. Sofern diese nicht durch die Trägerkommune oder das Kommunalunternehmen angeboten werden⁴²⁷, sollten die Mitglieder des Verwaltungsrats nach Angeboten des Städte- und Gemeindebunds oder des Deutschen Städtetags suchen. Wenn auch von dieser Seite keine Angebote vorliegen, sollten die Fraktionen eigene Fortbildungsveranstaltungen organisieren.

III) Sparkassen

Eine besondere Form kommunaler Unternehmen sind Sparkassen. Deren Rechtsstellung ist in allen Ländern in besonderen Sparkassengesetzen und -verordnungen geregelt.

1.) Rechtsform, Trägerschaft und Rechtsverhältnisse der Sparkasse

a) Träger, Rechtspersönlichkeit und Aufgabe der Sparkasse

Sparkassen können von Gemeinden, Landkreisen und kommunalen Zweckverbänden gegründet werden.⁴²⁸ Sie haben die Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts.⁴²⁹ Aus dieser Rechtsform folgt, dass die Sparkasse eine eigene, von der der Kommune verschiedene Rechtspersönlichkeit hat; die Sparkasse ist selbst Träger von Rechten und Pflichten, kann Rechtsgeschäfte in eigenem Namen abschließen und selbst klagen und verklagt werden. Die kommunalen Körperschaften, die die Sparkasse gegründet haben, sind Träger der Sparkasse.

Die Aufgaben der Sparkassen werden in den Sparkassengesetzen aller Länder im Wesentlichen inhaltsgleich festgelegt. Sparkassen haben die Aufgabe, auf der Grundlage der Markt- und Wettbewerbserfordernisse vorrangig auf dem Gebiet ihrer Träger den Wettbewerb zu stärken und die ange-

427 Vgl. zu Fortbildungsveranstaltungen der Trägerkommunen oben unter B) I) 3.) a) gg) und zu Fortbildungsveranstaltungen des Kommunalunternehmens oben unter B) II) 3.) a) ee).

428 § 2 Abs. 1 SpG BW; Art. 1 Abs. 1 BaySpkG; § 1 Abs. 2 BbgSpkG; § 1 Abs. 2 HSparkG; § 1 Abs. 2 SpkG M-V; § 1 Abs. 1 NSpG; § 1 Abs. 1 SpkG NW; § 1 Abs. 2 SpkG RP; § 1 Abs. 1 SaarlSpG; § 1 Abs. 2 SächsGörKrI; § 1 Abs. 1 SpkG LSA; § 1 Abs. 2 SparkG SH; § 1 Abs. 2 ThürSpkG.

429 § 1 SpG BW; Art. 3 BaySpkG; § 1 Abs. 1 BbgSpkG; § 1 Abs. 1 HSparkG; § 1 Abs. 1 SpkG M-V; § 3 NSpG; § 1 Abs. 1 SpkG NW; § 1 Abs. 1 SpkG RP; § 1 Abs. 1 SaarlSpG; § 1 Abs. 1 SächsGörKrI; § 1 Abs. 2 SpkG LSA; § 1 Abs. 1 SparkG SH; § 1 Abs. 1 ThürSpkG.

messene und ausreichende Versorgung der Bevölkerung, der Wirtschaft, insbesondere des Mittelstands, und der öffentlichen Hand mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen sicherzustellen. Dies dient der Unterstützung der Kommunen bei der Erfüllung ihrer wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Aufgaben. Zudem sollen die Sparkassen den Sparsinn und die Vermögensbildung der Bevölkerung fördern.⁴³⁰

b) Anstaltsträgerschaft

Das Rechtsverhältnis zwischen der Sparkasse und der Körperschaft, die sie gegründet hat, wird als Trägerschaft bezeichnet. Die Landesgesetzgeber haben den Trägern bestimmte Befugnisse eingeräumt, mit denen sie Einfluss auf die Sparkasse nehmen können. Die erste dieser Befugnisse ist, dass die Vertretungskörperschaften der Trägerkommunen Mitglieder in den Verwaltungsrat der Sparkasse entsenden.⁴³¹ Die zweite Befugnis zur Einflussnahme auf die Sparkasse besteht darin, dass die Gesetzgeber der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune die Zuständigkeit für Entscheidungen über bestimmte Angelegenheiten der Sparkasse übertragen haben.⁴³²

Die Kommunen sind als Träger dazu verpflichtet, die Anstaltslast der Sparkasse zu tragen. Das bedeutet, dass der Träger die Sparkasse bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen hat; die Anstaltslast verpflichtet den Träger jedoch nicht dazu, der Sparkasse die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Geldmittel zur Verfügung zu stellen. Dem entsprechend hat die Sparkasse aus der Anstaltslast keinen Anspruch darauf, dass ihr der Träger Geldmittel zur Verfügung stellt.⁴³³

Bis vor einigen Jahren gehörte zur Anstaltslast die sog. Gewährträgerhaftung: Diese verpflichtete die Trägerkommune dazu, Dritten gegenüber für Verbindlichkeiten der Sparkasse zu haften, soweit der Dritte seine Forderung nicht aus dem Vermögen der Sparkasse befriedigen konnte. Die EG-Kommission hat die zutreffende Ansicht vertreten, dass diese Gewährträgerhaftung eine staatliche Beihilfe der Trägerkommunen an die Sparkassen darstelle, die gegen das Verbot staatlicher Beihilfen des Art. 107 Abs. 1 AEUV verstoße.⁴³⁴ Die Gesetzgeber der Länder haben sich dieser Auffassung angeschlossen. Zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV haben sie in allen Bundesländern die Gewährträgerhaftung abgeschafft und durch Bestimmungen ersetzt, nach denen die Sparkasse für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen haftet, die Trägerkommune jedoch nicht für Verbindlichkeiten der Sparkasse haftet.⁴³⁵

c) Aufgaben und Befugnisse von Trägerkommune und Sparkasse

Die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune erlässt die Sparkassensatzung, in der die Rechtsverhältnisse der Sparkasse geregelt werden.⁴³⁶ Unterschiedlich ist in den einzelnen Ländern geregelt, wer für Änderungen der Sparkassensatzung zuständig ist: In einigen Ländern beschließt die

430 § 6 SpG BW; Art. 2 BaySpkG, § 1 BaySpkO; § 2 BbgSpkG; § 2 HSparkG; § 2 SpkG M-V; § 4 NSpG; § 2 SpkG NW; § 2 SpkG RP; § 2 SaarlSpG; § 2 SächsGörKrI; § 2 SpkG LSA; § 2 SparkG SH; § 2 ThürSpkG.

431 Vgl. zu den Einzelheiten der Bestellung von Mitgliedern des Verwaltungsrats durch die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune unten unter B) III) 2.) b) aa).

432 Vgl. zu den Zuständigkeiten der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune unten unter B) III) 2.) c).

433 § 8 Abs. 4 SpG BW; Art. 4 Abs. 2 BaySpkG; § 3 Abs. 3 BbgSpkG; § 3 Abs. 2 HSparkG; § 3 Abs. 3 SpkG M-V; § 5 Abs. 1 NSpG; § 7 Abs. 2 SpkG NW; § 3 Abs. 2 SpkG RP; § 5 Abs. 1 SaarlSpG; § 3 Abs. 2 SächsGörKrI; § 3 Abs. 1 SpkG LSA; § 4 Abs. 2 SparkG SH; § 3 Abs. 1 ThürSpkG.

434 Vgl. zur Begründung dieser Ansicht oben unter B) II) 1.) b).

435 § 8 Abs. 5 SpG BW; Art. 4 Abs. 3 BaySpkG; § 3 Abs. 1 BbgSpkG; § 3 Abs. 3 HSparkG; § 3 Abs. 1 SpkG M-V; § 5 Abs. 2 NSpG; § 7 Abs. 2 SpkG NW; § 3 Abs. 1 SpkG RP; § 5 Abs. 2 SaarlSpG; § 3 Abs. 1 SächsGörKrI; § 3 Abs. 2 SpkG LSA; § 4 Abs. 3 SparkG SH; § 3 Abs. 2 ThürSpkG.

436 § 7 SpG BW; Art. 21 Abs. 1 BaySpkG; § 4 Abs. 3 BbgSpkG; § 10 Abs. 1 HSparkG; § 4 Abs. 3 SpkG M-V; § 6 Abs. 2 NSpG; § 6 Abs. 2 SpkG NW; § 4 Abs. 2 SpkG RP; § 4 Abs. 1 SaarlSpG § 6 Abs. 2 Nr. 5 SächsGörKrI; § 4 Abs. 3 SpkG LSA; § 3 Abs. 1 SparkG SH; § 5 Abs. 3 ThürSpkG.

Vertretungskörperschaft der Trägerkommune über Änderungen der Sparkassensatzung⁴³⁷, womit der Kommune der bestimmende Einfluss auf den Inhalt der Satzung und damit auf die Rechtsverhältnisse der Sparkasse verbleibt. In anderen Ländern beschließt der Verwaltungsrat der Sparkasse über Änderungen der Satzung; damit der Trägerkommune ein maßgeblicher Einfluss auf den Inhalt der Satzung verbleibt, bedürfen Satzungsänderungen der Zustimmung der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune.⁴³⁸

Mangels gesetzlicher Regelung muss in Hessen die Sparkassensatzung die Befugnis zur Änderung der Satzung regeln.

Anders als die bei Kommunalunternehmen in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts der Fall ist, werden der Sparkasse keine Aufgaben der Trägerkommune zur Erledigung übertragen. Vielmehr erledigt die Sparkasse eigene, ihr durch Gesetz zugewiesene Aufgaben.⁴³⁹ Diese eigenen Aufgaben nehmen die Sparkassen in eigener Verantwortung durch ihre Organe wahr; die Trägerkommunen und ihre Organe haben bezüglich der von den Sparkassen in eigener Verantwortung erledigten Aufgaben keine Kompetenzen.⁴⁴⁰ Damit haben die Organe der Trägerkommune keine Entscheidungskompetenzen und Auskunftsansprüche gegenüber der Sparkasse bezüglich der eigenen Angelegenheiten der Sparkasse.

Bei dieser Rechtslage stehen den Organen der Trägerkommune Entscheidungsbefugnisse nur zu, wenn und soweit sie ihnen durch die Sparkassengesetze der Länder ausdrücklich eingeräumt sind.⁴⁴¹ Um der Trägerkommune einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit der Sparkasse zu ermöglichen, enthalten die Sparkassengesetze der meisten Länder Bestimmungen, mit denen der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune die Befugnis zur Entscheidung über bestimmte Angelegenheiten zugewiesen wird; teilweise bedürfen auch Entscheidungen des Verwaltungsrats der Sparkasse über bestimmte Angelegenheiten der Zustimmung der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune.⁴⁴² Über diese gesetzlich geregelten Entscheidungsbefugnisse und Zustimmungsvorbehalte hinaus stehen der Trägerkommune keine Befugnisse zur Regelung der Angelegenheiten der Sparkasse zu.

2.) Die Verteilung der Kompetenzen zur Steuerung und Kontrolle von Sparkassen zwischen den Organen der Sparkasse und der Trägerkommune

Organe der Sparkasse sind der Vorstand und der Verwaltungsrat.⁴⁴³ Zwischen diesen sind die Aufgaben und Befugnisse bei der Leitung der Sparkasse aufgeteilt. Zudem haben in den meisten Ländern die Vertretungskörperschaften der Trägerkommunen einige Entscheidungsbefugnisse und Zustimmungsvorbehalte. Die Verteilung der Befugnisse zwischen diesen Organen ist am Niveau demokratischer Legitimation der einzelnen Organe orientiert. Damit gestaltet die Kompetenzverteilung die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Demokratieprinzips an die Legitimation von Entscheidungsträgern einfachgesetzlich aus.

437 § 6 Abs. 2 Nr. 4 BbgSpkG; § 4 Abs. 3 SpKG M-V; § 10 Abs. 2 NSpG; § 8 Abs. 2 Buchst. d) SpkG NW; § 4 Abs. 2 SpkG RP; § 6 Abs. 2 Nr. 5 SächsGörKrI; § 4 Abs. 3 SpkG LSA; § 5 Abs. 2 Nr. 2 SparkG SH; § 5 Abs. 3 ThürSpkG.

438 § 7 SpG BW; Art. 21 Abs. 2 BaySpkG; § 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 3 Nr. 2 SaarlSpG.

439 Vgl. zu den gesetzlichen Aufgaben der Sparkassen oben unter B) III) 1.) a).

440 VGH BW, Beschluss vom 18.10.2010 - 1 S 2029/10 -, Abs. 8 (zitiert nach juris).

441 VGH BW, Beschluss vom 18.10.2010 - 1 S 2029/10 -, Abs. 8 ff. (zitiert nach juris) am Beispiel der Befugnisse der Trägerkommune beim Zusammenschluss von Sparkassen.

442 Vgl. zu diesen Befugnissen der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune unten unter B) III) 2.) c).

443 § 11 SpG BW; § 7 BbgSpkG; § 4 HSparkG; § 7 SpkG M-V; § 8 NSpG; § 9 SpkG NW; § 7 SaarlSpkG; § 7 SächsGörKrI; § 7 SpkG LSA; § 6 SparkG SH; § 7 ThürSpkG.

a) Vorstand

Der Vorstand der Sparkasse besteht aus mehreren Personen, für die Stellvertreter bestellt werden können. Der Verwaltungsrat der Sparkasse entscheidet in fast allen Bundesländern über die Anstellung der Vorstandsmitglieder.⁴⁴⁴

In Hessen und Thüringen ist er dabei an die Vorschläge des Verwaltungsorgans des Trägers gebunden.⁴⁴⁵ In Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein bedarf die Bestellung des Vorstands durch den Verwaltungsrat der Zustimmung der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune.⁴⁴⁶ In Sachsen gilt bei Verbundsparkassen ein besonderes Verfahren: Hier hat der Verwaltungsrat vor seiner Entscheidung seine Personalvorschläge vorab dem Vorstand der Finanzgruppe vorzulegen. Letzterem steht das Recht zu, den Personalvorschlag abzulehnen, wenn eine Person, die zum Vorstand bestellt werden soll, nicht die gesetzlich notwendige Qualifikation besitzt. Lehnt der Vorstand der Finanzgruppe einen Personalvorschlag ab, ist der Verwaltungsrat an die Ablehnung gebunden, er darf die abgelehnte Person nicht zum Vorstand berufen.⁴⁴⁷

In Rheinland-Pfalz entscheidet die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune auf Vorschlag des Verwaltungsrats über die Bestellung der Mitglieder des Vorstands.⁴⁴⁸

Im Saarland bestellt die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune die Mitglieder des Vorstands der Sparkasse für sechs Jahre. Vor der Bestellung ist der Verwaltungsrat der Sparkasse anzuhören. Der Verwaltungsrat kann die Amtszeit der Vorstandsmitglieder um bis zu sechs Jahre verlängern.⁴⁴⁹ Damit erfolgt im Saarland nur die erstmalige Bestellung der Vorstandsmitglieder durch die Vertretungskörperschaft; die Bestellung für eine zweite Amtszeit fällt in die alleinige Zuständigkeit des Verwaltungsrats.

Mit diesen Vorschriften zur Bestellung der Mitglieder des Vorstands wird in allen Bundesländern ein wenigstens mittelbarer Einfluss der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune auf die Auswahl der Vorstandsmitglieder gewährleistet. Die nach dem Demokratieprinzip notwendige demokratische Legitimation erhalten die Mitglieder des Verwaltungsrats durch ihre Bestellung durch die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune. Diese vermitteln durch ihre Personalentscheidung die Legitimation an die Mitglieder des Vorstands weiter. Noch höher ist das Legitimationsniveau in den Ländern, in denen die Vertretungskörperschaft die Vorstandsmitglieder selbst bestellt oder der Bestellung durch den Verwaltungsrat zustimmen muss, da hierbei die Vertretungskörperschaft selbst über die Vorstandsmitglieder bestimmt.

Die Amtszeit der Mitglieder des Vorstands ist in allen Ländern zeitlich begrenzt, wobei in den Sparkassengesetzen der einzelnen Länder unterschiedliche Zeiträume festgelegt sind. Eine unmittelbare Wiederbestellung im Anschluss an die abgelaufene Amtszeit ist zulässig.

Der Vorstand hat die Aufgabe, die Sparkasse in eigener Verantwortung zu leiten. Er vertritt die Sparkasse gegenüber Dritten und führt deren Geschäfte. Im Rahmen dieser umfassenden Geschäftsführungsbefugnis entscheidet der Vorstand über alle Angelegenheiten, die nicht durch die Sparkassengesetze dem Verwaltungsrat der Sparkasse oder der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune zugewiesen sind.⁴⁵⁰

444 § 12 Abs. 2 Nr. 4 SpG BW; Art. 5 Abs. 1 BaySpkG; § 8 Abs. 2 Nr. 1 BbgSpkG; § 8 Abs. 1 HSparkG; § 8 Abs. 2 Nr. 1 SpkG M-V; § 16 Abs. 2 NSpG; § 15 Abs. 2 Buchst. a) SpkG NW; § 8 Abs. 2 Nr. 1 SächsGörKrI; § 8 Abs. 2 Nr. 1 SpkG LSA; § 10 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a) SparkG SH; § 16 Abs. 1 ThürSpkG.

445 § 8 Abs. 4 HSparkG; § 16 Abs. 1 ThürSpkG.

446 § 8 Abs. 2 Buchst. e) SpkG NW; § 5 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a) SparkG SH.

447 § 8 Abs. 7 SächsGörKrI.

448 § 12 Abs. 1 SpkG RP.

449 § 15 Abs. 1 SaarlSpG.

450 § 23 Abs. 1 SpG BW; § 18 Abs. 1 BbgSpkG; § 7 Abs. 1 HSparkG; § 18 Abs. 1 SpkG M-V; § 10 Abs. 1 NSpG; § 20 Abs. 1 SpkG NW; § 14 Abs. 1, 2 SpkG RP; § 16 Abs. 1, 2 SaarlSpG; § 18 Abs. 1 SächsGörKrI; § 18 Abs. 1 SpkG LSA; § 14 Abs. 1, 2 SparkG SH; § 15 Abs. 1, 2 ThürSpkG.

Die Vertretungsbefugnis des Vorstands ist unbeschränkt, sodass er die Sparkasse in allen Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich vertritt. Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands ist nur durch die Entscheidungskompetenzen des Verwaltungsrats und der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune beschränkt.⁴⁵¹ Alle Geschäfte, die nicht den beiden anderen Organen zugewiesen sind, erledigt der Vorstand in eigener Verantwortung. Damit geht der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis weit über die Geschäfte der laufenden Betriebsleitung hinaus.⁴⁵² Damit hat der Vorstand der Sparkasse wesentlich mehr Entscheidungsbefugnisse als die Betriebsleitung eines kommunalen Eigenbetriebs. Die Rechtsstellung des Vorstands ist der des Vorstands einer Aktiengesellschaft angenähert.

Einzigste Ausnahme von dieser Regel sind die Sparkassen in Bayern. Hier erledigt der Vorstand gemäß Art. 5 Abs. 2 BaySpkG die laufenden Geschäfte der Sparkasse. Dabei handelt es sich um die Geschäfte, die nach der § 17 BaySpkO oder durch die Sparkassensatzung dem Vorstand zugewiesen sind; z.B. Vorbereitung und Ausführung der Beschlüsse des Verwaltungsrats, die Abwicklung des Kundengeschäfts, die Liquiditätsplanung und die Prüfung der Geschäfte. Alle übrigen Angelegenheiten der Sparkasse obliegen der Entscheidung des Verwaltungsrats.

Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands umfasst auch die Personalangelegenheiten der Sparkasse mit Ausnahme der Personalangelegenheiten der Mitglieder des Vorstands, für die die Zuständigkeit beim Verwaltungsrat liegt.⁴⁵³

Der Vorstand hat bei seiner Tätigkeit die Geschäftsanweisung einzuhalten, die der Verwaltungsrat der Sparkasse in vielen Ländern erlässt.⁴⁵⁴ In ihr wird der Geschäftsgang des Vorstands und die Geschäftsverteilung unter den Vorstandsmitgliedern festgelegt.

In den meisten Ländern kann der Verwaltungsrat Richtlinien für die Geschäftspolitik der Sparkasse erlassen, die der Vorstand bei seinen Entscheidungen einzuhalten hat.⁴⁵⁵

Manche Länder ermächtigen den Verwaltungsrat zu Beschlüssen, nach denen einzelne Arten von Geschäften nicht oder nur in begrenztem Umfang oder nur mit Zustimmung des Verwaltungsrats betrieben werden dürfen.⁴⁵⁶ Diese Vorschriften dienen dazu, dass der Verwaltungsrat bestimmte risikoreiche Geschäfte untersagen kann oder vor Abschluss der Geschäfte genehmigen muss. Schließt der Vorstand unter Verstoß gegen einen solchen Beschluss des Verwaltungsrats oder ohne dessen Zustimmung ein solches Rechtsgeschäft ab, ist dieses zwar nicht unwirksam. Die Mitglieder des Vorstands haften aber, da sie mit der Missachtung des Beschlusses des Verwaltungsrats eine ihnen obliegende Pflicht verletzen, der Sparkasse auf den Schaden, der aus diesen Geschäften entsteht.

Ähnlich ist die Rechtslage in Schleswig-Holstein. Hier ermächtigt § 10 Abs. 2 SparkG SH den Verwaltungsrat dazu, die Beschlussfassung in Angelegenheiten von besonderer Bedeutung, in denen der Vorstand für die Entscheidung zuständig ist, an sich zu ziehen. Dies gilt nicht für Entscheidungen in Kreditangelegenheiten. Damit erhält der Verwaltungsrat die Möglichkeit, statt des Vorstands über die Durchführung von bestimmten risikoreichen Geschäften zu entscheiden. Jedoch gilt dies nicht für alle Geschäfte, da die Kompetenz des Verwaltungsrats, anstatt des Vorstands zu entscheiden, nur

451 Vgl. zu den Entscheidungsbefugnissen des Verwaltungsrats unten unter B) III) 2.) b) bb) und der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune unten unter B) III) 2.) c).

452 Vgl. zum Umfang der Geschäfte der laufenden Betriebsführung oben unter B) I) 2.) a).

453 § 17 Abs. 4 BaySpkO; § 24 Abs. 2 BbgSpkG; § 9 Abs. 1, 2 HSparkG; § 24 Abs. 2, 3 SpkG M-V; § 23 Abs. 1, 2 SpkG NW; § 18 Abs. 1 SpkG RP; § 16 Abs. 4 SaarlSpG; § 24 Abs. 2, 3 SächsGörKrI; § 24 Abs. 2, 3 SpkG LSA; § 22 Abs. 1, 2 SparkG SH; § 17 ThürSpkG.

454 § 24 Abs. 3 SpG BW; Art. 5 Abs. 3 BaySpkG; § 8 Abs. 2 Nr. 5 BbgSpkG; § 8 Abs. 2 Nr. 5 SpkG M-V; § 16 Abs. 4 Nr. 1 NSpG; § 15 Abs. 2 Buchst. c) SpkG NW; § 8 Abs. 2 Nr. 5 SpkG RP; § 12 Abs. 3 Nr. 1 SaarlSpG; § 8 Abs. 2 Nr. 5 SächsGörKrI; § 8 Abs. 2 Nr. 5 SpkG LSA; § 10 Abs. 2 Nr. 7 SparkG SH; § 3 Abs. 1 Nr. 5 ThürSpkVO.

455 Art. 5 Abs. 3 BaySpkG; § 17 BaySpkO; § 8 Abs. 1 BbgSpkG; § 5 Abs. 1 HSparkG; § 8 Abs. 1 SpkG M-V; § 16 Abs. 4 Nr. 2 NSpG; § 15 Abs. 1 SpkG NW; § 8 Abs. 1 SpkG RP; § 8 Abs. 1 SächsGörKrI; § 8 Abs. 1 SpkG LSA; § 10 Abs. 1 SparkG SH; § 8 Abs. 1 ThürSpkG.

456 § 6 Abs. 3 SpG BW; § 16 Abs. 5 NSpG; § 8 Abs. 1 SpkG RP; § 3 Abs. 2 SaarlSpG.

für Angelegenheiten von besonderer Bedeutung gilt. Das sind Geschäfte, die erheblichen Einfluss auf die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung der Sparkasse haben können. Dazu zählen Geschäfte, bei denen Verluste in erheblicher Höhe drohen, sodass sie das Erreichen der geplanten Überschussziele gefährden oder eine wirtschaftliche Schieflage der Sparkasse auslösen können.

Damit der Verwaltungsrat der Sparkasse seiner Aufgabe, die Tätigkeit des Vorstands zu überwachen, nachkommen kann, muss er über die Tätigkeit des Vorstands informiert sein. Dazu enthalten die Sparkassengesetze der Länder Berichtspflichten, die der Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat zu erfüllen hat.

Einige Länder haben die Berichtspflichten des Vorstands übereinstimmend geregelt. Nach diesen Vorschriften hat der Vorstand dem Verwaltungsrat regelmäßig zu berichten über

- die beabsichtigte Geschäftspolitik und die Grundsätze der zukünftigen Geschäftsführung,
- den Gang der Geschäfte und die wirtschaftliche Lage der Sparkasse, und
- Geschäfte und Entwicklungen, die für die Sparkasse von besonderer Bedeutung sein können.

Zudem hat der Vorstand dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats aus sonstigen wichtigen Anlässen zu berichten. Der Vorsitzende hat die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrats auf dessen nächster Sitzung über den Bericht zu informieren. Weiterhin kann der Verwaltungsrat vom Vorstand jederzeit einen Bericht über Angelegenheiten der Sparkasse verlangen. Die Gesetzgeber haben ausdrücklich klargestellt, dass die Berichte des Vorstands den Grundsätzen der gewissenhaften und getreuen Rechenschaft entsprechen müssen.⁴⁵⁷

Nach diesen Vorschriften hat der Vorstand regelmäßig zu berichten. Da die Gesetzgeber nicht konkretisiert haben, in welchen Abständen die Berichte zu erstatten sind, sind konkrete Zeitvorgaben für die regelmäßigen Berichte in die Sparkassensatzung oder in die Geschäftsanweisung für den Vorstand aufzunehmen.

Die Berichte können schriftlich oder mündlich gegeben werden, da rechtlich keine bestimmte Form vorgeschrieben ist. Für die Praxis empfiehlt es sich, dass der Verwaltungsrat die Form, in der ihm Bericht erstattet werden muss, in der Geschäftsanweisung für den Vorstand festlegt. So kann festgelegt werden, dass kurze Mitteilungen zu leicht erfassbaren Gegenständen mündlich in der Sitzung gegeben werden, während umfangreiche Berichte, z.B. umfangreiche Zahlenwerke, schriftlich abzufassen und dem Verwaltungsrat so rechtzeitig zuzuleiten sind, dass seinen Mitgliedern vor der Sitzung genügend Zeit bleibt, sich mit dem Inhalt vertraut zu machen.

Über wichtige Vorgänge muss der Vorstand nach vorstehender Rechtslage von sich aus und rechtzeitig an den Verwaltungsrat unterrichten. Solche wichtigen Angelegenheiten sind Probleme der wirtschaftlichen Lage der Sparkasse, die Zahlungsbereitschaft von Kunden, wenn durch Zahlungsausfälle größere Verluste drohen, größere Wertberichtigungen, besondere Risiken, größere Wertberichtigungen von Bilanzposten, Maßnahmen der Sparkassenaufsicht sowie größere Veränderungen der Unternehmensstruktur.⁴⁵⁸

Wie detailliert der Vorstand berichten muss, ergibt sich aus dem Zweck der gesetzlichen Berichtspflicht: Die Informationen müssen so aufbereitet sein, dass sie dem Verwaltungsrat die zutreffende Beurteilung des berichteten Gegenstands ermöglichen und eine taugliche Entscheidungsgrundlage für Entscheidungen des Verwaltungsrats bilden. Dazu genügt die Darstellung der wesentlichen Planungen des Vorstands und der daraus zu erwartenden wirtschaftlichen Entwicklung der Sparkasse sowie der möglichen Risiken von Geschäften und der erforderlichen organisatorischen Veränderun-

457 § 26 SpG BW; § 21 BbgSpkG; § 21 SpkG M-V; § 10 Abs. 3, 4 NSpG; § 21 SächsGörKrI; § 21 SpkG LSA.

458 Fischer, ZIP 2004, S. 2169 (2171).

gen. Da der Verwaltungsrat auf diesen Gebieten nicht über einzelne Geschäfte entscheidet, sind eingehendere Informationen zu Einzelheiten der geplanten Geschäfte für die Entscheidungstätigkeit des Verwaltungsrats nicht erforderlich.⁴⁵⁹

Dass die Berichte des Vorstands den Grundsätzen der gewissenhaften und getreuen Rechenschaft entsprechen müssen, bedeutet, dass sie aus sich heraus verständlich, wahr, vollständig und schlüssig sein müssen. Zudem müssen die Berichte den aktuellen Stand der Ereignisse wiedergeben.⁴⁶⁰

In den übrigen Ländern gelten unterschiedliche Systeme für die Berichtspflichten des Vorstands, die aber im Wesentlichen gleiche Berichtspflichten des Vorstands auslösen können.

Nach § 17 Abs. 3 BaySpkO hat in Bayern der Verwaltungsrat die Unterrichtungspflichten des Vorstands in der Geschäftsanweisung zu regeln. Dieses Recht ist nicht auf bestimmte Formen von Berichtspflichten beschränkt. Damit können die Verwaltungsräte bayerischer Sparkassen in die Geschäftsanweisungen die Pflichten aufnehmen, regelmäßig zu bestimmten Themen zu berichten, ohne Aufforderung des Verwaltungsrats bei wichtigen Anlässen zu berichten und jederzeit auf Anforderung des Verwaltungsrats über die Angelegenheiten der Sparkasse Auskunft zu erteilen.

Das hessische Sparkassengesetz regelt die Berichtspflichten des Vorstands nicht, verpflichtet die Trägerkommune aber dazu, die Aufgaben und Befugnisse der Organe der Sparkasse in der Sparkassensatzung zu regeln. Da es sich bei der Berichtspflicht um eine Aufgabe des Vorstands handelt, kann durch Sparkassensatzung eine Berichtspflicht des Vorstands eingeführt werden. Mangels gesetzlicher Beschränkung auf bestimmte Arten von Berichten steht es den Trägerkommunen frei, ob sie in der Satzung dem Vorstand regelmäßige Berichte zu bestimmten Angelegenheiten der Sparkasse und/oder Berichte auf Anforderung des Verwaltungsrats und/oder Berichte aus wichtigem Anlass zur Pflicht machen. Auch in Schleswig-Holstein enthält das Sparkassengesetz keine Regelungen zu Berichtspflichten des Vorstands; auch hier müssen entsprechende Regelungen durch die Sparkassensatzung oder die Geschäftsanweisung an den Vorstand erlassen werden.

In Nordrhein-Westfalen sind gesetzlich keine regelmäßigen Berichte des Vorstands vorgeschrieben. § 20 Abs. 5 SpkG NW verpflichtet den Vorstand dazu, auf Verlangen des Verwaltungsrats und von sich aus aus wichtigem Anlass an den Verwaltungsrat zu berichten. Ein Verlangen des Verwaltungsrats kann auch so lauten, dass der Vorstand regelmäßig über bestimmte Angelegenheiten der Sparkasse zu berichten hat. Somit kann der Verwaltungsrat trotz Fehlens einer gesetzlichen Pflicht zu regelmäßigen Berichten dem Vorstand regelmäßige Berichte aufgeben. Das gleiche gilt nach § 12 Abs. 1 SaarlSpG im Saarland. Zudem kann der Verwaltungsrat nach § 12 Abs. 2 SaarlSpG Prüfungen vornehmen. Er kann also Einsicht in die Geschäftsunterlagen der Sparkasse nehmen, um die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftstätigkeit zu überprüfen.

Nach § 8 Abs. 1 SpkG RP können sich Verwaltungsräte in Rheinland-Pfalz zum Zwecke der Überwachung des Vorstands über bestimmte Vorgänge unterrichten, insbesondere Unterlagen der Sparkasse einsehen. Das Recht, sich zu unterrichten enthält auch das Recht, vom Vorstand Berichte zu verlangen, sodass der Vorstand aus dem Unterrichtsrecht des Verwaltungsrats verpflichtet ist, dem Verwaltungsrat auf Anforderung zu berichten. Auch bei dieser Rechtslage ist es möglich, dass der Verwaltungsrat vom Vorstand regelmäßige Berichte zu bestimmten Angelegenheiten der Sparkasse fordert.

In Thüringen ist die einzige Berichtspflicht des Vorstandes in § 3 Abs. 3 ThürSpkVO geregelt: Der Verwaltungsrat ist über die mittel- und langfristige Unternehmensplanung zu unterrichten. Ein weiter gehendes Unterrichtsrecht enthält das Gesetz nicht. Um sich über die Tätigkeit des Vorstandes und die Lage der Sparkasse zu informieren, kann der Verwaltungsrat jedoch gemäß § 3 Abs. 5 ThürSpkVO Prüfungen vornehmen. Die Form, in der diese Prüfungen durchzuführen sind, ist nicht gesetzlich vorgeschrieben. Dies ermöglicht, dass der Verwaltungsrat zum Zwecke der Prüfung auch beim Vorstand Berichte über einzelne Angelegenheiten der Sparkasse anfordern kann. Zudem kann er Einsicht in die Geschäftsunterlagen der Sparkasse nehmen, um eine Prüfung durchzuführen.

Die Sparkassengesetze mehrerer Länder verpflichten die Mitglieder des Vorstands dazu, bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.⁴⁶¹

459 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2171).

460 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2171).

461 § 25 Abs. 4 SpG BW; § 20 Abs. 3 BbgSpkG; § 20 Abs. 2 SpkG M-V; § 10 Abs. 1 NSpG; § 20 Abs. 2 SächsGörKrI; § 20 Abs. 2 SpkG LSA; § 15 Abs. 1 ThürSpkG.

Hierbei handelt es sich um die gesetzliche Festlegung des Sorgfaltsmaßstabs, den die Mitglieder die Mitglieder des Vorstands bei der Erfüllung ihrer gegenüber der Sparkasse bestehenden gesetzlichen und vertraglichen Pflichten einzuhalten haben. Dieser Sorgfaltsmaßstab selbst begründet keine Pflichten gegenüber der Sparkasse, sondern legt nur fest, welches Maß an Sorgfalt die Vorstandsmitglieder bei der Erfüllung ihrer Pflichten anzuwenden haben. Der Sorgfaltsmaßstab ist objektiv; d.h. dass er unabhängig von deren Qualifikation und Erfahrung für alle Vorstandsmitglieder die gleichen Sorgfaltsanforderungen stellt. Zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters gehört es, den Geschäftsbetrieb der Sparkasse so zu organisieren, dass die Erfüllung aller Pflichten, die die Sparkasse gegenüber Kunden, der Trägerkommune und der Sparkassenaufsicht treffen, sichergestellt ist. Dazu ist die Etablierung effektiver Kontroll- und Weisungssysteme erforderlich, deren Funktionieren die Vorstandsmitglieder ständig zu überwachen haben. Auch muss der Vorstand durch eine Geschäftsanweisung an die Mitarbeiter der Sparkasse sicherstellen, dass letztere bei Abschluss und Abwicklung von Bankgeschäften die der Sparkasse gegenüber den Kunden obliegenden Pflichten mit der für Bankgeschäfte erforderlichen Sorgfalt abwickeln. Der Vorstand muss durch Etablierung eines Controllingystems die Einhaltung dieser Pflichten überwachen und muss bei Bedarf für Schulungen des Personals sorgen.

Die gleichen Sorgfaltsanforderungen gelten i.E. auch in den Ländern, die den Sorgfaltsmaßstab für Vorstandsmitglieder nicht gesetzlich geregelt haben. Hier ergibt sich der von den Vorstandsmitgliedern zu beachtende Sorgfaltsmaßstab als ausdrückliche Vereinbarung oder im Wege der Auslegung als arbeitsvertragliche Pflicht aus dem Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds mit der Sparkasse.

Vorstandsmitglieder, die die ihnen gegenüber der Sparkasse obliegenden Pflichten verletzen, sind nach den Sparkassengesetzen einiger Länder der Sparkasse zum Ersatz des aus der Pflichtverletzung entstandenen Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet.⁴⁶² Die Haftung tritt bei vorsätzlichen und fahrlässigen Pflichtverletzungen ein.⁴⁶³ Zur Beurteilung der Frage, ob ein Vorstandsmitglied fahrlässig gehandelt, also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat, ist der eben dargestellte Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.

Auch in den Ländern, in denen die Sparkassengesetze keine ausdrückliche Haftungsbestimmung enthalten, haften die Vorstandsmitglieder der Sparkasse nach den gleichen Maßstäben. Hier haften die Vorstandsmitglieder nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen für die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen aus dem Anstellungsvertrag gegenüber der Sparkasse obliegenden Pflichten, wobei auch hier zur Beurteilung der Frage, ob Fahrlässigkeit vorliegt, der vertragliche Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, anzuwenden ist.

b) Verwaltungsrat

aa) Zusammensetzung des Verwaltungsrats, Wahl der Mitglieder

Der Verwaltungsrat besteht aus dem vorsitzenden Mitglied, den weiteren Mitgliedern und den Vertretern der Beschäftigten der Sparkasse.⁴⁶⁴ Die Mitgliederzahl und das Verhältnis, in dem die Zahl der Beschäftigtenvertreter zur Gesamtzahl der Mitglieder des Verwaltungsrats steht, variiert in den einzelnen Bundesländern.⁴⁶⁵

462 § 25 Abs. 5 SpG BW; § 20 Abs. 4 BbgSpkG; § 20 Abs. 3 SpkG M-V; § 10 Abs. 1 NSpG; § 20 Abs. 3 SächsGörKrI; § 20 Abs. 3 SpkG LSA; § 15 Abs. 1 ThürSpkG.

463 Vgl. zu den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

464 § 13 Abs. 2 SpG BW; § 9 Abs. 2 BbgSpkG; § 5a Abs. 1, 2 HSparkG; § 9 Abs. 2 SparkG M-V; § 11 Abs. 1 NSpG; § 10 Abs. 1, 2 SpkG NW; § 5 Abs. 1 SpkG RP; § 8 Abs. 1, 2 SaarlSpG; § 9 Abs. 2 SächsGörKrI; § 9 Abs. 2 SpkG LSA; § 7 Abs. 2 SparkG SH; § 9 Abs. 1 ThürSpkG.

465 Vgl. dazu § 13 Abs. 1, 2 SpG BW; Art. 6 Abs. 1, 2 BaySpkG; § 9 Abs. 1, 2 Nr. 3 BbgSpkG; § 5a Abs. 1, 2 HSparkG; § 9 Abs. 1, 2 Nr. 3 SparkG M-V; § 11 Abs. 1 NSpG; § 10 Abs. 1, 2 SpkG NW; § 5 Abs. 1 SpkG RP; § 8 Abs. 1, 2 SaarlSpG; § 9 Abs. 1, 2 SächsGörKrI; § 9 Abs. 1, 2 SpkG LSA; § 7 Abs. 1, 2 SparkG SH; § 9 Abs. 1 ThürSpkG.

Lediglich in Bayern hat der Verwaltungsrat eine andere Zusammensetzung: Er besteht nach Art. 6 Abs. 1 BaySpkG aus dem Vorsitzenden, den weiteren Mitgliedern und dem Vorsitzenden des Vorstands. In kreisfreien Gemeinden gehört gemäß Art. 6 Abs. 2 BaySpkG dem Verwaltungsrat zudem noch der hauptamtliche Abteilungsleiter der Gemeindeverwaltung an, zu dessen Geschäftskreis das Sparkassenwesen gehört.

Vorsitzender des Verwaltungsrats ist der Hauptverwaltungsbeamte der Trägerkommune kraft Amtes. In einigen Ländern kann ein anderer Beamter der Trägerkommune statt des Hauptverwaltungsbeamten zum Vorsitzenden bestimmt werden.⁴⁶⁶

Lediglich in Nordrhein-Westfalen entscheidet die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune über die Person des Vorsitzenden: Hier wählt nach § 11 Abs. 1 SpkG NW die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune eines ihrer Mitglieder oder den Hauptverwaltungsbeamten zum Vorsitzenden des Verwaltungsrats.

Die Beschäftigtenvertreter werden von den Beschäftigten der Sparkasse gewählt.⁴⁶⁷

Alle weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats werden von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune gewählt.

Lediglich in Bayern werden gemäß Art. 8 Abs. 2 BaySpkG zwei Drittel der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune gewählt; ein Drittel wird von der Aufsichtsbehörde ins Amt berufen. Die Aufsichtsbehörde hat dazu von der Trägerkommune eine Vorschlagsliste einzuholen.

Die weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats müssen zur Vertretungskörperschaft der Trägerkommune wählbar sein. In vielen Bundesländern dürfen nicht alle weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune angehören. Bei einem Teil der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats muss es sich zwingend um sachkundige BürgerInnen handeln, die nicht Mitglied der Vertretungskörperschaft sein dürfen, wobei die Anzahl der Mitglieder des Verwaltungsrats, die der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune nicht angehören dürfen, in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich festgelegt ist.⁴⁶⁸ Für jedes Mitglied ist ein Vertreter zu wählen. Mit diesen Regeln wollen die Landesgesetzgeber sicherstellen, dass dem Verwaltungsrat in ausreichender Anzahl Mitglieder angehören, die über die zur Überwachung des Vorstands der Sparkasse erforderlichen Qualifikationen und Erfahrungen verfügen.

Das Wahlverfahren, das die Vertretungskörperschaft bei der Wahl der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats anzuwenden hat, ist in den einzelnen Ländern z.T. unterschiedlich geregelt.

In vielen Ländern sind auf die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats die Bestimmungen über die Wahl der Mitglieder von Ausschüssen der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune entsprechend anwendbar.⁴⁶⁹ Da für die Wahl der Mitglieder von Ausschüssen der Vertretungskörperschaft die Grundsätze der Verhältniswahl gelten, gelten diese Grundsätze auch bei der Wahl der weiteren Mitglieder der Vertretungskörperschaft. Im Ergebnis zum gleichen Wahlverfahren für die Wahl der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats führt die Rechtslage in Brandenburg und Hessen. Hier werden Normen der Kommunalverfassung bzw. der Gemeindeordnung für anwendbar erklärt, die bei der Besetzung mehrerer

466 Vgl. dazu § 14 Abs. 1 SpG BW; Art. 7 BaySpkG; § 10 Abs. 1 BbgSpkG; § 5d Abs. 1 HSparkG; § 10 Abs. 1 SparkG M-V; § 12 Abs. 1 NSpG; § 5 Abs. 1 SpkG RP; § 9 Abs. 1 SaarlSpG; § 10 Abs. 1 SächsGörKrI; § 10 Abs. 1 SpkG LSA; § 8 Abs. 1 SparkG SH; § 10 Abs. 1 ThürSpkG.

467 § 16 SpG BW; § 11 Abs. 2, 3 BbgSpkG; § 5b Abs. 1 HSparkG; § 11 Abs. 2, 3 SparkG M-V; § 11 Abs. 1 NSpG; § 12 Abs. 2 SpkG NW; § 6a SpkG RP; § 10 Abs. 2 SaarlSpG; § 11 Abs. 3, 4 SächsGörKrI; § 11 Abs. 2, 3 SpkG LSA; § 9 Abs. 2 SparkG SH; § 11 Abs. 2 ThürSpkG.

468 Vgl. dazu § 15 Abs. 1 SpG BW; Art. 8 Abs. 2, 4 Bay SpkG; § 5b Abs. 1 HSparkG; § 11 Abs. 1 SpkG M-V; § 13 Abs. 2 NSpG; § 12 Abs. 1 SpkG NW; § 5 Abs. 1 SpkG RP; § 10 Abs. 1 SaarlSpG; § 11 Abs. 1 SächsGörKrI; § 11 Abs. 1 SpkG LSA; § 9 Abs. 1 SparkG SH; § 11 Abs. 1 ThürSpkG.

469 § 15 Abs. 1 SpG BW i.V.m. § 35 Abs. 2 LKrO BW; § 13 Abs. 5; § 13 Abs. 5 NSpG i.V.m. § 71 Abs. 2, 5, 10 NKomVG; § 12 Abs. 1 SpkG NW i.V.m. § 50 Abs. 3 GO NW; § 6 Abs. 2 SpkG RP i.V.m. § 45 Abs. 1, 2 GemO RP; § 10 Abs. 1 SaarlSpG i.V.m. § 48 Abs. 2 SaarlKSVG; § 11 Abs. 1 SpkG LSA i.V.m. § 46 GO LSA.

gleichartiger Stellen Verhältniswahl vorschreiben.⁴⁷⁰ Da bei der Wahl mehrerer weiterer Mitglieder des Verwaltungsrats mehrere gleichartige Stellen zu besetzen sind, sind für die Wahl der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats die Grundsätze der Verhältniswahl anzuwenden. Weil die Dauer der Amtszeit der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats auf die Dauer der Wahlperiode der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune begrenzt ist, müssen am Beginn jeder Wahlperiode alle weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats neu gewählt werden; es sind mithin am Beginn jeder Wahlperiode mehrere gleichartige Stellen im Verwaltungsrat neu zu besetzen. In Thüringen ist nach § 11 Abs. 1 ThürSpkG für die Wahl der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats das Verfahren der Verhältniswahl nach d'Hondt anzuwenden.

In allen vorstehend aufgeführten Ländern sind auf die Wahl der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats die Grundsätze der Verhältniswahl anzuwenden.⁴⁷¹ Nach diesen Grundsätzen werden die weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats aufgrund von Wahlvorschlagslisten der in der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune vertretenen Fraktionen gewählt. Von jeder Liste werden so viele Mitglieder in den Verwaltungsrat gewählt, wie auf sie Stimmen im Verhältnis zur Gesamtzahl der abgegebenen Stimmen entfallen sind. Damit hat jede Fraktion der Vertretungskörperschaft die Möglichkeit, eine ihrem Sitz- und damit Stimmanteil entsprechende Anzahl von Mitgliedern in den Verwaltungsrat zu entsenden. Die Besetzung der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats erfolgt also entsprechend dem Fraktionsproport in der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune.

In Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen verweisen die Gesetzgeber für die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats auf die für die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune geltende Wahlordnung.⁴⁷² Für Schleswig-Holstein hat der Gesetzgeber keine Bestimmung über das Wahlverfahren in das Sparkassengesetz aufgenommen. Da die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune die weiteren Mitglieder wählt, sind auch ohne besondere Anordnung im Sparkassengesetz auf die Wahl die Bestimmungen der für die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune allgemein geltenden Wahlordnung anzuwenden.

Die für Wahlen durch die Vertretungskörperschaft in diesen Ländern geltenden Regelungen schreiben nicht vor, dass bei der Besetzung mehrerer gleichartiger Stellen durch die Vertretungskörperschaft die Grundsätze der Verhältniswahl zwingend anzuwenden sind. Diese Regeln gelten in besagten Ländern nur für die Besetzung der Ausschüsse der Vertretungskörperschaft, auf welche Regeln aber in den Sparkassengesetzen nicht verwiesen wird. Damit steht es den Trägerkommunen frei, durch Satzung zu bestimmen, welches Wahlverfahren – Mehrheits- oder Verhältniswahl – für die Wahl der weiteren Mitglieder der Vertretungskörperschaft zur Anwendung kommen soll. Bei einer Mehrheitswahl sind diejenigen Kandidaten gewählt, auf die die meisten Stimmen entfallen. Damit bestimmt allein die Mehrheit in der Vertretungskörperschaft darüber, welche weiteren Mitglieder in den Verwaltungsrat gewählt werden. Die Kandidaten von Minderheitsfraktionen sind damit für die Wahl in den Verwaltungsrat auf die Stimmen der Mehrheit angewiesen. Um die daraus entstehende Gefahr, dass keine Kandidaten der Minderheitsfraktionen in den Verwaltungsrat gewählt werden, praktisch auszuschließen, sollten die kommunalen Satzungen für die Wahl der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats bestimmen, dass alle Fraktionen Wahlvorschläge einreichen können und unter diesen die Wahl nach den Grundsätzen der Verhältniswahl stattfindet.

Nach Art. 8 Abs. 3 BaySpkG gilt in Bayern für die Wahl der von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune zu bestimmenden Mitglieder des Verwaltungsrats Mehrheitswahlrecht.

Diese Vorschrift schließt es aus, dass durch kommunale Satzung nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt wird. Damit entscheidet in Bayern allein die Stimmenmehrheit in der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune darüber, welche Kandidaten in den Verwaltungsrat der Sparkasse gewählt werden. Kandidaten der Minderheitsfraktionen bedürfen zu ihrer Wahl der Zustimmung der Mehrheitsfraktionen. Dies kann praktisch zu der Konsequenz führen, dass dem Verwaltungsrat keine Vertreter der Minderheitsfraktionen angehören. Diese sind damit von der Kontrolle der Sparkas-

470 § 11 Abs. 1 BbgSpkG i.V.m. § 41 Abs. 1, 2, 4, 5 BbgKVerf; § 5b Abs. 1 HSparkG i.V.m. § 55 Abs. 1 HGO.

471 Vgl. zu den Grundsätzen der Verhältniswahl oben unter B) I) 2.) b) aa).

472 § 11 Abs. 1 SpkG M-V i.V.m. § 32 KV M-V; § 11 Abs. 1 SächsGörKrI i.V.m. § 39 SächsGemO.

se ebenso ausgeschlossen wie von der Beobachtung der Tätigkeit der Vertreter der Mehrheitsfraktionen im Verwaltungsrat.

Für die Wahl von Ersatzmitgliedern, die für ausgeschiedene Mitglieder in den Verwaltungsrat nachrücken, hat ausschließlich Nordrhein-Westfalen vorgeschrieben, dass das Ersatzmitglied auf Vorschlag der Fraktion der Vertretungskörperschaft gewählt wird, die auch das ausgeschiedene Mitglied vorgeschlagen hat.⁴⁷³ Damit findet zwar eine Mehrheitswahl statt; das Ersatzmitglied ist gewählt, wenn es die Mehrheit der abgegebenen Stimmen der Vertretungskörperschaft erhalten hat. Jedoch darf nur die Fraktion, die schon das ausgeschiedene Mitglied vorgeschlagen hat, den Kandidaten vorschlagen, sodass auch bei der Mehrheitswahl gesichert ist, dass wieder ein Kandidat dieser Fraktion in den Verwaltungsrat gewählt wird. Damit bleibt der Fraktionsproporz im Verwaltungsrat über dessen gesamte Amtszeit hinweg bestehen. Die übrigen Länder haben keine entsprechenden Regelungen erlassen. Damit gibt es in den übrigen Ländern kein gesetzliches Vorschlagsrecht der Fraktion, die das ausgeschiedene Mitglied des Verwaltungsrats benannt hat. Die Mehrheitsfraktionen haben damit die Möglichkeit, durch Mehrheitswahl einen eigenen Kandidaten zu bestimmen, auch wenn das ausgeschiedene Mitglied einer Minderheitsfraktion angehört hat. Um dies zu verhindern und die Aufrechterhaltung des Fraktionsproporzes im Verwaltungsrat auch bei Ergänzungswahlen aufrecht zu erhalten, sollte ein bindendes Vorschlagsrecht der Fraktion, die das ausgeschiedene Mitglied vorgeschlagen hat, in die Sparkassensatzung aufgenommen werden.

Die weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats und ihre Vertreter werden von der Vertretungskörperschaft für die Dauer ihrer Wahlperiode gewählt.⁴⁷⁴

In Baden-Württemberg ergibt sich die Bindung der Amtsdauer der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats an die Wahlperiode der Vertretungskörperschaft daraus, dass die weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats gemäß § 15 Abs. 3 SpG BW am Beginn jeder Wahlperiode der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune neu zu wählen sind.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats über ihr Amt bis zum Zusammentreten des neuen Verwaltungsrats weiter aus.⁴⁷⁵

bb) Zuständigkeit des Verwaltungsrats

Der Verwaltungsrat bestellt die Mitglieder des Vorstands.⁴⁷⁶

In einigen Ländern hat der Verwaltungsrat die Befugnis, die Geschäftsanweisung für den Vorstand zu erlassen, Richtlinien für die Geschäftspolitik der Sparkasse beschließen und bestimmte Geschäfte, die der Vorstand tätigen will, von seiner Zustimmung abhängig zu machen.⁴⁷⁷

Die Hauptaufgabe des Verwaltungsrats ist es in allen Ländern, die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen.⁴⁷⁸ Bei dieser gesetzlichen Aufgabenbeschreibung ist es nicht Aufgabe des Verwaltungsrats, den gesamten Geschäftsbetrieb der Sparkasse zu überwachen, sondern nur die Geschäfts-

473 § 12 Abs. 4 SparkG NW.

474 Art. 8 Abs. 5 BaySpkG; § 11 Abs. 1 BbgSpkG; § 5b Abs. 1 HSparkG; § 11 Abs. 1 SpkG M-V; § 13 Abs. 7 NSpG; § 6 Abs. 1 SpkG RP; § 10 Abs. 1 SaarlSpG; § 11 Abs. 1 SächsGörKrI; § 11 Abs. 1 SpkG LSA; § 9 Abs. 1 SparkG SH; § 11 Abs. 1 ThürSpkG.

475 § 15 Abs. 5 SpG BW; Art. 8 Abs. 5 BaySpkG; § 13 BbgSpkG; § 5b Abs. 3 HSparkG; § 13 SpkG M-V; § 13 Abs. 7 NSpG; § 14 SpkG NW; § 12 Abs. 1 SpkG NW; § 6 Abs. 1 SpkG RP; § 10 Abs. 3 SaarlSpG; § 13 SächsGörKrI; § 13 SpkG LSA; § 9 Abs. 7 SparkG SH; § 11 Abs. 3 ThürSpkG.

476 Vgl. hierzu die Nachweise oben unter B) III) 2.) a).

477 Vgl. hierzu oben unter B) III) 2.) a).

478 § 12 Abs. 1 SpG BW; Art. 5 Abs. 3 BaySpkG; § 8 Abs. 1 BbgSpkG; § 5 HSparkG; § 8 Abs. 1 SpkG M-V; § 16 Abs. 1 NSpG; § 15 Abs. 1 SpkG NW; § 8 Abs. 1 SpkG RP; § 12 Abs. 1 SaarlSpG; § 8 Abs. 1 SächsGörKrI; § 8 Abs. 1 SpkG LSA; § 10 Abs. 1 SparkG SH; § 8 Abs. 1 ThürSpkG.

führung durch den Vorstand.⁴⁷⁹ Es ist daher nicht Aufgabe des Verwaltungsrats, die Tätigkeit einzelner Mitarbeiter der Sparkasse zu kontrollieren. Vielmehr beschränkt sich die Überwachung auf die Tätigkeit des Vorstands. Dabei ist der Verwaltungsrat auf eine reine Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen des Vorstands beschränkt. D.h., dass der Verwaltungsrat die vom Vorstand beschlossenen Maßnahmen der Geschäftsführung und die von ihm und mit seiner Billigung von den übrigen Mitarbeitern der Sparkasse abgeschlossenen Geschäfte nur darauf kontrollieren darf, ob sie der Pflicht des Vorstands zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung genügen und nicht gegen Gesetze, Verordnungen, Satzungen, aufsichtsbehördliche Anordnungen und die Geschäftsanweisungen verstoßen.⁴⁸⁰ Nicht vom Aufsichtsrat kontrolliert wird, ob die vom Vorstand beschlossenen Maßnahmen der Geschäftsführung wirtschaftlich zweckmäßig sind, da die Beurteilung der Zweckmäßigkeit in der ausschließlichen Zuständigkeit des Vorstands liegt. Hierzu kann der Verwaltungsrat dem Vorstand nur Empfehlungen aussprechen, an die der Vorstand allerdings nicht gebunden ist.⁴⁸¹

Weiterhin beschließt der Verwaltungsrat in den meisten Ländern über eine oder mehrere der folgenden Angelegenheiten: die Festsetzung der Entschädigungen für die Mitglieder des Verwaltungsrats, die Feststellung des Jahresabschlusses, die Ausschüttungen an die Trägerkommune, die Anstellung und Entlassung der Vorstandsmitglieder, die Eröffnung und Schließung von Zweigstellen, den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken, die Beteiligung an Unternehmen sowie die Aufwandsentschädigung der Mitglieder des Verwaltungsrats.⁴⁸²

In einigen Ländern bedürfen Entscheidungen der Vorstands zu bestimmten Angelegenheiten der Zustimmung des Vorstands. Dies sind u.a. Entscheidungen über den Erwerb, die Belastung und die Veräußerung von Grundstücken, über die Errichtung von Gebäuden, über die Eröffnung und Schließung von Zweigstellen sowie über den Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen.⁴⁸³ In diesen Angelegenheiten bedarf der Vorstand der Zustimmung des Verwaltungsrats, wenn er zur Ausführung eines Vorhabens Maßnahmen der Geschäftsführung durchführen und Rechtsgeschäfte mit Dritten abschließen will. Dem Verwaltungsrat obliegt nur die Zustimmung; die zur Ausführung des vom Verwaltungsrat genehmigten Vorhabens erforderlichen Maßnahmen der Geschäftsführung werden nach erteilter Zustimmung vom Vorstand getroffen.

Der Verwaltungsrat kann seine vorstehenden Aufgaben nur dann ordnungsgemäß erfüllen, wenn er über hinreichende Informationen verfügt. Er muss hinreichend über die geschäftliche Lage der Sparkasse, die Geschäftspolitik und die organisatorischen Maßnahmen des Vorstands sowie die wesentlichen Einzelgeschäfte informiert sein, um seine Überwachungsaufgabe effektiv erfüllen zu können. Zudem muss er über die vom Vorstand geplanten Grundstücksgeschäfte, Eröffnungen und Schließungen von Zweigstellen informiert sein, um seine Entscheidungen über diese Angelegenheiten aufgrund ausreichender und zutreffender sachlicher Informationen treffen zu können.⁴⁸⁴ Aus diesem Grund haben die Landesgesetzgeber den Verwaltungsrat mit Auskunftsansprüchen gegenüber dem Vorstand ausgestattet. Diese wurden bereits oben als Berichtspflichten des Vorstands besprochen; auf diese Darlegungen kann für die Erklärung der Informationsansprüche des Verwaltungsrats verwiesen werden.⁴⁸⁵

479 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170) mit Berufung auf *Lutter*, Pflichten und Haftung der Sparkassenorgane, S. 87.

480 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170) m.w.N.

481 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170) mit Berufung auf *Berger*, Sparkassengesetz Niedersachsen, § 15 Rn. 10 und *Lutter*, Pflichten und Haftung der Sparkassenorgane, S. 98.

482 §§ 12 Abs. 2, 30 Abs. 3 SpG BW; §§ 20 Abs. 3, 21 Abs. 1 BaySpkO; § 8 Abs. 2 BbgSpkG; § 8 Abs. 1, 3, 16 Abs. 3 HSpkG; § 8 Abs. 2 SpkG M-V; § 16 Abs. 4 NSpG; § 15 Abs. 2 SpkG NW; § 8 Abs. 2 SpkG RP; § 12 Abs. 3 SaarlSpG; § 8 Abs. 2 SächsGörKrI; § 8 Abs. 2 SpkG LSA; § 10 Abs. 2 SpkG SH; § 3 Abs. 1 ThürSpkVO.

483 § 8 Abs. 3 BbgSpkG; § 8 Abs. 3 SpkG M-V; § 15 Abs. 4 SpkG NW; § 8 Abs. 3 SpkG RP; § 12 Abs. 4 SaarlSpG; § 8 Abs. 3 SächsGörKrI; § 8 Abs. 3 SpkG LSA; § 3 Abs. 2 ThürSpkVO.

484 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170).

485 Vgl. hierzu oben unter B) III) 2.) a).

In einigen Ländern beschließt der Verwaltungsrat mit Zustimmung der Trägerkommunen über die Änderung der Sparkassensatzung.⁴⁸⁶ Die Sparkasse ist dabei an die Entscheidung der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune gebunden. Damit werden vom Verwaltungsrat beschlossene Änderungen nur wirksam, wenn ihnen die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune zugestimmt hat.

In einigen Ländern ist der Verwaltungsrat anzuhören vor Entscheidungen der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune über die Auflösung der Sparkasse, die Vereinigung der Sparkasse mit einer anderen Sparkasse und die Änderung der Sparkassensatzung.⁴⁸⁷ Bei diesem reinen Anhörungsrecht ist die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune nicht an die vom Verwaltungsrat geäußerte Ansicht gebunden. Sie kann nach erfolgter Stellungnahme auch gegen die Ansicht des Verwaltungsrats entscheiden.

In den meisten Ländern hat der Verwaltungsrat einen Kreditausschuss zu bilden. Dieser entscheidet über die Zustimmung zur Gewährung von solchen Krediten, für die nach der Geschäftsanweisung der Sparkasse, nach einer Rechtsvorschrift oder aufgrund einer Übertragung der Zustimmungsbezugnis durch den Verwaltungsrat die Zustimmung des Kreditausschusses erforderlich ist. Zudem muss der Kreditausschuss der Gewährung von Darlehen an die Mitglieder der Organe der Sparkasse zustimmen.⁴⁸⁸

In Nordrhein-Westfalen hat der Risikoausschuss des Verwaltungsrats diese Aufgabe.⁴⁸⁹

Der Zustimmungsvorbehalt für den Kreditausschuss dient dazu, dass der Verwaltungsrat das vom Vorstand bei der Bewilligung von Krediten eingegangene Risiko kontrollieren und minimieren kann. Die entsprechenden Kreditverträge werden vom Vorstand oder den damit beauftragten Mitarbeitern der Sparkasse abgeschlossen. Sie bedürfen dazu aber der vorherigen Genehmigung des Kreditausschusses.

cc) Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Verwaltungsrats

Die Sitzungen des Verwaltungsrats finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Während dies in den Sparkassengesetzen einiger Länder ausdrücklich bestimmt ist⁴⁹⁰, ergibt sich dies für die übrigen Länder aus allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen. Sparkassen sind als Anstalten des öffentlichen Rechts Teile der mittelbaren Staatsverwaltung. Der Verwaltungsrat ist eine Behörde⁴⁹¹, da er als Organ der Sparkasse eine Stelle ist, die die der Sparkasse zugewiesenen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Für die Tätigkeit von Behörden gilt nach allgemeinem Verwaltungsrecht der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit. Dieser besagt, dass an den Verhandlungen der Behörde nur die Beteiligten des Verfahrens und ihre Beistände, Vertreter der Behörde und der Aufsichtsbehörden und ggfs. Zeugen und Sachverständige teilnehmen dürfen. Zum Schutz der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten und zur Aufrechterhaltung der Unbefangenheit der für die Behörde tätigen Amtswalter dürfen andere als die genannten Personen an Sitzungen von Behörden nicht teilnehmen. Damit dürfen an Sitzungen des Verwaltungsrats nur dessen Mitglieder,

486 Vgl. hierzu oben unter B) III) 1.) c).

487 § 8 Abs. 4 BbgSpkG; § 8 Abs. 4 SpkG M-V; § 15 Abs. 5 SpkG NW; § 8 Abs. 4 SpkG RP; § 12 Abs. 5 SaarlSpG; § 8 Abs. 4 SächsGörKrI; § 8 Abs. 4 SpkG LSA; § 3 Abs. 4 ThürSpkVO.

488 § 21 Abs. 1 SpG BW; § 16 Abs. 1 BbgSpkG; § 6 Abs. 3 HSparkG; § 16 Abs. 1 SpkG M-V; § 20 Abs. 1 NSpG; § 10 Abs. 2 SpkG RP; § 13a Abs. 2 SaarlSpG; § 17 Abs. 1 SächsGörKrI; § 16 Abs. 1 SpkG LSA; § 14 Abs. 4 ThürSpkG.

489 § 15 Abs. 3 SpkG NW.

490 § 20 Abs. 2 SpG BW; § 14 Abs. 1 BaySpkO; § 9 Abs. 5 BbgSpkG; § 16 Abs. 1 SpkG NW; § 9 Abs. 2 SpkG RP.

491 So ausdrücklich geregelt in Art. 5 Abs. 5 BaySpkG.

die Vorstandsmitglieder sowie vom Verwaltungsrat geladene Zeugen und Sachverständige teilnehmen.⁴⁹²

Dieses Verbot öffentlicher Sitzungen des Verwaltungsrats gilt ausnahmslos. Daher kann weder die Sparkassensatzung die Öffentlichkeit zu Sitzungen des Verwaltungsrats zulassen, noch kann dies der Verwaltungsrat durch Beschluss tun.

Eine rechtswidrige Zulassung der Öffentlichkeit macht Beschlüsse des Verwaltungsrats, die in öffentlicher Sitzung gefasst wurden, nicht rechtswidrig.

c) Vertretungskörperschaft der Trägerkommune

Da die Trägerkommune nur für wenige Angelegenheiten der Sparkasse zuständig ist⁴⁹³, hat die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune nur die nachfolgend aufgeführten, wenigen Befugnisse zur Regelung der Angelegenheiten der Sparkasse.

Die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune erlässt in allen Bundesländern die Satzung der Sparkasse. In den meisten Ländern entscheidet sie auch über die Änderung der Satzung; in den übrigen Ländern entscheidet hierüber der Verwaltungsrat der Sparkasse, wobei die Beschlüsse des Verwaltungsrats der Zustimmung der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune bedürfen.⁴⁹⁴

In allen Ländern sind die Vertretungskörperschaften für die Wahl der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats zuständig.⁴⁹⁵ In einigen Ländern beschließt die Vertretungskörperschaft über die Bestellung der Vorstandsmitglieder.⁴⁹⁶

Einige Länder weisen der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune die Befugnis zur Entscheidung über die Errichtung, Vereinigung und Auflösung von Sparkassen zu.⁴⁹⁷

Der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune obliegt es in den meisten Ländern, dem Verwaltungsrat für seine Tätigkeit Entlastung zu erteilen.⁴⁹⁸ Die Entlastung wird jährlich erteilt. Mit der Entlastung stellt die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune fest, dass der Verwaltungsrat seine Pflichten im Wesentlichen ohne Beanstandungen erfüllt hat. Mit dieser Feststellung wird kein Verzicht auf eventuelle Schadensersatzansprüche der Trägerkommune gegen die Mitglieder des Verwaltungsrats erklärt.⁴⁹⁹

In einigen Ländern beschließt die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune über die Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats aus wichtigem Grund; in anderen Ländern ist die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune berechtigt, einen Antrag auf Abberufung eines Mitglieds des Verwaltungsrats bei der Aufsichtsbehörde zu stellen.⁵⁰⁰

492 Für Sachverständige ausdrücklich geregelt in § 9 Abs. 5 BbgSpkG und § 5d Abs. 7 HSparkG.

493 Vgl. hierzu oben unter B) III) 1.) c).

494 Vgl. die Einzelheiten hierzu oben unter B) III) 1.) c).

495 Vgl. zu den Einzelheiten oben unter B) III) 2.) b) aa).

496 Vgl. hierzu oben unter B) III) 2.) a).

497 § 3 Abs. 1 SpkG BW; Art. 16 Abs. 2 BaySpkG; § 6 Abs. 2 BbgSpkG; § 17 Abs. 1 HSparkG; § 6 Abs. 2 SpkG M-V; § 2 Abs. 1 NSpG; § 8 Abs. 2 SpkG NW; § 22 Abs. 1 SpkG RP; § 6 SaarlSpG; § 6 Abs. 2 SächsGörKrI; § 6 Abs. 2 SpkG LSA; § 5 Abs. 2 SparkG SH; § 20 Abs. 5 ThürSpkG.

498 § 6 Abs. 2 BbgSpkG; § 6 Abs. 2 SpkG M-V; § 23 Abs. 4 NSpG; § 8 Abs. 2 SpkG NW; § 6 Abs. 2 SächsGörKrI; § 6 Abs. 2 SpkG LSA; § 5 Abs. 2 SparkG SH; § 22 Abs. 2 ThürSpkG.

499 So ausdrücklich geregelt in § 8 Abs. 2 Buchst. f) SpkG NW und § 19 Abs. 5 SpkG RP.

500 Vgl. die Einzelheiten hierzu unten unter B) III) 3.) b) cc) aaa).

Die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune beschließt in einigen Ländern über die Abführungen, die die Sparkasse aus ihrem Jahresüberschuss an die Trägerkommune leistet.⁵⁰¹ In den übrigen Ländern entscheidet der Verwaltungsrat über die Verwendung der Überschüsse der Sparkasse und damit auch über die Höhe der Abführungen an die Trägerkommune.

Die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune ist nicht dazu befugt, sich mit anderen Angelegenheiten der Sparkasse zu befassen als denen, für die sie nach dem Sparkassengesetz zuständig ist. Denn das Recht der Vertretungskörperschaft, sich mit einer Angelegenheit zu befassen, ist auf solche Angelegenheiten beschränkt, die in die Zuständigkeit der Gemeinde fallen (Verbandszuständigkeit) und die innerhalb der Verbandszuständigkeit der Gemeinde in die Zuständigkeit der Vertretungskörperschaft gehören (Organzuständigkeit). Der Vorsitzende der Vertretungskörperschaft ist nicht dazu verpflichtet, die Behandlung von nicht in die Verbandszuständigkeit der Kommune und die Organzuständigkeit der Vertretungskörperschaft fallenden Angelegenheiten in die Tagesordnung der Sitzung der Vertretungskörperschaft aufzunehmen.⁵⁰² Die Angelegenheiten der Sparkasse fallen grundsätzlich nicht in die Verbandszuständigkeit der Trägerkommune, da die Sparkasse gesetzlich mit eigenen Aufgaben ausgestattet ist und als eigene Rechtspersönlichkeit ihre Angelegenheiten durch eigene Organe erledigt.⁵⁰³ Angelegenheiten der Sparkasse, die nach den Sparkassengesetzen von deren Vorstand und Verwaltungsrat erledigt werden, fallen damit nicht in die Verbandszuständigkeit der Trägerkommune; mit ihnen darf sich die Vertretungskörperschaft nicht befassen. Die Verbandszuständigkeit der Trägerkommune und die Organzuständigkeit der Vertretungskörperschaft sind nur eröffnet für die Angelegenheiten der Sparkasse, über die nach dem Sparkassengesetz die Vertretungskörperschaft zu entscheiden hat und für die die Sparkasse der Zustimmung der Vertretungskörperschaft bedarf.⁵⁰⁴ Nur mit diesen Angelegenheiten darf sich die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune befassen.

Die Mitglieder der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune haben nach den Kommunalgesetzen aller Länder zwar einen Auskunftsanspruch gegen den Hauptverwaltungsbeamten. Mit diesem können die Mitglieder der Vertretungskörperschaft jedoch nicht Auskunft über Angelegenheiten verlangen, die im Verwaltungsrat der Sparkasse behandelt wurden. Denn der Auskunftsanspruch der Mitglieder der Vertretungskörperschaft besteht nur für Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit der Kommune fallen. Damit muss sich die Frage des Mitglieds der Vertretungskörperschaft an den Hauptverwaltungsbeamten auf einen Gegenstand beziehen, über den der Hauptverwaltungsbeamte in seiner Eigenschaft als Organ der Kommune Kenntnis erlangt hat. Zur Auskunft über Wissen, das der Hauptverwaltungsbeamte auf andere Weise als bei der Wahrnehmung seiner Organzuständigkeit für die Kommune erlangt hat, ist der Hauptverwaltungsbeamte nicht verpflichtet.⁵⁰⁵ Der Hauptverwaltungsbeamte, der durch das Sparkassengesetz Vorsitzender des Verwaltungsrats ist, leitet seine Rechtsstellung im Verwaltungsrat der Sparkasse ausschließlich aus dem Sparkassengesetz und nicht aus seiner Stellung als Organ der Trägerkommune her. Er nimmt als Vorsitzender des Verwaltungsrats damit ausschließlich die Aufgaben der Sparkasse wahr. Sonach wird der Hauptverwaltungsbeamte im Verwaltungsrat der Sparkasse nicht als Organ oder Vertreter der Trägerkommune tätig.⁵⁰⁶ Daher hat er das bei seiner Tätigkeit im Verwaltungsrat erworbene Wissen auch nicht als Organ der Trägerkommune erworben. Er ist damit nicht verpflichtet, über das im Verwaltungsrat erworbene

501 § 8 Abs. 2 SpkG NW; § 6 Abs. 2 SächsGörKrL.

502 *VGH BW*, Beschluss vom 18.10.2010 - 1 S 2029/10 -, Abs. 7 (zitiert nach juris).

503 *VGH BW*, Beschluss vom 18.10.2010 - 1 S 2029/10 -, Abs. 8 (zitiert nach juris).

504 *VGH BW*, Beschluss vom 18.10.2010 - 1 S 2029/10 -, Abs. 8 (zitiert nach juris).

505 *VGH BW*, VBIBW 2001, S. 361; *VG Stade*, Urteil vom 16.02.2011 - 1 A 899/09 -, Abs. 26 (zitiert nach juris) unter Berufung auf *NdsOVG*, *NdsVBl.* 2009, S. 260 .

506 *VGH BW*, VBIBW 1990, S. 20 (21); *VGH BW*, Beschluss vom 18.10.2010 - 1 S 2029/10 -, Abs. 8 (zitiert nach juris).

Wissen über die Angelegenheiten der Sparkasse Auskunft an die Mitglieder der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune zu erteilen.⁵⁰⁷

3.) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats

Die Rechte der Mitglieder des Verwaltungsrats ergeben sich zum einen aus ausdrücklichen gesetzlichen Verleihungen und zum anderen aus dem Status des Mitglieds des Verwaltungsrats. Die Rechte ermöglichen den Mitgliedern des Verwaltungsrats die effektive Beteiligung an der Tätigkeit des Verwaltungsrats. Diesen Rechten stehen Pflichten gegenüber, die darauf gerichtet sind, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihre Tätigkeit zum Wohle der Sparkasse ausüben. Aus diesen Rechten und Pflichten lassen sich die für Mitglieder des Verwaltungsrats notwendigen Qualifikationen ableiten.

a) Rechte der Mitglieder des Verwaltungsrats

aa) Recht auf Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsrats

Die Mitglieder des Verwaltungsrats haben das Recht, an jeder Sitzung des Verwaltungsrats teilzunehmen. Dieses Recht wird zwar in den Sparkassengesetzen der Länder nicht ausdrücklich erwähnt. Es ergibt sich aber aus der Rechtsstellung des Mitglieds des Verwaltungsrats, weil die rechtlich garantierte Teilnahme an den Sitzungen unerlässlich ist, damit die Mitglieder des Verwaltungsrats ihrer Aufgaben erfüllen können.

Dieses Recht besteht nicht, wenn das Mitglied des Verwaltungsrats für die in der Sitzung zu behandelnde Angelegenheit einem Mitwirkungsverbot unterliegt, da das Mitwirkungsverbot auch die Anwesenheit in der Sitzung ausschließt.⁵⁰⁸

Fast alle Länder haben in den Sparkassengesetzen besondere Regelungen zum Mitwirkungsverbot normiert.⁵⁰⁹ In einigen Ländern verweisen die Sparkassengesetze auf die in den Gemeindeordnungen enthaltenen Mitwirkungsverbote.⁵¹⁰

Lediglich das Hessische Sparkassengesetz enthält kein besonderes Mitwirkungsverbot, sodass hier für die Mitglieder des Verwaltungsrats das allgemeine Mitwirkungsverbot des § 20 HVwVfG gilt.

Die Mitwirkungsverbote der Sparkassengesetze, der Kommunalgesetze und des Verwaltungsverfahrensgesetzes haben im Wesentlichen die gleichen Inhalte. Daher kann zur Erläuterung aller Mitwirkungsverbote auf die obigen Ausführungen zu dem in der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune und deren Ausschüssen geltenden Vertretungsverbot verwiesen werden.⁵¹¹

bb) Rede-, Antrags- und Stimmrecht

Aus dem rechtlichen Status der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats folgen das Recht, dass dem Mitglied des Verwaltungsrats in den Sitzungen das Wort erteilt wird (Rederecht), dass das Mitglied Anträge stellen darf (Antragsrecht) und dass es an den Abstimmungen beteiligt wird (Stimmrecht).

Mit dem Rederecht ist gewährleistet, dass das Mitglied des Verwaltungsrats zu jedem Punkt der Tagesordnung das Wort ergreifen darf. Wie in der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune kann

507 VG Stade, Urteil vom 16.02.2011 - 1 A 899/09 -, Abs. 26 (zitiert nach juris) unter Berufung auf NdsOVG, NdsVBL 2009, S. 260 .

508 So ausdrücklich geregelt in § 16 Abs. 3 SpkG NW.

509 § 14 Abs. 6 BaySpkO; § 22 BbgSpkG; § 22 SpkG M-V; § 19 NSpG; § 21 SpkG NW; § 19 SaarlSpG; § 22 SächsGörKrI; § 22 SpkG LSA; § 18 SparkG SH; § 5 Abs. 5 ThürSpkG.

510 § 19 Abs. 4 SpG BW i.V.m. § 18 GemO BW; § 15 Abs. 1 SpkG RP i.V.m. § 22 GemO RP.

511 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) a) bb).

das Rederecht durch die Geschäftsordnung zeitlichen Beschränkungen unterworfen werden, die zur Aufrechterhaltung der Arbeitsfähigkeit des Verwaltungsrats erforderlich sind. Diese Erforderlichkeit ist gegeben, wenn Beschränkungen der Redezeit erforderlich sind, um alle Punkte der Tagesordnung in einem angemessenen Zeitraum abarbeiten zu können. Zudem muss die Begrenzung der Redezeit sachlich angemessen sein, was nur der Fall ist, wenn jedem Mitglied des Verwaltungsrats zu jedem Punkt der Tagesordnung so viel Redezeit verbleibt, dass es bei gestraffter Darstellung und ohne Wiederholungen sowie Abschweifungen seine Ansicht umfassend darstellen kann. Die Redezeitbeschränkungen müssen dem Grundsatz der Gleichbehandlung genügen.

Das Antragsrecht gewährleistet, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrats Anträge stellen kann⁵¹², ohne hierzu von weiteren Mitgliedern unterstützt werden zu müssen. Zum Antragsrecht gehört auch, den Antrag in angemessenem Umfang begründen zu dürfen. Aus dem Antragsrecht folgt allerdings kein Anspruch darauf, dass ein mündlich gestellter Antrag sofort in der laufenden Sitzung behandelt wird. Denn das Recht zur Entscheidung über die Tagesordnung steht dem Vorsitzenden und dem Verwaltungsrat als Organ zu: Vor der Ladung zu Sitzungen stellt der Vorsitzende des Verwaltungsrats die Tagesordnung auf. Während der Sitzung steht das Recht zur Änderung der Tagesordnung dem Gesamtorgan Verwaltungsrat zu, das über Änderungen der Tagesordnung mit Stimmenmehrheit zu entscheiden hat.

Der Vorsitzende muss dem Antrag eines einzelnen Mitglieds des Verwaltungsrats auf Einberufung einer Sitzung nicht entsprechen, da er nur dann zur Einberufung einer Sitzung verpflichtet ist, wenn dies von mehreren Mitgliedern des Verwaltungsrats beantragt wird. Je nach Landesrecht muss der Vorsitzende eine Sitzung einberufen, wenn dies von einem Viertel, einem Drittel oder der Hälfte der Mitglieder des Verwaltungsrats beantragt wird.⁵¹³

Das Stimmrecht gewährt dem Mitglied des Verwaltungsrats das Recht, an jeder Abstimmung des Verwaltungsrats teilzunehmen und seine Stimme nach seiner eigenen Überzeugung abzugeben.

Soweit ein Mitglied des Verwaltungsrats durch ein Mitwirkungsverbot von der Mitwirkung an der Beratung und Entscheidung über eine Angelegenheit ausgeschlossen ist, stehen ihm in dieser Angelegenheit weder Rede-, noch Antrags- und Stimmrecht zu.

cc) Informationsansprüche

Die Sparkassengesetze der Länder enthalten keine Vorschriften dazu, auf welche Informationen die Mitglieder des Verwaltungsrats Anspruch haben. Daher müssen Art und Umfang der Informationsansprüche durch Auslegung ermittelt werden.

Die Auslegung setzt dabei an, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben verpflichtet sind. Die Sparkassengesetze setzen voraus, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats bei der Erfüllung ihrer Aufgaben ein bestimmtes Maß an Umsicht anzuwenden haben. Die Mitglieder des Verwaltungsrats könnten weder ihre Aufgaben erfüllen noch die dabei erforderliche Umsicht walten lassen, wenn ihnen keine hinreichenden Informationen über die von ihnen zu überwachenden und von ihnen zu entscheidenden Angelegenheiten zur Verfügung stehen. Daher dürfen den Mitgliedern des Verwaltungsrats entscheidungsnotwendige Informationen nicht vorenthalten werden.⁵¹⁴ Mithin wird man den Mitgliedern des Verwaltungsrats einen Anspruch auf Zugänglichkeit der entscheidungsnotwendigen Informationen zusprechen müssen.

512 So ausdrücklich geregelt in § 5d Abs. 5 HSparkG.

513 Vgl. hierzu § 5d Abs. 6 HSparKG; § 17 Abs. 1 NSpG; § 16 Abs. 1 SpkG NW; § 9 Abs. 7 SächsGörKrI; § 9 Abs. 7 SpkG LSA; § 5 Abs. 1 ThürSpkG.

514 Fischer, ZIP 2004, S. 2169 (2175).

Ebenfalls nicht geregelt ist, in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt den Mitgliedern des Verwaltungsrats die Informationen zugänglich zu machen sind. Auch diese Fragen sind durch Auslegung zu ermitteln. Auch hier setzt die Auslegung dabei an, dass die Informationen in einer Form und zu einem Zeitpunkt zur Verfügung gestellt werden, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats die Informationen in zumutbarer Weise vor der Behandlung der Angelegenheit im Verwaltungsrat zur Kenntnis nehmen können.⁵¹⁵ Für einfache Sachverhalte, die unschwer zu erfassen sind und über die sich die Mitglieder des Verwaltungsrats in relativ kurzer Zeit eine Meinung bilden können, genügt es für eine zumutbare Kenntnisnahme der Informationen, wenn Berichte mündlich in der Sitzung gegeben werden. Darstellungen umfangreicher und komplexer Sachverhalte, wie z.B. Zahlenwerke und die Darstellung komplizierter Vorgänge, müssen den Mitgliedern des Verwaltungsrats schriftlich gegeben werden, um ihnen das Verständnis der Informationen zu ermöglichen.⁵¹⁶

Die Informationen müssen den Mitgliedern des Verwaltungsrats so rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden, dass sie hinreichend Gelegenheit haben, sich mit den Informationen vertraut zu machen. Nur so ist es möglich, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats sich die zur Erfüllung ihrer Pflichten notwendigen Kenntnisse vor der Behandlung einer Angelegenheit im Verwaltungsrat eignen können. Die zur Kenntnisnahme erforderliche Zeit variiert dabei nach dem Umfang und dem Komplexitätsgrad der Informationen. So können Berichte über einfache Angelegenheiten auch dann hinreichend verstanden und gewürdigt werden, wenn sie mündlich in der Sitzung des Verwaltungsrats vor der Beratung und Abstimmung gegeben werden. Umfangreiche Berichte und Darstellungen bedeutsamer und schwer überschaubarer Sachverhalte müssen den Mitgliedern des Verwaltungsrats mehrere Tage vor der Sitzung zugänglich gemacht werden. Eine Zuleitung solcher Berichte erst am Tag der Sitzung genügt für eine rechtzeitige Information nicht, da die Mitglieder des Verwaltungsrats in so kurzer Zeit nicht dazu in der Lage sind, den Inhalt der Berichte vollständig zu erfassen und zu würdigen. Bei umfangreichen Berichten, bei denen es auf Aktualität ankommt, ist den Mitgliedern des Verwaltungsrats mehrere Tage vor der Sitzung ein Vorbericht zugänglich zu machen; die aktuellen Änderungen können dann mündlich in der Sitzung nachgetragen werden.⁵¹⁷

Dass Sitzungsunterlagen und Beschlussvorlagen den Mitgliedern des Verwaltungsrats postalisch oder elektronisch übersandt werden müssen, ist nicht ausdrücklich in den Sparkassengesetzen geregelt worden.

In Brandenburg hat der Gesetzgeber in § 9 Abs. 8 BbgSpkG angeordnet, dass die Sitzungs- und Beschlussvorlagen zur Einsichtnahme durch die Verwaltungsratsmitglieder und deren Stellvertreter ab dem Tage der Einladung in der Sparkasse bereitzuhalten sind. Dieser Regelung ist zu entnehmen, dass die Sparkasse nur dazu verpflichtet ist, den Mitgliedern des Verwaltungsrats die Sitzungsunterlagen zur Ansicht zur Verfügung zu stellen. Eine Pflicht zur Übersendung von Sitzungsunterlagen an die Mitglieder des Verwaltungsrats folgt aus dieser Vorschrift nicht. Jedoch ist die Übersendung von Sitzungsunterlagen durch diese Vorschrift auch nicht ausgeschlossen, sodass die Sparkasse die Unterlagen freiwillig übersenden darf.

In Nordrhein-Westfalen regelt § 14 Abs. 2 SpkVO NW, dass jedes Mitglied des Verwaltungsrats das Recht hat, Unterlagen zu den einzelnen Beratungsgegenständen, die wegen ihres vertraulichen Charakters oder aus Gründen der Sicherung des Bank-, Daten-, Geschäfts- oder Steuergeheimnisses nicht übersandt werden können, in den Räumen der Sparkasse in angemessener Frist vor der Sitzung einzusehen. Eine ähnliche Regelung enthält die Mustersatzung für Sparkassen in Schleswig-Holstein.⁵¹⁸ Diese Normen beinhalten zwar selbst keine Pflicht der Sparkasse, nicht vertrauliche Sitzungsunterlagen vor der Sitzung an die Mitglieder des Verwaltungsrats zu übersenden. Jedoch setzen sie voraus, dass nicht vertrauliche Unterlagen versandt werden und nur die vertraulichen zur Ansicht in den Räumen der Sparkasse be-

515 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2171).

516 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2176) m.w.N.

517 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2176).

518 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2171).

reitgestellt werden.⁵¹⁹ Insofern spricht § 14 Abs. 2 SpkVO NW für die Ansicht des Gesetzgebers, dass auch ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung eine Pflicht zur Übersendung nicht vertraulicher Sitzungsunterlagen besteht.

In Rheinland-Pfalz hat das Ministerium für Wirtschaft und Verkehr als Sparkassenaufsichtsbehörde eine Empfehlung zur Gestaltung von Sparkassensatzungen und Geschäftsanweisungen gegeben, nach der Satzung oder Geschäftsanweisung die Pflicht zum Versenden von Sitzungsunterlagen enthalten sollten; diese Pflicht solle nur dann nicht gelten, wenn Gründe der Vertraulichkeit oder des Bankgeheimnisses einem Versand entgegenstehen. In letzteren Fällen sollen die Sitzungsunterlagen in den Räumen der Sparkasse zur Einsicht vorgehalten werden.⁵²⁰ Bei Umsetzung dieser Empfehlung durch die Sparkassensatzung erhielten die Mitglieder des Verwaltungsrats einen Anspruch auf Zusendung der nicht vertraulichen Sitzungsunterlagen und einen Anspruch auf Einsicht in die vertraulichen Sitzungsunterlagen. Damit wären den Mitgliedern des Verwaltungsrats die Sitzungsunterlagen grundsätzlich zuzusenden, wenn nicht ausnahmsweise zum Schutz von Geheimhaltungsinteressen auf den Versand verzichtet werden dürfte.⁵²¹

Im juristischen Schrifttum wird vertreten, dass in den anderen Ländern, in denen die Sparkassengesetze keine der vorstehenden Regelungen enthalten, eine allgemeine Pflicht zur Übersendung von Sitzungsunterlagen nicht bestehe.⁵²² Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass trotz aller Vorkehrungen in der Praxis eine Gefährdung der strengen Geheimhaltung bei der Zusendung nicht auszuschließen sei.⁵²³ Deshalb müsse die Auslegung in der Sitzung ausreichend sein, wenn dies aus technischen Gründen erforderlich oder wegen der Vertraulichkeit erforderlich sei. Insbesondere Bewerbungsunterlagen und Informationen zur geschäftlichen Lage, Liquidität und Rentabilität der Sparkasse könnten nicht versandt werden.⁵²⁴

Bei dieser Rechtslage haben die Mitglieder des Verwaltungsrats keinen Anspruch auf Zusendung von vertraulichen Sitzungsunterlagen. Die Vertraulichkeit der Sitzungsunterlagen kann sich aus dem Bankgeheimnis, Datenschutz, Geschäftsgeheimnis und der allgemeinen Vertrauensempfindlichkeit von Kreditinstituten ergeben. Damit wird ein großer Teil der möglichen Beratungsgegenstände des Verwaltungsrats von der Vertraulichkeit erfasst: Informationen mit Kundebezug, Informationen über die Geschäftslage und Risiken sowie die Liquidität und Rentabilität der Sparkasse, Personalangelegenheiten und Prüfberichte. Ebenso sind Informationen über geplante Grundstücks- und Beteiligungsgeschäfte und Bauvorhaben zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Geschäftspartner vertraulich zu behandeln.⁵²⁵

dd) Anspruch auf Entschädigung

Die Mitglieder des Verwaltungsrats sind ehrenamtlich tätig. Sie haben Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für ihre Tätigkeit.⁵²⁶ Soweit die Sparkassengesetze der Länder keine Regelungen zu Art und Umfang der Entschädigungen enthalten, steht es den Verwaltungsräten der Sparkassen frei, nach eigenem Ermessen über die tatbestandlichen Voraussetzungen der Aufwandsentschädigung und deren Höhe zu beschließen.

519 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2172).

520 Zitiert bei *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2172).

521 *Dietrich*, Sparkassen- und Personalrecht in Rheinland-Pfalz, § 9 Anm. 3 [zitiert nach *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2172)].

522 *Berger*, Sparkassengesetz Niedersachsen, § 15 Rn. 12 und *Klüpfel/Gaberdriel/Gnam*, Sparkassengesetz Baden-Württemberg, § 19 Anm. I 4. [beide zitiert nach *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2172)].

523 *Berger*, Sparkassengesetz Niedersachsen, § 15 Rn. 12 [zitiert nach *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2175)].

524 *Klüpfel/Gaberdriel/Gnam*, Sparkassengesetz Baden-Württemberg, § 19 Anm. I 4. [zitiert nach *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2172)].

525 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2176) unter Bezug auf *Heinevetter*, Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen, § 4 Muttersatzung Rn. 8.

526 § 19 Abs. 7 SpG BW; § 12 Abs. 2 BaySpkO; § 14 Abs. 4 BbgSpkG; § 5d Abs. 3 HSparkG; § 14 Abs. 4 SpkG M-V; § 7 Abs. 5 SpkG RP; § 12 Abs. 9 SaarlSpG; § 14 Abs. 5 SächsGörKrI; § 14 Abs. 4 SpkG LSA; § 8 Abs. 3 ThürSpkG.

Die Sparkassengesetze einiger Länder treffen besondere Aussagen über die Art und die Höhe der den Mitgliedern des Verwaltungsrats zu gewährenden angemessenen Entschädigung. Diese schränken die Freiheit des Verwaltungsrats bei der Festlegung der tatbestandlichen Voraussetzungen und der Höhe der Entschädigungen ein.

In Niedersachsen haben die Mitglieder des Verwaltungsrats nach § 14 Abs. 2 NSpG Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und Verdienstausfall. Hier erlässt die Sparkassenaufsichtsbehörde gemäß § 14 Abs. 2 NSpG eine Verordnung, in der die Einzelheiten der Entschädigungsansprüche, insbesondere Obergrenzen, geregelt werden. Ähnlich ist die Regelung in Rheinland-Pfalz: Hier wird das fachlich zuständige Ministerium durch § 7 Abs. 5 SpkG RP ermächtigt, durch Rechtsverordnung Voraussetzungen und Höchstsätze für die Aufwandsentschädigung der Verwaltungsratsmitglieder und des Stellvertreters des Vorsitzenden festzusetzen. Damit darf der Ordnungsgeber in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Entschädigungen und deren Obergrenzen regeln. Diese Regelungen sind für die Organe der Sparkassen bindend; sie dürfen den Mitgliedern des Verwaltungsrats keine Entschädigungen gewähren, die die Verordnung nicht vorsieht und sie dürfen die Höhe der Entschädigungen nicht oberhalb der durch die Verordnung festgesetzten Obergrenze festlegen. Soweit der Ordnungsgeber in Rheinland-Pfalz von der Verordnungsermächtigung kein Gebrauch gemacht hat, ist der Sparkassenverband nach § 7 Abs. 5 SpkG RP verpflichtet, im Einvernehmen mit dem Gemeinde- und Städtebund, dem Städtetag und dem Landkreistag entsprechende Richtlinien zu erlassen, deren Höchstsätze für die Sparkassen verbindlich sind. Anders als bei der Verordnung sind für die Sparkassen nur die in den Richtlinien enthaltenen Höchstsätze für die Entschädigungen verbindlich, nicht aber die die Vorgaben zu den tatbestandlichen Voraussetzungen der Entschädigungsansprüche.

In Nordrhein-Westfalen haben die Mitglieder des Verwaltungsrats nach § 18 SpkG NW Anspruch auf Sitzungsgelder und den Ersatz ihrer Fahrtkosten. Damit legt der Gesetzgeber die Sparkassen auf die Gewährung dieser beiden Arten von Ersatzleistungen fest. Andere Arten von Ersatzleistungen, wie z.B. der Ersatz von Auslagen, kann von den Mitgliedern des Verwaltungsrats nicht beansprucht werden.⁵²⁷

In Nordrhein-Westfalen und dem Saarland entscheidet der Verwaltungsrat der Sparkasse aufgrund von Empfehlungen der Sparkassen- und Giroverbände über die Höhe der Sitzungsgelder.⁵²⁸ In Thüringen richtet sich gemäß § 8 Abs. 3 ThürSpkG die Höhe der Aufwandsentschädigung nach einer von der Sparkassenaufsichtsbehörde nach Anhörung des Sparkassen- und Giroverbandes Hessen-Thüringen zu erlassenden Empfehlung. Rechtlich sind solche Empfehlungen zwar nicht verbindlich, sodass es den Sparkassen gestattet ist, bei der Höhe der gewährten Aufwandsentschädigungen sowohl nach oben als auch nach unten von den empfohlenen Werten abzuweichen. Jedoch hat der Gesetzgeber mit seiner Regelung zum Ausdruck gebracht, dass die Sparkassen im Regelfall Aufwandsentschädigungen in Höhe der empfohlenen Werte gewähren sollen. Eine Abweichung kommt damit nur in Frage, wenn sie durch besondere Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt ist. So kann es z.B. gerechtfertigt sein, dass den Mitgliedern des Verwaltungsrats einer sehr kleinen Sparkasse mit geringem Geschäftsaufkommen wegen der daraus resultierenden geringen Arbeitsbelastung der Verwaltungsratsmitglieder eine niedrigere als die empfohlene Aufwandsentschädigung gewährt wird. Umgekehrt kann eine Überschreitung der Empfehlung gerechtfertigt sein, wenn der Umfang der Tätigkeit des Verwaltungsrats erheblich den Umfang der durchschnittlichen Arbeitsbelastung der Verwaltungsräte, die der Empfehlung zugrunde liegt, übersteigt.

In Schleswig-Holstein haben die Mitglieder des Verwaltungsrates nach § 21 Abs. 1 SpkG SH Anspruch auf die Gewährung einer angemessenen monatlichen Aufwandsentschädigung sowie den Ersatz von Fahrtkosten und die Vergütung von Reisekosten. Der Vorsitzende und der erste stellvertretende Vorsitzende erhalten eine angemessene zusätzliche monatliche Aufwandsentschädigung. Damit ist, wie in Nordrhein-Westfalen, festgelegt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats andere Ansprüche, wie z.B. auf Ersatz von Auslagen, nicht geltend machen können. Gemäß § 21 Abs. 2 SpkG SH wird die Höhe der Aufwandsentschädigungen vom Vorstand des Sparkassen- und Giroverbandes unter Berücksichtigung der Höhe der Bilanzsumme der Sparkassen durch Richtlinien bestimmt. Der Vorstand des Sparkassen- und Giroverbandes setzt auf der Grundlage dieser Richtlinien die Höhe der Aufwandsentschädigungen für jede Sparkasse durch schriftlichen Verwaltungsakt fest. Dieser Verwaltungsakt ist eine bindende Entscheidung, sodass die Sparkasse die Sparkasse an die in ihm festgesetzte Höhe der Entschädigung gebunden ist. Sie darf den Mitgliedern des Verwaltungsrats weder weniger noch mehr als die festgesetzte Entschädigung gewähren. Nach § 21 Abs. 3 SpkG SH werden die Fahrtkosten erstattet, die durch die Fahrt zum Sitzungsort und zurück entstehen, höchstens jedoch in Höhe der Kosten der Fahrt von der Hauptwohnung zum Sitzungsort und zurück. Bei der Benutzung privateigener Fahrzeuge richtet sich die Höhe der Entschädigung nach den Sätzen des Bundesreisekostengesetzes. Gemäß § 21 Abs. 4 SpkG SH werden Reisekosten, d.h. Fahrtkosten, die für die Wahrnehmung von Terminen, die nicht am Sitz der Sparkasse stattfinden, nach den für Beamtinnen und Beamte geltenden Grundsätzen vergütet.

⁵²⁷ Vgl. zu den möglichen Arten von Aufwandsentschädigungen oben unter B) I) 3.) a) ff).

⁵²⁸ § 18 SpkG NW; § 12 Abs. 9 SaarlSpG.

In Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen und Sachsen-Anhalt hat die Sparkassenaufsichtsbehörde nach Anhörung des Ostdeutschen Sparkassen- und Giroverbandes Richtlinien über die Gewährung von Aufwandsentschädigungen bzw. über Obergrenzen für Aufwandsentschädigungen zu erlassen.⁵²⁹ Solche Richtlinien geben den Sparkassen einen Entscheidungsrahmen vor, innerhalb dessen sie nach eigenem Ermessen über die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Höhe der den Verwaltungsratsmitgliedern gewährten Aufwandsentschädigungen entscheiden dürfen. Die Sparkassen müssen sich bei der Ausgestaltung der Ansprüche innerhalb dieses Entscheidungsrahmens halten.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats dürfen am Gewinn der Sparkasse nicht beteiligt werden.⁵³⁰

ee) Anspruch auf Fortbildung

Fortbildungen für Mitglieder des Verwaltungsrats werden nur in den Sparkassengesetzen von Hessen und Nordrhein-Westfalen erwähnt.

In Hessen gewährt der Gesetzgeber in § 5d Abs. 4 HSparkG den Mitgliedern des Verwaltungsrats einen Anspruch auf Übernahme der Kosten für den Besuch von Fortbildungsveranstaltungen: Die Verwaltungsratsmitglieder sollen sich regelmäßig über aktuelle Entwicklungen im Kreditwesen fortbilden. Die Kosten für die Teilnahme an vom Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen anerkannten Fortbildungsveranstaltungen trägt die Sparkasse. Für die Praxis ist bedeutsam, dass der Anspruch nur für Fortbildungsveranstaltungen eingreift, die vom Sparkassen- und Giroverband anerkannt sind. Um die Kostenübernahme durch die Sparkasse zu gewährleisten, sollten sich die Mitglieder des Verwaltungsrats vor der Buchung einer Fortbildung beim Sparkassen- und Giroverband informieren, ob diese Fortbildung anerkannt ist.

In Nordrhein-Westfalen ergibt sich aus § 15 Abs. 7 SpkG NW, dass sich die Mitglieder des Verwaltungsrats regelmäßig zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben fortbilden sollen. Diese Soll-Vorschrift begründet keine Pflicht der Mitglieder des Verwaltungsrats. Einen Anspruch der Verwaltungsratsmitglieder gegen die Sparkasse auf Übernahme der Fortbildungskosten enthält das Gesetz nicht.

Auch in den übrigen Ländern gewähren die Sparkassengesetze den Mitgliedern des Verwaltungsrats keine Ansprüche auf Durchführung von Fortbildungsveranstaltungen oder die Übernahme von Kosten für solche Veranstaltungen. Solche Ansprüche müssten durch entsprechende Regelungen in der Sparkassensatzung begründet werden.

Beispiel eines Anspruchs auf Übernahme von Fortbildungskosten in einer Sparkassensatzung:

§ 22 Kosten der Fortbildung

Die Sparkasse ersetzt den Mitgliedern des Verwaltungsrats die Kosten für die Teilnahme an Veranstaltungen, die der Fortbildung für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben dienen und vom Sparkassen- und Giroverband anerkannt sind.

ff) Freiheit von Weisungen

Die Mitglieder des Verwaltungsrats handeln nach ihrer freien Überzeugung. Sie sind an Weisungen nicht gebunden. Bis auf Bayern ist diese Weisungsfreiheit in allen Ländern gesetzlich ausdrücklich garantiert.⁵³¹

Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung erkennt die Rechtsprechung in Bayern an, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats das Recht haben, frei von Weisungen nach ihrer freien Überzeugung zu entscheiden. Zur Begründung ver-

529 § 14 Abs. 4 BbgSpkG; § 14 Abs. 4 SpkG M-V; § 14 Abs. 5 SächsGörKrI; § 14 Abs. 4 SpkG LSA.

530 § 19 Abs. 8 SpG BW; § 12 Abs. 2 BaySpkO; § 14 Abs. 5 BbgSpkG; § 14 Abs. 5 SpkG M-V; § 7 Abs. 4 SpkG RP; § 14 Abs. 6 SächsGörKrI.

531 § 19 Abs. 1 SpG BW i.V.m. § 32 Abs. 3 GemO BW; § 14 Abs. 2 BbgSpkG; § 5d Abs. 8 HSparkG; § 14 Abs. 3 SpkG M-V; § 11 Abs. 2 NSpG; § 15 Abs. 6 SpkG NW; § 7 Abs. 1 SpkG RP; § 12 Abs. 6 SaarlSpG; § 14 Abs. 3 SächsGörKrI; § 14 Abs. 2 SpkG LSA; § 10 Abs. 4 SparkG SH; § 8 Abs. 2 ThürSpkG.

weisen die Gerichte darauf, dass der Verwaltungsrat ein Organ der Sparkasse ist und kein Organ der Trägerkommune. Deshalb kann den Organen der Trägerkommune kein Weisungsrecht gegenüber den Mitgliedern des Verwaltungsrats zustehen.⁵³²

Die Freiheit von Weisungen gilt gegenüber jedermann. Weder der Vorstand der Sparkasse noch die Organe der Trägerkommune dürfen den Mitgliedern des Verwaltungsrats Weisungen erteilen.⁵³³ Die Weisungsfreiheit gilt auch gegenüber der Fraktion, auf deren Vorschlag das Mitglied in den Verwaltungsrat gewählt wurde. Auch dürfen politische Parteien, Gewerkschaften und sonstige Organisationen und Personen den Mitgliedern des Verwaltungsrats keine Weisungen erteilen. Beschlüsse von Fraktionen oder Parteien, die das Mitglied des Verwaltungsrats zu einem bestimmten Inhalt von Redebeiträgen, einem Antrag oder Abstimmungsverhalten anweisen, sind für das Verwaltungsratsmitglied nicht verbindlich. Es muss solche Beschlüsse nicht befolgen. Verträge und Absprachen, die das Verwaltungsratsmitglied zur Befolgung solcher Beschlüsse verpflichten, sind nichtig und damit rechtlich unwirksam.

Die Normen über die Weisungsfreiheit dienen dem Zweck, die Entscheidungsfreiheit der Mitglieder des Verwaltungsrats zu sichern. Damit steht es ihnen auch frei, sich freiwillig der Meinung der Vertretungskörperschaft, einer Fraktion oder Partei anzuschließen und im Verwaltungsrat nach deren Beschlüssen zu handeln.

Vor der Weisungsfreiheit ist die gesamte Tätigkeit im Verwaltungsrat umfasst. Dies bedeutet insbesondere, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats nach ihrer Überzeugung darüber entscheiden, ob sie zu einer Angelegenheit in der Sitzung das Wort ergreifen und welchen Inhalt ihre Redebeiträge haben. Sie entscheiden frei, ob und mit welchem Inhalt sie Anträge stellen und wie sie abstimmen.

b) Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats

Den Mitgliedern des Verwaltungsrats obliegen Pflichten, die sie gegenüber der Sparkasse zu erfüllen haben.

aa) Pflicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Verwaltungsrats und Sorgfaltsmaßstab

Die Sparkassengesetze einiger Länder enthalten die ausdrückliche Pflicht der Mitglieder des Verwaltungsrats, ihre Aufgaben uneigennützig und verantwortungsbewusst wahrzunehmen und die Interessen der Sparkasse zu wahren.⁵³⁴ Damit ist jedes Mitglied des Verwaltungsrats dazu verpflichtet, sich an den Überwachungs- und Entscheidungsaufgaben des Verwaltungsrats aktiv zu beteiligen; jedes Mitglied des Verwaltungsrats ist für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben verantwortlich.⁵³⁵

Im juristischen Schrifttum wird die Ansicht vertreten, dass diese Pflicht in allen Bundesländern gilt⁵³⁶, also auch in denjenigen, deren Sparkassengesetze sie nicht ausdrücklich enthalten. Dieser Auslegung der Sparkassengesetze dürfte zuzustimmen sein. Denn die Sparkassengesetze der Länder, die die Pflicht nicht ausdrücklich als solche bezeichnen, verweisen bei der Normierung der Weisungsfreiheit der Verwaltungsratsmitglieder darauf, dass letztere bei ihrer Tätigkeit mit Rück-

532 *BayVG*H, Urteil vom 11.11.1992 - 3 B 92.727 -, Abs. 20 (zitiert nach juris).

533 *BayVG*H, Urteil vom 11.11.1992 - 3 B 92.727 -, Abs. 19 f. (zitiert nach juris).

534 § 19 Abs. 1 SpG BW; § 12 Abs. 1 BaySpkO; § 14 Abs. 1 BbgSpkG; § 14 Abs. 1 SpkG M-V; § 14 Abs. 2 SächsGörKrI; § 14 Abs. 1 SpkG LSA.

535 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170) unter Berufung auf *Schlierbach/Püttner*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, S. 182.

536 So wohl *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170) unter Berufung auf *Schlierbach/Püttner*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, S. 182, die bei der Annahme dieser Pflicht nicht zwischen Ländern mit ausdrücklicher Normierung und den übrigen Ländern differenzieren.

sicht auf das Wohl der Sparkasse bzw. deren öffentlichen Auftrag handeln müssen.⁵³⁷ Damit haben die Landesgesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Entscheidungsfreiheit die Mitglieder des Verwaltungsrats nicht von der Wahrung des Wohls der Sparkasse entbinden soll. Insofern ist die Annahme berechtigt, dass die Landesgesetzgeber die Verwaltungsratsmitglieder dazu verpflichten wollten, ihre Aufgaben so wahrzunehmen, dass das Wohl der Sparkasse gesichert ist und die Sparkasse ihre gesetzlichen Aufgaben erfüllen kann.

Im Einzelnen bedeutet die Pflicht zur Wahrnehmung der Aufgaben des Verwaltungsrats, dass dessen Mitglieder bei ihren Entscheidungen rechtmäßig handeln müssen und durch die Überwachung des Vorstands dafür zu sorgen haben, dass dieser nicht rechtswidrig handelt. Dabei beschränkt sich die Pflicht zur Überwachung des Vorstands regelmäßig darauf, die vom Vorstand vorgelegten Berichte und Entscheidungsvorlagen sachkundig zu prüfen. Wenn diese Prüfung Zweifel an der Richtigkeit des Berichts oder an der Rechtmäßigkeit von Vorstandsentscheidungen weckt, muss das Verwaltungsratsmitglied versuchen, die Zweifelsfragen aufzuklären.⁵³⁸ Die gleiche Pflicht zur Klärung soll das Verwaltungsratsmitglied treffen, wenn sich aus dem sonstigen Wissen des Verwaltungsratsmitglieds, das er z.B. als Kunde der Sparkasse oder von Mitgliedern der Personalvertretung erlangt hat, Zweifel daran ergeben, dass der Vorstand dem Verwaltungsrat alle erforderlichen Informationen vorgelegt hat.⁵³⁹ Allerdings kann das einzelne Mitglied des Verwaltungsrats vom Vorstand keinen entsprechenden Bericht verlangen, da dieses Recht nur dem Verwaltungsrat als Gesamtorgan zusteht. Daher genügt das Verwaltungsratsmitglied seiner Pflicht zur Aufklärung von Zweifeln, wenn er den Verwaltungsrat auf seine Zweifel hinweist und den Antrag stellt, dass der Verwaltungsrat einen entsprechenden Bericht des Vorstands anfordern soll. Mit diesem Antrag hat das Verwaltungsratsmitglied seine Pflicht erfüllt, auch wenn es nicht zur Berichterstattung durch den Vorstand kommt, z.B. weil der Antrag im Verwaltungsrat keine Mehrheit erhalten hat.⁵⁴⁰

In den Sparkassengesetzen einiger Länder ist ausdrücklich geregelt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats bei der Erfüllung ihrer Pflichten die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden haben.⁵⁴¹

In Hessen haben die Mitglieder des Verwaltungsrats gemäß § 5d Abs. 8 HSparkG ihre Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedes wahrzunehmen.

In Niedersachsen gelten gemäß § 16 Abs. 6 NSpG die in § 10 Abs. 1 NSpG geregelten Sorgfaltsanforderungen an Vorstandsmitglieder auch für die Mitglieder des Verwaltungsrats. Die Mitglieder von Vorstand und Verwaltungsrat haben die Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.

Dabei dürfte es sich bei der Verwendung der Begriffe „ordentlicher Kaufmann“, „ordentliches Verwaltungsratsmitglied“ und „gewissenhafter Geschäftsleiter“ lediglich um terminologische Unterschiede handeln, ohne dass die Landesgesetzgeber mit den terminologischen Unterschieden einen unterschiedlichen Sorgfaltsmaßstab bezwecken wollten. Insofern kann zur Erläuterung aller Regelungen des Sorgfaltsmaßstabs auf die für den Vorstand gegebene Erklärung zur Sorgfalt des gewissenhaften Geschäftsleiters verwiesen werden.⁵⁴² Für die Mitglieder des Verwaltungsrats bedeutet dieser Sorgfaltsmaßstab, dass sie sich vom Vorstand so oft und so umfassend berichten lassen müssen, dass sie die Lage der Sparkasse und die Tätigkeit des Vorstands jederzeit umfassend zutref-

537 § 15 Abs. 6 SpkG NW; § 7 Abs. 1 SpkG RP; § 12 Abs. 6 SaarSpG; § 10 Abs. 4 SparkG SH; § 8 Abs. 2 ThürSpkG.

538 Fischer, ZIP 2004, S. 2169 (2171) unter Berufung auf Schlierbach/Püttner, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, S. 182.

539 Fischer, ZIP 2004, S. 2169 (2171).

540 Fischer, ZIP 2004, S. 2169 (2170 f.).

541 § 19 Abs. 1 SpG BW; § 12 Abs. 1 BaySpkO; § 14 Abs. 1 BbgSpkG; § 5d Abs. 8 HSparkG; § 14 Abs. 1 SpkG M-V; § 14 Abs. 2 SächsGörKrI; § 14 Abs. 1 SpkG LSA.

542 Vgl. hierzu oben unter B) III) 2.) a).

fend einschätzen können. Sie sind dazu verpflichtet, Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Berichte des Vorstands nachzugehen, dürfen diese nicht auf sich beruhen lassen. Außerdem verpflichtet sie der Sorgfaltsmaßstab dazu, die Berichte des Vorstands tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und mit der für das Erfassen des jeweiligen Sachverhalts erforderlichen Gründlichkeit zu lesen bzw. – bei mündlichen Berichten – dem Bericht mit der erforderlichen Aufmerksamkeit zu folgen. Erkennt ein Mitglied des Verwaltungsrats, dass ihm für das Verständnis eines Berichts notwendiges Fachwissen fehlt, darf es nicht ohne Weiteres von der Ordnungsgemäßheit des vom Vorstand Berichteten ausgehen. Vielmehr muss sich das Verwaltungsratsmitglied das Verständnis des fraglichen Problems erschließen, z.B. indem er sich fehlendes Fachwissen erwirbt oder bei anderen, fachkundigen Mitgliedern des Verwaltungsrats nachfragt. Sollten diese Bemühungen ohne Erfolg bleiben, kommt ein Antrag an den Verwaltungsrat auf Hinzuziehung eines Sachverständigen in Betracht.

bb) Verschwiegenheitspflicht

Die Mitglieder des Verwaltungsrats sind zur Amtsverschwiegenheit über den Geschäftsverkehr und die sonstigen vertraulichen Angelegenheiten der Sparkasse verpflichtet.⁵⁴³ Die Amtsverschwiegenheit erfasst alle Informationen, an deren Vertraulichkeit die Sparkasse ein berechtigtes Interesse hat.⁵⁴⁴

Das sind sämtliche Informationen zu Kundenangelegenheiten, zu den Einzelheiten der Geschäfts- und Produktentwicklung, zu geschäftlichen Strategien, zu den Finanzdaten der Sparkasse und zu Personalangelegenheiten.⁵⁴⁵ Damit sind von der Verschwiegenheitspflicht alle Angaben über die laufenden und geplanten Geschäfte der Sparkasse erfasst. Dies dient zwei Zielen: Zum einen soll das Bekanntwerden von Geschäften in der Öffentlichkeit verhindern, dass Dritte die erfolgreiche Abwicklung der Geschäfte verhindern. Und zum anderen stellen die Daten von Kunden und Vertragspartnern personenbezogene Daten dar, an deren Schutz die Kunden und Vertragspartner ein berechtigtes Interesse haben. Die Schweigepflicht über die geschäftlichen Strategien verbietet auch die öffentliche Bekanntgabe von Plänen zu zukünftigen Anlagegeschäften und Investitionen – vor allem zu Grundstücksgeschäften – sowie zum Zuschnitt der Kundenberatung. Daher dürfen Mitglieder des Verwaltungsrats die Öffentlichkeit nicht über die geplante Eröffnung oder Schließung von Zweigstellen und über die von der Bank geplanten Investitionsvorhaben informieren. Dies dient wiederum dem Ziel, den Erfolg der geplanten Geschäfte nicht durch ein zu frühes Bekanntwerden in der Öffentlichkeit zu gefährden. Unter Finanzdaten der Sparkasse sind grundsätzlich alle wirtschaftlichen Daten zu verstehen, die den Mitgliedern des Verwaltungsrats bei ihrer Tätigkeit bekannt werden. Unter den Personalangelegenheiten sind alle Angaben zu den Beschäftigten der Sparkasse und zu Bewerbern erfasst. Diese Daten dürfen nicht offenbart werden, da die Mitarbeiter und Bewerber ein berechtigtes Interesse am Schutz ihrer personenbezogenen Daten haben.

Ebenfalls unterfällt der Verschwiegenheitspflicht der Inhalt der Sitzungen des Verwaltungsrats. Dazu gehören zunächst alle Berichte, die der Vorstand im Verwaltungsrat erstattet hat, sowie alle Anträge, Redebeiträge und das Abstimmungsverhalten der Mitglieder des Verwaltungsrats. Nach einer im juristischen Schrifttum weit verbreiteten Meinung darf ein Mitglied des Verwaltungsrats auch sein eigenes Abstimmungsverhalten nicht öffentlich bekanntgeben.⁵⁴⁶ Die Rechtsprechung hat über diese Rechtsfrage bisher noch nicht entschieden.⁵⁴⁷ Allerdings ist nicht auszuschließen, dass

543 § 19 Abs. 3 SpG BW; Art. 10 Abs. 2 BaySpkG; § 23 BbgSpkG; § 5d Abs. 9 HSparkG; § 23 SpkG M-V; § 15 Abs. 1 NSpG; § 22 SpkG NW; § 15 Abs. 1 SpkG RP i.V.m. § 70 Abs. 1 LBG RP; § 21 Abs. 1 SaarlSpG; § 23 SächsGörKrF; § 23 SpkG LSA; § 19 SparkG SH i.V.m. § 96 Abs. 1 LVwG SH; § 18 Abs. 1 ThürSpkG.

544 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2175).

545 *VG Minden*, Urteil vom 31.03.2011 - 2 K 1865/10 -, Abs. 44 (zitiert nach *juris*); *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2175).

546 *Lutter*, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, S. 122; *Völter*, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, S. 93.

547 Diese Frage wurde offen gelassen in *VG Minden*, Urteil vom 31.03.2011 - 2 K 1865/10 -, Abs. 46 ff. (zitiert nach

sich die Rechtsprechung der Ansicht des Schrifttums anschließen wird, mit der Folge, dass die Rechtsprechung in der Veröffentlichung des eigenen Abstimmungsverhaltens einen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht sehen wird. Bei gröblichen Verstößen gegen die Verschwiegenheitspflicht kann das betreffende Mitglied aus dem Verwaltungsrat abberufen werden. Um diesen Verlust des Sitzes im Verwaltungsrat zu vermeiden, sollten die Verwaltungsratsmitglieder in der Praxis ihr eigenes Abstimmungsverhalten nur dann veröffentlichen, wenn dies nach den Umständen des Einzelfalls keinen gröblicher Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht darstellt.⁵⁴⁸

Die Verschwiegenheitspflicht erstreckt sich nicht auf Tatsachen, die offenkundig sind. Offenkundig sind Tatsachen, die jedermann bekannt sind oder die jedermann bekannt sein können. Jedermann bekannt sein können Tatsachen, über die sich alle aus öffentlich zugänglichen Quellen, z.B. aus den Medien, aus Pressemitteilungen und Pressekonferenzen, informieren können. Offenkundig sind öffentlich bekannte Informationen nur, wenn sich aus den öffentlichen Quellen ergibt, dass die Informationen tatsächlich zutreffen. Öffentlich bekannte Gerüchte sind dagegen keine offenkundigen Informationen, denn mit öffentlichen Äußerungen zu Gerüchten bestätigt bzw. widerlegt das Mitglied des Verwaltungsrats erstmals öffentlich den Wahrheitswert der bisher noch nicht öffentlich bekannten Tatsache.

Die Verschwiegenheitspflicht gilt nicht für Mitteilungen im amtlichen Verkehr.⁵⁴⁹ Das sind Mitteilungen, die gegenüber anderen Behörden, die für Angelegenheiten der Sparkasse zuständig sind, für deren dienstliche Zwecke abgegeben werden. Daher unterliegen die Mitglieder des Verwaltungsrats keiner Schweigepflicht gegenüber der für die Sparkassenaufsicht zuständigen Behörde, wenn sie die Behörde auf eine rechtswidrige Entwicklung in der Sparkasse aufmerksam machen und zum Einschreiten bewegen wollen. Gegenüber den Organen der Trägerkommune und der Personalvertretung der Sparkasse hingegen haben die Verwaltungsratsmitglieder Verschwiegenheit zu wahren. Dies folgt schon daraus, da die Trägerkommune keine zur Erledigung der Aufgaben der Sparkasse zuständige Behörde ist. Zudem werden die Mitglieder des Verwaltungsrats ausschließlich als Amtswalter der Sparkasse tätig; sie sind keine Vertreter der Trägerkommune bzw. der Personalvertretung.⁵⁵⁰ Damit kann sich ein Recht bzw. eine Pflicht zur Unterrichtung der Trägerkommune bzw. der Personalvertretung nicht aus der Rechtsstellung als deren Vertreter ergeben.

Die Verschwiegenheitspflicht gilt nur für Informationen, an deren Vertraulichkeit die Sparkasse ein berechtigtes Interesse hat. Dieses Interesse ist nicht mehr gegeben, wenn die Organe der Sparkasse rechtlich wirksam auf die Vertraulichkeit der Informationen verzichtet haben. Rechtlich wirksam ist dieser Verzicht nur, wenn der Sparkasse das Recht zusteht, über die Vertraulichkeit der entsprechenden Angaben zu disponieren. Dies ist z.B. bei Kunden- und Personalangelegenheiten nicht der Fall, da es sich hier um personenbezogene Daten der Kunden bzw. Mitarbeiter handelt, über deren Veröffentlichung von Rechts wegen nur die Kunden bzw. Mitarbeiter entscheiden dürfen. Zudem darf der Verwaltungsrat nicht ohne Zustimmung des Vorstands über die Aufhebung der Vertraulichkeit entscheiden. Denn zur alleinigen geschäftlichen Verantwortung des Vorstands gehört auch die Entscheidung über die Vertraulichkeit von geschäftlichen Angaben der Sparkasse, sodass der Verwaltungsrat nicht die Vertraulichkeit von Informationen gegen den Willen des Vorstands aufheben darf.⁵⁵¹

juris).

548 Vgl. dazu, wann ein gröblicher Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht vorliegt, unten unter B) III) 3.) b) cc) aaa).

549 So ausdrücklich geregelt in § 15 Abs. 1 SpkG RP i.V.m. § 70 Abs. 1 Satz 2 LBG RP und § 19 SparkG SH i.V.m. § 96 Abs. 1 Satz 2 LVwG SH.

550 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2175) m.w.N.

551 So für die Entscheidung über die Versendung vertraulicher Sitzungsunterlagen an die Mitglieder des Verwaltungsrats *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2175) unter Berufung auf *Heinevetter*, Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen, § 4

Ob ein Mitglied des Verwaltungsrats ausnahmsweise die „Flucht in die Öffentlichkeit“ antreten darf, also durch die öffentliche Bekanntgabe eine drohende rechtswidrige Entscheidung von Vorstand oder Verwaltungsrat zu verhindern, ist in der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden. Insofern ist nicht mit letzter Sicherheit vorhersehbar, ob die Rechtsprechung wegen der besonderen Vertrauensempfindlichkeit der Tätigkeit der Sparkassen eine solche Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht überhaupt zulässt. Jedoch wird die Rechtsprechung eine solche Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht allenfalls unter den sehr engen Voraussetzungen zulassen, die schon für die Mitglieder der Vertretungskörperschaften von Kommunen und deren Ausschüssen dargestellt wurden.⁵⁵² Damit muss das Verwaltungsratsmitglied eine rechtswidrige Entscheidung verhindern wollen; eine von ihm politisch abgelehnte, aber rechtmäßige Entscheidung genügt nicht. Zudem darf das Mitglied des Verwaltungsrats nur dann von der Verschwiegenheit absehen, wenn es nicht rechtzeitig möglich ist, die drohende Entscheidung durch die Sparkassenaufsichtsbehörde oder durch ein Gericht zu verhindern.

Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht kann strafbar sein. So wird nach § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, insbesondere ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als Amtsträger anvertraut wurde oder bekannt geworden ist. Amtsträger im Sinne dieser Vorschrift sind auch die Mitglieder der Organe öffentlicher Banken⁵⁵³, wozu die Mitglieder des Verwaltungsrats von Sparkassen gehören⁵⁵⁴. Die oben erläuterten personenbezogenen Daten von Kunden, Geschäftspartnern und Personal der Sparkasse sind Geheimnisse aus dem persönlichen Lebensbereich der Betroffenen; die oben besprochenen Angaben zu Einzelheiten der Geschäfts- und Produktentwicklung, zu geschäftlichen Strategien, zu den Finanzdaten der Sparkasse und zu den Verhandlungen im Verwaltungsrat sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Sparkasse. Als Geheimnisse im Sinne dieser Vorschrift gelten Informationen nicht mehr, wenn sie offenkundig sind. Diese Geheimnisse dürfen nicht unbefugt offenbart werden; unbefugt ist das Offenbaren, wenn die Vertraulichkeit nicht durch die dazu befugten Organe der Sparkasse bzw. durch die Personen, deren personenbezogene Daten von der Offenbarung betroffen sind, aufgehoben wurde. Offenbart im Sinne der Vorschrift wird ein Geheimnis, indem es an einen Dritten, der das Geheimnis nicht oder nicht sicher kennt, mitgeteilt wird.⁵⁵⁵ Dies kann sowohl dadurch geschehen, dass das Verwaltungsratsmitglied einem Dritten unter Ausschluss der Öffentlichkeit das Geheimnis mitteilt, aber auch durch Mitteilung des Geheimnisses an die Öffentlichkeit. Strafbar ist ein Verwaltungsratsmitglied nach § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB, wenn es ein Geheimnis vorsätzlich⁵⁵⁶, d.h. wissentlich und willentlich, offenbart.

Eine Strafbarkeit des Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht kann sich auch aus § 353b Abs. 1 StGB ergeben. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer vorsätzlich unbefugt ein Geheimnis offenbart, das ihm als Amtsträger anvertraut oder bekanntgegeben wurde, und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet. Da der Tatbestand hinsichtlich des vorsätzlichen unbefugten Offenbarens eines Geheimnisses mit dem insofern gleich lautenden § 203 StGB identisch ist, kann zur Erläuterung auf das eben Ausgeführte verwiesen werden. Strafbar ist die Handlung nach § 353b StGB, wenn durch das Offenbaren des Geheimnisses wichtige öffentliche Interessen gefährdet werden. Hierbei muss es sich um bedeutende öffentliche Interessen handeln.⁵⁵⁷ Diese Gefährdung von wichtigen öffentlichen Interessen kann dadurch erfolgen, dass die Tatsache eines Bruchs der Verschwie-

Mustersatzung Rn. 8.

552 Vgl. zu den Voraussetzungen der „Flucht in die Öffentlichkeit“ oben unter B) I) 3.) b) dd).

553 BGH, wistra 1995, S. 327.

554 Fischer, ZIP 2004, S. 2169 (2175).

555 RGSt 38, 65.

556 Vgl. zur eingehenden Erläuterung des Begriffes Vorsatz oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

557 BGHSt 11, 402; OLG Düsseldorf, NJW 1982 S. 2884.

genheitspflicht bekannt wird und dadurch das Vertrauen in die Tätigkeit der Behörden erschüttert wird.⁵⁵⁸ So kann ein Mitglied des Verwaltungsrats, das Informationen über die Höhe von Guthaben bestimmter Kunden oder über Geschäfte, die die Sparkasse mit bestimmten Kunden tätigt, die Gefahr auslösen, dass diese und andere Kunden wegen der Offenbarung der Daten das Vertrauen darin verlieren, dass die Sparkasse das Bankgeheimnis strikt und in jedem Falle wahrt. Die heraus resultierenden Kundenverluste können eine Gefahr für den wirtschaftlichen Bestand der Sparkasse nach sich ziehen. Verursacht das Mitglied des Verwaltungsrats die Gefahr vorsätzlich, kann es mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden. Hat das Verwaltungsratsmitglied die Gefahr fahrlässig verursacht, kann Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe verhängt werden.

Schließlich kann gemäß § 204 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, insbesondere ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, zu dessen Geheimhaltung er nach § 203 StGB verpflichtet ist, verwertet. Diese Geheimnisse sind insbesondere die oben besprochenen Angaben zu Einzelheiten der Geschäfts- und Produktentwicklung, zu geschäftlichen Strategien, zu den Finanzdaten der Sparkasse, zu deren Geheimhaltung die Mitglieder des Verwaltungsrats verpflichtet sind. Die Tathandlung – das Verwerten der Geheimnisse – ist das wirtschaftliche Ausnutzen des Geheimnisses zur Gewinnerzielung.⁵⁵⁹ Dies setzt nicht voraus, dass das Mitglied des Verwaltungsrats das Geheimnis Dritten offenbart. So verwertet ein Geheimnis auch das Verwaltungsratsmitglied, das bei seiner Tätigkeit von einem bisher noch nicht öffentlich bekannten Neubauvorhaben der Sparkasse erfährt, daraufhin das für den Neubau in Frage kommende Grundstück erwirbt und es der Sparkasse zu einem wesentlich höheren Preis verkauft, als er vom ursprünglichen Grundstückseigentümer gefordert worden wäre.

cc) Rechtsfolge von Pflichtverletzungen: Ausschluss aus dem Verwaltungsrat und Haftung

Verstoßen Mitglieder des Verwaltungsrats gegen ihre vorstehend dargestellten Pflichten, können sie aus dem Verwaltungsrat ausgeschlossen werden. Zudem haben die Mitglieder des Verwaltungsrats den Schaden zu ersetzen, der der Sparkasse oder Dritten aus der Verletzung ihrer Pflichten entsteht.

aaa) Ausschluss aus dem Verwaltungsrat

Mitglieder des Verwaltungsrats, die gegen ihre Pflichten verstoßen, können aus dem Verwaltungsrat ausgeschlossen werden. Die für den Ausschluss erforderlichen tatbestandlichen Voraussetzungen und die für den Ausschluss zuständige Behörde unterscheiden sich in den einzelnen Bundesländern.

In einigen Ländern können die Mitglieder aus dem Verwaltungsrat ausgeschlossen werden, wenn sie gegen ihre Pflichten verstoßen haben.⁵⁶⁰ Die Sparkassengesetze mancher anderen Länder verlangen für den Ausschluss, dass das Mitglied grob bzw. erheblich gegen seine Pflichten verstoßen hat.⁵⁶¹ In anderen Ländern wiederum setzt der Ausschluss aus dem Verwaltungsrat einen wichtigen Grund voraus.⁵⁶²

In den erstgenannten Ländern berechtigt jede Verletzung einer den Mitgliedern des Verwaltungsrats obliegenden Pflicht zum Ausschluss aus dem Verwaltungsrat. Bei der verletzten Pflicht kann es sich um jede der oben erläuterten Pflichten handeln.⁵⁶³ Der Ausschluss aus dem Verwaltungsrat ist bei je-

558 OLG Düsseldorf, NJW 1089, S. 1872.

559 BayObLG, NStZ 1984, 169.

560 § 19 Abs. 5 SpG BW; § 14 Abs. 3 BbgSpkG; § 14 Abs. 3 SpkG M-V; § 14 Abs. 4 SächsGörKrI; § 14 Abs. 3 SpkG LSA.

561 § 5d Abs. 11 HSparkG; § 7 Abs. 2 SpkG RP; § 12 Abs. 7 SaarlSpG; § 9 Abs. 6 SparkG SH; § 12 Abs. 4 ThürSpkG.

562 Art. 86 BayVwVfG; § 1 NVwVfG i.V.m. § 86 VwVfG (Bund); § 8 Abs. 2 Buchst. h) i.V.m. § 13 Abs. 4 SpkG NW.

563 Vgl. zu den Pflichten der Verwaltungsratsmitglieder oben unter B) III) 3.) b) aa) und bb).

der Schwere der Pflichtverletzung zulässig, da der Wortlaut der Vorschriften nicht auf schwerwiegende Pflichtverletzungen beschränkt ist.

Anders ist dies in den Ländern, in denen eine grobe oder – was gleichbedeutend ist – gröbliche bzw. erhebliche Pflichtverletzung für den Ausschluss aus dem Verwaltungsrat erforderlich ist. Schon der Wortlaut macht deutlich, dass hierunter nicht jede Pflichtverletzung fällt, sondern nur solche von einigem Gewicht. Auch der Zweck der Vorschrift setzt schwere Pflichtverletzungen für einen Ausschluss voraus: So soll die Beschränkung auf schwere Pflichtverletzungen auch dazu dienen, die Weisungsfreiheit der Verwaltungsratsmitglieder zu sichern. Deshalb sollen sie während der Dauer ihrer Amtszeit nicht beliebig von ihrem Amte abberufen werden können. Dies ist gesichert, wenn nicht jeder, sondern erst ein schwerer Verstoß einen Ausschluss aus dem Verwaltungsrat erlaubt.⁵⁶⁴ Eine Pflichtverletzung von solcher Schwere ist nur dann gegeben, wenn die Pflichtverletzung geeignet ist, der Sparkasse schwerwiegende Nachteile zuzufügen oder das Vertrauen in eine künftige ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung des Verwaltungsratsmitglieds zu zerstören oder zumindest schwer zu erschüttern.⁵⁶⁵ Eine solche schwere Erschütterung des Vertrauens kann bewirkt werden durch einen einmaligen Verstoß gegen eine wichtige Pflicht, aber auch durch mehrfache geringfügige Pflichtverletzungen, die je für sich selbst betrachtet nicht schwerwiegend sind. In beiden Fällen lässt sich aus den Pflichtverletzungen darauf schließen, dass das betreffende Verwaltungsratsmitglied nicht gewillt oder dazu in der Lage ist, seine Pflichten zu erfüllen, womit es im Interesse der Sparkasse nicht hinnehmbar ist, dass das betreffende Mitglied im Verwaltungsrat verbleibt.

Nach diesen Grundsätzen rechtfertigt nicht jede Verletzung der Verschwiegenheitspflicht einen Ausschluss aus dem Verwaltungsrat. So stellt es keinen schwerwiegenden Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht dar, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats sein Abstimmungsverhalten im Verwaltungsrat zu einer in der Öffentlichkeit politisch umstrittenen Angelegenheit preisgibt, wenn die Entscheidung des Verwaltungsrats von den Organen der Sparkasse bereits öffentlich bekanntgegeben wurde. Dies gilt jedenfalls dann, wenn von der Mitteilung des Verwaltungsratsmitglieds auf das Abstimmungsverhalten der übrigen Mitglieder geschlossen werden kann. Denn in diesem Fall hat das Verwaltungsratsmitglied, das sein Abstimmungsverhalten öffentlich macht, keine vor der Veröffentlichung geschützten Rechte der anderen Mitglieder des Verwaltungsrats beeinträchtigt. Auch eine Schädigung des Ansehens der Sparkasse liegt in diesem Fall nicht vor. Daher kann in einem solchen Fall nicht von der einmaligen Pflichtverletzung darauf geschlossen werden, dass das betreffende Mitglied des Verwaltungsrats auch in Zukunft seine Pflichten nicht erfüllen wird.⁵⁶⁶

Eine gröbliche Verletzung der Pflichten stellt auch einen wichtigen Grund dar, der in einigen Ländern den Ausschluss aus dem Verwaltungsrat rechtfertigt. Welche weiteren Tatsachen als wichtige Gründe in Betracht kommen, wurde bereits oben bei der Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsrats von Kommunalunternehmen erläutert.⁵⁶⁷ Auf diese Ausführungen kann zur Darlegung der wichtigen Gründe für den Ausschluss aus dem Verwaltungsrat der Sparkasse verwiesen werden.

Nach den Sparkassengesetzen einiger Länder entscheidet die Sparkassenaufsichtsbehörde in Sachsen-Anhalt: das Ministerium der Finanzen – über den Ausschluss.⁵⁶⁸ In manchen Ländern bedarf es hierzu eines Antrags des Verwaltungsrats.⁵⁶⁹ In manchen Ländern entscheidet die Sparkassenauf-

564 VG Minden, Urteil vom 31.03.2011 - 2 K 1865/10 -, Abs. 49 ff. (zitiert nach juris) m.w.N.

565 VG Minden, Urteil vom 31.03.2011 - 2 K 1865/10 -, Abs. 53 ff. (zitiert nach juris) m.w.N.

566 So die Argumentation des VG Minden, Urteil vom 31.03.2011 - 2 K 1865/10 -, Abs. 57 ff. (zitiert nach juris).

567 Vgl. hierzu oben unter B) II) 2.) b) aa).

568 § 12 Abs. 7 SaarlSpG.

569 § 19 Abs. 5 SpG BW; § 14 Abs. 3 BbgSpkG; § 14 Abs. 3 SpkG M-V; § 14 Abs. 4 SächsGörKrI; § 14 Abs. 3 SpkG LSA; § 12 Abs. 4 ThürSpkG.

sichtsbehörde auf Antrag des Verwaltungsrats nach Anhörung der Trägerkommune.⁵⁷⁰ Nach den Sparkassengesetzen anderer Länder entscheidet die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune über den Ausschluss⁵⁷¹, wofür in einigen Ländern ein Antrag des Verwaltungsrats erforderlich ist⁵⁷². In anderen Ländern entscheidet über den Ausschluss diejenige Stelle, die die Mitglieder des Verwaltungsrats berufen hat.⁵⁷³

In Bayern wird nach Art. 8 Abs. 2 BaySpkG ein Teil der weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats von der Aufsichtsbehörde, ein weiterer Teil von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune bestellt. Die Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsrats steht gemäß Art. 86 BayVwVfG der Stelle zu, die sie berufen hat: Die von der Aufsichtsbehörde berufenen Mitglieder werden von dieser abberufen; die von der Vertretungskörperschaft gewählten Mitglieder werden von ihr abberufen. In Niedersachsen werden die weiteren Mitglieder des Verwaltungsrats gemäß § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 86 VwVfG (Bund) vom der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune abberufen, da sie von ihr gewählt wurden.

Der Ausschluss führt zum Verlust des Amtes im Verwaltungsrat. Hat die Sparkassenaufsichtsbehörde bzw. die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune rechtswidrig einen Grund für den Ausschluss angenommen, ist die Entscheidung über den Ausschluss rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit macht die Entscheidung jedoch nicht unwirksam. Damit das betroffene Mitglied sein Amt im Verwaltungsrat nicht verliert, muss er die Entscheidung durch das Verwaltungsgericht aufheben lassen.

bbb) Haftung gegenüber der Sparkasse

Verletzt ein Mitglied des Verwaltungsrats eine ihm obliegende Pflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig, hat es in den meisten Ländern der Sparkasse den aus der Pflichtverletzung entstandenen Schaden zu ersetzen.⁵⁷⁴ Nur in den neuen Bundesländern – mit Ausnahme Thüringens – haben die Gesetzgeber auf eine Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats verzichtet.

In Niedersachsen ist gemäß § 16 Abs. 6 i.V.m. § 10 Abs. 1 NSpG die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats nicht auf vorsätzliche und grob fahrlässige Pflichtverletzungen beschränkt. Hier tritt eine Haftung auch bei leichter Fahrlässigkeit ein.

Die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats setzt voraus, dass sie gegen eine Pflicht verstoßen haben, die ihnen aufgrund ihres Amtes als Mitglied des Verwaltungsrats obliegt. Als solche Pflicht kommt die zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Verwaltungsrats in Betracht. Gegen diese Pflicht verstößt ein Mitglied des Verwaltungsrats, wenn es die vom Vorstand vorgelegten Berichte und Beschlussvorlagen nicht zur Kenntnis nimmt. Die Pflicht wird auch dann verletzt, wenn das Mitglied des Verwaltungsrats die Berichte und Beschlussvorlagen des Vorstands nicht mit der zum vollständigen Erfassen ihres Inhalts erforderlichen Gründlichkeit studiert. Dabei muss die Lektüre so gründlich erfolgen, dass auch bei umfangreichen und komplexen Unterlagen wichtige Details nicht übersehen werden.

Das gründliche Durcharbeiten der Sitzungsunterlagen ist nicht nur dann erforderlich, wenn dem Mitglied des Verwaltungsrats die Unterlagen so rechtzeitig zur Einsicht zur Verfügung standen, dass es sich mit deren Inhalt hinreichend vertraut machen konnte. Die Pflicht kann auch verletzt sein, wenn die Unterlagen vom Vorstand so kurz vor der Sitzung des Verwaltungsrats vorgelegt wurden, dass in der verbleibenden Zeit ein gründliches Durcharbeiten nicht möglich war. In diesem Falle genügt das Mitglied des Verwaltungsrats seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben

570 § 5d Abs. 11 HSparkG.

571 § 8 Abs. 2 Buchst. h) SpkG NW; § 7 Abs. 2 SpkG RP.

572 § 9 Abs. 4 SparkG SH.

573 Art. 86 BayVwVfG; § 1 Abs. 1 NVwVfG i.V.m. § 86 VwVfG (Bund).

574 § 19 Abs. 1 SpG BW i.V.m. § 48 BeamtStG; Art. 20 Abs. 2 BaySpkG i.V.m. Art. 20 Abs. 4 BayGO und Art. 49 Abs. 1 BayKWBG; § 5d Abs. 3 HSparkG i.V.m. § 48 BeamtStG; § 15 Abs. 8 SpkG NW; § 7 Abs. 3 SpkG RP; § 12 Abs. 8 SaarlSpG; § 20 SparkG SH i.V.m. § 48 BeamtStG; § 8 Abs. 2 ThürSpkG.

des Verwaltungsrats nur dann, wenn es in der Sitzung die zu kurze Zeit für die Einsicht in die Unterlagen rügt und ggfs. die Vertagung der Entscheidung beantragt, um sich bis dahin hinreichend mit dem Inhalt der Unterlagen vertraut machen zu können. Lehnt der Verwaltungsrat eine Vertagung ab und entscheidet über eine Beschlussvorlage des Vorstands, darf das Mitglied des Verwaltungsrats dieser nicht zustimmen, um zu vermeiden, dass er einem Beschluss zustimmt, dessen Rechtmäßigkeit es mangels hinreichender Kenntnis der Unterlagen nicht einschätzen kann.

Ebenso ist die Pflicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Verwaltungsrats verletzt, wenn das Verwaltungsratsmitglied beim Studium der Berichte Zweifel an der Richtigkeit ihres Inhalts oder an der Rechtmäßigkeit der darin berichteten Handlungen des Vorstands hat, und diese Zweifel nicht zu klären versucht. Diese Pflichtverletzung kann dadurch geschehen, dass das Mitglied trotz seiner Zweifel keinen Antrag zur weiteren Sachaufklärung durch den Verwaltungsrat stellt oder trotz seiner Zweifel einem Beschluss zustimmt, der die Ordnungsmäßigkeit des vom Vorstand Berichteten feststellt. Stellt das Verwaltungsratsmitglied einen solchen Antrag auf weitere Sachaufklärung, hat es seine Pflicht auch dann erfüllt, wenn der Antrag keine Mehrheit findet, weil es mit der Antragstellung alles ihm rechtlich Mögliche zur weiteren Aufklärung getan hat.⁵⁷⁵

Auch ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht kann die Haftung gegenüber der Sparkasse begründen. So ist die Verschwiegenheitspflicht verletzt, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats Dritten oder der Öffentlichkeit Informationen über die Guthaben und Geschäfte einzelner Kunden, über Geschäftsgeheimnisse von Geschäftspartnern der Sparkasse oder über geplante Geschäfte der Sparkasse zugänglich macht.

Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn das Mitglied des Verwaltungsrats seine Pflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig – in Niedersachsen genügt leichte Fahrlässigkeit – verletzt hat. Zur Erläuterung der Bedeutung des Vorsatz- und Fahrlässigkeitsbegriffs kann auf das oben zur Haftung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft Gesagte verwiesen werden.⁵⁷⁶ Wichtig – vor allem für neue Mitglieder, die über keine Erfahrung in der Arbeit von Verwaltungsräten haben – ist in der Praxis, dass der Maßstab, anhand dessen das Vorliegen eines fahrlässigen Unterschreitens der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beurteilt wird, objektiv – d.h. für alle gleich – ist. Damit findet eine Differenzierung nach der Vorerfahrung der Verwaltungsratsmitglieder nicht statt.⁵⁷⁷ Das Mitglied des Verwaltungsrats kann sich mithin nicht auf fehlende Sachkunde berufen.⁵⁷⁸ Um die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden, also nicht fahrlässig zu handeln, muss sich das Mitglied die zum Verständnis der Berichte und Entscheidungsvorlagen des Vorstands das ihm fehlende notwendige rechtliche und wirtschaftliche Wissen erarbeiten.

Grob fahrlässig handelt ein Mitglied des Verwaltungsrats nur dann, wenn im Zeitpunkt der Pflichtverletzung bei Anstrengung der erforderlichen Sorgfalt objektiv erkennbar war, dass die Berichte oder Entscheidungsvorlagen des Vorstands unvollständig oder unrichtig sein könnten bzw. dass der Vorstand rechtswidrig handelt.⁵⁷⁹ Daher handelt ein Mitglied des Verwaltungsrats nicht fahrlässig, wenn der Vorstand in einem Bericht beschönigend über seine Tätigkeit berichtet oder es unterlässt, über Probleme der Sparkasse zu berichten, wenn die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Berichte auch bei sorgfältiger Lektüre nicht zu erkennen sind.

575 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170 f.).

576 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

577 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170) unter Berufung auf *Schlierbach/Püttner*, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, S. 182.

578 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170).

579 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170).

Die Mitglieder des Verwaltungsrats haben die Schäden zu ersetzen, die der Sparkasse durch ihre Pflichtverletzung entstehen. Das sind zum Einen die Schäden, die die Sparkasse selbst an ihren Rechtsgütern erleidet. Dazu gehören die Verluste an Sparkassenvermögen, die daraus entstehen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats rechtswidrig einem Geschäft zustimmen, das den Sparkassen gesetzlich zur Begrenzung ihres geschäftlichen Risikos verboten ist.⁵⁸⁰ Ebenso ist das Vermögen der Sparkasse geschädigt, wenn die Mitglieder des Verwaltungsrats rechtswidrige Handlungen des Vorstands nicht erkannt haben und daher den der Sparkasse gegen die Vorstandsmitglieder zustehenden Schadensersatzanspruch nicht geltend machen.

Zu den Schäden gehören zum Anderen auch Schadensersatzansprüche, die die Sparkasse an Dritte leisten muss. Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus den Vorschriften, die in einigen Ländern für die Verjährung der Schadensersatzansprüche der Sparkasse gegen die Mitglieder des Verwaltungsrats gelten. Diese regeln, wann die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs der Sparkasse gegen das Mitglied des Verwaltungsrats in den Fällen beginnt, in denen die Sparkasse Dritten Schadensersatz geleistet hat.⁵⁸¹ Damit setzt der Gesetzgeber voraus, dass der dem wegen der Pflichtverletzung des Verwaltungsratsmitglieds geleistete Schadensersatz einen Schaden der Sparkasse darstellt, zu dessen Ersatz das Verwaltungsratsmitglied verpflichtet ist. Somit hat ein Mitglied des Verwaltungsrats u.a. auch die Beträge zu ersetzen, die die Sparkasse ihren Kunden und Geschäftspartnern als Schadensersatz wegen der unberechtigten Weitergabe von Betriebsgeheimnissen durch das Verwaltungsratsmitglied leisten musste. So kommt es nicht selten vor, dass ein Unternehmer bei der Sparkasse um ein Darlehen nachsucht zur Finanzierung eines neuen Produkts oder Produktionsverfahrens, das er neu entwickelt hat und geheim hält, um seine neue Erfindung ohne Konkurrenten vermarkten zu können. Dieses Betriebsgeheimnis wird dann dem Kreditausschuss des Verwaltungsrats vorgelegt, um die Erfolgsaussichten einer Finanzierung einzuschätzen. Gibt ein Mitglied des Kreditausschusses dieses Betriebsgeheimnis an einen Dritten weiter, der dann als Konkurrent des Sparkassenkunden das neue Produkt auf den Markt bringt, erleidet der Sparkassenkunde einen Schaden in Höhe seiner durch den Konkurrenten verursachten Umsatzeinbußen, für den die Sparkasse dem Kunden Ersatz zu leisten hat. Die Höhe dieses Ersatzanspruchs ist der Schaden, der der Sparkasse aus der pflichtwidrigen Weitergabe des Geheimnisses durch das Verwaltungsratsmitglied entstanden ist.

Haben mehrere Mitglieder des Verwaltungsrats gemeinsam den Schaden verursacht, haften sie als Gesamtschuldner.⁵⁸² Dies bedeutet, dass jeder Schuldner dem Gläubiger gegenüber zu Leistung der gesamten Leistung verpflichtet ist, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal verlangen kann. Der Gläubiger kann sich also aussuchen, ob er einen Schuldner auf die gesamte Schadensersatzforderung in Anspruch nimmt, oder ob er von mehreren Schuldnern jeweils Teile der Gesamtforderung verlangt. Die Summe der gegen verschiedene Gesamtschuldner geltend gemachten Forderungen darf die Höhe der Schadensersatzforderung nicht übersteigen.

Unter den Gesamtschuldnern findet ein Haftungsausgleich statt: Im Verhältnis der Gesamtschuldner untereinander muss jeder Gesamtschuldner eines Haftungsanspruchs aus Pflichtverletzung einen Anteil an der Schadensersatzsumme tragen, die seinem Anteil an der Verursachung des Schadens entspricht. Damit kann der Gesamtschuldner, der im Innenverhältnis nur einen Anteil an der Ge-

580 In einigen Ländern kann den Sparkassen durch Rechtsverordnung der Abschluss bestimmter besonders risikoreicher Geschäfte verboten werden, um das wirtschaftliche Risiko der Sparkassen zu begrenzen.

581 So geregelt in § 19 Abs. 6 SpG BW i.V.m. § 59 Abs. 1 LBG BW; Art. 20 Abs. 2 BaySpkG i.V.m. Art. 20 Abs. 4 BayGO und Art. 49 Abs. 2 BayKWBG; § 5d Abs. 3 HSparkG i.V.m. § 91 Abs. 2 HBG; § 7 Abs. 3 SpkG RP i.V.m. § 86 Abs. 2 LBG RP; § 20 SparkG SH i.V.m. § 51 Abs. 1 LBG SH.

582 So ausdrücklich geregelt in § 19 Abs. 1 SpG BW i.V.m. § 48 BeamtStG; Art. 20 Abs. 2 BaySpkG i.V.m. Art. 20 Abs. 4 BayGO und Art. 49 Abs. 1 BayKWBG; § 5d Abs. 3 HSparkG i.V.m. § 48 BeamtStG; § 16 Abs. 6 i.V.m. § 10 Abs. 1 NSpG; § 7 Abs. 3 SpkG RP i.V.m. § 86 Abs. 1 LBG RP; § 20 SparkG SH i.V.m. § 48 BeamtStG.

samtforderung zu tragen hat, bei jedem anderen Gesamtschuldner Regress in Höhe des von vom jeweiligen Gesamtschuldner zu tragenden Anteils an der Gesamtforderung nehmen, wenn er dem Gläubiger den Gesamtschaden ersetzt hat.⁵⁸³ Bei Schäden, die durch pflichtwidrige Beschlüsse des Verwaltungsrats entstanden sind, haben alle Verwaltungsratsmitglieder, die dem Beschluss zugestimmt haben, den gleichen Anteil an der Entstehung des Schadens. Sie haben daher im Innenverhältnis alle den gleichen Anteil an der Schadensersatzforderung zu tragen.

Haben die Mitglieder von Vorstand und Verwaltungsrat gemeinsam einen Schaden verursacht, haften die Mitglieder beider Organe als Gesamtschuldner. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Vorstand den Abschluss eines Geschäfts beschließt, das die Sparkasse wegen des hohen Risikos nach dem Sparkassenrecht des Landes nicht durchführen darf, und der Verwaltungsrat, der sich die Zustimmung zu risikoreichen Geschäften vorbehalten hat, dem Geschäft ebenfalls zustimmt. Entsteht der Sparkasse aus diesem Geschäft ein Verlust, haften hierfür zum Einen die dem Geschäft zustimmenden Mitglieder des Vorstands, wenn sie schuldhaften ihre Pflichten verletzt haben. Ebenso haften die dem Geschäft zustimmenden Mitglieder des Verwaltungsrats, wenn sie bei der Zustimmung mindestens grob fahrlässig ihre Pflicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Verwaltungsrats verletzt haben. Alle zustimmenden Mitglieder des Vorstands und des Verwaltungsrats haften als Gesamtschuldner. Welchen Anteil die Einzelnen am Gesamtschaden zu tragen haben, richtet sich nach ihrem Anteil an der Entstehung des Schadens. Dabei dürften regelmäßig die Mitglieder des Vorstands einen deutlich höheren Anteil am Gesamtschaden zu tragen haben. Dies folgt daraus, dass der Vorstand trotz der Zustimmung des Verwaltungsrats die alleinige Verantwortung für die Geschäftsführung, und damit für den Abschluss von Geschäften, trägt. Diese Verantwortung wird nicht durch die Zustimmung des Verwaltungsrats aufgehoben oder gemindert. Zudem verfügen die Mitglieder des Vorstands über das umfassendere wirtschaftliche und juristische Wissen und über mehr Erfahrungen bei der Beurteilung der Zulässigkeit und Risiken von Geschäften. Diese vorrangige Verantwortung und Qualifikation des Vorstands rechtfertigen es, seinen Mitgliedern einen deutlich höheren Anteil an der Schadensentstehung zuzuweisen.

ccc) Haftung gegenüber Dritten

Die Sparkasse haftet als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß §§ 31, 89 BGB für die Schäden Dritter, die die Organe der Sparkasse und deren Mitglieder bei der Ausübung der Aufgaben des Organs verursacht haben.⁵⁸⁴ Voraussetzung dieser Haftung der juristischen Person für ihre Organe und deren Mitglieder ist, dass die Mitglieder der Organe mit der schädigenden Handlung die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Schadensersatznorm der §§ 823 ff. BGB erfüllt haben.

Daneben haften Dritten gegenüber auch die Mitglieder des Verwaltungsrats für die Schäden, die sie den Dritten bei Ausübung der Aufgaben des Verwaltungsrats zugefügt haben.

Zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Gesellschaft findet im Falle der nebeneinander bestehenden Haftung von Gesellschaft und Aufsichtsratsmitgliedern für den gleichen Schaden ein Regress nach den Vorschriften des BGB statt.

Zur Erläuterung der Haftung der Verwaltungsratsmitglieder nach §§ 823 ff. BGB kann auf die Ausführungen zur Haftung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses für Schäden, die Dritten bei der Wahrnehmung zivilrechtlicher Geschäfte des Eigenbetriebs zugefügt wurden, verwiesen werden.⁵⁸⁵

583 Vgl. die Einzelheiten zur Gesamtschuldnerschaft oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

584 Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des § 31 BGB, der seinem Wortlaut nach nur die Haftung des Vereins für schädigende Handlungen seiner Organe und deren Mitgliedern regelt, auf alle juristischen Personen ausgedehnt; so für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft RGZ 76, 48; BGH, NJW 1952, S. 538.

585 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

c) Notwendige Qualifikation der Mitglieder des Verwaltungsrats

In fast allen Bundesländern schreiben die Sparkassengesetze eine bestimmte Qualifikation für die Mitglieder des Verwaltungsrats vor. In einigen Bundesländern *sollen* die Mitglieder des Verwaltungsrats wirtschaftliche Erfahrung und Sachkunde besitzen⁵⁸⁶; in den übrigen Ländern *dürfen* nur solche Personen zu Mitgliedern des Verwaltungsrats gewählt werden, die wirtschaftliche Sachkenntnisse und Erfahrungen besitzen⁵⁸⁷.

Die letzte Art von Vorschriften, nach denen nur Personen, die über eine bestimmte Qualifikation verfügen, in den Verwaltungsrat gewählt werden dürfen, werden als Muss-Vorschriften bezeichnet. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass der Trägerkommune kein Ermessen in der Frage zusteht, ob und in welchem Umfang sie die gesetzliche Vorgabe zur Qualifikation bei der Auswahl der Mitglieder des Verwaltungsrats umsetzen will. Alle von der Vertretungskörperschaft der Trägerkommune gewählten Mitglieder des Verwaltungsrats müssen über die gesetzlich geforderte Qualifikation verfügen; Personen mit geringerer Qualifikation darf die Vertretungskörperschaft der Trägerkommune nicht in den Verwaltungsrat wählen.

Die meisten Länder haben die Regelungen der qualifikatorischen Voraussetzungen für Mitglieder des Verwaltungsrats als Soll-Vorschriften ausgestaltet. Soll-Vorschriften bedeuten, dass die Behörde im Regelfall strikt an die Regelung gebunden ist. Sie darf nur in besonderen, atypischen Fällen von der Soll-Vorgabe abweichen. Ein solcher atypischer Fall liegt nur dann vor, wenn überwiegende Gründe für ein Abgehen von der Norm sprechen.⁵⁸⁸ Die Behörde darf von der Regel also nur dann abweichen, wenn die für den Normalfall geltende Regelung vom Zweck des Gesetzes nicht mehr gefordert wird.⁵⁸⁹ Im Falle der Wahl qualifizierter Mitglieder in den Verwaltungsrat sind kaum atypische Fälle denkbar, in denen in der Praxis ein Bedarf an der Mindestqualifikation der Mitglieder des Verwaltungsrats nicht mehr besteht, da eine ausreichende Qualifikation aller Verwaltungsratsmitglieder immer notwendig ist, damit der Verwaltungsrat seine Entscheidungs- und Überwachungsaufgaben mit der gesetzlich angestrebten Sachkunde erfüllen kann. Damit ist auch in Ländern mit Soll-Vorschrift die Wahl eines Mitglieds des Verwaltungsrats, das nicht über die gesetzlich geforderte Qualifikation verfügt, regelmäßig unzulässig.

Die gesetzlichen Bestimmungen fordern das Maß an Sachkunde und Erfahrung, das erforderlich ist, damit das Mitglied des Verwaltungsrats seine Aufgaben im Verwaltungsrat rechtmäßig und mit der erforderlichen Sorgfalt erfüllen kann. Die dafür erforderliche Sachkunde ist die eines gewissenhaften Überwachers in einem öffentlich-rechtlichen Kreditinstitut. Dazu müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats über allgemeine wirtschaftliche Erfahrung, Grundkenntnisse des Sparkassengeschäfts und dessen Risiken, des Organisationsablaufs der Sparkassen sowie über allgemeine Kenntnisse des Sparkassen- und Bankaufsichtsrechts verfügen.⁵⁹⁰ Grundkenntnisse in diesem Sinne sind diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, die erforderlich sind, um alle im Normalfall vorkommenden Geschäftsvorgänge ohne fremde Hilfe verstehen und fachlich zutreffend beurteilen zu können.⁵⁹¹ Dazu ist nicht erforderlich, dass alle Mitglieder des Verwaltungsrats über vertieftes Wissen auf allen erforderlichen Gebieten verfügen; bei Bedarf an Spezialwissen muss der Verwaltungsrat Sachverständige hinzuziehen.⁵⁹² Die für die Fähigkeit zur selbständigen Beurteilung notwendigen Kenntnis-

586 § 13 Abs. 3 SpG BW; § 9 Abs. 3 BbgSpkG; § 9 Abs. 3 SpkG M-V; § 13 Abs. 1 NSpG; § 8 Abs. 3 SaarlSpG; § 9 Abs. 3 SächsGörKrI; § 9 Abs. 3 SpkG LSA; § 9 Abs. 2 ThürSpkG.

587 Art. 10 Abs. 1 BaySpkG; § 12 Abs. 1 SpkG NW; § 5 Abs. 2 SpkG RP.

588 BVerwGE 12, 285; E 93, 278; OVG LSA, LKV 1994, S. 27.

589 BVerwG, NJW 1990, S. 1377.

590 Fischer, ZIP 2004, S. 2169 (2170) unter Berufung auf Schlierbach/Püttner, Das Sparkassenrecht in der Bundesrepublik Deutschland, S. 181.

591 Fischer, ZIP 2004, S. 2169 (2170) unter Berufung auf BGHZ 85, 293 (295 f.).

592 Fischer, ZIP 2004, S. 2169 (2170).

se muss das Mitglied des Verwaltungsrats selbst haben, da es ihm nicht gestattet ist, Personen als Berater hinzu zu ziehen, die nicht dem Verwaltungsrat angehören. Letzteres ist ausgeschlossen, um die Vertraulichkeit der geschäftlichen Vorgänge der Sparkasse zu sichern.⁵⁹³

Die Mitglieder des Verwaltungsrats sollten nicht nur wegen der gesetzlichen Anforderungen an ihre Qualifikation über dieses Maß an Wissen und Erfahrungen verfügen. Vielmehr ist es in ihrem eigenen Interesse, die notwendige Qualifikation zu besitzen. So ist sind die dargestellten Kenntnisse und Erfahrungen erforderlich, um die von den Sparkassengesetzen bei der Erfüllung der Pflichten des Verwaltungsratsmitglieds erforderliche Sorgfalt aufbringen zu können. Nur mit der erforderlichen Sachkunde ist es möglich, alle geschäftlichen Vorgänge so zutreffend bewerten zu können, dass Haftungsrisiken vermieden werden.

593 *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170).

C) Kommunale Unternehmen in Rechtsformen des Privatrechts: AG und GmbH

Neben den Rechtsformen des öffentlichen Rechts stehen den Kommunen für die Gründung wirtschaftlicher Unternehmen auch die Rechtsformen des Zivilrechts zur Verfügung. Die Kommunen dürfen nach den Kommunalgesetzen aller Länder ein Unternehmen in einer Rechtsform des Zivilrechts nur errichten, wenn die Haftung der Kommune für Verbindlichkeiten des Unternehmens begrenzt ist. Diese Haftungsbegrenzung ist bei Aktiengesellschaften (AG) und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) gegeben.

I) Das Verhältnis von Gesellschafts- und Kommunalrecht

Die Rechtsgrundlage der AG ist das Aktiengesetz (AktG); die der GmbH ist das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Bei beiden Gesetzen handelt es sich um Bundesrecht. Daneben existieren in den Kommunalgesetzen aller Länder Regelungen zur Zulässigkeit der Gründung von kommunalen AG und GmbH sowie zur Vertretung der Kommune in den Organen der Gesellschaften.

Das Verhältnis zwischen dem bundesrechtlichen Gesellschaftsrecht und dem landesrechtlichen Kommunalrecht ergibt sich aus der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Grundgesetz. So steht dem Bund für das Gesellschaftsrecht die konkurrierende Gesetzgebung zu, Art. 74 Nr. 1 GG. Solange und soweit der Bund von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht hat, dürfen die Länder keine eigenen Gesetze erlassen. Da der Bund das Recht der AG und GmbH in den genannten Gesetzen abschließend geregelt hat, steht den Ländern kein Regelungsspielraum mehr zur Verfügung. Landesrechtliche Regelungen können damit die gesellschaftsrechtliche Grundlage kommunaler AG und GmbH nicht modifizieren; auch für die kommunalen Kapitalgesellschaften, insbesondere für die Besetzung der Organe der Gesellschaften und ihre Rechte und Pflichten sowie für das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern, gelten die Regelungen des AktG und des GmbHG also uneingeschränkt.¹ Die Landesgesetzgeber können die bundesrechtlichen Rechte und Pflichten von Gesellschaftern und Mitgliedern der Organe der Gesellschaft nicht erweitern oder einschränken. Landesrechtlich normierte Pflichten der Mitglieder der Gesellschaftsorgane sind nur insoweit verbindlich, als sie deren bundesrechtlichen Rechten und Pflichten nicht widersprechen.

Die kommunalrechtlichen Regelungen der Länder enthalten damit Pflichten der Kommunen, die diese bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse der Unternehmen zu erfüllen haben. Dabei müssen sich die Kommunen bei der Gestaltung innerhalb des nach Bundesrecht gesellschaftsrechtlich Zulässigen halten. Diese von den Ländern normierten Pflichten der Kommune für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse der kommunalen Kapitalgesellschaften dienen der Sicherung eines angemessenen Einflusses der Kommune auf das Unternehmen; sie gestalten also die von Verfassungen wegen bestehende Ingerenzpflicht der Kommune aus.²

II) Überblick über die Rechtsformen

Die Möglichkeiten der demokratischen Steuerung von kommunalen Kapitalgesellschaften ergeben sich aus einer Darstellung der Kompetenzen der Organe der Gesellschaften und der Organe der Kommune. Um das Verständnis der diesbezüglichen Ausführungen zu ermöglichen, soll zunächst ein Überblick über die organisatorische Ausgestaltung von AG und GmbH gegeben werden.

1 Schwintowski, NJW 1990, S. 1009 (1013); Spannowsky, DVBl. 1992, S. 1072 (1077).

2 Vgl. zur Ingerenzpflicht oben unter A) II) 3.) b).

1.) Aktiengesellschaft

Die AG hat eine eigene, von der ihrer Gesellschafter getrennte Rechtspersönlichkeit, § 1 Abs. 1 AktG. Als juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit entsteht die AG mit ihrer Eintragung in das Handelsregister, § 41 Abs. 1 AktG. Als juristische Person kann die AG selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Sie kann Verträge schließen, in gerichtlichen Verfahren klagen und verklagt werden. Die Gesellschafter haften nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, da nach § 1 Abs. 1 AktG den Gläubigern der AG nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Als juristische Person handelt die AG durch ihre Organe. Organe der AG sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung. In diesen Organen vollzieht sich die Willensbildung der AG.

Das Grundkapital der AG beträgt nach § 7 AktG mindestens 50.000 €. Dieses ist nach § 1 Abs. 2 AktG in Aktien zerlegt. Die AG muss mindestens einen Aktionär haben, § 2 AktG. Damit kann eine Kommune alleinige Gesellschafterin einer AG sein; die AG wird dann als Eigengesellschaft der Kommune bezeichnet. Die Kommune kann aber auch neben anderen Aktionären Gesellschafterin sein. In diesem Fall spricht man von einer Beteiligungsgesellschaft oder von einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen. Aktionärin der AG ist die Kommune als juristische Person des öffentlichen Rechts. Ihre Rechte und Pflichten als Gesellschafterin werden von den Organen der Kommune wahrgenommen. Diese sind lediglich Vertreter der Kommune und nicht selbst Gesellschafter.

Die Rechtsverhältnisse der AG werden in der Satzung geregelt, die nach § 23 Abs. 2 AktG einen bestimmten Mindestinhalt haben muss. Gemäß § 23 Abs. 5 AktG darf die Satzung von den Vorgaben des AktG nur abweichen, wenn es im Gesetz ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen – also solche, die Regelungen enthalten, die im AktG nicht enthalten sind – dürfen in die Satzung aufgenommen werden. Dies gilt nicht, wenn das AktG eine abschließende Regelung enthält, die ergänzende Satzungsbestimmungen ausschließt. Durch diesen zwingenden Charakter des AktG sind die Gestaltungsmöglichkeiten der Kommunen zur Sicherung ihres Einflusses auf die AG beschränkt. Sie dürfen in der Satzung nur solche vom AktG abweichenden Gestaltungen ihres Einflusses vorsehen, die im Gesetz ausdrücklich zugelassen oder nicht durch abschließende gesetzliche Regelungen ausgeschlossen sind.

2.) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Auch die GmbH wird mit der Eintragung ins Handelsregister eine juristische Person des Privatrechts, §§ 11 Abs. 1, 13 Abs. 1 GmbHG. Sie hat damit eine eigene, von der ihrer Gesellschafter verschiedene Rechtspersönlichkeit. Sie ist damit Trägerin von Rechten und Pflichten, kann also z.B. Eigentum erwerben und Verträge schließen und vor Gericht klagen und verklagt werden, § 13 Abs. 1 GmbHG. Gläubigern der GmbH haftet nur deren Vermögen; die Gesellschafter haften daher nicht mit ihrem Vermögen für Schulden der Gesellschaft, § 13 Abs. 2 GmbHG.

Die GmbH hat gemäß § 1 GmbHG einen oder mehrere Gesellschafter. GmbH, deren einzige Gesellschafterin eine Kommune ist, werden als Eigengesellschaften bezeichnet. GmbH, an denen neben der Kommune weitere natürliche oder juristische Personen des Privatrechts beteiligt sind, werden als Beteiligungsgesellschaft oder gemischtwirtschaftliche Gesellschaften bezeichnet. Gesellschafterin der GmbH ist die Kommune als juristische Person des öffentlichen Rechts. Ihre Rechte und Pflichten als Gesellschafterin werden von ihren Organen wahrgenommen. Letztere handeln der GmbH gegenüber als Vertreter der Gesellschafterin, nicht aber selbst als Gesellschafter.

Die Gesellschafter haben das Stammkapital der GmbH, das nach § 5 Abs. 1 GmbHG mindestens 25.000 € betragen muss, aufzubringen.

Die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft, insbesondere die Rechte und Pflichten von Gesellschaftern und Organen der GmbH, werden durch einen Gesellschaftsvertrag geregelt, der zwischen den Gesellschaftern abgeschlossen wird. Dieser Vertrag muss nach § 3 Abs. 1 GmbHG nur wenige Pflichtinhalte regeln. Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter ergeben sich gemäß § 45 Abs. 1 GmbHG aus dem Gesellschaftsvertrag. Wenn und soweit dieser keine besonderen Vorschriften enthält, gelten die in §§ 46 bis 51 GmbHG geregelten Rechte und Pflichten, § 45 Abs. 2 GmbHG. Da das GmbHG keine dem § 23 Abs. 5 AktG entsprechende Regelung, nach der von den Vorgaben des Gesetzes nicht abgewichen werden darf, enthält, können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Kompetenzen der Organe sowie die Rechte und Pflichten der Gesellschafter auch abweichend von den Vorschriften des GmbHG regeln.

Nach dem GmbHG muss die Gesellschaft zwingend über zwei Organe verfügen: über die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung. Die Bildung eines Aufsichtsrats ist für die GmbH grundsätzlich nicht zwingend vorgeschrieben. Ausnahmen hiervon ergeben sich aus den Gesetzen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer. So unterliegen nach § 1 Abs. 1 MitbestG auch Unternehmen in der Rechtsform der GmbH der Mitbestimmung, wenn das Unternehmen ständig mehr als 2.000 Mitarbeiter beschäftigt. Für diese Unternehmen ist nach § 6 Abs. 1 MitbestG ein Aufsichtsrat zu bilden. Zudem haben nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG Unternehmen in der Rechtsform der GmbH, die ständig mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen, einen Aufsichtsrat zu bilden. Diese gesetzlich notwendig zu bildenden Aufsichtsräte werden als obligatorische Aufsichtsräte bezeichnet. Die Zusammensetzung der obligatorischen Aufsichtsräte sowie die Rechte und Pflichten der Aufsichtsräte und ihrer Mitglieder ergeben sich aus dem jeweils einschlägigen Mitbestimmungsgesetz.³

Für Gesellschaften, die nach diesen Gesetzen nicht der Mitbestimmung unterliegen, kann freiwillig ein Aufsichtsrat gebildet werden (sog. fakultativer Aufsichtsrat). Dass ein fakultativer Aufsichtsrat gebildet werden soll, ist im Gesellschaftsvertrag zu regeln. § 52 Abs. 1 GmbHG erklärt eine große Zahl von Normen des AktG, die die Rechte und Pflichten der Aufsichtsräte der AG und ihrer Mitglieder regeln, auf solche fakultativen Aufsichtsräte für anwendbar. Jedoch lässt es § 52 Abs. 1 GmbHG zu, dass die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag andere Abreden treffen. Regeln die Gesellschafter die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, seine Rechte und Pflichten sowie die Rechte und Pflichten seiner Mitglieder anders, als dies nach § 52 Abs. 1 GmbHG vorgesehen ist, gehen die gesellschaftsvertraglichen Abreden den von § 51 Abs. 1 GmbHG auf fakultative Aufsichtsräte für anwendbar erklärten Normen des AktG vor. Nur wenn der Gesellschaftsvertrag keine Regelungen enthält, gelten die von § 51 Abs. 1 GmbHG für anwendbar erklärten Bestimmungen des AktG auch für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH.⁴

III) Die Zusammensetzung und Kompetenzen der Organe der Kapitalgesellschaften und der Organe der Kommune

Die Willensbildung der Kapitalgesellschaften vollzieht sich in deren Organen. Zwischen diesen sind die Rechte und Pflichten bei der Leitung der Gesellschaft verteilt. Die Rechte und Pflichten der Kommune als Gesellschafterin der Kapitalgesellschaft werden von ihren Organen wahrgenommen; sie vertreten die Kommune in der Gesellschaft und beschließen über die Art und Weise, in der die Kommune ihre Rechte und Pflichten als Gesellschafterin wahrnimmt.

3 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 9 f.

4 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 11.

1.) Die Verteilung der Kompetenzen bei der AG

a) Vorstand

Der Vorstand kann aus einer oder mehreren Personen bestehen, § 76 Abs. 2 AktG. Hat die AG ein Grundkapital von mehr als 3 Mio. €, muss der Vorstand aus mindestens zwei Personen bestehen, wenn nicht die Satzung bestimmt, dass der Vorstand nur aus einer Person besteht, § 76 Abs. 2 AktG. Bei Gesellschaften, die der Mitbestimmung nach dem MitbestG unterliegen, muss der Vorstand ebenfalls aus mindestens zwei Personen bestehen, weil ein Mitglied des Vorstands die Aufgabe des nach dem MitbestG vorgeschriebenen Arbeitsdirektors übernehmen muss.⁵

Die Mitglieder des Vorstands müssen nicht Aktionäre sein.⁶ Die Vorstandsmitglieder werden gemäß § 84 Abs. 1 AktG vom Aufsichtsrat für die Dauer von höchstens fünf Jahren bestellt. Eine erneute Bestellung bzw. eine Verlängerung der Amtszeit durch den Aufsichtsrat ist nach § 84 Abs. 1 AktG zulässig.

Der Aufsichtsrat kann die Bestellung einzelner Vorstandsmitglieder gemäß § 84 Abs. 3 AktG jederzeit widerrufen. Der Widerruf der Bestellung ist zulässig, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher wichtiger Grund liegt vor, wenn das betreffende Vorstandsmitglied seine Pflichten grob verletzt hat oder zur Führung der Vorstandsgeschäfte unfähig ist sowie wenn ihm die Hauptversammlung das Vertrauen entzogen hat.⁷

Der Vorstand leitet die AG in eigener Verantwortung, § 76 Abs. 1 AktG. Dies beinhaltet gemäß § 77 Abs. 1 AktG, dass der Vorstand zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft befugt ist. Zudem vertritt der Vorstand die AG nach außen, § 78 Abs. 1 AktG. Der Vorstand ist bei der Geschäftsführung grundsätzlich nicht an die Zustimmung der anderen Organe der Gesellschaft gebunden; entsprechende Zustimmungsvorbehalte in der Satzung sind wegen des Verbots der Abweichung von den Regeln des Gesetzes in § 23 Abs. 5 AktG unwirksam.⁸ Auch darf die Satzung Entscheidungen des Vorstands nicht von der Zustimmung der Aktionäre – also der Kommune – abhängig machen.⁹ Von diesem Grundsatz lässt § 111 Abs. 4 AktG nur wenige Ausnahmen zu. Nach dieser Vorschrift kann die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, kann der Vorstand verlangen, dass die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Der zustimmende Beschluss der Hauptversammlung bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Hiermit wird den Gesellschaftern bzw. dem Aufsichtsrat die Möglichkeit der Entscheidung über besonders riskante und für die Gesellschaft wesentliche Geschäfte gegeben. Dies ermöglicht Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats für Maßnahmen der Geschäftsführung mit erheblichen Auswirkungen auf die Erreichung des öffentlichen Zwecks des Unternehmens, wie z.B. die Erweiterung der Kapazitäten oder das Aufgeben von Geschäftsfeldern. Auch kann ein Zustimmungsvorbehalt für Geschäfte, die erhebliche Auswirkungen auf das Ergebnis der Gesellschaft – und damit auf den Haushalt der Kommune – haben können, geschaffen werden.

Die Kommunalgesetze einiger Länder erlegen den Kommunen die Pflicht auf, auf eine Regelung in der Satzung der AG hinzuwirken, nach der bestimmte Geschäfte, vor allem die Gründung von Tochterunternehmen sowie der Erwerb und die Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen, der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen.¹⁰ Hierbei handelt es sich um eine Pflicht, die die Kommunen

5 Becker in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 194.

6 Becker in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 194 m.w.N.

7 Becker in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 194 m.w.N.

8 Hüffer, AktG, § 78 Rn. 5.

9 Schoepke, VBIBW 1994, S. 81 (82).

10 Art. 92 Abs. 1 BayGO; § 96 Abs. 2 SächsGemO; § 73 Abs. 1 ThürKO.

trifft. Sie haben darauf hinzuwirken, dass entsprechende Bestimmungen in die Satzung der AG aufgenommen werden. Die Organe der AG sind erst an den Zustimmungsvorbehalt gebunden, wenn eine entsprechende Bestimmung in die Satzung aufgenommen wurde. Da die Pflicht nur die Kommunen und nicht die Organe der AG trifft, ergibt sich ein die Organe der AG bindender Zustimmungsvorbehalt nicht schon aus den Regelungen der Kommunalgesetze. Die Kommunen können solche Zustimmungsvorbehalte in die Satzung einer kommunalen AG aufnehmen, da sie gemäß § 111 Abs. 4 AktG zulässig sind.

Auch die Vertretungsmacht des Vorstands ist nur sehr gering eingeschränkt: So vertritt der Aufsichtsrat die AG bei Verträgen zwischen der Gesellschaft und aktiven sowie ehemaligen Vorstandsmitgliedern, § 112 AktG. Zudem erteilt der Aufsichtsrat den Prüfauftrag für die Jahresabschluss, § 111 Abs. 2 AktG. Die AG darf ihren Vorstandsmitgliedern gemäß § 89 Abs. 1 AktG nur aufgrund eines Beschlusses des Aufsichtsrats Kredit gewähren. Schließlich bedarf ein Verzicht auf Schadenersatzansprüche, die der AG gegen ein Vorstandsmitglied zustehen, nach § 93 Abs. 4 AktG der Zustimmung der Hauptversammlung. Über diese Beschränkungen hinaus kann die Vertretungsmacht nicht eingeschränkt werden. Bei dieser Rechtslage werden die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht des Vorstands kaum durch Rechte anderer Organe der AG eingeschränkt. Er ist daher das Hauptorgan bei der operativen Geschäftsführung der AG, das für die Geschäftsführung und Vertretung der AG über ein freies Mandat verfügt. Damit trifft allein der Vorstand die für die operative Tätigkeit zur Verwirklichung des Geschäftszwecks der AG wesentlichen Entscheidungen.

Der Vorstand hat gegenüber dem Aufsichtsrat Berichtspflichten zu erfüllen. So hat der Vorstand gemäß § 90 Abs. 1, 2 AktG dem Aufsichtsrat wie folgt zu berichten:

- Über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung) – wobei auf Abweichungen der tatsächlichen Entwicklung von früher berichteten Zielen unter Angabe von Gründen einzugehen ist – hat der Vorstand mindestens einmal im Jahr oder wenn die Änderung der Geschäftslage es erfordert, zu berichten.
- Über die Rentabilität der AG hat der Vorstand in der Sitzung des Aufsichtsrats, in der der Jahresabschluss behandelt wird, zu berichten.
- Über den Gang der Geschäfte, insbesondere den Umsatz und die Lage der Gesellschaft muss der Vorstand regelmäßig, mindestens vierteljährlich berichten.
- Über Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können, hat der Vorstand den Aufsichtsrat so rechtzeitig zu unterrichten, dass Aufsichtsrat vor Vornahme der Geschäfte Gelegenheit hat, zu ihnen Stellung zu nehmen.
- Zudem hat der Vorstand dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats aus sonstigen wichtigen Anlässen, d.h. bei Vorgängen, die auf die Lage des Unternehmens erheblichen Einfluss haben können, zu berichten. Den Bericht über wichtige Angelegenheiten hat der Vorstand von sich aus zu erstatten; einer Anforderung des Aufsichtsrats bedarf es zum Auslösen der Berichtspflicht nicht.

Zudem kann der Aufsichtsrat jederzeit Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen.

Das Recht, einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen, steht auch jedem Mitglied des Aufsichtsrats zu. Jedoch ist der Bericht nicht an das ihn fordernde Mitglied, sondern an den Aufsichtsrat zu erstatten.

Die Berichte haben nach § 90 Abs. 4 AktG den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. Dies bedeutet vor allen, dass die Berichte den berichteten Sachverhalt vollständig und wahrheitsgemäß darstellen müssen und den aktuellen Stand der Ereignisse darzustellen haben. Zudem sind die Berichte nach § 90 Abs. 4 AktG rechtzeitig zu erstatten. Rechtzeitige

Unterrichtung bedeutet, dass der Vorstand den Bericht ohne schuldhaftes Zögern sofort erstattet, nachdem er selbst von einer berichtspflichtigen Angelegenheit Kenntnis erlangt hat. Zudem bedeutet rechtzeitig, dass die Berichte so frühzeitig vor einer Sitzung des Aufsichtsrats zu erstatten sind, dass dessen Mitglieder hinreichend Zeit haben, um sich mit deren Inhalt vertraut zu machen. Wieviel Zeit hierfür erforderlich ist, richtet sich nach dem Umfang und der Komplexität des Berichtsinhalts; eine feste Frist wollte der Gesetzgeber nicht einführen.¹¹ Bei Ereignissen, die sich bis zum Beginn der Sitzung noch ändern können, kann es für eine rechtzeitige Information erforderlich sein, dass der Vorstand einen schriftlichen Vorbericht erstattet und die aktuellen Entwicklungen in der Sitzung mündlich nachträgt.

Außer für Berichte über wichtige Angelegenheiten der Gesellschaft sieht § 90 Abs. 4 AktG vor, dass Berichte in Textform zu erstatten sind. Textform umfasst schriftliche Unterlagen aber auch Texte auf elektronischen Medien, wie z.B. Textdateien und E-Mails.

Jedes Aufsichtsratsmitglied hat gemäß § 90 Abs. 5 AktG das Recht, von den Berichten Kenntnis zu nehmen. Soweit die Berichte in Textform erstattet worden sind, sind sie auch jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen zu übermitteln, soweit der Aufsichtsrat nichts anderes beschlossen hat. Der Vorsitzende des Aufsichtsrats hat die Aufsichtsratsmitglieder über die Berichte über wichtige Angelegenheiten spätestens in der nächsten Aufsichtsratssitzung zu unterrichten.

Die Vorstandsmitglieder haben gemäß § 93 Abs. 1 AktG bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Diese Vorschrift enthält sowohl eine Verhaltenspflicht als auch einen Maßstab für die Sorgfalt, die die Vorstandsmitglieder bei ihrer Tätigkeit anzuwenden haben.¹² Diese Sorgfaltsanforderungen bedeuten, dass die Mitglieder des Vorstands den Anforderungen genügen müssen, die an einen Verwalter fremden Vermögens zu stellen sind. Vergleichsmaßstab zur Ermittlung dieser Anforderungen ist ein vergleichbares Unternehmen.¹³ Das beinhaltet, dass die Vorstandsmitglieder sämtliche für das Unternehmen, seine Tätigkeiten und Geschäfte geltenden Rechtsnormen einhalten müssen.¹⁴ Dies betrifft nicht nur die eigenen Handlungen der Vorstandsmitglieder; sie müssen vielmehr auch dafür sorgen, dass alle Mitarbeiter des Unternehmens rechtmäßig handeln. Zu letzterem gehören die Etablierung eines Systems der Sicherung und Überwachung der Rechtmäßigkeit des Handelns der Mitarbeiter und ein angemessenes Reagieren auf Verstöße, z.B. in Form von Schulungen oder arbeitsrechtlichen Konsequenzen.¹⁵ Als weiterer Aspekt gehört zu den Sorgfaltsanforderungen an Vorstandsmitglieder, dass sie die Geschäfte der AG ordnungsgemäß führen. Dies erfordert die sachgerechte Leitung der Tätigkeiten im Unternehmen und die Schaffung der hierzu erforderlichen organisatorischen Voraussetzungen.¹⁶ Dem wird der Vorstand gerecht durch ein Kontrollsystem, das betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen und Erfahrungen genügt. Dazu gehört auch ein System der Berichterstattung an den Vorstand. Eine besondere Pflicht zur Schaffung eines Kontrollsystems enthält § 91 Abs. 2 AktG: Er verlangt vom Vorstand die Errichtung eines Systems zur Früherkennung von den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen.¹⁷ Schließlich muss der Vorstand wirtschaftlich handeln. Das verbietet die Verschwendung von Mitteln des Unternehmens. Der Vorstand muss zudem der Gesellschaft zustehende Forderungen betreiben. Er darf Kredite nicht ohne Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditnehmer begeben und muss sich die branchenüblichen Sicherheiten bestellen lassen.¹⁸

11 Fischer, ZIP 2004, S. 2169 (2174).

12 Krieger/Sailer-Coceani in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 5.

13 Krieger/Sailer-Coceani in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 5 m.w.N.

14 Krieger/Sailer-Coceani in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 6.

15 Krieger/Sailer-Coceani in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 6.

16 Krieger/Sailer-Coceani in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 7.

17 Krieger/Sailer-Coceani in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 7.

18 Krieger/Sailer-Coceani in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 8 m.w.N.

Verletzen die Vorstandsmitglieder diese Pflichten, haften sie der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 AktG auf Ersatz des durch vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzungen entstandenen Schadens. Dabei kehrt die Norm die übliche Beweislast um: Die Gesellschaft muss den Vorstandsmitgliedern nicht die gesamten Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs beweisen. Vielmehr haben die Vorstandsmitglieder nachzuweisen, dass sie ihre Sorgfaltspflichten nicht verletzt haben, wenn die Pflichtverletzung zwischen den Vorstandsmitgliedern und der Gesellschaft streitig ist. Kann die Gesellschaft dem Vorstandsmitglied einen Schaden nachweisen, muss dieser beweisen, dass er ihn nicht durch eine schuldhafte Pflichtverletzung herbeigeführt hat.

Die Ersatzpflicht besteht gemäß § 93 Abs. 4 AktG nicht, wenn die Handlung des Vorstands durch einen rechtmäßigen Beschluss der Hauptversammlung gedeckt war. Zudem wird der Schadensersatzanspruch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat.

b) Aufsichtsrat

aa) Zusammensetzung des Aufsichtsrats, Bestellung seiner Mitglieder

Die Kommunalgesetze der Länder konkretisieren die Pflicht der Kommunen zur Einwirkung auf ihre wirtschaftlichen Unternehmen dahin, dass sie die Zulässigkeit der Gründung wirtschaftlicher Unternehmen davon abhängig machen, dass sich die Kommune einer ihrer Beteiligung entsprechenden Einfluss im Aufsichtsrat des Unternehmens sichert.¹⁹ Diese Pflicht trifft die Kommune. Sie hat bei der Gestaltung der Satzung der AG darauf hinzuwirken, dass ihr der entsprechende Einfluss im Aufsichtsrat zukommt. Dabei ist ein angemessener Einfluss gegeben, wenn die Anzahl der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat der Höhe der Beteiligung der Kommune am Unternehmen entspricht. Bei der Ausgestaltung der Satzungsbestimmungen über die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrats muss die Kommune die nachfolgend dargestellten bundesrechtlichen Regeln über die Besetzung des Aufsichtsrats einhalten.

Die Zusammensetzung der Aufsichtsräte von Gesellschaften, auf die das MitbestG und das DrittelbG nicht anwendbar sind, unterscheidet sich von der Zusammensetzung der Aufsichtsräte mitbestimmter Unternehmen.

Bei nicht mitbestimmten Gesellschaften setzt sich der Aufsichtsrat nur aus von den Aktionären berufenen bzw. entsandten Mitgliedern zusammen; § 96 Abs. 1 AktG. Diese Mitglieder müssen selbst keine Aktionäre sein. Die Mindestzahl der Mitglieder beträgt drei, § 95 Abs. 1 AktG. Nach dieser Vorschrift kann die Satzung eine höhere Zahl von Mitgliedern, die durch drei teilbar sein muss, festlegen. Für solche abweichenden Festlegungen enthält die Vorschrift Höchstgrenzen. So darf die Zahl der Mitglieder von Gesellschaften mit einem Grundkapital von bis zu 1,5 Mio. € neun, bei einem Grundkapital von mehr als 1,5 Mio. € fünfzehn und bei einem Grundkapital von mehr als 10 Mio. € einundzwanzig nicht übersteigen.

Bei Gesellschaften, für die das MitbestG oder das DrittelbG die Mitbestimmung vorschreiben, setzt sich der Aufsichtsrat aus Mitgliedern der Aktionäre und der Arbeitnehmer zusammen, § 96 Abs. 1 AktG. Die Mitbestimmungsgesetze enthalten weitere Vorgaben für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats:

Nach § 4 Abs. 1 des DrittelbG muss der Aufsichtsrat von Unternehmen, die nach diesem Gesetz mitbestimmt sind, zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen. Da das Gesetz keine Vor-

¹⁹ § 103 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW; Art. 93 Abs. 2 BayGO; § 96 Abs. 1 Nr. 2 BbgKVerf; § 122 Abs. 1 HGO; § 69 Abs. 1 Nr. 3 KV M-V; § 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG; § 108 Abs. 1 Nr. 6 GO NW; § 87 Abs. 1 Nr. 3 GemO RP; § 110 Abs. 1 Nr. 3SaarlKSVG; § 96 Abs. 1 Nr. 2 SächsGemO; § 117 Abs. 1 Nr. 3 GO LSA; § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO SH; § 73 Abs. 1 Nr. 3 ThürKO.

gaben zur Größe enthält, gelten die Vorschriften des AktG. Die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder ergibt sich mithin aus der Satzung der AG, welche wiederum den Vorgaben des § 96 Abs. 1 AktG entsprechen muss. Von der sich aus der Satzung ergebenden Gesamtzahl der Aufsichtsratssitze muss ein Drittel mit Vertretern der Arbeitnehmer besetzt werden. Gemäß § 5 Abs. 1 DrittelbG werden die Arbeitnehmervertreter von den Beschäftigten der Gesellschaft gewählt. Wenn ein oder zwei Arbeitnehmervertreter zu wählen sind, müssen diese Mitarbeiter der Gesellschaft sein; wenn mehr als zwei Arbeitnehmervertreter zu wählen sind, müssen mindestens zwei im Unternehmen beschäftigt sein, § 4 Abs. 2 DrittelbG. Die Arbeitnehmervertreter müssen mindestens seit einem Jahr beim Unternehmen beschäftigt sein, § 4 Abs. 4 DrittelbG. Da das Gesetz keine Regelungen zur Bestellung der Vertreter der Anteilseigner enthält, werden diese nach den Regeln des AktG bestellt.

Wenn die Gesellschaft dem MitbestG unterfällt, regeln dessen § 7 Abs. 1 und 2 die Zusammensetzung des Aufsichtsrats:

- Der Aufsichtsrat eines Unternehmens mit in der Regel nicht mehr als 10.000 Arbeitnehmern aus je sechs Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer. Von den sechs Mitgliedern der Arbeitnehmer müssen vier Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften sein.
- Bei Unternehmen mit in der Regel mehr als 10.000, jedoch nicht mehr als 20.000 Arbeitnehmern setzt sich der Aufsichtsrat zusammen aus je acht Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer. Von den Arbeitnehmervertretern müssen sechs Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften sein.
- In Unternehmen mit in der Regel mehr als 20.000 Arbeitnehmern besteht der Aufsichtsrat aus je zehn Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer. Unter den Arbeitnehmervertretern müssen sieben Arbeitnehmer des Unternehmens und drei Vertreter von Gewerkschaften sein.

Die Mitglieder der Anteilseigner werden gemäß § 8 MitbestG nach den Regeln des AktG bestellt. Die Vertreter der Arbeitnehmer werden gemäß § 9 MitbestG von der Belegschaft des Unternehmens gewählt. Die Amtszeit der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat entspricht gemäß § 15 Abs. 1 MitbestG der im AktG geregelten Amtsdauer.

Für die Bestellung der Vertreter der Aktionäre im Aufsichtsrat kommen zwei Wege in Betracht: Gemäß § 101 Abs. 1 AktG werden die Mitglieder des Aufsichtsrats von der Hauptversammlung, sie sich aus den Aktionären zusammensetzt, gewählt. Die andere Möglichkeit der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern ergibt sich aus § 101 Abs. 2 AktG. Danach kann die Satzung für bestimmte Aktionäre das Recht vorsehen, eine bestimmte Anzahl von Mitgliedern in den Aufsichtsrat zu entsenden. Dies bedeutet, dass der berechtigte Aktionär die von ihm zu entsendenden Mitglieder des Aufsichtsrats benennt und diese Mitglieder des Aufsichtsrats werden, ohne dass sie der Wahl durch die Hauptversammlung bedürfen. Solche Entsenderechte dürfen nach § 101 Abs. 2 AktG für maximal für ein Drittel der in der Satzung festgelegten Anzahl der Aufsichtsratssitze bestellt werden. Entsenderechte können sowohl in nicht mitbestimmten Gesellschaften als auch für die Vertreter der Aktionäre in mitbestimmten Gesellschaften eingeräumt werden.²⁰

Die Einräumung von Entsenderechten stellt für die Kommunen die effektivste Möglichkeit der Sicherung ihres Einflusses im Aufsichtsrat dar. Dies gilt vor allem in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, da sie nicht auf die Zustimmung anderer Aktionäre bei der Wahl ihrer Kandidaten durch die Hauptversammlung angewiesen ist. Weil Entsenderechte die effektivste Möglichkeit der Sicherung einer der Beteiligung der Kommune entsprechenden Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern ist,

20 So für den obligatorischen Aufsichtsrat einer kommunalen GmbH *SächsOVG*, Urteil vom 08.02.2011 - 4 A 637/10 -, Abs. 42 (zitiert nach juris).

haben einige Länder den Kommunen die Pflicht auferlegt, bei der Ausgestaltung der Satzung der AG darauf hinzuwirken, sich ein Entsenderecht einräumen zu lassen.²¹

Eine andere Möglichkeit, um zu gewährleisten, dass die Kommune so viele Aufsichtsratsmitglieder erhält, wie es ihrer Beteiligung entspricht, sind Stimmbindungsverträge. Das sind Verträge, die neben der Satzung der AG zwischen mehreren Aktionären abgeschlossen werden und durch die sich die Aktionäre dazu verpflichten, ihr Stimmrecht in der Hauptversammlung in einer bestimmten Weise wahrzunehmen. Mit solchen Verträgen können sich die Aktionäre auch dazu verpflichten, eine bestimmte Anzahl von von der Kommune vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitgliedern zu wählen.

Das Entsenderecht und das Recht, in der Hauptversammlung Vorschläge für die Wahl von Mitgliedern des Aufsichtsrats zu machen, steht der Kommune als Aktionärin zu. Bei der Wahrnehmung dieser Rechte wird die Kommune in der AG vom Hauptverwaltungsbeamten vertreten. Dieser benennt der AG gegenüber die entsandten Aufsichtsratsmitglieder bzw. reicht die Wahlvorschläge für die Wahl durch die Hauptversammlung ein.

Nicht durch das Aktienrecht, sondern durch das Kommunalrecht ist geregelt, welches Organ der Kommune dafür zuständig ist, die von der Kommune zu entsendenden Aufsichtsratsmitglieder zu bestimmen.

In Hessen vertritt gemäß § 125 Abs. 1, 2 HGO der Bürgermeister die Gemeinde im Aufsichtsrat; er kann sich von einem von ihm benannten Mitglied des Gemeindevorstands vertreten lassen. Kann die Gemeinde weitere Vertreter für den Aufsichtsrat benennen, werden diese vom Gemeindevorstand ausgewählt. Der Vertretungskörperschaft steht dagegen keine Befugnis zur Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder zu.²²

Auch in etlichen weiteren Ländern müssen die Kommunen den Hauptverwaltungsbeamten in den Aufsichtsrat entsenden; meist kann er mit seiner Vertretung einen Bediensteten der Kommune betrauen.²³ In Niedersachsen muss der Hauptverwaltungsbeamte zu den von der Vertretungskörperschaft gewählten Aufsichtsratsmitgliedern gehören, wenn die Kommune mehr als ein Mitglied in den Aufsichtsrat entsenden kann und er nicht auf seine Benennung verzichtet, § 138 Abs. 2, 3 NKomVG. Das bedeutet, dass der Hauptverwaltungsbeamte bei der Benennung von mehr als einem Aufsichtsratsmitglied stets in den Aufsichtsrat zu entsenden ist, wenn er nicht auf seine Entsendung verzichtet.²⁴ Die gleiche Rechtslage gilt in Nordrhein-Westfalen: Nach § 113 Abs. 2, 3 GO NW muss der Hauptverwaltungsbeamte in den Aufsichtsrat entsandt werden, wenn mehr als ein Vertreter der Kommune in den Aufsichtsrat zu entsenden ist. Das bedeutet, dass der Hauptverwaltungsbeamte nicht in den Aufsichtsrat entsandt werden muss, wenn die Kommune nur ein Mitglied des Aufsichtsrats benennen kann.

Kann die Kommune neben dem Hauptverwaltungsbeamten mehrere weitere Mitglieder in den Aufsichtsrat entsenden oder mehrere weitere Kandidaten für den Aufsichtsrat zur Wahl durch die Hauptversammlung der AG vorschlagen, werden diese in den meisten Ländern vom Rat bestimmt. Für das Verfahren der Benennung der Aufsichtsratsmitglieder verweisen die meisten dieser Länder auf die Bestimmungen über die Besetzung von Ausschüssen der Vertretungskörperschaft oder auf Regelungen über die Verhältniswahl.²⁵ Mit diesen Regelungen ist die Berücksichtigung des in der Vertretungskörperschaft bestehenden Fraktionsproporz bei der Neubesetzung aller von der Kommune zu entsendenden bzw. zur Wahl durch die Hauptversammlung vorzuschlagenden Aufsichtsratsmitglieder gesichert.²⁶ Dadurch wollten die Landesgesetzgeber die Minderheit in der Vertretungskörperschaft schützen. Die Mehrheit soll nicht durch Mehrheitsbe-

21 Art. 93 Abs. 2 BayGO; § 138 Abs. 3 NKomVG; § 113 Abs. 3 GO NW.

22 HessVGH, Beschluss vom 09.03.1998 - 8 TZ 782/98 -, Abs. 9 (zitiert nach juris).

23 § 97 Abs. 1, 2 BbgKVerf; § 125 Abs. 1, 2 HGO; § 71 Abs. 1, 2 KV M-V; § 88 Abs. 1, 2 GemO RP; § 114 Abs. 1 SaarlKSVG; § 119 Abs. 1, 2 GO LSA.

24 Franke/Fischer, Das neue Niedersächsische Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG), S. 10.

25 § 104 Abs. 2 GemO BW; § 97 Abs. 1, 2 i.V.m. § 41 BbgKVerf; § 71 Abs. 1, 2 i.V.m. § 32 Abs. 2 KV M-V; § 71 Abs. 2, 4 NKomVG; § 50 Abs. 4 GO NW; § 88 Abs. 1, 2 i.V.m. § 45 GemO RP; § 114 Abs. 2 SaarlKSVG; § 98 Abs. 2 i.V.m. § 42 Abs. 2 SächsGemO; § 119 Abs. 1, 2 i.V.m. § 46 Abs. 1 GO LSA.

26 Vgl. zur Begründung die Darstellung der Grundsätze der Verhältniswahl und der anderen Verfahren zur Besetzung der Ausschüsse der Vertretungskörperschaft oben unter B) I) 2.) b) aa).

schluss kleinere Fraktionen von der Mitwirkung im Aufsichtsrat ausschließen können.²⁷ Wenn nur ein weiterer Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat zu bestimmen ist, wird dieser von der Vertretungskörperschaft nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl gewählt. Dies mit der Folge, dass allein die Ratsmehrheit über die Person des Aufsichtsratsmitglieds entscheidet.

Keine besondere Regelung über das Wahlverfahren für die Mitglieder des Aufsichtsrats enthalten die Kommunalgesetze von Bayern, Schleswig-Holstein und Thüringen. In diesen Ländern kommt nach der Rechtsprechung eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Besetzung der Ausschüsse der Vertretungskörperschaft auf die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats nicht in Betracht. So dienen die Regeln über die Ausschussbesetzung als Sondervorschriften der Sicherung einer effektiven Oppositionsarbeit, indem der Opposition die Möglichkeit gegeben wird, entsprechend ihrer Stärke in der Vertretungskörperschaft auch bei der Arbeit der Ausschüsse vertreten zu sein. Ein vergleichbares Interesse der Opposition an der Beteiligung an der Arbeit eines Aufsichtsrats eines kommunalen Unternehmens sei nicht gegeben, da es sich bei der Arbeit des Aufsichtsrats um die Kontrolle des Vorstands eines wirtschaftlichen Unternehmens handelt. Diese Tätigkeiten erfordere keinen Schutz der Minderheit, da es sich nicht um die Wahrnehmung politischer Aufgaben im öffentlichen Leben der Kommune handele.²⁸ Damit besteht in diesen Ländern keine gesetzliche Pflicht zur Wahl der von der Kommune entsandten bzw. zur Wahl durch die Hauptversammlung vorzuschlagenden Mitglieder des Aufsichtsrats nach den Grundsätzen der Verhältniswahl. Um zu verhindern, dass die Wahl als Mehrheitswahl durchgeführt wird und damit nur die Kandidaten der Mehrheit in den Aufsichtsrat gelangen, muss die Anwendung der Grundsätze der Verhältniswahl auf die Wahl der von der Kommune benannten Aufsichtsratsmitglieder in einer kommunalen Satzung oder der Satzung der AG geregelt werden.

Beispiel für eine Regelung des Wahlverfahrens in einer Satzung der Kommune:

§ 23

Wahl der Mitglieder von Aufsichtsräten

Kann die Stadt S mehrere Mitglieder in einen Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft, an der die Stadt beteiligt ist, entsenden oder zur Wahl durch die Hauptversammlung der Kapitalgesellschaft vorschlagen, werden die weiteren Mitglieder des Aufsichtsrats durch den Rat der Stadt gewählt. Auf das Wahlverfahren finden die Regelungen der Gemeindeordnung über die Besetzung der Ausschüsse der Gemeindevertretung entsprechende Anwendung.

Die Befugnis, die Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat zu wählen, steht der Vertretungskörperschaft nicht nur in den Fällen zu, in denen der Kommune in der Satzung der AG ein Entsenderecht eingeräumt wurde. Auch die Vertreter der Kommune, die der Hauptversammlung der AG zur Wahl in den Aufsichtsrat vorgeschlagen werden, sind von der Vertretungskörperschaft der Kommune zu wählen.²⁹

Auch in Hessen steht dem Gemeindevorstand das Recht zur Bestimmung der Mitglieder des Aufsichtsrats nicht nur die Mitglieder zu, die aufgrund eines Entsenderechts der Kommune in den Aufsichtsrat entsandt werden, sondern auch für die Mitglieder, die der Hauptversammlung von der Kommune zur Wahl in den Aufsichtsrat vorgeschlagen werden.³⁰

Die Wahl durch die Vertretungskörperschaft erfolgt für die gesamte Amtszeit des Aufsichtsrats. Dadurch wird bewirkt, dass sich das Kräfteverhältnis in der Vertretungskörperschaft zum Zeitpunkt der Wahl im Aufsichtsrat grundsätzlich für dessen gesamte Amtszeit widerspiegelt.³¹ Die Amtszeit des Aufsichtsrats ergibt sich aus § 102 Abs. 1 AktG. Danach ist der Aufsichtsrat im Amt bis zur Beendigung der Hauptversammlung bestellt werden, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt; wobei das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt,

27 OVG NW, Beschluss vom 21.05.2002 - 15 B 238/02 -, Abs. 18 (zitiert nach juris).

28 VG Würzburg, Urteil vom 24.02.1999 - W 2 K 98.1274 -, Abs. 43 (zitiert nach juris).

29 SächsOVG, Urteil vom 08.02.2011 - 4 A 637/10 -, Abs. 35 (zitiert nach juris).

30 HessVGH, Beschluss vom 09.03.1998 - 8 TZ 782/98 -, Abs. 8 (zitiert nach juris).

31 VG Düsseldorf, Urteil vom 17.09.2004 - 1 K 5749/02 -, Abs. 32, 36 (zitiert nach juris).

nicht mitgerechnet wird. Dies bedeutet eine Amtszeit von maximal fünf Jahren.³² Eine Neuwahl aller von der Kommune entsandten oder von ihr zur Wahl durch die Hauptversammlung vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder ist erst nach Ablauf dieser gesellschaftsrechtlichen Amtszeit möglich. Da die Amtszeit des Aufsichtsrats nicht unbedingt der der Vertretungskörperschaft der Kommune entspricht, kann es vorkommen, dass eine Neuwahl der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat erst im Laufe der Wahlperiode der Vertretungskörperschaft durchzuführen ist. Dies hat bei geänderten Mehrheitsverhältnissen nach der Neuwahl der Vertretungskörperschaft zur Folge, dass die neuen Mehrheitsverhältnisse nicht in der Zusammensetzung der Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat abgebildet sind. Daher stellt sich die Frage, ob es Wege gibt, schon vor Ablauf der Amtszeit des Aufsichtsrats eine Neuwahl der Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat zu ermöglichen. Zur Beantwortung der Frage ist zwischen der Rechtslage bezüglich entsandter und von der Hauptversammlung auf Vorschlag der Kommune gewählter Aufsichtsratsmitglieder zu unterscheiden.

Für entsandte Aufsichtsratsmitglieder gewährt § 103 Abs. 2 AktG dem Aktionär, dem das Entsenderecht zusteht, das Recht, jedes von ihm entsandte Aufsichtsratsmitglied jederzeit abzurufen. Diese Vorschrift regelt das (bundesrechtliche) gesellschaftsrechtliche Rechtsverhältnis zwischen dem Aktionär und dem von ihm entsandten Aufsichtsratsmitglied; aktienrechtlich steht dem Aufsichtsratsmitglied kein Recht zu, seinen Verbleib im Aufsichtsrat gegen den Willen des ihn entsendenden Aktionärs zu sichern. Neben diesem aktienrechtlichen Rechtsverhältnis besteht bei den von der Kommune in den Aufsichtsrat entsandten Aufsichtsratsmitgliedern ein weiteres Rechtsverhältnis zwischen ihnen und der sie entsendenden Kommune. Dieses Rechtsverhältnis wird geregelt durch das (landesrechtliche) Kommunalrecht.³³ In einigen Ländern besteht in letzterem Rechtsverhältnis für die Kommune das Recht, die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds jederzeit zu widerrufen.³⁴ Die Kompetenz zu diesem Widerruf steht der Vertretungskörperschaft der Kommune zu. Durch den Widerruf wird noch nicht die Abberufung aus dem Aufsichtsrat bewirkt, da der Widerruf nur im Rechtsverhältnis der Kommune zum Aufsichtsratsmitglied wirkt. Der Widerruf enthält aber die Pflicht des dafür zuständigen Organs der Kommune, die Abberufung des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds zu bewirken. Sobald also die Vertretungskörperschaft die Bestellung widerrufen hat, ist der Hauptverwaltungsbeamte der Kommune als deren Vertreter in der AG dazu verpflichtet, das betreffende Aufsichtsratsmitglied gemäß § 103 Abs. 2 AktG aus dem Aufsichtsrat abzurufen.

Das Recht zum jederzeitigen Widerruf ist zwar nach dem Wortlaut der Vorschriften nicht auf bestimmte Fallkonstellationen beschränkt. Jedoch hat die Rechtsprechung aus Sinn und Zweck der Vorschriften eine Beschränkung abgeleitet: Die Möglichkeit der Abberufung verfolge hauptsächlich das Ziel, das Weisungsrecht der Gemeinde gegenüber ihren Vertretern abzusichern; es solle gewährleisten, dass die Kommune ein Aufsichtsratsmitglied, das nicht die Interessen der Kommune verfolgt, aus dem Aufsichtsrat zurückgerufen werden kann.³⁵ Zudem dienen die Vorschriften über die Verhältniswahl der von der Kommune entsandten Aufsichtsratsmitglieder dem Zweck des Schutzes der Minderheit in der Vertretungskörperschaft. Die Aufrechterhaltung des Fraktionsproporz über die gesamte Amtszeit des Aufsichtsrats hinweg sei das Regelungsziel dieser Regeln über die Verhältniswahl. Dieser Schutz wirke sich auch auf das Recht zum Widerruf einer Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied aus. Denn die Minderheit in der Vertretungskörperschaft müsse davor geschützt werden, dass im Verlauf der Amtszeit eines Aufsichtsrats die Mehrheit in der Vertretungskörperschaft gezielt die von der Minderheit vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder abberuft und im Wege der Mehrheitswahl gegen eigene Mitglieder austauscht und somit den ursprünglichen Fraktionsproporz im Aufsichtsrat beseitigt. Damit dürfe ein Widerruf der Bestellung zum Aufsichts-

32 *Becker* in: *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen*, S. 196.

33 *OVG NW*, Beschluss vom 21.05.2002 - 15 B 238/02 -, Abs. 15 m.w.N. (zitiert nach *juris*).

34 § 113 Abs. 1 GO NW; § 88 Abs. 1 GemO RP; § 114 Abs. 2 SaarlKSVG; § 98 Abs. 2 SächsGemO; § 119 Abs. 1, 2 GO LSA; § 104 Abs. 2 i.V.m. § 25 Abs. 2 GO SH.

35 *VG Düsseldorf*, Urteil vom 17.09.2004 - 1 K 5749/02 -, Abs. 26 m.w.N. (zitiert nach *juris*).

ratsmitglied nicht ausschließlich aus Gründen ausgeübt werden darf, die allein in den veränderten Mehrheitsverhältnissen des Rates wurzeln.³⁶ Dieser Schutzzweck ist darauf gerichtet, dass die Minderheit während der Dauer der Wahlperiode vor Veränderungen des Fraktionsproporz im Aufsichtsrat, denen sie nicht zugestimmt hat, geschützt ist. Dieser Schutzzweck ist bei einer Neuwahl aller von der Kommune entsandten Aufsichtsratsmitglieder am Beginn einer neuen Wahlperiode der Vertretungskörperschaft jedoch nicht beeinträchtigt. Schließlich handelt es sich hierbei nicht um die nachträgliche Veränderung eines durch Verhältniswahl hergestellten Fraktionsproporz im Verlauf der Wahlperiode, sondern um die Anpassung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats an den durch die Neuwahl der Vertretungskörperschaft veränderten Fraktionsproporz. Werden alle Mitglieder des Aufsichtsrats neu gewählt, findet hierzu eine Verhältniswahl statt, durch die die Widerspiegelung des Fraktionsproporz in der Besetzung des Aufsichtsrats gewährleistet ist. Eines weiter gehenden Schutzes bedarf die Minderheit in der neu gewählten Vertretungskörperschaft nicht.

Damit ist es zulässig, dass die Vertretungskörperschaft am Beginn ihrer Wahlperiode die Bestellung der von der Kommune in den Aufsichtsrat Entsandten widerruft und der Hauptverwaltungsbeamte auf diesen Widerruf hin die von der Kommune entsandten Aufsichtsratsmitglieder aus dem Ausschuss abberuft. Damit kann am Beginn einer Wahlperiode eine Neuwahl aller von der Kommune entsandten Aufsichtsratsmitglieder erfolgen, wenn die Vertretungskörperschaft mit Mehrheit den Widerruf der Bestellung aller Aufsichtsratsmitglieder beschließt und daraufhin alle Aufsichtsratsmitglieder neu zu wählen sind.

Aufsichtsratsmitglieder, die von der Hauptversammlung gewählt wurden, können nach dem AktG nicht durch den Aktionär, der ihre Wahl vorgeschlagen hat, aus dem Aufsichtsrat abberufen werden. Sie können gemäß § 103 Abs. 1 AktG von der Hauptversammlung abberufen werden, wofür eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (oder eine von der Satzung abweichend festgelegte Mehrheit) erforderlich ist. Überdies können gewählte Aufsichtsratsmitglieder nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Die Abberufung erfolgt auf Antrag des Aufsichtsrats durch das zuständige Gericht, § 103 Abs. 3 AktG. Schließlich bleibt noch die freiwillige Niederlegung des Amtes durch das Aufsichtsratsmitglied als Möglichkeit, seine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat vor Ablauf der Amtszeit zu beenden.

Eine Abberufung aus wichtigem Grund ist nicht möglich, da die Veränderung des Fraktionsproporz in der Vertretungskörperschaft der Aktionärin Kommune aktienrechtlich keinen wichtigen Grund darstellt, der eine Abberufung rechtfertigen könnte. Eine Abwahl durch die Hauptversammlung erscheint vor allem in Gesellschaften, in denen die Kommune nicht über drei Viertel der Stimmrechte in der Hauptversammlung verfügt, praktisch undurchführbar. Damit bleibt nur die Möglichkeit der freiwilligen Amtsniederlegung durch die Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat.

Widerruft die Vertretungskörperschaft durch Mehrheitsbeschluss am Beginn ihrer Wahlperiode die Bestellung aller auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitglieder, entfaltet dieser Beschluss nur im Rechtsverhältnis der Kommune zu den Aufsichtsratsmitglieder Wirkung. Er bewirkt noch nicht, dass die Aufsichtsratsmandate aktienrechtlich wirksam beendet sind. Jedoch enthält dieser Widerruf die stillschweigende (oder ausdrücklich in den Widerrufsbeschluss aufgenommene) Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder, ihr Aufsichtsratsmandat niederzulegen. Für die nach erfolgter Amtsniederlegung frei gewordenen Aufsichtsratssitze kann die Kommune der Hauptversammlung neue Kandidaten zur Wahl vorschlagen. Die vorgeschlagenen Personen werden durch die Vertretungskörperschaft nach den oben dargestellten Regeln bestimmt. Die so Vorgeschlagenen müssen dann durch die Hauptversammlung der AG in den Aufsichtsrat gewählt werden.

36 VG Düsseldorf, Urteil vom 17.09.2004 - 1 K 5749/02 -, Abs. 32 m.w.N. (zitiert nach juris).

bb) Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats

Gemäß § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen. Diese Überwachung bezieht sich nur auf die Geschäftsführung durch den Vorstand. Dies bedeutet, dass sich die Überwachung nicht auf die gesamte Tätigkeit des Unternehmens erstreckt. Insbesondere das laufende Tagesgeschäft ist nicht umfasst. Zudem sind nur die Leitungsmaßnahmen des Vorstands zu überwachen. Das sind dessen Führungsentscheidungen und besonders bedeutsame Einzelmaßnahmen.³⁷ Es ist daher nicht die Aufgabe des Aufsichtsrats, die Tätigkeit einzelner Mitarbeiter des Unternehmens unterhalb der Vorstandsebene zu überwachen. Vielmehr beschränkt sich die Überwachung hierbei auf die vom Vorstand zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen, wirtschaftlichen und rechtmäßigen Handelns aller Mitarbeiter des Unternehmens getroffenen Maßnahmen. Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats beinhaltet sowohl die Kontrolle des Vorstandshandelns in der Vergangenheit als auch die Beratung des Vorstands für die zukünftige Geschäftsführung.³⁸

Anders als beim Verwaltungsrat der Sparkasse ist die Überwachung nicht auf eine reine Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns beschränkt, sondern umfasst auch die Kontrolle der Ordnungsgemäßheit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung.³⁹ Zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit hat der Aufsichtsrat zu überwachen, dass die Vorstandsmitglieder sämtliche für das Unternehmen, seine Tätigkeiten und Geschäfte geltenden Rechtsnormen einhalten. Dies betrifft nicht nur die eigenen Handlungen der Vorstandsmitglieder; sie müssen auch mit Leitungsmaßnahmen dafür sorgen, dass alle Mitarbeiter des Unternehmens rechtmäßig handeln, wie z.B. mittels eines Systems der Sicherung und Überwachung der Rechtmäßigkeit des Handelns der Mitarbeiter. Die vom Aufsichtsrat zu überwachende ordnungsgemäße Geschäftsführung bedeutet die sachgerechte Leitung der Tätigkeiten im Unternehmen und die Schaffung der hierzu erforderlichen organisatorischen Voraussetzungen. Dazu zählt die Schaffung eines Kontroll- und Berichtssystems, das betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen und Erfahrungen genügt, durch den Vorstand. Der Aufsichtsrat hat die Tätigkeit des Vorstands darauf zu überwachen, dass diese für die Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit erforderlichen Maßnahmen getroffen wurden und dass deren Funktionsfähigkeit gesichert ist.

Die Berichtspflichten des Vorstands und die Auskunftsrechte des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand⁴⁰ dienen dazu, dass der Aufsichtsrat die Informationen über die Geschäftsführung und die Lage der AG erhält, derer er zur effektiven und pflichtgemäßen Erfüllung seiner Überwachungsaufgabe bedarf. Da die Auskunftsansprüche des Aufsichtsrats der Erfüllung seiner Aufgabe der Überwachung des Vorstands dienen, richten sich auch die Auskunftsansprüche ausschließlich gegen den Vorstand. Der Aufsichtsrat darf also grundsätzlich keine Berichte von Mitarbeitern außerhalb des Vorstands anfordern. Dies darf höchstens nur ausnahmsweise erfolgen, wenn der Aufsichtsrat den Verdacht aufklären muss, dass der Vorstand einen fehlerhaften Bericht vorgelegt hat.

Zur Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe kann der Aufsichtsrat die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie deren Vermögensgegenstände einsehen und prüfen, § 111 Abs. 2 AktG.

Weiterhin bestellt der Aufsichtsrat den Vorstand der AG, § 84 Abs. 1 AktG. Er kann die Mitglieder des Vorstands abberufen, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt, § 84 Abs. 3 AktG. Nach dieser Vorschrift liegt ein wichtiger Grund insbesondere vor bei einer groben Pflichtverletzung, bei Unfähigkeit zur Geschäftsführung und bei Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung.

37 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 4 m.w.N.

38 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 4 m.w.N.

39 *Ganzer/Tremml*, *GewArch* 2010, S. 141 (142); *Strobel*, *DVBl.* 2005, S. 77 (78).

40 Vgl. zu diesen oben unter C) III) 1.) a).

Zudem kann dem Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 4 AktG durch die Satzung die Zustimmung zu bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands vorbehalten sein.⁴¹

Der Aufsichtsrat vertritt die AG bei Rechtsgeschäften zwischen der Gesellschaft und aktiven sowie ehemaligen Vorstandsmitgliedern, § 112 AktG.

Eine weitere Aufgabe des Aufsichtsrats ist gemäß § 171 AktG die Prüfung des Jahresabschlusses. Zudem erteilt er den Prüfauftrag für die Abschlussprüfer, § 111 Abs. 2 AktG.

Der Aufsichtsrat hat die Hauptversammlung einzuberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert, § 111 Abs. 3 AktG.

Schließlich kann jedes Mitglied des Aufsichtsrats Anfechtungsklage gegen einen rechtswidrigen Beschluss der Hauptversammlung erheben, wenn Aufsichtsratsmitglieder durch die Ausführung des Beschlusses eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begingen, § 245 Nr. 5 AktG.

cc) Nichtöffentliche Sitzungen

Der Aufsichtsrat tagt nach § 109 Abs. 1 AktG grundsätzlich nichtöffentlich, da nur die Mitglieder des Aufsichtsrats und des Vorstands an den Sitzungen teilnehmen dürfen. Hiervon sind nur wenige Ausnahmen zulässig. So können an einzelnen Sitzungen Sachverständige und Auskunftspersonen teilnehmen, die der Aufsichtsrat zur Aufklärung einzelner Sachverhalte hinzugezogen hat, § 109 Abs. 1 AktG. Sodann kann die Satzung gemäß § 109 Abs. 3 AktG zulassen, dass Personen, die nicht dem Aufsichtsrat angehören, anstelle von verhinderten Aufsichtsratsmitgliedern an den Sitzungen teilnehmen können, wenn die verhinderten Mitglieder sie dazu schriftlich ermächtigt haben. Diese letzte Regel sollte in die Satzungen kommunaler Gesellschaften aufgenommen werden, um eine Stellvertretung für verhinderte kommunale Vertreter im Aufsichtsrat durch andere Mitglieder der Vertretungskörperschaft oder Bedienstete der Kommune zu ermöglichen.

Andere als die von § 109 AktG zugelassenen Personen dürfen nicht an Aufsichtsratssitzungen teilnehmen. Dies gilt auch für die Mitglieder der Hauptversammlung, also die Aktionäre der Gesellschaft und deren Vertreter. Gegenüber den Aktionären, die nicht selbst den Aufsichtsrat angehören, gilt also eine Geheimhaltung der Aufsichtsratssitzungen. Dies soll einerseits dazu dienen, die Geheimnisse der Gesellschaft zu schützen. Zum anderen soll die Nichtöffentlichkeit eine offene Atmosphäre in den Sitzungen schaffen, in denen Vorstand, Auskunftspersonen und Aufsichtsratsmitglieder ohne Rücksicht auf Konsequenzen in der Öffentlichkeit frei reden können. Dies soll wahrheitsgemäße Berichte von Auskunftspersonen und Vorstandsmitgliedern ermöglichen, die im Falle öffentlicher Sitzungen verhindert werden könnten durch die Furcht vor negativen Reaktionen der Aktionäre und der Öffentlichkeit. Zudem soll die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen dazu dienen, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihre Urteile frei bilden können, ohne Rücksicht darauf nehmen zu müssen, dass eine möglicherweise noch nicht in letzter Konsequenz überdachte Äußerung in der Öffentlichkeit oder bei den Aktionären zu Ablehnung führen könnte.

c) Hauptversammlung

In der Hauptversammlung üben die Aktionäre ihre Rechte aus, § 118 Abs. 1 AktG. Juristische Personen, die Aktien der Gesellschaft halten, werden in der Hauptversammlung durch ihre Organe vertreten. Das Stimmrecht kann auch durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt und die Vollmachtsurkunde der Gesellschaft vorgelegt wurde, § 134 Abs. 3 AktG.

41 Vgl. hierzu oben unter C) III) 1.) a).

Welches Organ der Kommune diese in der Hauptversammlung vertritt, regelt nicht das Aktienrecht sondern das Kommunalrecht der Länder. Hierzu gilt in allen Ländern, dass der Hauptverwaltungsbeamte die Kommune vertritt; er kann in den meisten Ländern mit seiner Vertretung einen Beigeordneten oder einen Bediensteten der Kommune betrauen.⁴² Kann die Kommune – was praktisch kaum vorkommen dürfte – mehr als einen Vertreter in die Hauptversammlung entsenden, werden diese in den meisten Ländern von der Vertretungskörperschaft bestimmt. Wenn mehrere weitere Vertreter zu bestimmen sind, sind diese in der Mehrzahl der Länder nach den Grundsätzen der Verhältniswahl bzw. nach den Regeln über die Besetzung der Ausschüsse der Vertretungskörperschaft zu bestimmen.⁴³

In Hessen steht die Befugnis zur Bestellung der weiteren Vertreter in der Hauptversammlung gemäß 125 Abs. 1 HGO nicht der Vertretungskörperschaft sondern dem Gemeindevorstand zu.

In Niedersachsen werden die Vertreter der Kommune in der Hauptversammlung von der Vertretungskörperschaft bestellt, § 138 Abs. 1 NKomVG. Ist mehr als ein Vertreter zu bestellen, muss gemäß § 138 Abs. 2 NKomVG der Hauptverwaltungsbeamte zu ihnen gehören, wenn er nicht auf seine Bestellung verzichtet. Auf Vorschlag des Hauptverwaltungsbeamten kann ein Beschäftigter der Kommune an seiner Stelle benannt werden. Für die Bestellung von mehr als zwei Vertretern außer dem Hauptverwaltungsbeamten gelten gemäß § 71 Abs. 6 NKomVG die Regeln über die Besetzung der Ausschüsse der Vertretungskörperschaft.

Ähnlich ist die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen. Dort wählt die Vertretungskörperschaft gemäß § 113 Abs. 2 GO NW den Vertreter der Kommune in der Hauptversammlung. Sofern mehr als ein Vertreter zu benennen ist, muss der Hauptverwaltungsbeamte oder ein von ihm benannter Bediensteter der Kommune zu den Vertretern zählen. Die in Niedersachsen gegebene Möglichkeit des Verzichts des Hauptverwaltungsbeamten auf seine Benennung räumt der Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen nicht ein.

Die Hauptversammlung ist nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG zuständig für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder. Dies gilt in mitbestimmten Unternehmen nicht für die Wahl der Arbeitnehmervertreter, die von den Arbeitnehmern der Gesellschaft zu wählen sind. Auch werden die nach der Satzung von einzelnen Aktionären entsandten Aufsichtsratsmitglieder nicht von der Hauptversammlung gewählt.

Weiterhin beschließt die Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns, § 119 Abs. 1 Nr. 2 AktG. Damit entscheidet die Hauptversammlung, inwieweit Gewinne zur Bildung von Rücklagen oder zur Finanzierung von Investitionen im Unternehmen verbleiben und inwieweit sie als Dividenden an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Die Feststellung des Jahresabschlusses, der die Höhe des Bilanzgewinns festlegt, obliegt der Hauptversammlung jedoch nur ausnahmsweise. Hier erfolgt die Beschlussfassung durch die Hauptversammlung nach § 173 Abs. 1 AktG nur dann, wenn Vorstand und Aufsichtsrat eine Beschlussfassung durch die Hauptversammlung beschlossen haben oder wenn der Aufsichtsrat den Jahresabschluss nicht gebilligt hat.

Zudem hat die Hauptversammlung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat zu entscheiden, § 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG. Dabei wird gemäß § 120 Abs. 1 AktG grundsätzlich über die Entlastung der gesamten Organe abgestimmt; eine Abstimmung über die Entlastung einzelner Mitglieder findet nur statt, wenn die Hauptversammlung dies mit Mehrheit beschlossen hat oder wenn es von Aktionären, die mindestens ein Zehntel des Grundkapitals halten, verlangt wird.

Auch beschließt die Hauptversammlung über die Bestellung der Abschlussprüfer, § 119 Abs. 1 Nr. 4 AktG.

42 § 104 Abs. 1 GemO BW; Art. 93 Abs. 1 BayGO; § 97 Abs. 1 BbgKVerf; § 71 Abs. 1 KV M-V; § 88 Abs. 1 GemO RP; § 114 Abs. 1 SaarlKSVG; § 98 Abs. 1 SächsGemO; § 119 Abs. 1 GO LSA.

43 § 104 Abs. 1 GemO BW; § 97 Abs. 1 BbgKVerf; § 71 Abs. 1 KV M-V; § 88 Abs. 1 GemO RP; § 114 Abs. 2 SaarlKSVG; § 98 Abs. 1 SächsGemO; § 119 Abs. 1 GO LSA.

Nach § 119 Abs. 1 Nr. 5 beschließt die Hauptversammlung auch die Änderungen der Satzung. Dazu ist gemäß § 179 Abs. 2 AktG eine Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung anwesenden Grundkapitals erforderlich. Die Satzung kann andere Mehrheitserfordernisse festlegen; jedoch kann durch Satzung die für die Änderung des Gesellschaftszwecks erforderliche Mehrheit nur höher als das gesetzliche Mehrheitserfordernis festgesetzt werden.

Gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 6 AktG ist die Hauptversammlung zuständig für Beschlüsse über Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und -herabsetzung.

Die Bestellung von Sonderprüfern fällt nach § 119 Abs. 1 Nr. 7 AktG ebenfalls in die Zuständigkeit der Hauptversammlung. Nach § 142 Abs. 1 AktG können Sonderprüfer bestellt werden, um einzelne Maßnahmen der Geschäftsführung und einzelne Vorgänge bei der Gründung der AG zu untersuchen. Hierzu ist die Zustimmung der einfachen Mehrheit erforderlich.

Auch die Auflösung der Gesellschaft ist gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 8 AktG von der Hauptversammlung zu beschließen. Nach § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG ist für diesen Beschluss eine Mehrheit von drei Vierteln des in der Hauptversammlung anwesenden Grundkapitals erforderlich; die Satzung kann eine größere Kapitalmehrheit und weitere Voraussetzungen festlegen.

Grundsätzlich fallen Maßnahmen der Geschäftsführung nicht in die Zuständigkeit der Hauptversammlung. Die Ausnahme ist, dass der Vorstand gemäß § 119 Abs. 2 AktG eine Entscheidung der Hauptversammlung verlangt. Von dieser Möglichkeit machen Vorstände in der Praxis Gebrauch bei Investitionsvorhaben, die erhebliche Auswirkungen auf die Überschüsse der nächsten Geschäftsjahre haben, oder Umstrukturierungen des Unternehmens, die erhebliche Änderungen der bisherigen Struktur des Unternehmens bewirken.

Eine ordentliche Hauptversammlung soll jährlich stattfinden, § 121 Abs. 1 AktG. Sie wird regelmäßig vom Vorstand einberufen, § 121 Abs. 2 AktG. Vom Aufsichtsrat kann die Hauptversammlung nach § 111 Abs. 3 AktG nur einberufen werden, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert. Auf Verlangen einer Minderheit der Aktionäre, die mindestens ein Zwanzigstel des Grundkapitals hält, ist eine Hauptversammlung einzuberufen, § 122 Abs. 1 AktG.

Jeder Aktionär kann nach § 131 Abs. 1 AktG in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen, die für die sachgemäße Beurteilung der Gegenstände der Tagesordnung erforderlich sind. Einen alle Angelegenheiten der Gesellschaft umfassenden Auskunftsanspruch gibt diese Vorschrift nicht. Vielmehr ist der Anspruch auf die für ein umfassendes Verständnis der auf der Tagesordnung der Hauptversammlung stehenden Angelegenheiten beschränkt. Und der Anspruch besteht nur in der Hauptversammlung. Einen Anspruch auf Auskünfte gegen den Vorstand außerhalb der Hauptversammlung gewähren weder § 131 noch eine andere Vorschrift des AktG. Gemäß § 131 Abs. 2 AktG müssen die Auskünfte des Vorstands einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft entsprechen; sie müssen also vor allem vollständig und wahrheitsgemäß sein. Der Vorstand darf die Auskunft nur aus den in § 131 Abs. 3 abschließend aufgezählten Gründen verweigern. Dies ist u.a. dann möglich, wenn sich der Vorstand durch die Weitergabe von Informationen strafbar machen könnte und wenn die Auskunftserteilung nach kaufmännischer Beurteilung geeignet wäre, der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil zu bringen. Verweigert der Vorstand die Auskunft, kann der Aktionär beim zuständigen Landgericht eine Entscheidung darüber beantragen, ob die Auskunft erteilt werden muss, § 132 AktG.

d) *Auskunftsansprüche und Weisungsrechte der Vertretungskörperschaft*

Die Vertretungskörperschaft kann vom Hauptverwaltungsbeamten verlangen, dass er der Vertretungskörperschaft über alle Angelegenheiten der Kommune Auskunft erteilt.⁴⁴ Auch den einzelnen Mitgliedern der Vertretungskörperschaft steht ein solcher Auskunftsanspruch zu. In den meisten Ländern ist dieser Anspruch ausdrücklich gesetzlich geregelt⁴⁵, in den übrigen Ländern ergibt er sich auch ohne gesetzliche Normierung aus dem Rechtsstatus des Abgeordneten der Vertretungskörperschaft⁴⁶.

Das Auskunftsrecht besteht für alle Angelegenheiten der Kommune. Die Frage muss sich daher auf Gegenstände beziehen, über die der Hauptverwaltungsbeamte in seiner Eigenschaft als Leiter der Verwaltung der Kommune oder als deren gesetzlicher Vertreter Kenntnis erlangt hat. Da der Hauptverwaltungsbeamte in der Hauptversammlung einer AG, an der die Kommune beteiligt ist, als Vertreter der Kommune tätig wird, gehört das in der Hauptversammlung der AG erworbene Wissen zu den Gegenständen, über die die Vertretungskörperschaft und deren Mitglieder Auskunft verlangen können.⁴⁷ Der Auskunftsanspruch der Vertretungskörperschaft und ihrer Mitglieder bezieht sich aber nicht auf Wissen, das der Hauptverwaltungsbeamte als Mitglied des Aufsichtsrats der AG erworben hat, da er im Aufsichtsrat nicht als gesetzlicher Vertreter der Kommune handelt.⁴⁸

Dieser Anspruch verpflichtet den Hauptverwaltungsbeamten unstreitig zu Auskünften über Wissen, das er bereits in der Hauptversammlung erworben hat, das also im Zeitpunkt der Anfrage beim Hauptverwaltungsbeamten bereits präsent ist. Uneinheitlich beantwortet die Rechtsprechung jedoch die Frage, ob der Hauptverwaltungsbeamte auch Auskunft über Angelegenheiten erteilen muss, über die er erst noch durch Ausübung eines Auskunftsanspruchs bei der AG Auskunft einholen muss. Teile der Rechtsprechung und des juristischen Schrifttums sind der Ansicht, dass die Auskunftsansprüche der Vertretungskörperschaft und ihrer Mitglieder sich auch auf Informationen erstrecken, die der Hauptverwaltungsbeamte sich erst durch Ausübung seines Fragerechts bei der AG beschaffen muss.⁴⁹ Ein Teil der Rechtsprechung beschränkt den Anspruch der Vertretungskörperschaft auf die Informationen, über die der Hauptverwaltungsbeamte im Zeitpunkt der Anfrage bereits verfügt.⁵⁰ Die überzeugenderen Argumente sprechen für die erste Ansicht. Schließlich kann der Hauptverwaltungsbeamte das der Kommune als Aktionärin aus § 131 AktG zustehende Fragerecht unbeschwer in der Hauptversammlung ausüben. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Hauptverwaltungsbeamte die Frage der Vertretungskörperschaft bzw. des Abgeordneten binnen angemessener Zeit beantworten muss. Wenn der Hauptverwaltungsbeamte erst sein Fragerecht in der Hauptversammlung ausüben muss, um die Frage beantworten zu können, ist es angemessen, wenn er die Frage erst nach Durchführung der nächsten Hauptversammlung, auf der der Hauptverwaltungsbeamte das Fragerecht erst ausüben kann, die Antwort auf die Frage der Vertretungskörperschaft bzw. des Abgeordneten gibt.

44 § 24 Abs. 3 GemO BW; Art. 30 Abs. 3 BayGO; § 50 Abs. 2 HGO; § 34 Abs. 1, 2 KV M-V; § 58 Abs. 4 NKomVG; § 55 Abs. 1 GO NW; § 33 Abs. 1, 3 GemO RP; § 28 Abs. 4 SächsGemO; § 44 Abs. 5 GO LSA; § 27 Abs. 2 GO SH; § 22 Abs. 3 ThürKO.

45 § 24 Abs. 4 GemO BW; § 29 Abs. 1 BbgKVerf; § 34 Abs. 3 KV M-V; § 56 NKomVG; § 55 Abs. 1 GO NW; § 33 Abs. 4 GemO RP; § 37 Abs. 1 SaarlKSVG; § 28 Abs. 5 SächsGemO; § 42 Abs. 3 GO LSA; § 30 Abs. 1 GO SH.

46 *NdsOVG*, Urteil vom 03.06.2009 - 10 LC 217/07 -, Abs. 61 (zitiert nach juris).

47 *NdsOVG*, Urteil vom 03.06.2009 - 10 LC 217/07 -, Abs. 62 m.w.N. (zitiert nach juris); *VG Oldenburg*, Urteil vom 21.08.2007 - 1 A 2385/06 -, Abs. 41 m.w.N. (zitiert nach juris).

48 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 31 unter Berufung auf *NdsOVG*, Urteil vom 03.06.2009 - 10 LC 217/07 -, Abs. 62.

49 *NdsOVG*, Urteil vom 03.06.2009 - 10 LC 217/07 -, Abs. 62, 79 (zitiert nach juris); *Dehn* in *Bülow/Erps/Schliesky/von Allerwörden* (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, § 30 GO Rn. 3.

50 *VG Gießen*, Urteil vom 28.10.2009 - 8 K 1861/08.GI -, Abs. 55 (zitiert nach juris).

Die Auskunftspflicht des Hauptverwaltungsbeamten gegenüber der Vertretungskörperschaft bzw. den Abgeordneten ist auf die Informationen beschränkt, die der Hauptverwaltungsbeamte in der Hauptversammlung der AG erhalten hat bzw. die sich der Hauptverwaltungsbeamte durch Ausübung seines Fragerechts nach § 131 AktG in der Hauptversammlung der AG verschaffen kann. Da der Hauptverwaltungsbeamte nach § 131 Abs. 1 AktG nur Fragen stellen kann, die zur sachgemäßen Beurteilung der Gegenstände, die auf der Tagesordnung der Hauptversammlung stehen, erforderlich sind, muss er der Vertretungskörperschaft bzw. den Abgeordneten nur die Fragen beantworten, die er durch Fragen zu den Gegenständen der Tagesordnung in der Hauptversammlung klären kann.

Der Auskunftsanspruch der Vertretungskörperschaft bzw. der Abgeordneten dient der Kontrolle der Tätigkeit des Hauptverwaltungsbeamten. Damit ist der Auskunftsanspruch beschränkt auf die Fragen, die der Kontrolle der Tätigkeit des Hauptverwaltungsbeamten bzw. der von ihm benannten Vertreter als Vertreter der Kommune in der AG dienen. Rein interne Vorgänge der AG, die keinen Zusammenhang mit der Tätigkeit des Hauptverwaltungsbeamten in der AG aufweisen, können daher nicht Gegenstand von Fragen der Vertretungskörperschaft bzw. der Abgeordneten sein.⁵¹

In einigen Ländern haben die Gesetzgeber den Vertretern der Kommune in der Hauptversammlung einer kommunalen AG die Pflicht auferlegt, die Vertretungskörperschaft (in Hessen: den Gemeindevorstand) über alle wichtigen Angelegenheiten der AG von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten (Informationspflicht) und auf Verlangen der Vertretungskörperschaft (in Hessen: dem Gemeindevorstand) Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu erteilen (Auskunftsrecht). Dies gilt, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen.⁵²

Dieses Auskunftsrecht steht nur der Vertretungskörperschaft (in Hessen: dem Gemeindevorstand) zu. Fraktionen und einzelne Mitglieder der Vertretungskörperschaft können dagegen keine Auskunft nach vorgenannten Vorschriften verlangen⁵³; sie können nur die vorher erörterten Auskunftsansprüche gegen den Hauptverwaltungsbeamten geltend machen.

Wie auch der Auskunftsanspruch gegen den Hauptverwaltungsbeamten sind auch die Informationspflicht und das Auskunftsrecht auf Informationen beschränkt, auf die die Vertreter der Kommune in der Hauptversammlung der AG zugreifen können. Als Vertreter in der Hauptversammlung einer AG erlangen die Vertreter der Kommune diejenigen Informationen, die den Aktionären in der Hauptversammlung von den Organen der AG mitgeteilt werden. Zudem haben die Vertreter den gerade besprochenen Anspruch auf Auskunftserteilung aus § 131 AktG. Erlangen die Vertreter der Kommune aus Mitteilungen der Organe der AG oder aus Antworten auf Fragen gemäß § 131 AktG Informationen über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung für die AG, müssen sie die Vertretungskörperschaft der Kommune (in Hessen: den Gemeindevorstand) darüber informieren. Auf Beschluss der Vertretungskörperschaft sind die Vertreter der Kommune verpflichtet, der Vertretungskörperschaft alle Informationen über die AG, die sie aus Mitteilungen der Organe der AG und aus Antworten auf Fragen gemäß § 131 AktG erlangt haben, mitzuteilen. Der Weitergabe der Informationen an die Organe der Kommune stehen keine gesellschaftsrechtlichen Geheimhaltungspflichten entgegen.⁵⁴

51 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 32 unter Berufung auf *VG Gießen*, Urteil vom 28.10.2009 - 8 K 1861/08.GI -, Abs. 55 (zitiert nach juris).

52 Art. 93 Abs. 2 BayGO; § 97 Abs. 7 BbgKVerf; § 71 Abs. 1 KV M-V; § 138 Abs. 4 NKomVG; § 115 Abs. 1 SaarlKSVG; § 98 Abs. 1, 2 SächsGemO.

53 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 27 unter Berufung auf *Obermann* in: Schumacher (Hrsg.), BbgKVerf, § 97 BbgKVerf Anm. 8, S. 9.

54 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 28 unter Berufung auf *Obermann* in: Schumacher (Hrsg.), BbgKVerf, § 97 BbgKVerf Anm. 8, S. 9.

Die Vertreter der Kommune in der Hauptversammlung der AG haben die Pflicht zur Information der Vertretungskörperschaft über wichtige Angelegenheiten von sich aus zu erfüllen; einer Aufforderung durch die Vertretungskörperschaft bedarf es zur Auslösung der Pflicht nicht. Zudem müssen die Vertreter der Kommune in der Hauptversammlung die Vertretungskörperschaft frühzeitig unterrichten. Dabei bedeutet frühzeitig, dass die Vertreter der Kommune in der Hauptversammlung die Informationen so rechtzeitig der Kommune zu übermitteln haben, dass deren Organe rechtzeitig reagieren können, um die Interessen und Rechte der Kommune gegenüber der AG zu wahren.

Die Vertreter der Kommune in der Hauptversammlung der AG sind dazu verpflichtet, über „Angelegenheiten von besonderer Bedeutung“ zu berichten. Dieser Gesetzeswortlaut begrenzt die Auskunftspflicht. So ist zunächst ausgeschlossen, dass die Vertreter der Kommune in der AG die Vertretungskörperschaft über jeden ihnen bekannt gewordenen Geschäftsvorgang der Gesellschaft informieren müssen.⁵⁵ Auch der Gesetzeszweck spricht für eine Beschränkung der Auskunftspflicht: Die Regelung soll auch dem Schutz der Gesellschaft vor einem unbeschränkten Informationsanspruch der Kommune dienen.⁵⁶ Über andere Angelegenheiten als solche von besonderer Bedeutung müssen die Vertreter der Kommune in der AG also nicht informieren. Von besonderer Bedeutung und damit der Vertretungskörperschaft zu berichten sind die grundlegenden Angelegenheiten, über die die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Einwirkungspflichten Kenntnis haben muss.⁵⁷ Dazu zählen Probleme des Unternehmens bei der Erreichung des öffentlichen Zwecks, den die Kommune mit dem Unternehmen verfolgt, da die Organe der Kommune diese Angaben benötigen, um zur Sicherung der Zweckerreichung Einfluss auf die Gesellschaft nehmen zu können.

Der Wortlaut der Vorschriften schreibt für die Unterrichtung keine bestimmte Form vor. Sie kann durch mündlichen Bericht in einer Sitzung der Vertretungskörperschaft oder eines ihrer Ausschüsse ebenso erfolgen wie in der Form eines schriftlichen Berichts oder einer schriftlichen Vorlage für eine Sitzung der Vertretungskörperschaft. Die Vertretungskörperschaft entscheidet darüber, in welcher Form sie ihre Informationsrechte gegenüber den Vertretern der Kommune in der Hauptversammlung wahrnehmen will. Es liegt daher in ihrem Ermessen, eine bestimmte Unterrichtsform zu wählen und andere Informationsarten abzulehnen.⁵⁸ Billigt die Vertretungskörperschaft einen in einer bestimmten Form erstatteten Bericht, ist ihr Informationsanspruch gegen den Vertreter der Kommune in der Hauptversammlung erfüllt. Besteht die Vertretungskörperschaft auf einer anderen Form der Unterrichtung, muss der Vertreter Bericht in der verlangten Form erstatten, um den Informationsanspruch der Vertretungskörperschaft zu befriedigen.

In den meisten Ländern unterliegen die Vertreter der Kommune in der Hauptversammlung der AG einem Weisungsrecht der Vertretungskörperschaft.⁵⁹

In Hessen steht das Recht, den Vertretern der Kommune in der Hauptversammlung der AG Weisungen zu erteilen, gemäß § 125 Abs. 1 HGO dem Gemeindevorstand zu. Nach der Rechtsprechung bedeutet diese Kompetenzzuweisung nicht, dass die Bestimmung über den Inhalt der Weisungen in die Kompetenz des Gemeindevorstands fällt. „Denn von dem in § 125 HGO geregelten Außenvertretungsverhältnis zwischen Gemeinde und Gesellschaften ist das Innenverhältnis zwischen Gemeindevorstand und Gemeindevertretung zu unterscheiden, in dem die Entscheidungsbefugnisse über die in den Gesellschaften zu verfolgende Geschäftspolitik nach den allgemeinen Zuständigkeitsregelungen zu verteilen sind. Für den laufenden Geschäftsbetrieb ist danach der Gemeindevorstand gemäß § 9 Abs. 2 HGO auch inhaltlich zuständig, während bei wichtigen Angelegenheiten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 HGO eine vorrangige Entscheidung der Ge-

55 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 61 (zitiert nach juris).

56 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 56 ff. m.w.N. (zitiert nach juris).

57 *Wefelmeier* in *Blum/Baumgarten/Beckhof/Behrens/Göke/Häusler/Menzel/Smollich/Wefelmeier*, Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, § 111 NGO Rn. 54.

58 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 45 (zitiert nach juris).

59 § 104 Abs. 1 GemO BW; § 97 Abs. 1 BbgKVerf; § 71 Abs. 1 KV M-V; § 138 Abs. 1 NKomVG; § 113 Abs. 1 GO NW; § 88 Abs. 1 GemO RP; § 114 Abs. 3 SaarlKSVG; § 98 Abs. 1 SächsGemO; § 119 Abs. 1 GO LSA.

meindevertretung einzuholen und vom Gemeindevorstand durch Weisung gemäß § 125 Abs. 1 Satz 4 HGO im Außenverhältnis zu den Gesellschaften umzusetzen ist“. ⁶⁰ Damit bestimmt der Gemeindevorstand nur über den Inhalt der Weisung, wenn es sich bei der Angelegenheit, auf die sich die Weisung bezieht, um ein Geschäft der laufenden Verwaltung ⁶¹ handelt. Bei allen übrigen Angelegenheiten bestimmt die Vertretungskörperschaft über den Inhalt der Weisung; der Gemeindevorstand ist dazu verpflichtet, den Vertretern der Kommune in der Hauptversammlung der AG die Weisung mit dem von der Vertretungskörperschaft beschlossenen Inhalt zu erteilen.

Durch das Weisungsrecht soll gewährleistet werden, dass die Vertretungskörperschaft auf die Tätigkeit der kommunalen Gesellschaften einwirken kann. Dies soll verhindern, dass sich die Unternehmen der Kommune von der demokratisch legitimierten Willensbildung in der Vertretungskörperschaft der Kommune verselbständigen können. ⁶²

Das Weisungsrecht gilt nur im kommunalrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen der Kommune und ihrem kommunalen Vertreter. Es hat daher keine Auswirkungen auf das gesellschaftsrechtliche Rechtsverhältnis zwischen der Kommune als Aktionärin und der AG. Deshalb ist die Stimmabgabe in der Hauptversammlung nicht deshalb unwirksam, weil ein kommunaler Vertreter entgegen einer Weisung der Kommune abgestimmt hat. ⁶³ Beschlüsse der Hauptversammlung, denen ein Vertreter der Kommune weisungswidrig zugestimmt hat, sind also nicht schon wegen der weisungswidrigen Stimmabgabe unwirksam. Ebenso sind Anträge wirksam, die ein Vertreter der Kommune unter Verstoß gegen eine Weisung in der Hauptversammlung gestellt hat.

Auf die Auskunftsansprüche der Vertretungskörperschaft gegen die von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats wird unten im Zusammenhang mit der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder eingegangen. ⁶⁴ Die Weisungsrechte der Vertretungskörperschaft gegenüber den von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitgliedern werden unten bei der Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats abgehandelt. ⁶⁵

2.) Die Verteilung der Kompetenzen bei der GmbH

a) Geschäftsführung

Die GmbH muss mindestens einen, kann aber mehrere Geschäftsführer haben, § 6 Abs. 1 GmbHG. Das Recht zur Bestellung der Geschäftsführer ist in mitbestimmten und nicht mitbestimmten Unternehmen unterschiedlich geregelt.

Nach § 31 Abs. 1 MitbestG wählt der obligatorische Aufsichtsrat der GmbH die Geschäftsführer. Für diesen Beschluss ist gemäß § 31 Abs. 2 MitbestG eine Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der Mitglieder des Aufsichtsrats erforderlich. Nach § 31 Abs. 5 MitbestG ist der obligatorische Aufsichtsrat auch für den Widerruf der Bestellung zuständig, wobei das gleiche Mehrheitserfordernis wie bei der Bestellung gilt. Ist die GmbH nach dem DrittelbG mitbestimmungspflichtig, gelten für die Bestellung der Geschäftsführer die Regeln des GmbHG, da § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, der die Rechte und Pflichten des obligatorischen Aufsichtsrats durch Verweisung auf die entsprechenden Normen des AktG regelt nicht auf § 84 AktG, der die Bestellung des Vorstands durch den Aufsichtsrat regelt, verweist. Damit gelten die folgenden Ausführungen zur Bestellung der Geschäftsführer einer nicht mitbestimmten GmbH auch für die nach dem DrittelbG mitbestimmte Gesellschaft.

60 HessVGH, Beschluss vom 24.09.2008 - 8 B 2037/08 -, Abs. 18 m.w.N. (zitiert nach juris).

61 Vgl. zur Erläuterung des Begriffs des Geschäfts der laufenden Verwaltung oben unter B) I) 2.) c) aa).

62 Strobel, DVBl. 2005, S. 77 (78) unter Berufung auf die Begründung der Regelung in Mecklenburg-Vorpommern.

63 Strobel, DVBl. 2005, S. 77 (79) unter Berufung auf BGHZ 36, 296 (307).

64 Vgl. hierzu unten unter C) III) 3.) b) cc).

65 Vgl. hierzu unten unter C) III) 3.) b) aa).

Bei der nicht mitbestimmten GmbH werden die Geschäftsführer nach § 46 Nr. 5 GmbHG von den Gesellschaftern bestellt und abberufen. Hierfür ist ein Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit erforderlich, § 47 Abs. 1 GmbHG. Da das GmbH-Recht gemäß § 45 Abs. 2 GmbHG anders als das Aktienrecht Abweichungen des Gesellschaftsvertrages von den gesetzlichen Vorgaben für die Rechte und Pflichten der Gesellschafter zulässt, kann gemäß § 6 Abs. 3 GmbHG auch die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag abweichend von § 46 Nr. 5 GmbHG geregelt werden. So kann das Recht der Bestellung der Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag auch der Kommune übertragen werden.⁶⁶

Nach § 6 Abs. 3 GmbHG können zu Geschäftsführern sowohl die Gesellschafter als auch andere Personen bestellt werden. Da nach § 6 Abs. 2 GmbHG nur natürliche Personen zu Geschäftsführern bestellt werden können, kann die juristische Person Kommune nicht zur Geschäftsführerin einer GmbH, an der sie beteiligt ist, bestellt werden. Der Hauptverwaltungsbeamte oder ein Bediensteter der Kommune als natürliche Personen können dagegen Geschäftsführer der GmbH sein.

Die Geschäftsführer haben die Aufgabe, die Geschäfte der GmbH zu führen. Diese Geschäftsführungsbefugnis umfasst alle rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Handlungen im Interesse der Gesellschaft. Dazu zählen der Abschluss von Verträgen, das Führen von Prozessen, die Buchführung und die Organisation der Abläufe im Geschäftsbetrieb.⁶⁷ Die Geschäftsführer vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich, § 35 Abs. 1 GmbHG.

Anders als beim Vorstand der AG kann die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter weitgehend beschränkt werden.⁶⁸ Hiermit bietet das GmbH-Recht der Kommune wesentlich umfangreichere Möglichkeiten der Steuerung der Gesellschaft, als dies bei der nahezu unumschränkten Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands der AG der Fall ist. Da das GmbHG diesbezüglich keine Grenzen normiert, können die Gesellschafter frei entscheiden, welche Geschäftsführungsmaßnahmen der Geschäftsführer der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen (Zustimmungsvorbehalte) und dass die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführern in allen oder bestimmten Angelegenheiten der Gesellschaft Weisungen erteilen kann (Weisungsrechte). Dies bis hin zu einer umfassenden Bindung der Geschäftsführung an die Beschlüsse der Gesellschafter.⁶⁹ So lassen sich vor allem kommunale eingetragene Gesellschaften und Gesellschaften, an denen die Kommune mehrheitlich beteiligt ist und damit über die Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung verfügt, durch die Normierung umfangreicher Zustimmungsvorbehalte und Weisungsrechte zugunsten der Gesellschafterversammlung von den Vertretern der Kommune in der Gesellschafterversammlung in erheblichem Umfang steuern. Dabei bewirken Zustimmungsvorbehalte, dass die Geschäftsführer bestimmte Maßnahmen nur ausführen dürfen, wenn die Gesellschafterversammlung zugestimmt hat. Hiermit wird also verhindert, dass die Geschäftsführer von ihnen entwickelte Vorhaben gegen den Willen der Gesellschafterversammlung durchführen. Über diese reine Verhinderungsmöglichkeit hinaus gehen Weisungsrechte. Sie ermöglichen es der Gesellschafterversammlung, die Geschäftsführung zur Durchführung von Maßnahmen, die die Gesellschafter wünschen, zu verpflichten. So können die Gesellschafter selbst aktiv in die Führung der Geschäfte eingreifen. Zustimmungsvorbehalte und Weisungsrechte geben der Kommune die Möglichkeit, intensiv auf die Gesellschaft einzuwirken, um ihre Einwirkungspflichten erfüllen zu können und um die Tätigkeiten der Gesellschaft zum Zwecke der Erreichung

66 Diese Möglichkeit setzen § 108 Abs. 5 Nr. 2 GO NW, § 87 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. d) GemO RP und § 111 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. g) SaarlKSVG voraus, indem sie die Gründung kommunaler GmbH davon abhängig machen, dass in deren Gesellschaftsvertrag sichergestellt ist, dass die Gesellschafterversammlung auch über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer entscheidet, soweit dies nicht der Gemeinde vorbehalten ist.

67 *Becker* in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 173.

68 *Becker* in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 173.

69 *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (79).

des mit der Gesellschaft verfolgen öffentlichen Zwecks zu steuern. Solche weitreichenden Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Gesellschafterversammlung schränken mithin die Autonomie der Geschäftsführer ein und verhindern damit, dass sich die unternehmerischen Entscheidungen in der kommunalen GmbH von der demokratisch legitimierten Willensbildung in den Organen der Kommune ablösen. Aus diesem Grund sollten in der Praxis alle diejenigen Weisungsvorbehalte in die Gesellschaftsverträge kommunaler GmbH aufgenommen werden, nach dem Zuschnitt des Unternehmens im Einzelfall erforderlich sind, um eine umfassende Steuerung durch die Kommune zu ermöglichen. Wie weit dabei die Bindung der Geschäftsführer an die Beschlüsse der Gesellschafter gehen sollte, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Situation des Unternehmens entscheiden.

Neben Zustimmungsvorbehalten zugunsten der Gesellschafterversammlung sind gesellschaftsvertragliche Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Vertretungskörperschaft der Kommune zulässig.⁷⁰ Durch solche Zustimmungsvorbehalte wird ebenso wie durch solche zugunsten der Gesellschafterversammlung sichergestellt, dass sich die unternehmerischen Entscheidungen nicht von der demokratischen Willensbildung in der Kommune lösen.

Die Kommunalgesetze einiger Länder verpflichten die Kommunen, bestimmte Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Gesellschafterversammlung in die Gesellschaftsverträge der Gesellschaften, an denen sie beteiligt sind, aufzunehmen.⁷¹ Dies soll die Kommunen zu einer Gestaltung des Gesellschaftsvertrags zwingen, die der Kommune ein Maß an Einfluss auf ihre Gesellschaft ermöglicht, mit dem zumindest die grundlegenden Einwirkungspflichten der Kommune erfüllt werden können. Die Gesetzgeber der einzelnen Länder haben den Kommunen z.T. unterschiedliche Kataloge von Angelegenheiten, bei denen Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Gesellschafterversammlung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden müssen, vorgeschrieben. Zu diesen Angelegenheiten gehören u.a. die Gründung oder Auflösung von Tochterunternehmen, die Beteiligung an anderen Unternehmen, Verfügungen über Vermögen der GmbH, die Zustimmung zu Geschäften von erheblicher Bedeutung sowie zur Aufnahme neuer Geschäftsfelder. Dabei handelt es sich freilich um Mindestanforderungen an die Zustimmungsvorbehalte. Um eine effektive Kontrolle der Unternehmenstätigkeit durch die Kommune zu ermöglichen, bedarf es der Aufnahme weiterer, an die konkrete Situation des Unternehmens angepasster Zustimmungsvorbehalte.

Diese Pflicht trifft allein die Kommune. Ein Verstoß hat keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages. Jedoch kann die Kommune von der Kommunalaufsichtsbehörde dazu verpflichtet werden, den Pflichtverstoß zu beseitigen.⁷² Dazu kann der Kommune aufgegeben werden, die pflichtwidrig unterlassenen Zustimmungsvorbehalte in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.

Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer kann Dritten gegenüber durch den Gesellschaftsvertrag nicht wirksam beschränkt werden, § 37 Abs. 2 GmbHG. Jedoch sind die Geschäftsführer der Gesellschaft dazu verpflichtet, die Beschränkungen der Vertretungsbefugnis einzuhalten, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag und den Beschlüssen der Gesellschafter ergeben, § 37 Abs. 1 GmbHG. Verstößen sie gegen eine solche Verpflichtung, macht das das von ihnen getätigte Rechtsgeschäft

70 Hiervon geht § 96 Abs. 1 Nr. 9 BbgKVerf aus, indem er vorschreibt, dass die Kommune im Gesellschaftsvertrag einer kommunalen GmbH sicherstellen muss, dass die Gründung und Übernahme von Tochterunternehmen sowie die Beteiligung der GmbH an Unternehmen an die Zustimmung der Gemeindevertretung gebunden ist.

71 § 103a GemO BW; Art. 92 Abs. 2 BayGO; § 108 Abs. 5 Nr. 1 GO NW; § 87 Abs. 3 Nr. 1 GemO RP; § 111 Abs. 1 Nr. 2 SaarlKSVG; § 96 Abs. 2 Nr. 3 SächsGemO; § 73 Abs. 1 ThürKO.

72 So auch für den vergleichbaren Fall eines Gesellschaftsvertrages, der eine gegen kommunalrechtliche Pflichten verstoßende Regel über die Besetzung eines Aufsichtsrats enthält, *SächsOVG*, Urteil vom 08.02.2011 - 4 A 637/10 -, Abs. 28 (zitiert nach juris).

nicht unwirksam; z.B. ist ein Vertrag mit einem Dritten auch dann gültig, wenn ihn der Geschäftsführer unter Verstoß gegen eine Beschränkung aus dem Gesellschaftsvertrag geschlossen hat. Jedoch kann der Verstoß gegen die Pflicht, die Beschränkung einzuhalten, einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft begründen und die sofortige Abberufung des Geschäftsführers rechtfertigen.

Die Geschäftsführer haben bei der Wahrnehmung der Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, § 43 Abs. 1 GmbHG. Für die Verletzung ihrer Obliegenheiten haften sie der Gesellschaft als Gesamtschuldner, § 43 Abs. 2 GmbHG. Sorgfaltsmaßstab und Haftung der Geschäftsführer entsprechen damit im Wesentlichen der der Vorstandsmitglieder einer AG, sodass zur Erläuterung der Haftung der Geschäftsführer auf die obigen Ausführungen zur Haftung des Vorstands verwiesen werden kann.⁷³

b) Aufsichtsrat

aa) Zusammensetzung des Aufsichtsrats, Bestellung seiner Mitglieder

Hinsichtlich der gesetzlichen Vorgaben für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats ist zu unterscheiden zwischen mitbestimmten und nicht mitbestimmten Gesellschaften.

Für Gesellschaften, die nach § 1 Abs. 1 MitbestG der Mitbestimmung unterliegen, ist ein Aufsichtsrat zu bilden, § 6 Abs. 1 MitbestG. Dessen Zusammensetzung ist in § 7 MitbestG geregelt. Die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erfolgt nach den Regeln des MitbestG; für die Bestellung der Vertreter der Anteilseigner gelten die Bestimmungen des AktG. Zur Erläuterung der Zusammensetzung und der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder kann auf die obigen Ausführungen zum Aufsichtsrat in der AG verwiesen werden.⁷⁴

Unterliegt die GmbH der Mitbestimmung nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, ist nach dieser Vorschrift ein Aufsichtsrat zu bilden. Für die Größe des Aufsichtsrats und für die Bestellung der Vertreter der Anteilseigner im Aufsichtsrat verweist § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG auf die Regeln des AktG. Die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat hat nach den Regeln des DrittelbG zu erfolgen. Zur Erläuterung der Zusammensetzung und der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder kann auf die Darlegungen zum Aufsichtsrat in der AG verwiesen werden.⁷⁵

Für Gesellschaften, die nicht der Mitbestimmung unterliegen, kann ein (fakultativer) Aufsichtsrat gebildet werden. Sofern der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen enthält, sind nach § 52 Abs. 1 GmbHG auf den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH eine Reihe von Normen des AktG entsprechend anzuwenden. Für die Mitgliederzahl verweist § 52 Abs. 1 GmbHG auf § 95 Satz 1 AktG und für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder auf § 101 Abs. 1 AktG. Nach letzterer Vorschrift werden die Mitglieder des Aufsichtsrats von der Gesellschafterversammlung gewählt, soweit einzelnen Gesellschaftern nicht im Gesellschaftsvertrag Entsenderechte zustehen. § 52 Abs. 2 GmbHG ordnet die Anwendbarkeit von § 101 Abs. 2 AktG nicht an, sodass dessen Beschränkung der Entsenderechte auf höchstens ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH nicht gilt. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine von §§ 95, 101 AktG abweichenden Regelungen, gelten für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats und die Bestellung seiner Mitglieder die bereits oben erläuterten Regeln zum Aufsichtsrat der AG.⁷⁶

Da nach § 52 Abs. 1 GmbHG die Regeln des AktG nur dann auf den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH anwendbar sind, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regeln enthält, können

73 Vgl. hierzu oben unter C) III) 1.) a).

74 Vgl. hierzu oben unter C) III) 1.) b) aa).

75 Vgl. hierzu oben unter C) III) 1.) b) aa).

76 Vgl. hierzu oben unter C) III) 1.) b) aa).

die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag auch die Größe und Zusammensetzung sowie die Besetzung des Aufsichtsrats abweichend vom AktG regeln.⁷⁷ Dies eröffnet den Kommunen die Möglichkeit, Regelungen in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, durch die sie ihren kommunalrechtlichen Pflichten für die Ausgestaltung eines angemessenen Einflusses auf die Gesellschaft genügen können und durch die sie eine den Vorgaben des Kommunalrechts gerechte personelle Besetzung des Aufsichtsrats sicherstellen können.

So können die Kommunen in den Ländern, in denen die Kommunen den Hauptverwaltungsbeamten in den Aufsichtsrat zu entsenden haben⁷⁸, eine entsprechende Mitgliedschaft des Hauptverwaltungsbeamten im Aufsichtsrat kraft Amtes vorsehen.

In Sachsen bestimmt § 98 Abs. 2 SächsGemO, dass die von der Kommune zu bestellenden Mitglieder des Aufsichtsrats von der Vertretungskörperschaft der Kommune zu bestimmen sind. Die Rechtsprechung folgert hieraus, dass eine Mitgliedschaft des Hauptverwaltungsbeamten im Aufsichtsrat kraft Amtes kommunalrechtlich unzulässig ist. Damit sei es der Kommune verboten, im Gesellschaftsvertrag einer kommunalen GmbH zu bestimmen, dass der Hauptverwaltungsbeamte Mitglied des Aufsichtsrats ist.⁷⁹ Ein Verstoß gegen diese Pflicht macht die entsprechende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages zwar nicht unwirksam, verpflichtet die Kommune jedoch zur Änderung der fraglichen Bestimmung. Diese Pflicht kann mit einer Weisung der Kommunalaufsicht durchgesetzt werden.

Zudem ermöglicht die Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Größe des Aufsichtsrats, unabhängig vom Stammkapital der Gesellschaft die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder so hoch festzusetzen, dass bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Vertretungskörperschaft der Kommune nach den Grundsätzen der Verhältniswahl auch kleine Fraktionen Vertreter in den Aufsichtsrat entsenden können. Dies ist vor allem bei Gesellschaften von Vorteil, an denen neben der Kommune noch weitere Personen beteiligt sind. Hier kann die Zahl der Aufsichtsratsitze nicht nur so festgelegt werden, dass das Verhältnis der von der Kommune entsandten zu den von den anderen Gesellschaftern entsandten Aufsichtsratsmitgliedern dem Anteil der Gesellschafter am Stammkapital entspricht. Bei der Festlegung der Zahl der jeweiligen Vertreter der Gesellschafter kann auch berücksichtigt werden, dass die Kommune so viele Mitglieder entsenden können muss, dass auch die Beteiligung kleiner Fraktionen am Aufsichtsrat gewährleistet ist. Wenn die dazu notwendige Anzahl festgestellt ist, kann den übrigen Aktionären eine Anzahl an Aufsichtsratsitzen zuerkannt werden, die dem Verhältnis ihrer Beteiligung am Stammkapital entspricht.

Auch kann der Gesellschaftsvertrag regeln, dass die weiteren, neben dem Hauptverwaltungsbeamten dem Aufsichtsrat angehörenden Mitglieder durch die Vertretungskörperschaft der Kommune gewählt werden. Zudem kann das Wahlverfahren festgelegt werden. Hierbei empfiehlt sich die Normierung der Regeln der Verhältniswahl, um auch kleinen Fraktionen die Chance zu geben, Vertreter im Aufsichtsrat zu haben. Enthält der Gesellschaftsvertrag solche Regeln nicht, gelten die oben beim Aufsichtsrat der AG besprochenen Vorschriften der Kommunalgesetze über die Bestimmung der Mitglieder des Aufsichtsrats durch die Vertretungskörperschaft (in Hessen: durch den Gemeindevorstand).⁸⁰

Schließlich lässt sich durch den Gesellschaftsvertrag die Dauer der Amtszeit der von der Vertretungskörperschaft benannten Mitglieder des Aufsichtsrats an die Dauer der Wahlperiode der Vertretungskörperschaft koppeln. Damit sind am Beginn jeder Wahlperiode die von der Vertretungskörperschaft zu benennenden Aufsichtsratsmitglieder neu zu bestimmen, was die Anpassung der Zu-

77 Strobel, DVBl. 2005, S. 77 (80).

78 § 97 Abs. 1, 2 BbgKVerf; § 125 Abs. 1, 2 HGO; § 71 Abs. 1, 2 KV M-V; § 138 Abs. 2, 3 NKomVG; § 113 Abs. 2, 3 GO NW; § 88 Abs. 1, 2 GemO RP; § 114 Abs. 1 SaarlKSVG; § 119 Abs. 1, 2 GO LSA.

79 SächsOVG, Urteil vom 08.02.2011 - 4 A 637/10 -, Abs. 28 ff. (zitiert nach juris).

80 Vgl. hierzu oben unter C) III) 1.) b) aa).

sammensetzung des Aufsichtsrats an die geänderten Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft ermöglicht.

Beispiel für eine Regelung der Zusammensetzung des fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH, die neben der Kommune noch einen privaten Minderheitsgesellschafter hat:

§ 15

Zusammensetzung des Aufsichtsrats, Bestellung der Mitglieder

- (1) Der Aufsichtsrat setzt sich zusammen aus
 1. dem Oberbürgermeister der Stadt S,
 2. acht weiteren Mitgliedern, die vom Rat der Stadt der S gewählt werden, und
 3. zwei Mitgliedern, die von der X AG entsandt werden.
- (2) Für die Wahl der weiteren Mitglieder nach Absatz 1 Nr. 2 durch den Rat der Stadt S gelten die Vorschriften der Gemeindeordnung über die Wahl der Mitglieder von Ausschüssen der Gemeindevertretung entsprechend.
- (3) Die Amtszeit der weiteren Mitglieder nach Absatz 1 Nr. 2 endet mit dem Ende der Wahlperiode des Rates der Stadt S oder mit dem vorzeitigen Ausscheiden aus dem Rat der Stadt S. Der Rat der Stadt S kann die Mitglieder nach Absatz 1 Nr. 2 jederzeit abberufen. Scheidet ein weiteres Mitglied nach Absatz 1 Nr. 2 im Laufe der Amtszeit aus dem Aufsichtsrat aus, wählt der Rat der Stadt S für den Rest der Amtszeit auf Vorschlag der Fraktion, die das ausgeschiedene Mitglied vorgeschlagen hatte, eine Nachfolgerin oder einen Nachfolger. Bis zur Wahl der Nachfolgerin oder des Nachfolgers bleibt das ausgeschiedene Mitglied im Amt. Der Rat der Stadt S muss alle Mitglieder nach Absatz 1 Nr. 2 neu wählen, wenn sich die Mehrheitsverhältnisse im Rat im Laufe der Wahlperiode ändern und wenn sich auf Grund des neuen Stärkeverhältnisses nach dem Verfahren der mathematischen Proportion (Hare/Niemeyer-Verfahren) eine andere Verteilung der Aufsichtsratsitze ergeben würde. Mit der Neuwahl endet die Amtszeit der bisherigen Mitglieder nach Absatz 1 Nr. 2.
- (4) Die Mitglieder nach Absatz 1 Nr. 3 werden von der X AG entsandt. Sie können von der X AG jederzeit aus dem Aufsichtsrat abberufen werden. Ihre Amtszeit endet mit der Entsendung einer Nachfolgerin oder eines Nachfolgers.

bb) Aufgaben des Aufsichtsrats

Die Aufgaben des Aufsichtsrats der Gesellschaften, die der Mitbestimmung nach dem MitbestG unterliegen, ergeben sich aus §§ 25 Abs. 1, 31 Abs. 1 MitbestG. Dort werden Vorschriften des AktG auf den Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH für anwendbar erklärt. Bei dieser Rechtslage hat der Aufsichtsrat der GmbH fast alle der Aufgaben, Rechte und Pflichten, die oben für den Aufsichtsrat der AG dargestellt wurden. Lediglich § 90 Abs. 1, 2 AktG, der die regelmäßigen Berichte des Vorstands an den Aufsichtsrat regelt, und § 245 Nr. 5 AktG, der dem Aufsichtsrat das Recht zur Anfechtung rechtswidriger Beschlüsse der Hauptversammlung gibt, sind auf den Aufsichtsrat der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH nicht anwendbar. Für die Erläuterung der danach verbleibenden Aufgaben, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats kann auf die Ausführungen zum Aufsichtsrat der AG verwiesen werden.⁸¹ Von den Normen des MitbestG darf im Gesellschaftsvertrag nicht abgewichen werden. Daher dürfen die nach dem MitbestG bestehenden Rechte des Aufsichtsrats nicht durch den Gesellschaftsvertrag eingeschränkt werden.

⁸¹ Vgl. hierzu oben unter C) III) 1.) b) bb).

Die Aufgaben des Aufsichtsrats der Gesellschaften, die der Mitbestimmung nach dem DrittelbG unterliegen, ergeben sich aus § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG. Dort werden Vorschriften des AktG auf den Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH für anwendbar erklärt. Das gleiche trifft auf § 52 Abs. 1 GmbHG zu, der die Anwendung von Vorschriften des AktG auf den fakultativen Aufsichtsrat einer nicht mitbestimmten GmbH vorschreibt. Wie auch bei der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH haben auch der Aufsichtsrat der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH und der fakultative Aufsichtsrat einer nicht mitbestimmten GmbH nahezu alle Aufgaben, Rechte und Pflichten, die bereits für den Aufsichtsrat der AG erörtert wurden. Nicht anwendbar auf den Aufsichtsrat der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH und den fakultativen Aufsichtsrat der nicht mitbestimmten GmbH sind § 90 Abs. 1, 2 AktG, der die regelmäßigen Berichte des Vorstands an den Aufsichtsrat regelt, und § 245 Nr. 5 AktG, der dem Aufsichtsrat das Recht zur Anfechtung rechtswidriger Beschlüsse der Hauptversammlung gibt. Zudem ist auch § 84 AktG, der die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat der AG zuweist, nicht auf den Aufsichtsrat der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH und den fakultativen Aufsichtsrat der nicht mitbestimmten GmbH anwendbar. Damit verbleibt es bei den Regeln des GmbHG zur Berufung und Abberufung der Geschäftsführer: Diese sind nach § 46 Nr. 5 GmbHG durch die Gesellschafterversammlung zu bestellen, wenn der Gesellschaftsvertrag keine andere Regelung enthält. Eine solche andere Regelung könnte für Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung darin bestehen, dass die Geschäftsführer von der Vertretungskörperschaft der Kommune bestellt und abberufen werden. Für die Erläuterung der nach dieser Rechtslage verbleibenden Aufgaben, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH und des fakultativen Aufsichtsrats der nicht mitbestimmten GmbH kann auf die Ausführungen zum Aufsichtsrat der AG verwiesen werden.⁸²

Während bei der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH von den anwendbaren Vorschriften des AktG nicht abgewichen werden darf, gelten gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG für die nicht mitbestimmte GmbH die Regeln des AktG nur, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag abweichende Regelungen getroffen wurden. Damit können im Gesellschaftsvertrag der nicht mitbestimmten GmbH die Zusammensetzung sowie die Aufgaben und Kompetenzen des fakultativen Aufsichtsrats abweichend von den in § 52 Abs. 1 GmbHG aufgeführten Vorschriften des AktG festgelegt werden.⁸³ Die Kommunen können von dieser Gestaltungsfreiheit insbesondere in der Weise Gebrauch machen, dass sie umfangreiche Zustimmungsvorbehalte oder Weisungsrechte zugunsten des Aufsichtsrats festlegen, um dadurch eine effektive Steuerung der Geschäftsführung durch den mit ihren Vertretern besetzten Aufsichtsrat zu ermöglichen. Für die Freiheit der Gesellschafter bei der Festlegung der Kompetenzen des fakultativen Aufsichtsrats gilt jedoch eine Grenze: Die Teilnehmer am Rechtsverkehr vertrauen bei einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat darauf, dass die Geschäftsführung gegenüber der GmbH ohne Aufsichtsrat wegen der Kontrolle durch den Aufsichtsrat in besonderem Maße ordnungsgemäß und wirtschaftlich durchgeführt wird, die Gesellschaft daher besonders kreditwürdig ist und ein gegenüber der GmbH ohne Aufsichtsrat geringeres Insolvenzrisiko besteht. Dieses schutzwürdige Vertrauen des Rechtsverkehrs gebietet es, dass auch ein fakultativer Aufsichtsrat über die für die Tätigkeit eines Aufsichtsrats grundlegenden Rechte und Pflichten verfügt; vor allem muss er die Befugnis zur Überwachung der Geschäftsführung haben.⁸⁴

Beide Mitbestimmungsgesetze und das GmbHG haben zwar die regelmäßigen Berichtspflichten des Vorstands der AG aus § 90 Abs. 1, 2 AktG nicht für die obligatorischen Aufsichtsräte der GmbH vorgeschrieben. Dies führt jedoch in der Praxis nicht zu einer Beeinträchtigung der Tätigkeit des obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbH. Denn dem obligatorischen Aufsichtsrat steht das Recht

82 Vgl. hierzu oben unter C) III) 1.) b) bb).

83 Strobel, DVBl. 2005, S. 77 (80).

84 Strobel, DVBl. 2005, S. 77 (80) m.w.N.

aus § 90 Abs. 4 AktG zu, jederzeit vom Vorstand einen Bericht über jede Angelegenheit der Gesellschaft zu fordern. Dieses Recht ist weder zeitlich noch inhaltlich beschränkt, sodass der obligatorische Aufsichtsrat der GmbH gestützt auf dieses Fragerecht von den Geschäftsführern auch regelmäßige Berichte über bestimmte Angelegenheiten der Gesellschaft fordern kann. Außerdem können solche regelmäßigen Berichtspflichten im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, wobei die Angelegenheiten, über die zu berichten ist und der Berichtsturnus an die besondere Situation der jeweiligen Gesellschaft angepasst werden können.

cc) Öffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats

Die Sitzungen obligatorischer Aufsichtsräte der GmbH finden ausnahmslos nichtöffentlich statt, § 25 Abs. 1 MitbestG i.V.m. § 109 AktG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i.V.m. § 109 AktG. Auf sie finden die für den Aufsichtsrat der AG geltenden Regelungen Anwendung, zu deren näherer Erläuterung auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden kann.⁸⁵

Für den fakultativen Aufsichtsrat enthält das GmbHG keine Vorgabe; insbesondere verweist § 52 Abs. 1 GmbHG nicht auf § 109 AktG. Daher steht es den Gesellschaftern frei, die Sitzungsöffentlichkeit durch den Gesellschaftsvertrag zu regeln. Bei der Ausgestaltung entsprechender Regelungen müssen die Gesellschafter zwischen mehreren gegenläufigen Interessen abwägen:

Auf der einen Seite läuft die mit der Erledigung kommunaler Aufgaben durch Unternehmen verbundene Verlagerung von Entscheidungskompetenzen der Organe der Kommune auf nichtöffentlich tagende Organe des Unternehmens dem Prinzip der Öffentlichkeit zuwider, das zu den prägenden Wesensmerkmalen der kommunalen Selbstverwaltung gehört.⁸⁶ Die demokratische Verantwortlichkeit kommunaler Mandatsträger ist durch den Zwang zur Wiederwahl konstituiert. Letzterer setzt voraus, dass die WählerInnen Kenntnis vom Handeln der Mandatsträger erlangen können, um aufgrund des bisherigen Verhaltens des Mandatsträgers über seine Wiederwahl entscheiden zu können. Je mehr kommunale Mandatsträger als Mitglieder der Aufsichtsräte kommunaler Unternehmen unter Ausschluss der Öffentlichkeit über die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch das Unternehmen beraten und entscheiden, desto geringer ist ihre demokratische Verantwortlichkeit gegenüber den WählerInnen. Nichtöffentliche Sitzungen der Aufsichtsräte kommunaler Unternehmen bergen mithin die Gefahr, dass die demokratische Verantwortlichkeit kommunaler Mandatsträger für ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat einer kommunalen Gesellschaft kaum noch effektiv besteht. Um die vom Demokratieprinzip geforderte Verantwortlichkeit der kommunalen Mandatsträger möglichst optimal zu gestalten, bedarf es zumindest eines Mindestmaßes an öffentlicher Wahrnehmbarkeit der Vorgänge im Aufsichtsrat kommunaler Gesellschaften.

Auf der anderen Seite streiten berechnete Interessen für die Nichtöffentlichkeit von Aufsichtsratsitzungen. Dazu gehört das berechnete Interesse Dritter am Schutz ihrer personenbezogenen Daten. Dies sind z.B. persönliche Angaben von Mitarbeiter und Bewerbern, wenn im Aufsichtsrat über Personalangelegenheiten verhandelt wird. Ebenso gehören zu den schutzpflichtigen Daten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse von dritten Unternehmen, die im Aufsichtsrat u.a. dann zur Sprache kommen können, wenn er über die Durchführung von Geschäften mit anderen Unternehmen diskutiert. Schließlich gibt es noch ein Interesse der Gesellschaft und ihrer Gesellschafterin Kommune an der Geheimhaltung bestimmter Daten der Gesellschaft. Unter den Bedingungen der Konkurrenz in der kapitalistischen Marktwirtschaft kann es in makrotypischen Konkurrenzsituationen erforderlich sein, bestimmte Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Gesellschaft, u.a. Angaben zur Liquidität, zur Planung und Kalkulation von Produkten sowie zu innerbetrieblichen Abläufen, geheim zu halten, um die Wettbewerbschancen und die wirtschaftliche Situation der kommunalen Gesellschaft zu er-

⁸⁵ Vgl. hierzu oben unter C) III) 1.) b) cc).

⁸⁶ Schoepke, VBIBW 1994, S. 81 (82).

halten. Hieran hat auch die Kommune ein berechtigtes Interesse, da durch die Offenbarung solcher geheimhaltungsbedürftiger Angaben nicht nur der wirtschaftliche Erfolg der kommunalen Gesellschaft gefährdet ist, sondern auch die Erreichung des öffentlichen Zwecks, den die Kommune mit der Tätigkeit der Gesellschaft verfolgt.

Eine Abwägung zwischen diesen widerstreitenden Interessen ist nicht generell, sondern bedarf der Berücksichtigung der konkreten Marktsituation des betreffenden Unternehmens. So lässt die Marktsituation einer kommunalen Beschäftigungsförderungsgesellschaft ein hohes Maß an öffentlicher Bekanntheit ihrer internen Vorgänge zu. In einer wesentlich anderen Situation befindet sich ein kommunales Energieversorgungsunternehmen, das in einem liberalisierten Markt um Kunden werben und seine wirtschaftliche Lage gegen Konkurrenz sichern muss. In der Praxis wird das realisierbare Maß an Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen jedoch entscheidend von der Gesellschafterstruktur der GmbH bestimmt sein. Während eine Kommune bei einer Eigengesellschaft allein über das Maß an Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen entscheiden kann, werden private Gesellschafter zum Schutz ihrer Kapitalinteressen regelmäßig nur dann zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrages bereit sein, wenn durch nichtöffentliche Sitzungen des Aufsichtsrats ein hohes Maß an Geheimhaltung der Informationen über die Gesellschaft gewährleistet ist.

Beispiel einer weitgehenden Regelung der Sitzungsöffentlichkeit in einem Gesellschaftsvertrag einer kommunalen Eigengesellschaft:

§ 17

Öffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats

(1) Die Sitzungen des Aufsichtsrats finden öffentlich statt. Die Öffentlichkeit ist auszuschließen, wenn dies zum Schutz berechtigter Geheimhaltungsinteressen Dritter oder zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der Gesellschaft erforderlich ist. Zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ist ein Ausschluss der Öffentlichkeit erforderlich, wenn der Gesellschaft durch eine Veröffentlichung der Geheimnisse schwere Nachteile drohen.

(2) Über den Ausschluss der Öffentlichkeit entscheidet der Aufsichtsrat mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder.

(3) Die Ergebnisse der nichtöffentlichen Beratungen sind in einer öffentlichen Sitzung bekanntzugeben, wenn, soweit und sobald der Gesellschaft dadurch keine schweren Nachteile drohen bzw. die Interessen Dritter nicht entgegenstehen.

c) Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafter nehmen ihre Entscheidungs- und Weisungsrechte in der Gesellschafterversammlung wahr, § 48 Abs. 1 GmbHG.

Die Bestimmung der Kompetenzen der Gesellschafter hat der Gesetzgeber den Gesellschaftern überlassen. Die Bestimmungen des GmbHG über die Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung gelten gemäß § 45 Abs. 2 GmbHG nur, wenn der Gesellschaftsvertrag keine besonderen Bestimmungen enthält.

Soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Bestimmungen enthält ist die Gesellschafterversammlung nach § 46 GmbHG zuständig für

- die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses;

- die Entscheidung über die Offenlegung eines Einzelabschlusses nach internationalen Rechnungslegungsstandards (§ 325 Abs. 2a HGB) und über die Billigung des von den Geschäftsführern aufgestellten Abschlusses;
- die Billigung eines von den Geschäftsführern aufgestellten Konzernabschlusses;
- die Einforderung der Einlagen;
- die Rückzahlung von Nachschüssen;
- die Teilung, die Zusammenlegung sowie die Einziehung von Geschäftsanteilen;
- die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie deren Entlastung ;
- die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung;
- die Bestellung von Prokuristen und von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb;
- die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche der Gesellschaft aus der Gründung oder Geschäftsführung gegen Geschäftsführer oder Gesellschafter zustehen, sowie die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat.

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag einzelne oder alle dieser Kompetenzen abweichend regeln. Insbesondere können sie zugunsten der Gesellschafterversammlung bestimmte Maßnahmen der Geschäftsführung, die die Geschäftsführer beabsichtigen, von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig machen (Zustimmungsvorbehalte) und der Gesellschafterversammlung das Recht einräumen, den Geschäftsführern in allen oder bestimmten Angelegenheiten der Gesellschaft Weisungen zu erteilen (Weisungsrechte). Teilweise enthalten die Kommunalgesetze der Länder Pflichten, die die Kommunen zur Aufnahme bestimmter Weisungsvorbehalte in die Gesellschaftsverträge kommunaler Gesellschaften verpflichten. Die Einzelheiten des zulässigen Umfangs von Zustimmungsvorbehalten und Weisungsrechten sowie die Pflichten der Kommunen zur Normierung von Zustimmungsvorbehalten wurden bereits bei den Kompetenzen der Geschäftsführer erläutert.⁸⁷

Die Einberufung der Gesellschafterversammlung obliegt den Geschäftsführern, § 49 Abs. 1 GmbHG. Die Einberufung hat nach § 49 Abs. 2 GmbHG in den im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimmten Fällen sowie dann, wenn es die Geschäftslage erfordert, zu erfolgen. Gemäß § 50 Abs. 1 GmbHG können auch Gesellschafter, denen zusammen ein Zehntel der Geschäftsanteile gehört, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung verlangen. Der Gesellschaftsvertrag kann hierfür eine andere Beteiligungsquote festlegen. In der Praxis sollten Kommunen, die mit weniger als einem Zehntel am Stammkapital einer GmbH beteiligt sind, versuchen, mit den übrigen Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren, dass sie das Recht haben, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen, damit sie bei drohenden Gefahren für die Erfüllung des mit der Gesellschaft verfolgten öffentlichen Zwecks einen Beschluss der Gesellschafter herbeiführen können, der diese Gefahren beseitigt.

Je 50 € Geschäftsanteil haben die Gesellschafter eine Stimme in der Gesellschafterversammlung, § 47 Abs. 2 GmbHG. Soweit der Gesellschaftsvertrag keine andere Regelung trifft, werden gemäß § 47 Abs. 1 GmbHG die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Vor allem bei kommunalen Minderheitsbeteiligungen sollte von der Möglichkeit einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag Gebrauch gemacht werden: Die Kommunen sollten versuchen, mit den übrigen Gesellschaftern zu vereinbaren, dass bestimmte Beschlüsse, die für die Verwirklichung des mit der Gesellschaft verfolgten öffentlichen Zwecks besonders bedeutsam sind (z.B. Entscheidungen über die Aufnahme neuer Tätigkeitsfelder oder über die Einschränkung der bisherigen Angebotspalette sowie über die Erweiterung von Kapazitäten), eine

⁸⁷ Vgl. hierzu oben unter C) III) 2.) a).

Mehrheit erforderlich ist, die nicht gegen die Stimmen der Kommune erreicht werden kann (sog. Sperrminorität).

Jeder Gesellschafter hat das Recht, von den Geschäftsführern Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen und Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft zu nehmen, § 51a Abs. 1 GmbHG. Dieses Recht ist nicht auf bestimmte Angelegenheiten der Gesellschaft beschränkt; die Gesellschafter können also Auskunft und Akteneinsicht für jede Information über die Gesellschaft erhalten.⁸⁸ Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht stehen jedem Gesellschafter zu⁸⁹; eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf es zu ihrer Ausübung nicht.⁹⁰ Somit kann die Kommune durch ihre Vertreter in der Gesellschafterversammlung Auskunft zu allen Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen, ohne hierzu der Zustimmung der übrigen Gesellschafter zu bedürfen.

Zu den Angelegenheiten, über die die Gesellschafter Auskunft verlangen können, gehören auch sämtliche Vorgänge im Aufsichtsrat einer GmbH⁹¹; dies gilt sowohl für obligatorische als auch für fakultative Aufsichtsräte. Dies folgt daraus, dass in der GmbH die Gesellschafter das oberste Entscheidungsorgan sind⁹². Da dieser obersten Entscheidungsinstanz auch die Kompetenz, über die Geheimhaltung der Angelegenheiten der Gesellschaft zu entscheiden, zusteht, können alle anderen Organe der Gesellschaft – Geschäftsführer und Aufsichtsrat – ihr gegenüber nicht zur Geheimhaltung verpflichtet sein, wenn sie von ihnen Auskunft begehrt.⁹³

Auskunft und Akteneinsicht dürfen nach § 51a Abs. 2 GmbHG nur verweigert werden, wenn die Gefahr besteht, dass der Gesellschafter die Informationen zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden und dadurch der Gesellschaft einen Nachteil zufügen will. Die Information darf nur verweigert werden, wenn sich aus konkreten Tatsachen ergibt, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die zweckwidrige Verwendung der Information besteht.⁹⁴ Ein bloßer Verdacht, dass der Auskunft begehrende Gesellschafter die begehrte Auskunft zu gesellschaftsschädigenden Zwecken verwenden könnte, genügt für die Verweigerung der Auskunft nicht. Über die Verweigerung entscheiden nach § 51a Abs. 2 GmbHG die Gesellschafter durch Beschluss der Gesellschafterversammlung.⁹⁵

Das Auskunfts- und das Akteneinsichtsrecht können auch Vertreter der Gesellschafter ausüben, wenn es sich bei dem Gesellschafter um eine juristische Person handelt, die nur durch einen Vertreter handeln kann.⁹⁶ Daher kann der der Kommune zustehende Auskunftsanspruch auch von deren Vertreter in der Gesellschafterversammlung geltend gemacht werden.

Dieses Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht darf durch den Gesellschaftsvertrag weder erweitert noch beschränkt werden, § 51a Abs. 3 GmbHG.

d) Auskunftsansprüche und Weisungsrechte der Vertretungskörperschaft

Die Vertretungskörperschaft kann vom Hauptverwaltungsbeamten verlangen, dass er der Vertretungskörperschaft zu allen Angelegenheiten der Kommune Auskunft gibt.⁹⁷ Auch jedem einzelnen

88 Lutter in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 51a Rn. 8; Schmidt in: Scholz, GmbHG, § 51a Rn. 19.

89 Schmidt in: Scholz, GmbHG, § 51a Rn. 1, 12.

90 LT Bbg., Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 29.

91 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 08.02.1984 - 15 W 42/83 - (zitiert nach juris); Lutter in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 51a Rn. 9.

92 BGHZ 135, 48 (53 f.) und dem zustimmend Ganzer/Tremml, GewArch 2010, S. 141 (144).

93 Ganzer/Tremml, GewArch 2010, S. 141 (144) m.w.N.; Lutter in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 51a Rn. 7 m.w.N.

94 OLG München, Beschluss vom 09.05.2008 - 31 Wx 86/07, 31 Wx -, Abs. 18 (zitiert nach juris).

95 LT Bbg., Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 29; Schmidt in: Scholz GmbHG, § 51a Rn. 42.

96 Schmidt in: Scholz, GmbHG, § 51a Rn. 15 m.w.N.

97 § 24 Abs. 3 GemO BW; Art. 30 Abs. 3 BayGO; § 50 Abs. 2 HGO; § 34 Abs. 1, 2 KV M-V; § 58 Abs. 4 NKomVG; §

Mitglied der Vertretungskörperschaft steht ein dieser Auskunftsanspruch zu. In den meisten Ländern ist der Anspruch ausdrücklich gesetzlich geregelt⁹⁸, in den übrigen Ländern ergibt er sich aus dem Rechtsstatus des Abgeordneten der Vertretungskörperschaft⁹⁹.

Das Auskunftsrecht besteht für alle Angelegenheiten der Kommune. Daher muss sich das Auskunftsbegehren auf Gegenstände beziehen, über die der Hauptverwaltungsbeamte in seiner Eigenschaft als Leiter der Verwaltung der Kommune oder als gesetzlicher Vertreter der Kommune Kenntnis erlangt hat. Da der Hauptverwaltungsbeamte in einer GmbH mit kommunaler Beteiligung als Vertreter der Kommune tätig wird, gehört das Vertreter der Kommune in der Gesellschaft erworbene Wissen zu den Gegenständen, über die die Vertretungskörperschaft und deren Mitglieder Auskunft verlangen können.¹⁰⁰ Der Auskunftsanspruch der Vertretungskörperschaft und ihrer Mitglieder bezieht sich aber nicht auf Wissen, das der Hauptverwaltungsbeamte als Mitglied des Aufsichtsrats der GmbH erworben hat, da er im Aufsichtsrat nicht als gesetzlicher Vertreter der Kommune handelt.¹⁰¹

Der Auskunftsanspruch verpflichtet den Hauptverwaltungsbeamten zunächst zu Auskünften über Wissen, das er bereits erworben hat, das also zum Zeitpunkt der Anfrage beim Hauptverwaltungsbeamten bereits vorhanden ist. Uneinheitlich beantwortet die Rechtsprechung jedoch die Frage, ob der Hauptverwaltungsbeamte auch Auskunft über Angelegenheiten erteilen muss, über die er erst noch durch Ausübung des der Kommune zustehenden Auskunftsanspruchs bei der GmbH Auskunft einholen muss. Teile der Rechtsprechung und des juristischen Schrifttums sind der Ansicht, dass die Auskunftsansprüche der Vertretungskörperschaft und ihrer Mitglieder auch Informationen erfasst, die der Hauptverwaltungsbeamte sich erst durch Ausübung seines Fragerechts bei der Gesellschaft beschaffen muss.¹⁰² Ein Teil der Rechtsprechung beschränkt den Anspruch der Vertretungskörperschaft auf die Informationen, über die der Hauptverwaltungsbeamte im Zeitpunkt der Anfrage bereits verfügt.¹⁰³ Die überzeugenderen Argumente sprechen für die erste Ansicht. Schließlich kann der Hauptverwaltungsbeamte das der Kommune als Gesellschafterin gemäß § 51a Abs. 1 GmbHG zustehende Fragerecht jederzeit ausüben. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Hauptverwaltungsbeamte die Frage der Vertretungskörperschaft bzw. des Abgeordneten binnen angemessener Zeit beantworten muss. Wenn der Hauptverwaltungsbeamte erst sein Fragerecht gegenüber der Gesellschaft ausüben muss, um die Frage der Vertretungskörperschaft bzw. ihres Mitglieds beantworten zu können, ist es angemessen, wenn er die Frage erst nach Erhalt der Antwort von der Gesellschaft beantwortet.

Der Auskunftsanspruch der Vertretungskörperschaft bzw. der Abgeordneten dient der Kontrolle der Tätigkeit des Hauptverwaltungsbeamten. Damit ist er beschränkt auf Fragen, die der Kontrolle der Tätigkeit des Hauptverwaltungsbeamten bzw. der von ihm benannten Vertreter als Vertreter der Kommune in der Gesellschaft dienen. Rein interne Vorgänge der GmbH, die keinen Zusammenhang

55 Abs. 1 GO NW; § 33 Abs. 1, 3 GemO RP; § 28 Abs. 4 SächsGemO; § 44 Abs. 5 GO LSA; § 27 Abs. 2 GO SH; § 22 Abs. 3 ThürKO.

98 § 24 Abs. 4 GemO BW; § 29 Abs. 1 BbgKVerf; § 34 Abs. 3 KV M-V; § 56 NKomVG; § 55 Abs. 1 GO NW; § 33 Abs. 4 GemO RP; § 37 Abs. 1 SaarlKSVG; § 28 Abs. 5 SächsGemO; § 42 Abs. 3 GO LSA; § 30 Abs. 1 GO SH.

99 *NdsOVG*, Urteil vom 03.06.2009 - 10 LC 217/07 -, Abs. 61 (zitiert nach juris).

100 *NdsOVG*, Urteil vom 03.06.2009 - 10 LC 217/07 -, Abs. 62 m.w.N. (zitiert nach juris); *VG Oldenburg*, Urteil vom 21.08.2007 - 1 A 2385/06 -, Abs. 41 m.w.N. (zitiert nach juris).

101 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 31 unter Berufung auf *NdsOVG*, Urteil vom 03.06.2009 - 10 LC 217/07 -, Abs. 62.

102 *NdsOVG*, Urteil vom 03.06.2009 - 10 LC 217/07 -, Abs. 62, 79 (zitiert nach juris); *Dehn* in *Bülow/Erps/Schliesky/von Allerwörden* (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, § 30 GO Rn. 3.

103 *VG Gießen*, Urteil vom 28.10.2009 - 8 K 1861/08.GI -, Abs. 55 (zitiert nach juris).

mit der Tätigkeit des Hauptverwaltungsbeamten in der Gesellschaft aufweisen, können daher nicht Gegenstand von Fragen der Vertretungskörperschaft bzw. der Abgeordneten sein.¹⁰⁴

In einigen Ländern haben die Gesetzgeber den Vertretern der Kommune in einer GmbH, an der die Kommune beteiligt ist, dazu verpflichtet, die Vertretungskörperschaft (in Hessen: den Gemeindevorstand) über alle wichtigen Angelegenheiten der Gesellschaft von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten (Informationspflicht) und auf Verlangen der Vertretungskörperschaft (in Hessen: dem Gemeindevorstand) Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu erteilen (Auskunftsrecht). Dies gilt, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen.¹⁰⁵

Dieses Auskunftsrecht steht nur der Vertretungskörperschaft (in Hessen: dem Gemeindevorstand) zu. Fraktionen und einzelne Mitglieder der Vertretungskörperschaft können dagegen keine Auskunft nach vorgenannten Vorschriften verlangen¹⁰⁶; sie können nur die vorher erörterten Auskunftsansprüche gegen den Hauptverwaltungsbeamten geltend machen.

Die Informationspflicht und das Auskunftsrecht auf Informationen beschränkt, auf die die Vertreter der Kommune in der GmbH zugreifen können. Als Vertreter der Gesellschafterin Kommune verfügen sie über diejenigen Informationen, die den Gesellschaftern von den anderen Organen der GmbH mitgeteilt werden. Zudem haben die Vertreter den gerade besprochenen Anspruch auf Auskunftserteilung aus § 51a Abs. 1 GmbHG. Erlangen die Vertreter der Kommune aus Mitteilungen der Organe der Gesellschaft oder aus Antworten auf Fragen gemäß § 51a GmbHG Informationen über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung für die GmbH, müssen sie die Vertretungskörperschaft der Kommune (in Hessen: den Gemeindevorstand) darüber informieren. Auf Beschluss der Vertretungskörperschaft sind die Vertreter der Kommune verpflichtet, der Vertretungskörperschaft alle Informationen über die GmbH, die sie aus Mitteilungen der Organe der Gesellschaft und aus Antworten auf Fragen gemäß § 51a GmbHG erlangt haben, mitzuteilen. Das Auskunftsrecht der Vertretungskörperschaft erfasst dabei auch Informationen, über die die Vertreter der Kommune in der GmbH noch nicht verfügen, sich aber durch die Ausübung des der Kommune aus § 51a Abs. 1 GmbHG zustehenden Auskunftsrechts jederzeit verschaffen können. Daher ist es zulässig, dass die Vertretungskörperschaft die Vertreter durch Beschluss anweist, bestimmte Informationen bei den Geschäftsführern anzufordern und an die Vertretungskörperschaft weiterzuleiten.¹⁰⁷ Bei der Behandlung der Informationen durch die Organe der Kommune ist letztere dazu verpflichtet, ihre kraft Bundesrechts bestehenden Pflichten als Gesellschafterin der GmbH einzuhalten, da diese bundesrechtlichen Pflichten gemäß Art. 31 GG Vorrang vor den landesrechtlichen Informationsansprüchen der Vertretungskörperschaft haben. Insbesondere trifft die Gesellschafter einer GmbH nach Bundesrecht eine Treuepflicht.¹⁰⁸ Diese Treuepflicht verlangt von den Gesellschaftern, alles zu unterlassen, was der Gesellschaft Nachteile zufügen könnte.¹⁰⁹ Dazu gehört das Verbot, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse gegen den Willen der übrigen Gesellschafter öffentlich zu machen.¹¹⁰ Daher dürfen die Vertreter der Kommune in der Gesellschaft geheimhaltungsbedürftige Angaben der Gesellschaft nur dann

104 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 32 unter Berufung auf *VG Gießen*, Urteil vom 28.10.2009 - 8 K 1861/08.GI -, Abs. 55 (zitiert nach juris).

105 Art. 93 Abs. 2 BayGO; § 97 Abs. 7 BbgKVerf; § 71 Abs. 1 KV M-V; § 138 Abs. 4 NKomVG; § 115 Abs. 1 SaarlKSVG; § 98 Abs. 1, 2 SächsGemO.

106 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 27 unter Berufung auf *Obermann* in: Schumacher (Hrsg.), BbgKVerf, § 97 BbgKVerf Anm. 8, S. 9.

107 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 29 unter Berufung auf *Darsow* in: Darsow/Gentner/Glaser/Meyer, Schweriner Kommentierung der Kommunalverfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, § 71 KV M-V Rn. 14.

108 *Becker* in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 176 unter Berufung auf *BGHZ* 103, 184 (194); *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 558.

109 *Becker* in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 176.

110 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 29.

an die Vertretungskörperschaft weitergeben, wenn durch besondere Vorkehrungen – wie z.B. die Erörterung der Informationen in nichtöffentlicher Sitzung – gesichert ist, dass die Vertraulichkeit der Informationen auch in der Vertretungskörperschaft gewahrt ist.¹¹¹

Die Vertreter der Kommune haben die Pflicht zur Unterrichtung der Vertretungskörperschaft über wichtige Angelegenheiten von sich aus zu erfüllen; eine Aufforderung der Vertretungskörperschaft ist für die Begründung der Pflicht nicht erforderlich. Zudem müssen die Vertreter der Kommune die Vertretungskörperschaft frühzeitig unterrichten, wobei frühzeitig bedeutet, dass die Informationen so rechtzeitig der Kommune zu übermitteln sind, dass deren Organe rechtzeitig reagieren können, um die Interessen und Rechte der Kommune gegenüber der Gesellschaft zu wahren.

Die Vertreter der Kommune in der GmbH sind dazu verpflichtet, über „Angelegenheiten von besonderer Bedeutung“ zu berichten. Dieser Gesetzeswortlaut begrenzt die Auskunftspflicht. So ist zunächst ausgeschlossen, dass die Vertreter der Kommune die Vertretungskörperschaft über jeden ihnen bekannt gewordenen Geschäftsvorgang der Gesellschaft informieren müssen.¹¹² Auch der Gesetzeszweck spricht für eine Beschränkung der Auskunftspflicht: Die Beschränkung der Unterrichtungspflicht soll dem Schutz der Gesellschaft vor einem unbeschränkten Informationsanspruch der Kommune dienen.¹¹³ Über andere Angelegenheiten als solche von besonderer Bedeutung müssen die Vertreter der Kommune in der AG also nicht informieren. Von besonderer Bedeutung und damit der Vertretungskörperschaft zu berichten sind die grundlegenden Angelegenheiten, über die die Kommune zur Erfüllung ihrer Einwirkungspflichten Kenntnis haben muss.¹¹⁴ Dazu zählen Probleme des Unternehmens bei der Verwirklichung des mit der Gesellschaft verfolgten öffentlichen Zwecks, da die Organe der Kommune diese Angaben benötigen, um zur Sicherung der Zweckerreichung Einfluss auf die Gesellschaft nehmen zu können.

Der Wortlaut der Vorschriften sieht für die Unterrichtung keine bestimmte Form vor. Sie kann durch mündlichen oder schriftlichen Bericht erfolgen. Die Vertretungskörperschaft entscheidet darüber, in welcher Form sie ihre Informationsrechte gegenüber den Vertretern der Kommune in der Hauptversammlung wahrnehmen will. Es liegt daher in ihrem Ermessen, eine bestimmte Unterrichtsform zu wählen und andere Informationsarten abzulehnen.¹¹⁵ Billigt die Vertretungskörperschaft einen in einer bestimmten Form erstatteten Bericht, ist ihr Informationsanspruch gegen den Vertreter der Kommune in der Gesellschaft erfüllt. Besteht die Vertretungskörperschaft auf einer anderen Form der Unterrichtung, muss der Vertreter Bericht in der verlangten Form erstatten, um den Informationsanspruch der Vertretungskörperschaft zu befriedigen.

In den meisten Ländern haben die Vertreter der Kommune in der Gesellschafterversammlung der GmbH den Weisungen der Vertretungskörperschaft zu folgen.¹¹⁶

In Hessen steht das Recht, den Vertretern der Kommune in der Gesellschafterversammlung Weisungen zu erteilen, gemäß § 125 Abs. 1 HGO dem Gemeindevorstand zu. Nach der Rechtsprechung bedeutet dies nicht, dass der Gemeindevorstand auch über den Inhalt der Weisungen zu entscheiden hat. „Denn von dem in § 125 HGO geregelten Außenvertretungsverhältnis zwischen Gemeinde und Gesellschaften ist das Innenverhältnis zwischen Gemeindevorstand und Ge-

111 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 29 unter Berufung auf *Darsow* in: *Darsow/Gentner/Glaser/Meyer*, Schweriner Kommentierung der Kommunalverfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, § 71 KV M-V Rn. 14.

112 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 61 (zitiert nach juris).

113 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 56 ff. m.w.N. (zitiert nach juris).

114 *Wefelmeier* in *Blum/Baumgarten/Beckhof/Behrens/Göke/Häusler/Menzel/Smollich/Wefelmeier*, Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, § 111 NGO Rn. 54.

115 *VG Münster*, Urteil vom 27.06.2003 - 1 K 1190/01 -, Abs. 45 (zitiert nach juris).

116 § 104 Abs. 1 GemO BW; § 97 Abs. 1 BbgKVVerf; § 71 Abs. 1 KV M-V; § 138 Abs. 1 NKomVG; § 113 Abs. 1 GO NW; § 88 Abs. 1 GemO RP; § 114 Abs. 3 SaarlKSVG; § 98 Abs. 1 SächsGemO; § 119 Abs. 1 GO LSA.

meindevertretung zu unterscheiden, in dem die Entscheidungsbefugnisse über die in den Gesellschaften zu verfolgende Geschäftspolitik nach den allgemeinen Zuständigkeitsregelungen zu verteilen sind. Für den laufenden Geschäftsbetrieb ist danach der Gemeindevorstand gemäß § 9 Abs. 2 HGO auch inhaltlich zuständig, während bei wichtigen Angelegenheiten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 HGO eine vorrangige Entscheidung der Gemeindevertretung einzuholen und vom Gemeindevorstand durch Weisung gemäß § 125 Abs. 1 Satz 4 HGO im Außenverhältnis zu den Gesellschaften umzusetzen ist¹¹⁷. Damit steht dem Gemeindevorstand die Kompetenz zur Entscheidung über den Inhalt der Weisung nur dann zu, wenn es sich bei der Angelegenheit, auf die sich die Weisung bezieht, um ein Geschäft der laufenden Verwaltung¹¹⁸ handelt. Bei allen übrigen Angelegenheiten bestimmt die Vertretungskörperschaft über den Inhalt der Weisung; der Gemeindevorstand ist dazu verpflichtet, den Vertretern der Kommune in der Hauptversammlung der AG die Weisung mit dem von der Vertretungskörperschaft beschlossenen Inhalt zu erteilen.

Das Weisungsrecht soll gewährleisten, dass die Vertretungskörperschaft auf die Tätigkeit der kommunalen Gesellschaft einwirken kann. So soll verhindert werden, dass sich die kommunalen Unternehmen von der demokratisch legitimierten Willensbildung in der Vertretungskörperschaft der Kommune ablösen können.¹¹⁹ Weisungen an die Vertreter der Kommune können auch Gegenstand eines Bürgerbegehrens sein¹²⁰, womit die BürgerInnen der Kommune die Möglichkeit haben, auch gegen den Willen der Mehrheit der Vertretungskörperschaft auf die Tätigkeit der Gesellschaft Einfluss zu nehmen.

Das Weisungsrecht gilt nur im kommunalrechtlich geprägten Rechtsverhältnis zwischen der Kommune und ihrem kommunalen Vertreter. Daher hat es keine Auswirkungen auf das gesellschaftsrechtlich geregelte Rechtsverhältnis zwischen der Kommune als Gesellschafterin und der Gesellschaft. Darum ist die Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung nicht deshalb unwirksam, weil ein kommunaler Vertreter entgegen einer Weisung der Kommune abgestimmt hat.¹²¹ Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, denen der kommunale Vertreter unter Verstoß gegen eine Weisung zugestimmt hat, sind also nicht schon wegen der weisungswidrigen Stimmabgabe unwirksam. Ebenso sind Anträge wirksam, die ein Vertreter der Kommune unter Verstoß gegen eine Weisung in der Gesellschafterversammlung gestellt hat.

Auf die Auskunftsansprüche der Vertretungskörperschaft gegen die von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats wird unten im Zusammenhang mit der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder eingegangen.¹²² Die Weisungsrechte der Vertretungskörperschaft gegenüber den von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitgliedern werden unten bei der Unabhängigkeit der Mitglieder des Aufsichtsrats abgehandelt.¹²³

3.) Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder

Den Mitglieder des Aufsichtsrats stehen bei der Ausübung ihres Aufsichtsratsmandats Rechte zu, die sie zur Erfüllung ihrer gegenüber der Gesellschaft bestehenden Pflichten einsetzen können. Durch die Ausübung dieser Rechte können sie Einfluss auf die Tätigkeit des Aufsichtsrats ausüben. Mitglieder, die von einer Kommune in den Aufsichtsrat entsandt oder auf ihren Vorschlag gewählt wurden, können diese Rechte – soweit dies gesellschaftsrechtlich zulässig ist – auch dazu nutzen, im Interesse der Kommune Einfluss auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft zu nehmen. Jedoch sind die Aufsichtsratsmitglieder auch an Pflichten gebunden, die sie gegenüber der Gesell-

117 *HessVGH*, Beschluss vom 24.09.2008 - 8 B 2037/08 -, Abs. 18 m.w.N. (zitiert nach juris).

118 Vgl. zur Erläuterung des Begriffs des Geschäfts der laufenden Verwaltung oben unter B) I) 2.) c) aa).

119 *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (78) unter Berufung auf die Begründung der Regelung in Mecklenburg-Vorpommern.

120 Vgl. zum vergleichbaren Fall eines Bürgerbegehrens über eine Weisung an die Mitglieder des Aufsichtsrats einer kommunalen Gesellschaft *VG Würzburg*, Urteil vom 29.09.2010 - W 2 K 10.424 -, Abs. 54 ff. (zitiert nach juris).

121 *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (79) unter Berufung auf *BGHZ* 36, 296 (307).

122 Vgl. hierzu unten unter C) III) 3.) b) cc).

123 Vgl. hierzu unten unter C) III) 3.) b) aa).

schaft zu erfüllen haben. Diese Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft ergeben sich aus den bundesrechtlichen Vorschriften des Gesellschaftsrechts.

Die von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats haben zudem noch Rechte und Pflichten gegenüber der Kommune. Diese kommunalrechtlichen Pflichten dienen vor allem dazu, die von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitglieder bei der Ausübung ihres Aufsichtsratsmandats auf die Verfolgung der Interessen der Kommune zu verpflichten. Diese Pflichten stellen einen Weg dar, auf dem die Kommune Einfluss auf die Tätigkeit der Gesellschaft ausüben kann.

Da die Rechte und Pflichten für Aufsichtsratsmitglieder von AG und GmbH im Wesentlichen gleich sind, werden sie gemeinsam dargestellt.

a) Rechte der Aufsichtsratsmitglieder

aa) Rechte, die der gleichberechtigten Teilnahme an der Tätigkeit des Aufsichtsrats dienen

Den Mitgliedern des Aufsichtsrats der AG und des obligatorischen Aufsichtsrats der GmbH stehen das Recht auf Teilnahme an den Sitzungen des Aufsichtsrats sowie das Rede-, Antrags- und Stimmrecht zu. Zwar werden diese Rechte gesetzlich nicht ausdrücklich festgeschrieben. Jedoch ergibt die Auslegung der Regeln des AktG über den Aufsichtsrat, die nach den Mitbestimmungsgesetzen auch für die obligatorischen Aufsichtsräte der GmbH gelten, dass ihr Bestehen vom Gesetzgeber stillschweigend vorausgesetzt wird. Die genannten Rechte sind das vom Gesetzgeber notwendig vorausgesetzte Korrelat zu den Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder und ihrer Haftung für die Verletzung dieser Pflichten.

Da das Aufsichtsratsmitglied die Pflicht zur Mitwirkung an der Tätigkeit des Aufsichtsrats trifft, muss ihm auch das Recht zustehen, an allen Sitzungen des Aufsichtsrats teilzunehmen. Dies schließt das Recht ein, unter Einhaltung der in der Satzung bestimmten Frist zu den Sitzungen geladen zu werden.¹²⁴ Ein Sonderfall des Rechts auf Sitzungsteilnahme ist gesetzlich geregelt: Nach § 109 Abs. 2 AktG können die Aufsichtsratsmitglieder an Sitzungen der Ausschüsse des Aufsichtsrats, denen sie nicht angehören, teilnehmen, wenn der Vorsitzende des Aufsichtsrats nichts anderes bestimmt.

Nach § 110 Abs. 1 AktG kann jedes Aufsichtsratsmitglied vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats verlangen, dass dieser unverzüglich den Aufsichtsrat einberuft. Kommt der Vorsitzende diesem Verlangen nicht nach, kann das Aufsichtsratsmitglied gemäß § 110 Abs. 2 AktG den Aufsichtsrat selbst einberufen. Es muss dabei eine Tagesordnung und den Sachverhalt, wegen dem die Sitzung einberufen wird, angeben.

Aus der Pflicht, die Interessen der Gesellschaft bei der Überwachung der Geschäftsführung und bei der Ausübung von Zustimmungsvorbehalten wahrzunehmen in Verbindung mit der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder bei Verstößen gegen diese Pflicht, kann man ableiten, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass den Mitgliedern des Aufsichtsrats Rechte zustehen sollen, die zur Einhaltung dieser Pflicht und damit zur Vermeidung der Haftung gegenüber der Gesellschaft erforderlich sind. Diese zur Erfüllung der Pflicht notwendigen Rechte sind das Rede-, Antrags- und Stimmrecht.¹²⁵ Denn nur wenn das Aufsichtsratsmitglied in den Sitzungen das Wort ergreifen, Anträge stellen und an Abstimmungen teilnehmen kann, kann es die Entscheidungen des Aufsichtsrats effektiv beeinflussen, um dafür zu sorgen, dass dieser rechtmäßige und wirtschaftliche Entscheidungen trifft, die keine Haftung auslösen.

¹²⁴ MI LSA, Leitfaden Nr. 2, S. 13.

¹²⁵ MI LSA, Leitfaden Nr. 2, S. 13 f.

Für die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats der GmbH gelten gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG die gleichen Rechte, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes regelt. Daher können die Gesellschafter der GmbH die Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder abweichend von den vorstehenden Vorgaben verbindlich im Gesellschaftsvertrag regeln.¹²⁶ Soweit der Gesellschaftsvertrag keine vom Vorstehenden abweichenden Regelungen enthält, gelten die vorstehenden Rechte auch für Mitglieder fakultativer Aufsichtsräte der GmbH.

bb) Informationsansprüche

Die Mitglieder des Aufsichtsrats der AG und des obligatorischen Aufsichtsrats der GmbH haben gemäß § 90 Abs. 5 AktG das Recht, von den Berichten des Vorstands (bei der GmbH: der Geschäftsführer) Kenntnis zu nehmen. Soweit Berichte schriftlich erstattet worden sind, müssen sie jedem Aufsichtsratsmitglied ausgehändigt werden, sofern der Aufsichtsrat nichts anderes beschlossen hat.

Jedes Aufsichtsratsmitglied hat darüber hinaus das Recht, von den sonstigen Beratungsunterlagen des Aufsichtsrats, wie z.B. den Beschlussvorlagen und Sachverständigengutachten, Kenntnis zu nehmen.¹²⁷ Dieses Recht ist im AktG teilweise geregelt: Nach § 170 Abs. 3 AktG hat jedes Aufsichtsratsmitglied das Recht, vom Jahresabschluss, vom Lagebericht und dem Vorschlag des Vorstands für die Verteilung des Bilanzgewinns Kenntnis zu nehmen; die Unterlagen sind jedem Aufsichtsratsmitglied, oder wenn der Aufsichtsrat das beschlossen hat, den Mitgliedern eines Ausschusses des Aufsichtsrats auszuhändigen. Darüber hinaus gilt das Recht auf Kenntnisnahme der Beratungsunterlagen für alle Sitzungsunterlagen.

Sofern schriftliche Berichte und sonstige Beratungsunterlagen nach einem Beschluss des Aufsichtsrats nicht vor der Sitzung an die Mitglieder des Aufsichtsrats versandt werden, muss den Aufsichtsratsmitgliedern die Möglichkeit gegeben werden, in den Räumen der Gesellschaft Einsicht nehmen zu können. Dabei gilt, dass die Auslegungsfrist so lang bemessen sein muss, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats ausreichend Zeit haben, um den Inhalt vollständig zur Kenntnis nehmen und sachgerecht bewerten zu können. Wie lang diese Frist im Einzelfall sein muss, ist nach Umfang und Komplexität des Inhalts der Beratungsunterlagen zu bestimmen. Bei der Einsicht in Berichte dürfen die Mitglieder des Aufsichtsrats keine Sachverständigen oder sonstigen Personen, die nicht dem Aufsichtsrat angehören, hinzuziehen. Das folgert die Rechtsprechung aus § 111 Abs. 5 AktG, der es den Mitgliedern des Aufsichtsrats verbietet, sich bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben von Dritten vertreten zu lassen. Diese Vorschrift soll die Vertraulichkeit der Aufsichtsrats Tätigkeit sicherstellen. Da letztere gefährdet ist, wenn sich das Aufsichtsratsmitglied eines Sachverständigen oder Beraters bedient, der nicht selbst dem Aufsichtsrat angehört, ist die Hinzuziehung solcher Berater unzulässig.¹²⁸

Zudem steht jedem Aufsichtsratsmitglied das Recht zu, vom Vorstand Berichte über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu fordern, § 90 Abs. 3 AktG. Die Berichte sind nicht an das sie fordernde Mitglied, sondern an den Aufsichtsrat zu erstatten. Jedoch muss jedes Aufsichtsratsmitglied gemäß § 90 Abs. 5 AktG vom Inhalt der an den Aufsichtsrat erstatteten Berichte in Kenntnis gesetzt werden, sodass das den Bericht anfordernde Mitglied auch Kenntnis vom angeforderten Bericht erlangt. Jedoch steht dem einzelnen Mitglied des Aufsichtsrats kein Recht auf Einsicht in die Akten der Gesellschaft zu, da dieses Recht nach § 111 Abs. 2 AktG nur dem gesamten Aufsichtsrat als Organ zusteht. Daher kann das einzelne Mitglied nur einen entsprechenden Antrag im Aufsichtsrat stellen, damit der Aufsichtsrat über die Akteneinsicht entscheidet.

126 *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (80).

127 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 13.

128 *BGH*, Urteil vom 15.11.1982 - II ZR 27/82 -, Abs. 10 (zitiert nach juris).

Über jede Sitzung des Aufsichtsrats ist ein Protokoll anzufertigen, § 107 Abs. 2 AktG, in dem u.a. die Gegenstände der Tagesordnung, der wesentliche Inhalt der Verhandlungen und die Beschlüsse des Aufsichtsrats festzuhalten sind. Jedes Aufsichtsratsmitglied hat nach § 107 Abs. 2 AktG das Recht, dass ihm eine Abschrift des Protokolls ausgehändigt wird.

Schließlich wird noch das Recht des Aufsichtsratsmitglieds, Einsicht in die Akten des Aufsichtsrats zu nehmen, anerkannt. Dieses Recht steht den Mitgliedern des Aufsichtsrats nicht nur vor einer Sitzung zu deren Vorbereitung zu. Vielmehr kann auch nach einer Sitzung Einsicht begehrt werden, z.B. mit dem Ziel, unrichtige Angaben im Protokoll aufzufinden und deren Korrektur zu beantragen.

Die Gesellschafter der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat können die Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder abweichend von den vorstehenden Vorgaben verbindlich im Gesellschaftsvertrag regeln.¹²⁹ Soweit der Gesellschaftsvertrag keine vom Vorstehenden abweichenden Regelungen enthält, gelten die vorstehenden Rechte auch für Mitglieder fakultativer Aufsichtsräte der GmbH.

cc) Anspruch auf Vergütung

Der Anspruch der Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG auf Vergütung ist in § 113 AktG geregelt. Diese Vorschrift findet gemäß § 25 Abs. 1 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG auch auf die Mitglieder obligatorischer Aufsichtsräte der GmbH Anwendung. Auf die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH ist § 113 AktG wegen § 52 Abs. 1 GmbHG nur anwendbar, wenn der Gesellschaftsvertrag keine besondere Regelung enthält.

Nach § 113 Abs. 1 AktG haben die Mitglieder des Aufsichtsrats einen Anspruch auf Vergütung nur, wenn ein solcher in der Satzung (bei der GmbH: im Gesellschaftsvertrag) festgesetzt oder von der Hauptversammlung (bei der GmbH: Gesellschafterversammlung) bewilligt wurde. Ist die Höhe der Vergütung in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag festgelegt, kann die Hauptversammlung bzw. die Gesellschafterversammlung die Höhe der Vergütung durch Beschluss, für den die einfache Mehrheit ausreicht, herabsetzen.

Die Höhe der Vergütung soll nach § 113 Abs. 1 AktG in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen. Hierbei handelt es sich um eine Soll-Vorschrift, von der die Organe der Gesellschaft bei der Festsetzung der Vergütung im Einzelfall abweichen können. Ein Verbot von höheren als angemessenen Vergütungen wird damit nicht ausgesprochen. Daher sind Bestimmungen in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag, die eine höhere als die angemessene Vergütung festsetzen, nicht rechtswidrig und damit wirksam.

Aus § 113 Abs. 3 AktG ergibt sich, dass den Mitgliedern des Aufsichtsrats – anders als den Mitgliedern des Verwaltungsrats der Sparkasse – durch die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag auch eine Beteiligung am Jahresgewinn gewährt werden kann. Die Norm enthält eine zwingende Vorschrift zur Berechnung des Jahresgewinns, von der in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag nicht abgewichen werden darf. Allerdings setzt diese Norm nicht die Höhe des Anteils fest, den die Aufsichtsratsmitglieder vom so berechneten Jahresgewinn erhalten dürfen. Dieser kann durch die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag frei festgelegt werden.

¹²⁹ Strobel, DVBl. 2005, S. 77 (80).

dd) Anspruch auf Fortbildung

Einen Anspruch der Aufsichtsratsmitglieder auf Durchführung oder Finanzierung von Fortbildungsveranstaltungen durch die AG oder GmbH enthält das Gesellschaftsrecht des Bundes nicht. Auch das Kommunalrecht der Länder gewährt den von der Kommune in den Aufsichtsrat entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats keinen Anspruch auf Fortbildung.

Ausschließlich in Sachsen werden Fortbildungen im Kommunalrecht erwähnt: Nach § 99 Abs. 4 SächsGemO sollen die Gemeinden ihren Vertretern in den Organen kommunaler Unternehmen die Gelegenheit geben, regelmäßig Fortbildungsveranstaltungen zu besuchen, die der Wahrnehmung ihrer Aufgaben dienlich sind. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Soll-Vorschrift, die den Kommunen die Pflicht auferlegt, Fortbildungsmöglichkeiten zu schaffen oder die den Aufsichtsratsmitgliedern für von Dritten durchgeführte Fortbildungsveranstaltungen entstehenden Kosten zu ersetzen. Einen gesetzlichen Anspruch auf Durchführung bestimmter Fortbildungsveranstaltungen durch die Kommune oder auf Ersatz von Kosten für Fortbildungsveranstaltungen enthält die Norm nicht.

Bei dieser Rechtslage besteht ein Anspruch der Aufsichtsratsmitglieder gegen die Kommune auf Durchführung von Fortbildungsveranstaltungen oder auf Übernahme der Kosten von Fortbildungsveranstaltungen, die von Dritten durchgeführt werden, nur, wenn dieser in einer Satzung der Kommune geregelt ist.

Auch das Unternehmen könnte die den Mitgliedern des Aufsichtsrats entstehenden Kosten für Fortbildungen übernehmen, da eine gute Qualifikation seiner Aufsichtsratsmitglieder auch im Interesse des Unternehmens liegt.¹³⁰ Dafür könnten entsprechende Anspruchsgrundlagen in die Satzung der AG bzw. den Gesellschaftsvertrag der GmbH aufgenommen werden.

Beispiel eines Anspruchs auf Übernahme von Fortbildungskosten für Aufsichtsratsmitglieder im Gesellschaftsvertrag einer GmbH:

§ 34

Ersatz der Fortbildungskosten der Aufsichtsratsmitglieder

Die Gesellschaft ersetzt jedem Mitglied des Aufsichtsrats die Kosten für die Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen, die der Wahrnehmung der Aufgaben des Aufsichtsrats dienlich sind, im Umfang von 20 Stunden im Kalenderjahr. Ersetzt werden die Kosten für die Fortbildungsveranstaltung selbst, die Kosten für eine angemessene Unterkunft am Veranstaltungsort und die Reisekosten.

b) Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder

aa) Pflicht, die Weisungen der Kommune zu befolgen

Die Kommunalgesetze etlicher Länder verpflichten die von den Kommunen entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats dazu, den Weisungen der Vertretungskörperschaft zu folgen.¹³¹

In Hessen steht das Recht, den von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen zu erteilen, gemäß § 125 Abs. 1 HGO dem Gemeindevorstand zu. Nach der Rechtsprechung bedeutet dies nicht, dass der Gemeindevorstand auch über den Inhalt der Weisungen zu entscheiden hat. „Denn von dem in § 125 HGO geregelten Außenvertretungsverhältnis zwischen Gemeinde und Gesellschaften ist das Innenverhältnis zwischen Gemeindevorstand und Gemeindevertretung zu unterscheiden, in dem die Entscheidungsbefugnisse über die in den Gesellschaften zu verfolgende Geschäftspolitik nach den allgemeinen Zuständigkeitsregelungen zu verteilen sind. Für den laufenden Geschäftsbetrieb ist danach der Gemeindevorstand gemäß § 9 Abs. 2 HGO auch inhaltlich zuständig, wäh-

¹³⁰ Dies empfiehlt auch *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 6.

¹³¹ § 97 Abs. 1, 2 BbgKVerf; § 71 Abs. 1, 2 KV M-V; § 88 Abs. 1, 3 GemO RP; § 119 Abs. 1, 2 GO LSA; § 104 Abs. 2 i.V.m. § 25 Abs. 1 GO SH.

rend bei wichtigen Angelegenheiten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 HGO eine vorrangige Entscheidung der Gemeindevertretung einzuholen und vom Gemeindevorstand durch Weisung gemäß § 125 Abs. 1 Satz 4 HGO im Außenverhältnis zu den Gesellschaften umzusetzen ist“. ¹³² Damit steht dem Gemeindevorstand die Kompetenz zur Entscheidung über den Inhalt der Weisung nur zu, wenn es sich bei der Angelegenheit, auf die sich die Weisung bezieht, um ein Geschäft der laufenden Verwaltung¹³³ handelt. In allen übrigen Angelegenheiten bestimmt die Vertretungskörperschaft über den Inhalt der Weisung; der Gemeindevorstand ist dazu verpflichtet, den von der Kommune in den Aufsichtsrat entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitgliedern die Weisung mit dem von der Vertretungskörperschaft beschlossenen Inhalt zu erteilen.

Die Kommunalgesetze einiger anderer Länder enthalten zwar kein gesetzliches Weisungsrecht, geben der Kommune aber die Pflicht auf, der Gemeinde in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag eines Unternehmens mit kommunaler Beteiligung ein Weisungsrecht vorzubehalten.¹³⁴

Dieses kommunalrechtliche Weisungsrecht erfasst alle Tätigkeiten der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat. Die Vertretungskörperschaft (in Hessen: der Gemeindevorstand) kann damit ihren Vertreter anweisen, einen bestimmten Antrag zu stellen oder nicht zu stellen, sein Stimmrecht in einer bestimmten Weise auszuüben, einen Bericht des Vorstands bzw. der Geschäftsführer an den Aufsichtsrat anzufordern oder eine Sitzung des Aufsichtsrats zu beantragen bzw. einzuberufen.

Nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung und juristischem Schrifttum verstößt dieses landesrechtliche Weisungsrecht hinsichtlich der Mitglieder der Aufsichtsräte der AG und der obligatorischen Aufsichtsräte der GmbH gegen Bundesrecht. Nach Art. 31 GG geht in diesem Fall das Bundesrecht dem Landesrecht vor, sodass den Kommunen gegenüber den von ihnen entsandten Mitgliedern von Aufsichtsräten der AG und von obligatorischen Aufsichtsräten der GmbH nicht einmal ein eingeschränktes Weisungsrecht zusteht.¹³⁵ Die Vertreter dieser Ansicht entnehmen § 111 Abs. 5 AktG, der nach § 25 Abs. 1 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG auch auf die Mitglieder obligatorischer Aufsichtsräte der GmbH anzuwenden ist, dass die Aufsichtsratsmitglieder keinen Weisungen der Aktionäre bzw. der Gesellschafter unterworfen sind. § 111 Abs. 5 AktG bestimmt, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats ihre Aufgaben nicht von anderen wahrnehmen lassen dürfen. Hierin kommt für die Vertreter der herrschenden Meinung zum Ausdruck, dass von den Mitgliedern des Aufsichtsrats nicht nur die persönliche, sondern auch die eigenverantwortliche Wahrnehmung ihrer Aufgaben verlangt werde. Und diese Eigenverantwortlichkeit schließe es aus, an Weisungen Dritter – auch der Aktionäre – gebunden zu sein.¹³⁶ Diese Weisungsfreiheit sollen nicht nur die von der Hauptversammlung gewählten, sondern auch die von einem Aktionär entsandten Aufsichtsratsmitglieder genießen. Entsandte Aufsichtsratsmitglieder sollen damit an keinerlei Weisungen der Entscheidungsberechtigten gebunden sein.¹³⁷ Nach dieser Ansicht wären die von Kommune entsandten und auf ihren Vorschlag gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG oder des obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbH nicht an die Weisungen der Aktionärin Kommune gebunden. Da daher das landesrechtliche Weisungsrecht insoweit der bundesrechtlichen Weisungsfreiheit widersprechen soll, gehe die bundesrechtliche Weisungsfreiheit nach Art. 31 GG dem Landesrecht vor.

Nach anderer Auffassung hat die Kommune gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrats einer AG und des obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbH zwar kein unbeschränktes Weisungsrecht. Ein solches landesrechtliches Weisungsrecht kann aber ohne Verstoß gegen den bundesrechtlichen § 111

132 *HessVGH*, Beschluss vom 24.09.2008 - 8 B 2037/08 -, Abs. 18 m.w.N. (zitiert nach juris).

133 Vgl. zur Erläuterung des Begriffs des Geschäfts der laufenden Verwaltung oben unter B) I) 2.) c) aa).

134 Art. 93 Abs. 2 BayGO; § 108 Abs. 5 Nr. 2 GO NW; § 87 Abs. 3 Nr. 3 GemO RP.

135 *OVG NW*, GmbHR 2010, S. 92 (94); *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 15 m.w.N.; *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (79) m.w.N.

136 *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (79) unter Berufung auf *Hüffer*, AktG, § 111 Rn. 21.

137 *BGHZ* 36, 296 (306 f.) und zustimmend *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (80).

Abs. 5 GG dann bestehen, wenn die Weisung nicht dem Wohl der Gesellschaft widerspricht.¹³⁸ Diese Ansicht hat die überzeugenderen Argumente für sich. So gebietet § 111 Abs. 5 AktG die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder zu dem Zweck, dass diese in eigener Verantwortung ihre Pflichten erfüllen können. Dadurch sollen sie die Möglichkeit haben, Entscheidungen zum Wohle der Gesellschaft zu treffen, insbesondere um damit eine Haftung wegen einer dem Wohl der Gesellschaft nachteiligen Handlung zu vermeiden. Um dieses Regelungsziel zu erreichen, bedarf es aber einer unbeschränkten Weisungsfreiheit nicht. Vielmehr ist es ausreichend, dass das Aufsichtsratsmitglied nicht an Weisungen eines Aktionärs gebunden ist, die den Wohl der Gesellschaft widersprechen. Diese Grenze des Weisungsrechts genügt, damit dem Aufsichtsratsmitglied ein Handeln gegen das Wohl der Gesellschaft nicht aufgezwungen werden kann. Nach dieser Ansicht sind Weisungen zulässig, die lediglich die Wahlfreiheit des Aufsichtsratsmitglieds zwischen mehreren dem Wohl der Gesellschaft nicht widersprechenden Handlungs- oder Entscheidungsalternativen auf eine Handlung oder Entscheidung einschränken. Sinnvoll ist ein solches Weisungsrecht z.B. im folgenden Fall: Der Vorstand einer AG hat dem Aufsichtsrat mehrere alternative Pläne für Investitionsmaßnahmen vorgelegt, die aller gleichermaßen dem Wohl der Gesellschaft entsprechen. In der Satzung der AG ist dem Aufsichtsrat die Zustimmung zu diesen Plänen vorbehalten. Hier könnte die Vertretungskörperschaft der Kommune dem Aufsichtsratsmitglied die Weisung erteilen, der Investitionsmaßnahme zuzustimmen, mit der die Erreichung des von der Kommune mit der Gesellschaft verfolgten öffentlichen Zwecks am Besten gewährleistet werden kann. Die Annahme eines Rechts zu Weisungen, die mit dem Wohl der Gesellschaft in Einklang stehen, führt – das macht das Beispiel deutlich – dazu, dass die Kommune effektivere Einwirkungsmöglichkeiten auf die Gesellschaft erhält, womit die Wirkungsmöglichkeiten der demokratisch legitimierten Organe der Kommune auf wirtschaftlichem Gebiet gestärkt werden.

Gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG gilt § 111 Abs. 5 AktG für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH nur, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält. Fraglich ist aber, ob diese Bestimmung die Schaffung eines unbeschränkten Weisungsrechts der Kommune im Gesellschaftsvertrag ermöglicht. Die wohl herrschende Meinung in der Literatur verneint dies mit der Begründung, dass der Rechtsverkehr darauf vertraue, dass auch der fakultative Aufsichtsrat die grundlegenden Funktionen eines Aufsichtsrats ausübt.¹³⁹ Zu diesen grundlegenden Funktionen zähle insbesondere die Überwachung der Geschäftsführung. Um diese zu gewährleisten, müsse auch die Weisungsfreiheit der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats gewährleistet sein.¹⁴⁰ Allenfalls bei Eigengesellschaften erwarte der Rechtsverkehr keinen weisungsfreien Aufsichtsrat, weshalb bei Eigengesellschaften der Gesellschafter die Mitglieder fakultativer Aufsichtsräte durch den Gesellschaftsvertrag umfassend an seine Weisungen binden kann.¹⁴¹

Die Rechtsprechung vertritt dem gegenüber, dass die Möglichkeit, Weisungsrechte im Gesellschaftsvertrag zu normieren, auch bei Gesellschaften mit mehreren Gesellschaftern zulässig ist. Damit kann bei allen GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat, nicht nur bei Eigengesellschaften, der Gesellschaftsvertrag eine umfassende Bindung der Aufsichtsratsmitglieder an die Weisungen der Gesellschafter vorsehen.¹⁴² Diese Ansicht verdient den Vorzug. Denn das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder, das die Gegenansicht schützen will, ist bei näherer Betrachtung von Rechts wegen nicht schützenswert. So gewährt § 52 Abs. 1 GmbHG den Gesellschaftern der GmbH das Recht, von den Vorschriften des AktG abzuweichen, ohne jede Ein-

138 OVG NW, Beschluss vom 12.12.2006 - 15 B 2625/06 -, Abs. 8 ff. und VG Arnsberg, Urteil vom 13.07.2007 - 12 K 3965/06 -, Abs. 69 f. (zitiert nach juris); beide zitiert nach *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 15.

139 Vgl. zur Begründung für dieses Vertrauen oben unter C) III) 2.) b) bb).

140 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 16 unter Berufung auf *Strobel*, Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen, S. 89.

141 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 16 m.w.N.; *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (80 f.).

142 OVG NW, Urteil vom 24. 04.2009 - 15 A 2592/07 -, Abs.. 59 ff. (zitiert nach juris).

schränkung. Aus dieser Norm kann jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr ableiten, dass er bei einem fakultativen Aufsichtsrat davon ausgehen muss, dass die Gesellschafter sich abweichend vom Gesetz ein Weisungsrecht gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrats vorbehalten haben. Damit kann schon wegen des Wortlauts des Gesetzes kein Teilnehmer des Rechtsverkehrs auf die Weisungsfreiheit der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats vertrauen.

In den Ländern, deren Kommunalgesetze ein Weisungsrecht gegenüber den von ihr entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitgliedern enthalten, und in den Ländern, deren Kommunalgesetze die Pflicht der Kommune, ein solches Weisungsrecht im Gesellschaftsvertrag zu regeln, enthalten, besteht das Weisungsrecht schon dann, wenn im Gesellschaftsvertrag die Anwendung der Vorschriften des AktG auf einen fakultativen Aufsichtsrat der GmbH ausgeschlossen wurde, ohne ein Weisungsrecht ausdrücklich zu erwähnen. In diesen Fällen kann nach der Rechtsprechung das Weisungsrecht durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages gewonnen werden. Dabei ist davon auszugehen, dass die Kommune mit dem Ausschluss der Anwendung des AktG bezweckt hat, ein vertragliches Weisungsrecht, das dem im Kommunalrecht vorgesehenen entspricht, zu schaffen.¹⁴³

In den Ländern, die kein Weisungsrecht der Vertretungskörperschaft gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrats enthalten, greift diese Auslegungsregel nicht. Hier bedarf es der ausdrücklichen Regelung eines Weisungsrechts im Gesellschaftsvertrag der GmbH mit fakultativen Aufsichtsrat.

Beispiel der Regelung eines Weisungsrechts gegenüber den von der Kommune entsandten Mitgliedern des fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH:

An das obige Beispiel zur Besetzung des Aufsichtsrats¹⁴⁴ lässt sich folgender Absatz anfügen:

(5) Die Mitglieder nach Absatz 1 Nr. 2 sind an die Weisungen des Rates der Stadt S, die Mitglieder nach Absatz 1 Nr. 3 sind an die Weisungen des Vorstands der X AG gebunden.

Soweit nach Vorstehendem Weisungen an die von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitglieder zulässig sind, können sie auch Gegenstand eines Bürgerbegehrens sein¹⁴⁵, womit die BürgerInnen der Kommune die Möglichkeit haben, auch gegen den Willen der Mehrheit der Vertretungskörperschaft auf die Tätigkeit der Gesellschaft Einfluss zu nehmen.

bb) Pflicht zur höchstpersönlichen Amtsführung

Die Mitglieder des Aufsichtsrats der AG dürfen ihre Aufgaben nicht durch andere Personen wahrnehmen lassen, § 111 Abs. 5 AktG. Das gleiche gilt für die Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats der GmbH, da nach § 25 Abs. 1 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG der § 111 AktG auch für die mitbestimmte GmbH gilt. Sowohl in der Satzung der AG als auch im Gesellschaftsvertrag der mitbestimmten GmbH darf von dieser Bestimmung nicht abgewichen werden.

§ 111 Abs. 5 AktG verlangt, dass das Mitglied des Aufsichtsrats der AG und des obligatorischen Aufsichtsrats der GmbH muss seine Aufgaben selbst erfüllt. Ihm ist verboten, die Wahrnehmung seiner Aufgaben im Aufsichtsrat an Dritte, die nicht dem Aufsichtsrat angehören, zu delegieren oder sich bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben vertreten zu lassen. Damit ist es ausgeschlossen, dass

143 BVerwG, Urteil vom 31.08.2011 - 8 C 16.10 -, Abs. 26 ff.

144 Das Beispiel findet sich oben unter C) III) 2.) b) aa).

145 Vgl. hierzu VG Würzburg, Urteil vom 29.09.2010 - W 2 K 10.424 -, Abs. 54 ff. (zitiert nach juris).

sich ein Aufsichtsratsmitglied im Falle seiner Verhinderung vertreten lässt.¹⁴⁶ Bestimmungen in der Satzung einer AG bzw. im Gesellschaftsvertrag einer mitbestimmten GmbH, die solch eine Verhinderungsververtretung vorsehen, sind unwirksam.

Die Rechtsprechung lässt von dieser Vorschrift, die der Wahrung der Geheimhaltung der Vorgänge im Aufsichtsrat dienen soll, in engen Grenzen Ausnahmen zu. So darf sich ein Aufsichtsratsmitglied ausnahmsweise von einem Dritten, der nicht dem Aufsichtsrat angehört fachkundig beraten lassen, wenn die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- Es muss sich um eine Beratung in einem Einzelfall handeln, den das Aufsichtsratsmitglied nicht mit der vom AktG vorausgesetzten eigenen Sachkunde beurteilen kann.
- Die Beratung muss zur Erledigung von Aufgaben des Aufsichtsrats erforderlich sein. An der Erforderlichkeit fehlt es, wenn der Beratungsbedarf innerhalb der Gesellschaft, z.B. durch Erkundigungen bei anderen Aufsichtsratsmitgliedern, befriedigt werden kann.
- Der mit der Beratung beauftragte Dritte muss Gewähr dafür bieten, dass er die erlangten Informationen über die Gesellschaft nicht missbräuchlich verwendet. Ein solcher Missbrauch ist ausgeschlossen, wenn der eingesetzte Berater von Berufs wegen zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.¹⁴⁷

Mit dieser Ausnahme wird vermieden, dass ein Aufsichtsratsmitglied seinen Aufgaben mangels des erforderlichen Spezialwissens nicht mit der zur Vermeidung der Haftung notwendigen Gründlichkeit nachgehen kann. In diesen Fällen gibt die Rechtsprechung der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats teilweise den Vorzug vor den Geheimhaltungsbedürfnissen der Gesellschaft. Letztere werden nur insoweit berücksichtigt, als die Verschwiegenheit der zur Beratung herangezogenen Person gesichert sein muss.

Gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG gilt § 111 Abs. 5 AktG für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH nur dann, wenn im Gesellschaftsvertrag keine abweichende Bestimmung enthalten ist. Daher steht es den Gesellschaftern einer nicht mitbestimmten GmbH frei, eine Verhinderungsververtretung für Aufsichtsratsmitglieder zuzulassen.

Beispiel der Regelung der Vertretung von Mitgliedern des fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH:

An das obige Beispiel zur Besetzung des Aufsichtsrats¹⁴⁸ lässt sich folgender Absatz anfügen:

(6) Die Mitglieder nach Absatz 1 Nr. 2 können sich im Falle ihrer Verhinderung von anderen Mitgliedern des Rates der Stadt S, die der gleichen Fraktion wie das verhinderte Mitglied angehören, vertreten lassen. Die Mitglieder nach Absatz 1 Nr. 3 können sich im Falle ihrer Verhinderung von Personen vertreten lassen, die der Vorstands der X AG benennt.

cc) Verschwiegenheitspflicht

Gemäß § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG haben die Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Aufsichtsratsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren. § 116 Satz 2 AktG enthält hierzu eine Konkretisierung: Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und ver-

146 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 11.

147 *BGHZ* 85, 293 ff. und dem folgend *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 12.

148 Das Beispiel findet sich oben unter C) III) 2.) b) aa).

trauliche Beratungen verpflichtet. Die gleiche Verschwiegenheitspflicht gilt für die Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats der GmbH, da nach § 25 Abs. 1 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG der § 116 AktG auch für die mitbestimmte GmbH gilt. In der Satzung der AG bzw. im Gesellschaftsvertrag der mitbestimmten GmbH darf von diesen Bestimmungen weder zur Ausweitung noch zur Begrenzung der Verschwiegenheitspflicht abgewichen werden.¹⁴⁹

Die Geheimnisse des Unternehmens, die der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, hat der Gesetzgeber in Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse unterteilt. Unter Betriebsgeheimnissen werden technische Informationen, wie z.B. Rezepturen von Produkten, Produktionsverfahren, Forschungsvorhaben, verstanden. Geschäftsgeheimnisse sind die kaufmännischen Informationen über die Gesellschaft, wie z.B. Kundenstamm, Beziehungen zu Lieferanten, Marketingstrategie, Schulden und Guthaben sowie die Planungen zur Geschäftsentwicklung.¹⁵⁰

Nicht jede technische und kaufmännische Information ist ein Geheimnis. Geheimnisse der Gesellschaft sind nur die Informationen, die nicht offenkundig sind. Offenkundig sind diejenigen Informationen nicht, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind. Verschwiegenheit ist zu wahren über solche nicht offenkundigen Tatsachen, wenn ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse der Gesellschaft an der Geheimhaltung besteht.¹⁵¹ Dieses objektive Interesse ist gegeben, wenn die Geheimhaltung einer Information erforderlich ist, um die gegenwärtige wirtschaftliche und rechtliche Situation des Unternehmens, insbesondere seine Wettbewerbsfähigkeit, seinen Ruf und seine Entwicklungschancen am Markt, nicht zu gefährden. Indizien für das Vorliegen dieses objektiven Geheimhaltungsinteresses sind der tatsächlich geäußerte oder der mutmaßliche Wille des Unternehmens, dass die Informationen geheim gehalten werden sollen.¹⁵² Diese Indizien sind Hilfskriterien für die Ermittlung des Geheimhaltungsinteresses. Sie ersetzen den Nachweis des objektiven Geheimhaltungsinteresses nicht vollständig.¹⁵³

Letzteres heißt, dass der subjektive Wille der Organe der Gesellschaft, eine Tatsache geheim zu halten, im Regelfall auf ein objektives, vom Willen der Organe unabhängiges Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft hindeutet. Es sind aber auch Fälle möglich, in denen ein objektives Geheimhaltungsinteresse fehlt, obwohl ein subjektives Interesse der Gesellschaftsorgane an der Geheimhaltung vorliegt. So fehlt es an einem objektiven Geheimhaltungsinteresse, wenn die Tatsachen, die nach dem Willen der Gesellschaftsorgane geheim gehalten werden sollen, bereits offenkundig sind. Das ist u.a. der Fall, wenn über die Tatsachen in den Medien berichtet wurde oder sie einer Vielzahl von Personen außerhalb der Gesellschaftsorgane bekannt sind. Dabei muss es sich um konkrete Informationen handeln. Werden von den Medien oder von Personen außerhalb der Organe des Unternehmens dagegen nur bloße Gerüchte weitergegeben, ist der Wahrheitsgehalt der verbreiteten Informationen noch nicht öffentlich bekannt. Das Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung der wahren Tatsachen besteht fort.¹⁵⁴ Außerdem besteht trotz eines subjektiven Geheimhaltungswillens der Organe der Gesellschaft eine Pflicht zur Geheimhaltung nicht, wenn das objektive Interesse des Unternehmens an der Offenlegung von Informationen das objektive Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens überwiegt.¹⁵⁵ Das ist u.a. der Fall, wenn die Weitergabe von Geheimnissen an Berater und Vertragspartner des Unternehmens erforderlich ist, damit diese ihre Aufgabe zum Wohle des Unternehmens erfüllen können. In diesen Fällen überwiegt das Interesse an der Weitergabe von Ge-

149 BGHZ 64, 325 (326 f.).

150 Hüffer, AktG, § 93 Rn. 7; Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 18.

151 Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 18 m.w.N.

152 Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 18 m.w.N.

153 BGHZ 64, 325 (329).

154 OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.11.2006 - 8 W 388/06 -, Abs. 14 (zitiert nach juris).

155 Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 22.

heimnissen das objektive Geheimhaltungsinteresse, wenn diejenigen, an die das Geheimnis weitergegeben werden soll, gesetzlich oder vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.¹⁵⁶

Zudem, so hat der Bundesgerichtshof entschieden, kann in extremen Ausnahmefällen die Wahrung der Interessen der Gesellschaft eine Offenlegung von Geheimnissen als letztes Mittel erforderlich machen. So kann eine Beratung von Geheimnissen der Gesellschaft außerhalb des Aufsichtsrats in einem anderen geschlossenen Personenkreis wie z.B. dem Betriebsrat bzw. der Betriebsversammlung oder einem externen Expertengremium oder sogar die öffentliche Bekanntgabe von Geheimnissen zur Wahrung der Interessen des Unternehmens notwendig sein, um Gerüchte entkräften, Missverständnisse ausräumen, Unruhe in der Belegschaft oder Gefahren für das Bild des Unternehmens in der Öffentlichkeit abwehren zu können. Allgemeingültige Kriterien dafür, wann das Interesse der Gesellschaft an der Offenlegung dasjenige an der Wahrung der Geheimnisse überwiegt, hat der Bundesgerichtshof nicht aufgestellt. Vielmehr muss diese Frage anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls entschieden werden.¹⁵⁷

Auch vertrauliche Angaben der Gesellschaft unterliegen der Verschwiegenheitspflicht. Vertrauliche Angaben sind alle Informationen, bei denen ein Interesse des Unternehmens daran besteht, dass sie Personen außerhalb der Gesellschaftsorgane nicht bekannt werden.¹⁵⁸ Zu diesen Informationen zählen gemäß § 116 Satz 2 die gesamten Inhalte der nichtöffentlichen Beratungen des Aufsichtsrats und das Abstimmungsverhalten seiner einzelnen Mitglieder in nichtöffentlichen Sitzungen.¹⁵⁹ Diese Geheimhaltung sei erforderlich, damit der Aufsichtsrat seine Kontrollfunktion gegenüber dem Vorstand wirksam wahrnehmen kann. Nur unter dem Schutz der Verschwiegenheit könnten alle Probleme und Planungen des Unternehmens offen besprochen werden.

Nach herrschender Meinung im juristischen Schrifttum kann ein Interesse an der Geheimhaltung von vertraulichen Angaben auch dann bestehen, wenn diese offenkundig – also Personen außerhalb der Organe des Unternehmens bekannt – sind.¹⁶⁰ Z.B. kann die Verschwiegenheit über offenkundige Tatsachen geboten sein, um die Interessen der Gesellschaft schädigende Spekulationen, die in der Öffentlichkeit wegen der offenkundigen Tatsachen entstanden sind, nicht noch weiter anzuhetzen. Deshalb hat die Rechtsprechung eine Pflicht zur Verschwiegenheit über konkrete Planungen zum Erwerb eines Unternehmens angenommen, obwohl der Vorstand bereits öffentlich die Erwerbsabsicht bekundet hatte, bisher noch nicht konkretisierte Pläne zur Übernahme eines Unternehmens zu verfolgen. Im konkreten Fall sei die Verschwiegenheit zum Schutz der Interessen des Unternehmens erforderlich gewesen, um den in der Belegschaft kursierenden, den Betriebsfrieden gefährdenden Gerüchten über die Folgen der Übernahme für die Arbeitnehmer nicht noch weitere Nahrung zu geben.¹⁶¹

Ein Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft kann sich auch aus einem Interesse Dritter an der Vertraulichkeit der Informationen ergeben, wenn das Unternehmen ein eigenes Interesse an der Geheimhaltung der Informationen hat.¹⁶² Das können Informationen über Lieferanten und Kunden sein, aber auch z.B. über Bewerber für einen Arbeitsplatz im Unternehmen oder einen Vorstandsposten. Hier können die Dritten ein berechtigtes Interesse an der Vertraulichkeit ihrer personen- und unternehmensbezogenen Daten haben. Die Gesellschaft selbst kann ein Interesse an der Geheimhal-

156 *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 22 m.w.N.

157 *BGHZ* 64, 325 (331).

158 *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 19.

159 *BGHZ* 64, 325 (330); *Hüffer*, AktG, § 116 Rn. 6 f.

160 *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 19 m.w.N.

161 *OLG Stuttgart*, Beschluss vom 07.11.2006 - 8 W 388/06 -, Abs. 14 ff. (zitiert nach juris).

162 *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 19 m.w.N.

tung dieser Daten haben, um ihre Geschäftsbeziehungen zu Kunden und Lieferanten zu schützen und um ihren Ruf bezüglich des Umgangs mit Bewerbern zu wahren.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben Verschwiegenheit über die Geheimnisse und vertraulichen Angaben des Unternehmens gegenüber allen Personen, die nicht einem Organ des Unternehmens – also Vorstand oder Aufsichtsrat – angehören, zu wahren.¹⁶³ Die Verschwiegenheitspflicht verbietet also die Weitergabe von vertraulichen Informationen an Personen im Unternehmen, die nicht einem Organ des Unternehmens angehören, und an Personen außerhalb des Unternehmens. Damit dürfen die Mitglieder des Verwaltungsrats vertrauliche Informationen nicht an die Arbeitnehmer und den Betriebsrat des Unternehmens weitergeben.¹⁶⁴

In der AG gilt diese Verschwiegenheitspflicht für alle Aufsichtsratsmitglieder auch gegenüber den Aktionären; selbst entsandte Aufsichtsratsmitglieder haben gegenüber dem Entsendeberechtigten Verschwiegenheit zu wahren.¹⁶⁵ Bei der GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat gilt die Verschwiegenheitspflicht nicht gegenüber den Gesellschaftern.¹⁶⁶ Dies folgt daraus, dass wegen ihres umfassenden Auskunftsanspruchs aus § 51a GmbHG den Gesellschaftern gegenüber keine Geheimnisse bestehen können. Auf die Frage, welchem Organ der Kommune das von ihr entsandte Aufsichtsratsmitglied vertrauliche Informationen zukommen lassen darf, wird im weiteren Verlauf dieses Abschnitts eingegangen.

Eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG enthält § 394 AktG. Nach dieser Vorschrift unterliegen die Mitglieder des Aufsichtsrats, die auf Veranlassung einer Kommune in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt wurden, für die Berichte, die sie an die Kommune zu erstatten haben, nicht der Verschwiegenheitspflicht. Jedoch schränkt die Norm diese Ausnahme ein: Die von der Kommune entsandten oder auf ihre Veranlassung gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats dürfen nur diejenigen Geheimnisse und vertraulichen Angaben der Gesellschaft an die Kommune übermitteln, deren Weitergabe für die Zwecke der Berichterstattung erforderlich ist. Damit darf das Mitglied des Aufsichtsrats nur solche vertraulichen Informationen an die Kommune weitergeben, die für die Kommune erforderlich sind, um die Erfüllung der mit der Gesellschaft verfolgten öffentlichen Zwecke zu kontrollieren. Rein innerbetriebliche Abläufe, die auf die Erfüllung des Unternehmenszwecks keine Auswirkungen haben, unterliegen damit auch nach § 394 AktG der Geheimhaltung.

§ 395 AktG unterwirft die Personen, denen die Berichte nach § 394 AktG erstattet werden, ihrerseits einer Verschwiegenheitspflicht. Als sonach zur Verschwiegenheit verpflichteter Personenkreis werden in der Vorschrift die Personen, die in der Kommune mit der Verwaltung der Beteiligung an der Gesellschaft betraut sind, genannt. Dies sind neben dem Hauptverwaltungsbeamten, die für die Kommune die Vertretung in der Gesellschaft wahrnimmt, die Mitarbeiter der kommunalen Beteiligungsverwaltung und des Rechnungsprüfungsamts.¹⁶⁷

163 *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, S. 141 (144) unter Berufung auf *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 12 Rn. 29; *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 21.

164 *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, S. 141 (144) unter Berufung auf *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, Rn. 482; *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, § 93 Rn. 21.

165 *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, S. 141 (144) unter Berufung auf *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 12 Rn. 3.

166 *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, S. 141 (144) unter Berufung auf *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 12 Rn. 137.

167 So für die Mitarbeiter der Beteiligungsverwaltung und des Rechnungsprüfungsamts *Oetker* in Schmidt/Lutter, AktG, § 394 Rn. 22 m.w.N. Und für alle genannten Adressaten der Berichte des Aufsichtsratsmitglieds *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 19.

Die Rechtslehre nimmt einen systematischen Zusammenhang zwischen § 394 AktG und § 395 AktG an, da beide Normen auf den gleichen Regelungsgegenstand bezogen sind. Mit § 395 AktG hat der Gesetzgeber wollte der Gesetzgeber die teilweise Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht dadurch kompensieren, dass er die Empfänger der vertraulichen Informationen zur Verschwiegenheit verpflichtet hat. Da die mit §§ 394, 395 AktG bezweckte Geheimhaltung der vertraulichen Informationen leerliefe, wenn über den in § 395 AktG genannten Personenkreis hinaus die vertraulichen Informationen weiteren Personen zugänglich gemacht werden dürften, ist der Personenkreis, dem Berichte mit vertraulichen Informationen nach § 394 AktG erstattet werden dürfen, auf die in § 395 AktG Genannten beschränkt.¹⁶⁸ Dies bedeutet, dass § 394 AktG keine Ausnahme für Berichte von Aufsichtsratsmitgliedern an die Vertretungskörperschaft der Kommune enthält. Der Vertretungskörperschaft gegenüber bleibt das Aufsichtsratsmitglied also zur Verschwiegenheit verpflichtet.

Umstritten ist, ob §§ 394, 395 AktG auch für den obligatorischen Aufsichtsrat der GmbH gelten, da die beiden Vorschriften weder in § 25 Abs. 1 MitbestG noch in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG für auf den Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH anwendbar erklärt werden. Eine Ansicht sieht hierin eine Regelungslücke, die durch eine analoge Anwendung der §§ 394, 395 AktG auch auf den obligatorischen Aufsichtsrat zu schließen ist.¹⁶⁹ Die Gegenansicht bestreitet die Anwendbarkeit der §§ 394, 395 AktG auf den obligatorischen Aufsichtsrat der GmbH mit dem Hinweis auf den klaren Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze, in denen besagte Vorschriften nicht auf die mitbestimmte GmbH für anwendbar erklärt werden. Im Interesse der Rechtssicherheit für die Mitglieder der Aufsichtsräte müsse der Wortlaut der Mitbestimmungsgesetze für die Auslegung maßgeblich sein. Schon weil sie sich bei einer Verletzung ihrer Verschwiegenheitspflicht strafbar machen können, dürfe die Zulässigkeit der Anwendbarkeit von §§ 394, 395 AktG – und damit der Personenkreis, dem sie vertrauliche Informationen anvertrauen dürfen – nicht zweifelhaft sein.¹⁷⁰ Für die Praxis kann offen bleiben, welche Ansicht den Vorzug verdient. Schließlich enthält das GmbH-Recht mit § 51a Abs. 1 GmbHG einen Informationsanspruch der Gesellschafter, der auch die vertraulichen Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft umfasst, dem – was oben schon ausgeführt wurde – keine Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder entgegensteht. Gesellschafterin der GmbH ist die Gemeinde. Deren Vertretung in der Gesellschaft obliegt dem Hauptverwaltungsbeamten.¹⁷¹ Ihm als Vertreter der Kommune gegenüber unterliegen die Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbH also keiner Schweigepflicht. Ein Informationsrecht der Vertretungskörperschaft ergibt sich damit aus § 51a GmbHG also nicht.¹⁷²

Damit gilt bundesrechtlich sowohl für den Aufsichtsrat einer AG als auch für den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH, dass seine Mitglieder vertrauliche Informationen und Geheimnisse der Gesellschaft nur an den Hauptverwaltungsbeamten, nicht aber an die Vertretungskörperschaft der Kommune weitergeben dürfen.

Für die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH gilt gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG die Regelung des AktG über die Schweigepflicht nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält. Damit können die Gesellschafter die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats zwar grundsätzlich von der Schweigepflicht befreien. Jedoch unterscheidet das juristische Schrifttum bei der Zulässigkeit einer von den Vorgaben des AktG abweichenden Regelung zwischen

168 *Oetker* in Schmidt/Lutter, AktG, § 394 Rn. 21; im Ergebnis ebenso *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 19.

169 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 11, der diese Ansicht als herrschende Meinung bezeichnet; *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 12 Rn. 51.

170 *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, S. 141 (143 f.); *Oetker* in Schmidt/Lutter, AktG, § 394 Rn. 5.

171 *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, S. 141 (145).

172 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 20.

einer GmbH mit mehreren Gesellschaftern und Eigengesellschaften, die nur einen Gesellschafter haben. Für die GmbH mit mehreren Gesellschaftern wird vertreten, dass eine völlige Abschaffung der im AktG geregelten Rechte und Pflichten – und damit auch der Verschwiegenheitspflicht – der Aufsichtsratsmitglieder nicht zulässig sei. Dies soll gelten, weil die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht nur die Interessen eines Gesellschafters wahrnehmen¹⁷³, sondern die Interessen der Gesellschaft, was nur möglich sein soll, wenn die Aufsichtsratsmitglieder nicht zu einer völligen Offenlegung der Tätigkeit des Aufsichtsrats gegenüber einem oder allen Gesellschaftern gezwungen werden können. Auch sei für die GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat ein Kernbereich von Geheimnissen der Gesellschaft anzuerkennen, für den auch die Gesellschafter die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder nicht aufheben können.¹⁷⁴ Allerdings ist bei dieser Auffassung nicht zu erkennen, worin dieser Kernbereich bestehen soll, womit unklar bleibt, inwieweit die Gesellschafter die Aufsichtsratsmitglieder von der Verschwiegenheitspflicht befreien können.

Für Eigengesellschaften der Kommunen geht die juristische Lehre davon aus, dass die Gesellschafterin Kommune frei darüber verfügen kann, welche Geheimnisse der Gesellschaft geschützt werden. Damit hat sie für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH, an der nur die Kommune beteiligt ist, auch das Recht, die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder vollständig aufzuheben. Daher kann im Gesellschaftsvertrag einer nicht mitbestimmten GmbH, an der nur eine Kommune beteiligt ist, auch ein Auskunftsanspruch der Vertretungskörperschaft gegenüber den Mitgliedern des fakultativen Aufsichtsrats geschaffen werden.¹⁷⁵ Zudem ist es auch zulässig, im Gesellschaftsvertrag nicht mitbestimmter kommunaler Eigengesellschaften Auskunftsansprüche der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und der Fraktionen im Gesellschaftsvertrag vorzusehen.¹⁷⁶

Die Kommunalgesetze einiger Länder enthalten das Recht der Vertretungskörperschaft, von den von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Auskunft zu verlangen (Auskunftsrecht) sowie die Pflicht der Aufsichtsratsmitglieder, der Vertretungskörperschaft über wichtige Angelegenheiten zu unterrichten (Informationspflicht).¹⁷⁷

In Hessen haben die von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitglieder nicht der Vertretungskörperschaft, sondern dem Gemeindevorstand über alle wichtigen Angelegenheiten zu berichten und auf Verlangen des Gemeindevorstands Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu erteilen, § 125 Abs. 1 HGO.

Anhand der vorstehend dargestellten Rechtslage kann entschieden werden, inwieweit diese Auskunftsrechte und Informationsansprüche gegen die bundesrechtliche Pflicht der Aufsichtsratsmitglieder zur Verschwiegenheit verstoßen und daher nach Art. 31 GG nichtig – also unwirksam – sind. Für Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG gilt die Verschwiegenheitspflicht nicht gegenüber den in § 395 genannten Personen. Da zu diesen Personen die Vertretungskörperschaft der Kommune nicht gehört, gilt ihr gegenüber bundesrechtlich die Verschwiegenheitspflicht. Für Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbH gilt die Verschwiegenheitspflicht nicht gegenüber den Gesellschaftern. Da die Vertretung der Gesellschafterin Kommune von deren Hauptverwaltungsbeamten wahrgenommen wird, ist das Aufsichtsratsmitglied auch nur ihm und nicht der Vertretungskörperschaft gegenüber von der Verschwiegenheitspflicht entbunden. Daher widersprechen die landesrechtlichen Auskunftsrechte und Informationspflichten zugunsten der Vertretungskörperschaft der bundesrechtlichen Verschwiegenheitspflicht, womit die Verschwiegenheitspflicht den landesrechtli-

173 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 20 f. m.w.N.

174 *Ganzer/Tremml*, *GewArch* 2010, S. 141 (148).

175 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 21 m.w.N.

176 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 30 m.w.N.

177 Art. 93 Abs. 2 BayGO; § 97 Abs. 7 BbgKVerf; § 71 Abs. 4 KV M-V; § 138 Abs. 4 NKomVG; § 98 Abs. 2 SächsGemO (enthält nur die Pflicht zur Unterrichtung über wichtige Angelegenheiten, nicht aber den Auskunftsanspruch der Vertretungskörperschaft).

chen Regelungen vorgeht.¹⁷⁸ Hinsichtlich der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat, die mehrere Gesellschafter hat, ist nach dem gegenwärtigen Meinungsstand der juristischen Literatur kraft Bundesrechts ein Kernbereich der Geheimhaltung geschützt und darf auch von den Gesellschaftern nicht im Gesellschaftsvertrag von der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder ausgenommen werden. Soweit die Aufsichtsratsmitglieder solche zum Kernbereich der Geheimhaltung gehörenden Informationen wegen landesrechtlicher Informationspflichten oder Auskunftsrechte an die Vertretungskörperschaft der Kommune berichten wollten oder müssten, steht dem die bundesrechtliche Verschwiegenheitspflicht entgegen. Da die Stellungnahmen in der Literatur insoweit unergiebig sind, ist aber nicht klar, welche Informationen als Kernbereich der Geheimhaltung von den Informationspflichten und Auskunftsrechten ausgenommen sind.

Bei der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat, deren Alleingesellschafterin die Kommune ist, hat die Vertretungskörperschaft der Kommune einen Auskunftsanspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats, sofern dieses abweichend von § 52 Abs. 1 GmbHG im Gesellschaftsvertrag geregelt ist. Hinsichtlich des für die wirksame Schaffung eines solchen Auskunftsanspruchs notwendigen Inhalts des Gesellschaftsvertrages ist zwischen den Ländern, die einen gesetzlichen Auskunftsanspruch haben und den übrigen Ländern zu differenzieren: In den Ländern, deren Kommunalgesetze einen Auskunftsanspruch der Vertretungskörperschaft enthalten, dürften die Grundsätze der Rechtsprechung zur Schaffung von Weisungsrechten zugunsten der Vertretungskörperschaft entsprechend gelten. Danach besteht das Weisungsrecht schon dann, wenn im Gesellschaftsvertrag die Anwendung der Vorschriften des AktG über die Verschwiegenheit auf einen fakultativen Aufsichtsrat der GmbH ausgeschlossen wurde, ohne einen Auskunftsanspruch ausdrücklich zu erwähnen. In diesen Fällen kann nach der Rechtsprechung der Auskunftsanspruch durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages gewonnen werden. Dabei ist davon auszugehen, dass die Kommune mit dem Ausschluss der Anwendung des AktG bezweckt hat, den im Kommunalrecht vorgesehenen Auskunftsanspruch zu schaffen.¹⁷⁹ In den übrigen Ländern genügt für die Schaffung eines Auskunftsanspruchs der Vertretungskörperschaft das bloße Ausschließen der Anwendbarkeit der Verschwiegenheitspflicht des AktG nicht. Hier bedarf es der ausdrücklichen Normierung eines Auskunftsanspruchs im Gesellschaftsvertrag. Hierfür kann der Wortlaut der in den anderen Ländern gesetzlich normierten Auskunftsrechte und Informationspflichten in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.

dd) Sorgfaltspflichten¹⁸⁰

Bei der Erledigung der Aufgaben des Aufsichtsrats einer AG¹⁸¹ – insbesondere bei der Überwachung des Vorstands und bei der Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen – haben dessen Mitglieder besondere Sorgfalt walten zu lassen. Es gilt gemäß § 116 AktG die Sorgfaltspflicht des Vorstands aus § 93 Abs. 1 AktG für die Mitglieder des Aufsichtsrats entsprechend. Da § 116 AktG gemäß § 25 Abs. 1 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG auch auf die mitbestimmte GmbH anwendbar ist, gilt die gleiche Sorgfaltspflicht auch für die Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbH.

§ 93 Abs. 1 AktG verpflichtet die Vorstandsmitglieder dazu, bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.¹⁸² Nach § 116 AktG ist diese Pflicht sinngemäß auf die Aufsichtsratsmitglieder anzuwenden. Dies bedeutet, dass die Sorgfalts-

178 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 30.

179 So für die Anforderungen an die gesellschaftsvertragliche Regelung von Weisungsrechten *BVerwG*, Urteil vom 31.08.2011 - 8 C 16.10 -, Abs. 26 ff.

180 Soweit im Einzelnen nichts anderes nachgewiesen wird, beruht die Darstellung der Sorgfaltspflichten der Aufsichtsratsmitglieder auf *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 13 ff. und *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 12 Rn. 885 ff.

181 Vgl. hierzu oben unter C) III) 1.) b) bb).

182 Vgl. die Einzelheiten zur Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder oben unter C) III) 1.) a).

pflichten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern nicht völlig übereinstimmen, sondern dass sich bei Berücksichtigung der unterschiedlichen Aufgaben und Strukturen von Vorstand und Aufsichtsrat Unterschiede im Zuschnitt ihrer Pflichten ergeben können. Daraus ergibt sich zunächst, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, sondern die eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds anzuwenden haben. Diese umfassende Sorgfaltspflicht lässt sich durch mehrere Teilpflichten konkretisieren:

Pflicht zur Mitarbeit im Aufsichtsrat: Zu dieser gehört, dass das Aufsichtsratsmitglied an allen Sitzungen des Aufsichtsrats teilnehmen muss. Zudem hat es sich auf die Sitzungen vorzubereiten. Dies erfordert, dass das Aufsichtsratsmitglied die vom Vorstand und dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats vorgelegten Sitzungsvorlagen studiert und sich ggfs. das zu ihrem Verständnis und ihrer sachkundigen Bewertung erforderliche Spezialwissen erschließt.

Pflicht zur Urteilsbildung: Das Mitglied des Aufsichtsrats hat sich über alle Verhandlungsgegenstände des Aufsichtsrats und der Ausschüsse, denen es angehört, ein eigenes Urteil zu bilden. Es kann sich also nicht damit begnügen, sich ohne eigene Prüfung der Sachlage dem Urteil anderer Aufsichtsratsmitglieder anzuschließen. Das schließt es aus, dass sich das Mitglied des Aufsichtsrats auf eine vermeintlich größere Sachkompetenz anderer Aufsichtsratsmitglieder verlässt und sich deshalb einer eigenen kritischen Würdigung enthält. Zur Pflicht zur Urteilsbildung gehört auch, dass sich jedes Aufsichtsratsmitglied eine eigene Meinung von der Eignung der Vorstandsmitglieder zur sachgerechten und wirtschaftlichen Geschäftsführung machen muss. Denn dieses Urteil ist die notwendige Voraussetzung für eine kritische Würdigung der Berichte und Beschlussvorlagen des Vorstands.

Organisationspflicht: Jedes Mitglied des Aufsichtsrats hat auf eine Organisationsstruktur und Arbeitsweise des Aufsichtsrats hinzuwirken, die eine sachgerechte, effektive und effiziente Erledigung der Aufgaben des Aufsichtsrats sicherstellt. Dazu gehört, dass jedes Aufsichtsratsmitglied Vorschläge zur Veränderung der Arbeitsweise in den Aufsichtsrat einbringt, wenn es zu der Erkenntnis gekommen ist, dass bestimmte Kommunikations- und Entscheidungsstrukturen den Erfolg der Aufsichtsrats Tätigkeit gefährden. Auch muss ein Aufsichtsratsmitglied sein Recht auf Einberufung einer Sitzung aus § 110 AktG ausüben, wenn es Anlass für ein Einschreiten des Aufsichtsrats gegen Maßnahmen des Vorstands oder zur Beseitigung organisatorischer Mängel des Aufsichtsrats sieht, die nicht bis zu dessen nächster turnunsmäßiger Sitzung aufgeschoben werden können.

Informationspflicht: Die Aufsichtsratsmitglieder haben die Pflicht, sich über alle für die Tätigkeit des Aufsichtsrats erforderlichen Gegenstände zu informieren. Dies beinhaltet, dass sie von den Berichten und Beschlussvorlagen des Vorstands Kenntnis nehmen müssen. Hält ein Mitglied des Aufsichtsrats die in den Berichten und Beschlussvorlagen gegebenen Informationen für nicht ausreichend, um die Angelegenheit umfassend bewerten zu können, oder tauchen in den Berichten und Vorlagen klärungsbedürftige Widersprüche oder Unklarheiten auf, muss das Aufsichtsratsmitglied gemäß § 90 Abs. 3 AktG einen ergänzenden Bericht vom Vorstand fordern.

Prüfungspflicht: Alle Aufsichtsratsmitglieder haben an der Aufgabe des Aufsichtsrats, Jahresabschluss, Lagebericht und Vorschlag für die Gewinnverwendung zu prüfen und zum Prüfungsbericht Stellung zu nehmen (§ 171 AktG), mitzuwirken. Dazu hat es nicht nur das Recht (§ 170 Abs. 3 AktG), sondern auch die Pflicht, vom Jahresabschluss, vom Lagebericht, vom Vorschlag für die Gewinnverwendung und vom Prüfungsbericht Kenntnis zu nehmen und sich ein eigenes Urteil über deren Inhalt zu bilden. Zudem besteht die Pflicht, dieses eigene Urteil in die Beratungen des Aufsichtsrats einzubringen. Bei Bedarf, insbesondere wenn die sich abzeichnende Mehrheit im Auf-

sichtsrat eine andere Bewertung vornehmen will als das betreffende Aufsichtsratsmitglied, beinhaltet dies auch, dass das Aufsichtsratsmitglied eigene Redebeiträge einbringt oder Anträge stellt.

Pflicht zum Einschreiten gegen Pflichtverletzungen des Vorstands: Diese Pflicht verlangt von jedem Aufsichtsratsmitglied, dass es ihm bekannt gewordene Pflichtverletzungen der Mitglieder des Vorstands den übrigen Mitgliedern des Aufsichtsrats, mindestens jedoch dem Aufsichtsratsvorsitzenden, zur Kenntnis gibt. Dies beinhaltet, dass das Aufsichtsratsmitglied auch Hinweise auf Fehlverhalten der Vorstandsmitglieder und sonstige für die Tätigkeit des Aufsichtsrats bedeutsame Informationen, die es außerhalb der Aufsichtsrats­tätigkeit erlangt hat, an den Aufsichtsrat weitergeben muss.¹⁸³ Dadurch hat jedes Aufsichtsratsmitglied daran mitzuwirken, möglichst jedes Fehlverhalten der Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat untersuchen zu können.

Pflicht zur Förderung der Tätigkeit des Aufsichtsrats: Jedes Aufsichtsratsmitglied muss die Tätigkeit des Aufsichtsrats durch eigene Initiativen und Redebeiträge in den Beratungen fördern. Es darf sich nicht mit der Rolle eines passiven Beobachters begnügen. Dadurch soll gewährleistet werden, dass alle Aufsichtsratsmitglieder ihr Wissen und ihre Erfahrungen in die Tätigkeit des Aufsichtsrats einbringen. Dazu gehört auch, dass alle Aufsichtsratsmitglieder dazu verpflichtet sind, andere Aufsichtsratsmitglieder auf deren Nachfrage zu beraten, wenn sie über das dem Fragenden fehlende Spezialwissen zur Beurteilung einer Aufsichtsratsangelegenheit verfügen. Wenn ein Einschreiten des Aufsichtsrats erforderlich ist, um einen Schaden für die Gesellschaft zu verhüten, muss das Aufsichtsratsmitglied ggfs. einen Bericht vom Vorstand verlangen, eine Sitzung des Aufsichtsrats einberufen und Anträge im Aufsichtsrat stellen.¹⁸⁴

Pflicht zur Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen: Die Aufsichtsratsmitglieder haben bei ihrer Tätigkeit die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen. Stehen diese im Widerspruch zu den Interessen einzelner Gesellschafter, haben die Aufsichtsratsmitglieder den Gesellschaftsinteressen den Vorzug vor den Partikularinteressen der Gesellschafter zu geben. Dies gilt sowohl für die von der Hauptversammlung gewählten, als auch für die von einem Aktionär entsandten Aufsichtsratsmitglieder.¹⁸⁵ Daher sind auch die von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitglieder zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft verpflichtet.¹⁸⁶ Das Gesellschaftsinteresse ist nicht identisch mit dem Interesse der Gesellschafter oder mit dem öffentlichen Interesse, den die Kommune mit der Gesellschaft verfolgt. Vielmehr muss in jedem Einzelfall aus Sicht des Unternehmens entschieden werden, was in seinem Interesse ist.¹⁸⁷ Jedoch steht die Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse nicht der Berücksichtigung von öffentlichen Interessen, die die Kommune mit dem Unternehmen verfolgt, entgegen, da bei der Ermittlung des Gesellschaftsinteresses auch die von den Gesellschaftern mit dem Unternehmen verfolgten Ziele zu berücksichtigen sind.¹⁸⁸ Daher wird es bei Eigengesellschaften, deren einzige Aktionärin die Kommune ist, nur in Ausnahmefällen zu einem Abweichen des Gesellschaftsinteresses vom öffentlichen Zweck, den die Kommune mit dem Unternehmen verfolgt, kommen.¹⁸⁹ Die Ermittlung des Gesellschaftsinteresses und seine Abwägung mit den Interessen der Kommune hat jedes Mitglied des Aufsichtsrats eigenständig – nach herrschender Meinung vor allem ohne Bindungen an Weisungen der Kommune¹⁹⁰ – vorzunehmen.¹⁹¹ Widerspricht das Interesse der Kommune dem Gesellschaftsinter-

183 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 13.

184 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 13.

185 *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (80) unter Berufung auf *BGHZ* 36, 296 (306 f.).

186 *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (80) m.w.N.

187 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 14.

188 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 16 m.w.N.; *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (80) m.w.N.

189 *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (80) m.w.N.

190 Vgl. zur Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder oben unter C) III) 3.) b) aa).

191 *LT Bbg.*, Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten, S. 15.

se, muss sich das Aufsichtsratsmitglied bei seinen Handlungen im Aufsichtsrat – insbesondere bei Antragstellung und Stimmabgabe – an den Interessen der Gesellschaft und nicht an denen der Kommune orientieren.

Auf den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH ist § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG nur dann anwendbar, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält, § 52 Abs. 1 GmbHG. Zwar spräche der Wortlaut letzterer Vorschrift für eine unbeschränkte Befugnis der Gesellschafter einer nicht mitbestimmten GmbH, die Mitglieder des Aufsichtsrats ganz oder teilweise von den Pflichten aus § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG freizustellen. Wie schon oben dargestellt, nimmt die herrschende Ansicht jedoch an, dass bei Gesellschaften, die mehr als einen Gesellschafter haben, die grundlegenden Überwachungsfunktionen des Aufsichtsrats von den Gesellschaftern nicht ausgeschlossen werden können.¹⁹² Folgt man dieser Ansicht, dürften die Gesellschafter die Aufsichtsratsmitglieder auch nicht von den in § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG enthaltenen Pflichten freistellen, die für die Aufrechterhaltung der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats unerlässlich sind. Damit dürften die Gesellschafter insbesondere daran gehindert sein, die Informationspflicht der Aufsichtsratsmitglieder aufzuheben, da die Kenntnis aller Aufsichtsratsmitglieder von den zu überwachenden Sachverhalten für die Überwachung der Geschäftsführung nicht verzichtbar ist. Ebenso dürfte ein Dispens von der Pflicht zur Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen unzulässig sein. Denn ohne die Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder auf die Gesellschaftsinteressen wäre nicht mehr gewährleistet, dass der Aufsichtsrat den Zweck der Überwachungstätigkeit, der ja in der Wahrung der Gesellschaftsinteressen gegenüber der Geschäftsführung liegt, erreichen kann. Nach der insbesondere von der Rechtsprechung vertretenen und vorzugswürdigen Gegenansicht könnten die Gesellschafter von Gesellschaften mit mehreren Gesellschaftern ohne Einschränkung darüber entscheiden, welche Pflichten sie den Mitgliedern eines fakultativen Aufsichtsrats auferlegen. Bei einer nicht mitbestimmten Eigengesellschaft, deren einzige Gesellschafterin die Kommune ist, kann sie ohne Beschränkungen darüber entscheiden, welche Pflichten die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats haben sollen. Hier kann auch eine Befreiung von der Pflicht, die Gesellschaftsinteressen wahrzunehmen, zugunsten einer umfassenden Bindung an die von der Vertretungskörperschaft der Kommune formulierten öffentlichen Zwecke, die die Kommune mit dem Unternehmen verfolgt, erfolgen.

ee) Ablieferungspflicht

In Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen haben die Mitglieder des Aufsichtsrats die ihnen von der Gesellschaft gewährten Vergütungen an die Kommune abzuführen, soweit sie über das Maß einer angemessenen Entschädigung hinausgehen.¹⁹³

In Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern soll die Höhe der angemessenen Entschädigung, die die Aufsichtsratsmitglieder nicht abführen müssen, durch Satzung geregelt werden.¹⁹⁴ In Niedersachsen setzt die Vertretungskörperschaft die Höhe der angemessenen Entschädigung fest, wofür nicht die Rechtsform einer Satzung erforderlich ist. Die Festsetzung kann also auch durch einfachen Beschluss der Vertretungskörperschaft erfolgen.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben nicht die Pflicht, die gesamte Vergütung, die ihnen das Unternehmen gewährt, an die Kommune abzuführen. Sie können sie die Vergütung in der Höhe behalten, die von der Vertretungskörperschaft festgesetzt wurde. Der Teil der Vergütung, der die Festsetzung übersteigt, ist an die Kommune abzuführen.

Bei der Festsetzung der Höhe der nicht abzuführenden Vergütung haben die Kommunen einen weiten Ermessensspielraum. So können bei der Festsetzung der Höhe der den Aufsichtsratsmitgliedern

192 Vgl. hierzu oben unter C) III) 3.) b) aa).

193 § 97 Abs. 8 BbgKVerf; § 71 Abs. 5 KV M-V; § 138 Abs. 7, 8 NKomVG.

194 § 97 Abs. 8 BbgKVerf; § 71 Abs. 5 KV M-V.

verbleibenden Vergütung die konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. Dabei gilt, dass die angemessene Entschädigung umso höher bemessen werden kann, je komplexer und arbeitsintensiver die Tätigkeit im Aufsichtsrat ist. Bei kleinen Unternehmen wird sich die Tätigkeit nach Schwierigkeitsgrad und Arbeitsaufwand kaum wesentlich von der Tätigkeit in der Vertretungskörperschaft und ihren Ausschüssen unterscheiden, sodass ein nicht abzuführender Betrag angemessen sein dürfte, dessen Höhe der den Mitgliedern der Vertretungskörperschaft gewährten angemessenen Entschädigung¹⁹⁵ entspricht. Bei größeren Unternehmen mit komplexen Strukturen und einer großen Anzahl von Geschäftsvorgängen steigen Arbeitsaufwand und Schwierigkeitsgrad der Aufsichtsrats­tätigkeit an. Damit ist eine den Verwaltungsratsmitgliedern verbleibende Vergütung, die über den Sätzen für die Tätigkeit in der Vertretungskörperschaft liegt, angemessen.

Für Beamte der Kommune, wozu auch der Hauptverwaltungsbeamte der Kommune gehört, gelten die Ablieferungspflichten des Beamtenrechts.¹⁹⁶

ff) Rechtsfolgen der Pflichtverletzung: Haftung, Haftungsfreistellung und Strafbarkeit

Bei der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder ist zu unterscheiden zwischen der Haftung gegenüber der Gesellschaft für die Verletzung der die Aufsichtsratsmitglieder treffenden Pflichten und der Haftung gegenüber Dritten für unerlaubte Handlungen. Verstöße gegen die Verschwiegenheitspflicht können nicht nur zum Schadensersatz verpflichten, sondern auch strafbar sein.

aaa) Haftung gegenüber der Gesellschaft

Für die Mitglieder des Aufsichtsrats der AG ist die Haftung gegenüber der Gesellschaft in § 116 i.V.m. § 93 Abs. 2 AktG geregelt. Für die Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats der GmbH gelten gemäß der Verweisungen in § 25 Abs. 1 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG die gleichen Vorschriften. Für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH gelten gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG die Vorschriften des § 116 i.V.m. § 93 Abs. 2 AktG nur dann, wenn im Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Vorschriften zur Haftung getroffen wurden. Daher steht es den Gesellschaftern einer nicht mitbestimmten GmbH frei, die Haftung der Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats abweichend von den aktienrechtlichen Vorgaben auszugestalten, insbesondere die Haftung zu begrenzen.

Gemäß § 116 i.V.m. § 93 Abs. 2 AktG haben Aufsichtsratsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Eine solche Pflicht ist die Sorgfaltspflicht aus § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG¹⁹⁷. Die Verletzung jeder der in ihr enthaltenen Teilpflichten kann die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds auslösen.

Gegen die in der Sorgfaltspflicht enthaltene Informationspflicht verstößt ein Mitglied des Aufsichtsrats, wenn es die Berichte und Beschlussvorlagen des Vorstands nicht zur Kenntnis nimmt. Die Pflicht wird auch dann verletzt, wenn das Aufsichtsratsmitglied die Berichte und Beschlussvorlagen nicht mit der Gründlichkeit, die zum vollständigen Erfassen ihres Inhalts erforderlich ist, durcharbeitet. Erforderlich ist ein Maß an Gründlichkeit, mit dem auch bei umfangreichen und komplexen Unterlagen wichtige Details nicht übersehen werden.

Die Sorgfaltspflicht erfordert nicht nur dann ein gründliches Durcharbeiten der Sitzungsunterlagen, wenn diese so rechtzeitig zur Einsicht zur Verfügung standen, dass sich das Aufsichtsratsmitglied mit deren Inhalt hinreichend vertraut machen konnte. Die Sorgfaltspflicht wird auch dann verletzt, wenn die Unterlagen so kurz vor dem Sitzungstermin vorgelegt wurden, dass in der bis zur Sitzung

195 Vgl. zur angemessenen Entschädigung für Mitglieder der Vertretungskörperschaft und ihrer Ausschüsse oben unter B) I) 3.) a) ff).

196 So für die Rechtslage in Sachsen-Anhalt *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 14. Dies ist ausdrücklich geregelt in § 125 Abs. 1, 2 HGO.

197 Vgl. zu dieser Sorgfaltspflicht oben unter C) III) b) dd).

verbleibenden Zeit ein gründliches Durcharbeiten nicht möglich ist. Hier erfüllt das Aufsichtsratsmitglied seine Informationspflicht nur dann, wenn es in der Sitzung die zu kurze Zeit für die Lektüre der Unterlagen rügt und z.B. die Vertagung der Angelegenheit beantragt, um sich bis zum neuen Termin eingehend mit dem Inhalt der Unterlagen vertraut machen zu können. Lehnt die Mehrheit des Aufsichtsrats eine Vertagung ab und entscheidet über die Angelegenheit, darf das Mitglied des Aufsichtsrats, nach dessen Ansicht die Zeit für eine gründliche Einarbeitung nicht ausreichte, dem Beschlussantrag nicht zustimmen, um zu vermeiden, dass es einem rechtswidrigen oder unwirtschaftlichen Beschluss, der die Interessen der Gesellschaft verletzt, zustimmt.

Die Informationspflicht ist auch verletzt, wenn das Aufsichtsratsmitglied beim Durcharbeiten der Berichte Zweifel an der Richtigkeit ihres Inhalts oder an der Rechtmäßigkeit bzw. Wirtschaftlichkeit der darin berichteten Handlungen des Vorstands hat, und nicht versucht, diese Zweifel zu klären.¹⁹⁸ Die Pflichtverletzung liegt dann darin, dass das Mitglied trotz seiner Zweifel keinen Antrag zur weiteren Sachaufklärung durch den Aufsichtsrat stellt oder selbst einen ergänzenden Bericht beim Vorstand abfordert. Stimmt ein Aufsichtsratsmitglied trotz verbliebener Zweifel einem Beschluss zu, der die Rechtmäßigkeit bzw. Wirtschaftlichkeit des vom Vorstand Berichteten feststellt, ist auch dadurch die Sorgfaltspflicht verletzt. Stellt das Verwaltungsratsmitglied bei verbliebenen Zweifeln einen Antrag auf weitere Sachaufklärung oder Hinzuziehung eines Sachverständigen, hat es seine Pflicht auch dann erfüllt, wenn der Antrag keine Mehrheit findet, weil es mit der Antragstellung alles ihm rechtlich Mögliche zur weiteren Aufklärung getan hat.¹⁹⁹

Auch ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht kommt für die Begründung der Haftung in Frage.²⁰⁰ Ein solcher Verstoß liegt u.a. dann vor, wenn das Aufsichtsratsmitglied vertrauliche Unterlagen oder Geheimnisse der Gesellschaft an Dritte, die nicht dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat angehören, weitergibt.

Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn das Aufsichtsratsmitglied seine Pflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat. Dabei genügt schon leichte Fahrlässigkeit. Was unter Vorsatz und Fahrlässigkeit zu verstehen ist, wurde bereits oben erläutert; hierauf kann verwiesen werden.²⁰¹ Der Maßstab, anhand dessen das Vorliegen eines die Fahrlässigkeit begründenden Unterschreitens der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ermittelt wird, ist auch für die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder objektiv. Es findet also keine Differenzierung nach den Vorkenntnissen und Erfahrung der Aufsichtsratsmitglieder statt. Kein Mitglied des Aufsichtsrats kann sich daher auf fehlende Sachkunde berufen. Um nicht fahrlässig zu handeln, muss sich jedes Aufsichtsratsmitglied das zum Verständnis der im Aufsichtsrat behandelten Angelegenheiten notwendige rechtliche und wirtschaftliche Grundwissen erarbeiten.

Fahrlässig handeln die Aufsichtsratsmitglieder nur dann, wenn im Zeitpunkt der Pflichtverletzung bei Anstrengung der erforderlichen Sorgfalt objektiv erkennbar war, dass die ihnen zur Verfügung stehenden Informationen unvollständig oder unrichtig sein könnten.²⁰² Deshalb liegt keine Fahrlässigkeit vor, wenn der Vorstand beschönigend berichtet oder es unterlässt, über Probleme des Unternehmens zu berichten, wenn die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Berichte auch bei sorgfältiger Lektüre und unter Hinzuziehung aller sonstigen verfügbaren Erkenntnisquellen nicht zu erkennen ist.

198 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 14.

199 So für den vergleichbaren Fall des Verwaltungsrats einer Sparkasse *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170 f.).

200 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 14.

201 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

202 So für den vergleichbaren Fall des Verwaltungsrats einer Sparkasse *Fischer*, ZIP 2004, S. 2169 (2170).

Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben die Schäden zu ersetzen, die der Gesellschaft durch die Pflichtverletzung entstehen. Das sind zum Einen die Schäden, die die Gesellschaft selbst an ihren Rechtsgütern erleidet. Dazu gehören die Verluste an Vermögen durch unwirtschaftliche Geschäfte. Ebenso ist das Vermögen der Gesellschaft geschädigt, wenn die Mitglieder des Aufsichtsrats rechtswidrige oder unwirtschaftliche Handlungen des Vorstands nicht erkennen und daher den der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder zustehenden Schadensersatzanspruch nicht geltend machen.

Zu den Schäden gehören zum Anderen auch Schadensersatzansprüche, die die Gesellschaft an Dritte leisten muss. Daher hat ein Mitglied des Aufsichtsrats der Gesellschaft die Beträge zu ersetzen, die sie ihren Kunden und Geschäftspartnern als Schadensersatz wegen der unberechtigten Weitergabe von Betriebsgeheimnissen der Kunden bzw. Geschäftspartner, die der Gesellschaft im Rahmen von Geschäftsbeziehungen bekannt geworden sind, durch das Aufsichtsratsmitglied leisten musste.

Haben mehrere Mitglieder des Aufsichtsrats gemeinsam den Schaden verursacht, haften sie gemäß § 116 i.V.m. § 93 Abs. 2 AktG als Gesamtschuldner. Dies bedeutet, dass jeder Schuldner dem Gläubiger gegenüber zur gesamten Leistung verpflichtet ist, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal verlangen kann. Der Gläubiger kann sich also aussuchen, ob er einen Schuldner auf die gesamte Schadensersatzforderung in Anspruch nimmt, oder ob er von mehreren Schuldnern jeweils Teile der Gesamtforderung verlangt. Die Summe der gegen verschiedene Gesamtschuldner geltend gemachten Forderungen darf die Höhe der Schadensersatzforderung nicht übersteigen.

Unter den Gesamtschuldnern findet ein Haftungsausgleich statt: Im Verhältnis der Gesamtschuldner untereinander muss jeder Gesamtschuldner eines Haftungsanspruchs wegen Pflichtverletzung einen Anteil an der Schadensersatzsumme tragen, der seinem Anteil an der Verursachung des Schadens entspricht. Damit kann der Gesamtschuldner, der vom Gläubiger auf die gesamte Schadensersatzforderung in Anspruch genommen wurde, der im Innenverhältnis aber nur einen Anteil an der Gesamtforderung zu tragen hat, bei jedem anderen Gesamtschuldner Regress in Höhe des von vom jeweiligen Gesamtschuldner zu tragenden Anteils an der Gesamtforderung nehmen.²⁰³ Bei Schäden, die durch pflichtwidrige Beschlüsse des Aufsichtsrats entstanden sind, haben alle seine Mitglieder, die dem Beschluss zugestimmt haben, den gleichen Anteil an der Entstehung des Schadens. Sie haben daher im Innenverhältnis alle den gleichen Anteil an der Schadensersatzforderung zu tragen. Mitglieder, die dem Beschluss nicht zugestimmt und auf seine Rechtswidrigkeit vor der Abstimmung hingewiesen haben, haben ihre Pflicht nicht verletzt und haften daher für den rechtswidrigen Beschluss nicht.

Haben die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam einen Schaden verursacht, haften die Mitglieder beider Organe als Gesamtschuldner. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Vorstand den Abschluss eines für die Gesellschaft extrem unwirtschaftlichen oder riskanten Geschäfts beschließt, und der Aufsichtsrat, dem die Zustimmung zu risikoreichen Geschäften vorbehalten ist, dem Geschäft ebenfalls zustimmt. Entsteht der Gesellschaft aus diesem Geschäft ein Verlust, haften hierfür zunächst die Mitglieder des Vorstands, die mit ihrer Zustimmung zu dem Geschäft schuldhaft ihre Pflichten verletzt haben. Ebenso haften die dem Geschäft zustimmenden Mitglieder des Aufsichtsrats, wenn sie bei der Zustimmung mindestens fahrlässig ihre Sorgfaltspflicht verletzt haben. Alle zustimmenden Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats haften als Gesamtschuldner. Wie der Gesamtschaden im Innenverhältnis auf die einzelnen Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat zu verteilen ist, richtet sich nach ihrem Anteil an der Entstehung des Schadens. Dabei dürfen regelmäßig die Mitglieder des Vorstands einen deutlich höheren Anteil am Gesamtschaden zu tragen haben. Dies folgt daraus, dass der Vorstand trotz der Zustimmung des Aufsichtsrats die alleinige Verantwortung für die Geschäftsführung trägt. Diese Verantwortung wird nicht durch die Zu-

203 Vgl. die Einzelheiten zum Ausgleich unter den Gesamtschuldnern oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

stimmung des Aufsichtsrats aufgehoben oder gemindert. Zudem verfügen die Mitglieder des Vorstands über das umfassendere wirtschaftliche und juristische Wissen und über mehr Erfahrungen bei der Beurteilung der Risiken von Geschäften. Diese vorrangige Verantwortung und Qualifikation des Vorstands rechtfertigen es, seinen Mitgliedern einen deutlich höheren Anteil an der Schadensentstehung zuzuweisen.

Grundsätzlich hat im Prozess der Anspruchsteller die Erfüllung aller gesetzlichen Tatbestandsmerkmale der Anspruchsgrundlage zu beweisen. Diese Beweislast kehrt § 93 Abs. 2 AktG um. Die Gesellschaft muss nach dieser Vorschrift lediglich beweisen, dass das Aufsichtsratsmitglied durch sein Verhalten einen Schaden verursacht hat. Ist dieser Beweis erbracht, muss das Aufsichtsratsmitglied beweisen, dass es nicht pflichtwidrig oder schuldhaft (also vorsätzlich oder fahrlässig) gehandelt hat.²⁰⁴

bbb) Haftung gegenüber Dritten

Die AG und die GmbH haften als juristische Personen gemäß § 31 BGB für die Schäden Dritter, die die Gesellschaftsorgane und deren Mitglieder bei der Ausübung der Aufgaben des Organs verursacht haben.²⁰⁵ Voraussetzung dieser Haftung der juristischen Person für ihre Organe und deren Mitglieder ist, dass die Mitglieder der Organe mit der schädigenden Handlung die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Schadensersatznorm der §§ 823 ff. BGB erfüllt haben.

Daneben haften Dritten gegenüber auch die Mitglieder des Aufsichtsrats für die Schäden, die sie den Dritten bei Ausübung der Aufgaben des Aufsichtsrats zugefügt haben.²⁰⁶

Zwischen den Mitgliedern des Aufsichtsrats und der Gesellschaft findet im Falle der nebeneinander bestehenden Haftung von Gesellschaft und Aufsichtsratsmitgliedern für den gleichen Schaden ein Regress nach den Vorschriften des BGB statt.

Zur Erläuterung der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 823 ff. BGB kann auf die Ausführungen zur Haftung der Mitglieder der Vertretungskörperschaft und des Betriebsausschusses für Schäden, die Dritten bei der Wahrnehmung zivilrechtlicher Geschäfte des Eigenbetriebs zugefügt wurden, verwiesen werden.²⁰⁷

ccc) Haftungsfreistellung durch die Kommune

Alle Bundesländer gewähren den von der Kommune entsandten und auf ihren Vorschlag gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats gegen die Kommune eine Anspruch auf Haftungsfreistellung: Wird ein Mitglied des Aufsichtsrats aus seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat haftbar gemacht, so hat ihm die Kommune den Schaden zu ersetzen. Diese Haftungsfreistellung gilt nicht, wenn das Aufsichtsratsmitglied den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat. Die Kommune hat vorsätzlich und grob fahrlässig verursachte Schäden auch dann zu ersetzen, wenn das Mitglied des Aufsichtsrats auf Weisung der Kommune gehandelt hat.²⁰⁸

204 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 14.

205 Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des § 31 BGB, der seinem Wortlaut nach nur die Haftung des Vereins für schädigende Handlungen seiner Organe und deren Mitgliedern regelt, auf alle juristischen Personen ausgedehnt; so für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft *RGZ* 76, 48; *BGH*, *NJW* 1952, S. 538.

206 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 14.

207 Vgl. hierzu oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

208 § 104 Abs. 4 GemO BW; Art. 93 Abs. 3 BayGO; § 97 Abs. 6 BbgKVerf; § 125 Abs. 3 HGO; § 71 Abs. 3 KV M-V; § 138 Abs. 6, 8 NKomVG; § 113 Abs. 6 GO NW; § 88 Abs. 6 GemO RP; § 114 Abs. 5 SaarIKSVG; § 98 Abs. 3 SächsGemO; § 119 Abs. 3 GO LSA; § 104 Abs. 2 i.V.m. § 25 Abs. 3 GO SH; § 74 Abs. 3 ThürKO.

Die Haftungsfreistellung greift für Schäden ein, die das Mitglied des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit seiner Aufsichtsrats­tätigkeit verursacht hat. Vor ihr umfasst sind sowohl Ersatzansprüche der AG bzw. GmbH als auch Ansprüche Dritter.

Haftungs­freistellung heißt, dass das Aufsichtsratsmitglied von der Kommune den Betrag ersetzt verlangen kann, den es der Gesellschaft oder einem Dritten aufgrund eines Schadensersatzanspruchs leisten musste. Insofern bleibt das Mitglied des Aufsichtsrats zwar Schuldner der Ersatzansprüche für die von ihm verursachten Schäden. Es bleibt verpflichtet, der Gesellschaft oder dem Dritten Schadensersatz zu leisten. Es kann jedoch von der Kommune Regress in Höhe des von ihm geleisteten Schadensersatzes verlangen.

Der Anspruch auf Haftungs­freistellung besteht nicht, wenn das Mitglied des Aufsichtsrats den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat. Damit findet eine Haftungs­freistellung nur statt, wenn das Aufsichtsratsmitglied bei seiner Tätigkeit den Schaden leicht fahrlässig verursacht hat.²⁰⁹ Ausnahmsweise hat das Mitglied des Aufsichtsrats auch bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Handeln einen Anspruch auf Haftungs­freistellung gegen die Kommune. Dies ist der Fall wenn das Mitglied des Aufsichtsrats bei der Verursachung des Schadens auf Weisung der Vertretungskörperschaft der Kommune (in Hessen: des Gemeindevorstands) gehandelt hat. Voraussetzung hierfür ist, dass der Kommune ein entsprechendes Weisungsrecht zusteht. Diese Regelung ist angemessen, da es dem Mitglied des Aufsichtsrats wegen der bindenden Weisung der Vertretungskörperschaft unmöglich war, rechtmäßig zu handeln und den Schaden zu vermeiden. Daher soll die Verantwortung für den Ersatz des Schadens letzten Endes bei der Kommune, deren Organ die Weisung erteilt hat, liegen.

ddd) Strafbarkeit

Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG, die unter Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht ein Geheimnis der Gesellschaft vorsätzlich offenbaren, können gemäß § 404 Abs. 1 AktG mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft werden. Nach § 404 Abs. 2 AktG kann eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe verhängt werden, wenn das Aufsichtsratsmitglied das Geheimnis gegen Entgelt oder in der Absicht, sich zu bereichern, offenbart hat. Die gleiche Strafbarkeit ordnet § 85 Abs. 1, 2 GmbHG für die Mitglieder des Aufsichtsrats einer GmbH an. Daher können die Voraussetzungen der Strafbarkeit nach beiden Normen gemeinsam dargestellt werden.

Geheimnisse der Gesellschaft im Sinne dieser Vorschriften sind die Geheimnisse der Gesellschaft, zu deren Verschwiegenheit das Aufsichtsratsmitglied nach § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG verpflichtet ist.²¹⁰ Insofern kann zur Erläuterung der von der Strafbarkeit umfassten Geheimnisse auf die obigen Ausführungen zur Verschwiegenheitspflicht verwiesen werden.²¹¹

Die Tathandlung des § 404 Abs. 1 AktG ist das Offenbaren eines Geheimnisses. Ein Offenbaren liegt vor, wenn das Aufsichtsratsmitglied das Geheimnis einem unbefugten Dritten zugänglich macht. Dabei genügt bereits, dass der Dritte die Möglichkeit hat, von dem Geheimnis Kenntnis zu nehmen. Für die Strafbarkeit ist nicht erforderlich, dass der Dritte vom Geheimnis tatsächlich Kenntnis genommen hat.²¹²

Nach § 404 Abs. 2 AktG und § 85 Abs. 2 GmbHG ist es ebenfalls strafbar, wenn ein Aufsichtsratsmitglied ein Geheimnis der Gesellschaft unbefugt verwertet. Verwertung ist die Nutzung des Ge-

209 Vgl. die Erläuterungen zu den Begriffen Vorsatz, grobe und leichte Fahrlässigkeit oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

210 *Oetker* in Schmidt/Lutter, AktG, § 404 Rn. 4.

211 Vgl. hierzu oben unter C) III)

212 *Oetker* in Schmidt/Lutter, AktG, § 404 Rn. 8; *Tiedemann* in: Scholz, GmbHG, § 85 Rn. 14.

heimnisses zum Zweck der Gewinnerzielung. Dabei genügt, dass das Aufsichtsratsmitglied die Gewinnerzielung beabsichtigt hat; der tatsächlichen Erzielung eines Gewinns bedarf es für die Strafbarkeit nicht. § 404 Abs. 2 AktG erfasst alle Verwertungshandlungen, die nicht schon als Offenbarung von Geheimnissen nach Abs. 1 strafbar sind.²¹³ Damit ist als Verwertung auch strafbar, wenn ein Aufsichtsratsmitglied ein Geheimnis der Gesellschaft zu seinem wirtschaftlichen Vorteil ausnutzt, ohne es einem Dritten mitzuteilen. Dies ist z.B. der Fall, wenn das Aufsichtsratsmitglied geheime Details eines technischen Verfahrens in seinem eigenen Unternehmen wirtschaftlich ausnutzt.

Das Offenbaren und Verwerten eines Geheimnisses sind nur strafbar, wenn sie vorsätzlich erfolgt sind; fahrlässiges Handeln begründet die Strafbarkeit nicht.^{214 215}

c) Notwendige Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder

Das Gesellschaftsrecht enthält keine Vorschriften, die für Aufsichtsratsmitglieder zwingend eine bestimmte Qualifikation verlangen. Die einzige Ausnahme hiervon bildet § 100 Abs. 5 AktG, der für Aufsichtsräte von Gesellschaften, die bestimmte Geschäfte am Kapitalmarkt tätigen, dass mindestens ein Mitglied über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen muss. Da Kommunen praktisch nicht an solchen Gesellschaften beteiligt sind, bedarf diese Vorschrift hier keiner näheren Erläuterung.

Auch wenn dies gesetzlich nicht zwingend erforderlich ist, sollten die Mitglieder des Aufsichtsrats über eine bestimmte Mindestqualifikation verfügen. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang zwischen der Pflicht zur höchstpersönlichen Amtsführung (§ 111 Abs. 5 AktG), der Sorgfaltspflicht (§ 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG) und der Haftung für Verstöße gegen diese Pflicht (§ 116 i.V.m. § 93 Abs. 2 AktG): Da die Aufsichtsratsmitglieder ihre Tätigkeit – von wenigen, eng begrenzten Ausnahmen abgesehen – wegen der Pflicht zur höchstpersönlichen Amtsführung selbst ausüben müssen, müssen sie, da sie sich keiner Sachverständigen bedienen dürfen, zur Vermeidung der Haftung über dasjenige Wissen verfügen, das zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht erforderlich ist.²¹⁶

Der Bundesgerichtshof hat die nach dieser Überlegung erforderlichen Kenntnisse beschrieben als „Mindestkenntnisse allgemeiner, wirtschaftlicher, organisatorischer und rechtlicher Art, die erforderlich sind, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können“.²¹⁷ Durch die Rechtslehre wurden diese Anforderungen weiter konkretisiert. Nach dem derzeitigen Stand der Diskussion benötigt ein Aufsichtsratsmitglied insbesondere

- Kenntnisse über die gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats sowie über die Aufgaben des Aufsichtsrats, die sich aus der Satzung der AG bzw. aus dem Gesellschaftsvertrag der GmbH ergeben;
- Kenntnisse der Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder, wie sie sich aus den Gesetzen und der Satzung der AG bzw. dem Gesellschaftsvertrag der GmbH ergeben;
- Kenntnisse, um die Berichte des Vorstands bzw. der Geschäftsführer verstehen, bewerten und daraus sachgerechte und fachlich zutreffende Schlüsse ziehen zu können;
- Kenntnisse, die zur Prüfung des Jahresabschlusses mithilfe des Abschlussprüfers erforderlich sind;

213 Oetker in Schmidt/Lutter, AktG, § 404 Rn. 9 m.w.N.; Tiedemann in: Scholz, GmbHG, § 85 Rn. 15 f.

214 Oetker in Schmidt/Lutter, AktG, § 404 Rn. 11; Tiedemann in: Scholz, GmbHG, § 85 Rn. 30.

215 Vgl. zu den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit oben unter B) I) 3.) b) ee) aaa).

216 Im Ergebnis ebenso *Landesrechnungshof Schleswig-Holstein*, Kommunalbericht 2008, S. 103 und *MI LSA*, Leitfa-

den Nr. 2, S. 6.

217 *BGHZ* 85, 293 (295).

- Kenntnisse zur Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Geschäftsführung;
- möglichst eigene unternehmerische Erfahrungen.²¹⁸

Darüber hinausgehendes Spezialwissen, das zur Beurteilung komplizierter und besonderer unternehmerischer Probleme oder von komplexen Geschäftsvorgängen erforderlich ist, muss ein Aufsichtsratsmitglied dagegen nicht haben.²¹⁹ Sollte dieses erforderlich sein, steht zum einen dem Aufsichtsrat die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Verfügung. Zum anderen kann sich jedes Aufsichtsratsmitglied ausnahmsweise eines Sachverständigen zur Beratung bedienen, wenn Spezialwissen erforderlich ist.²²⁰

IV) Vorschlag für die Reform des Gesellschaftsrechts

1.) Reformbedarf

Wählen die Kommunen für die Erreichung ihres öffentlichen Zwecks die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft der Privatrechts, erwachsen ihr aus der Wahl der Rechtsform Beschränkungen bei der Erfüllung ihrer Ingerenzpflicht²²¹. So stehen den Kommunen nur in geringem Umfang Weisungsrechte zur Verfügung, um auf die Entscheidungen der Gesellschaftsorgane Einfluss zu nehmen. Besondere Defizite weist dabei die AG auf. Die Kommune kann weder den Mitgliedern des Vorstands, noch denen des Aufsichtsrats Weisungen erteilen. Ein Weisungsrecht besteht nur gegenüber den Vertretern der Kommune in der Hauptversammlung. Dies ermöglicht aber keinen erheblichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen, da die Hauptversammlung nur dann über Maßnahmen der Geschäftsführung entscheidet, wenn sie ihr vom Vorstand vorgelegt werden. Die Verlagerung der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge von der Kommunalverwaltung auf Unternehmen in privater Rechtsform führt damit zu einem erheblichen Steuerungsverlust zulasten der kommunalen Vertretungskörperschaften.²²² Größer sind die Einflussmöglichkeiten der Kommune bei Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH, da sich die Kommune im Gesellschaftsvertrag Weisungsrechte und Zustimmungsvorbehalte gegenüber den Geschäftsführern vorbehalten kann, um damit Einfluss auf die Tätigkeit des Unternehmens nehmen zu können.²²³ Auch bei der GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat fehlen Weisungsrechte der Kommune gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrats.

Die Möglichkeit der Kommune, Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen, ist sowohl bei der AG als auch bei der GmbH inhaltlich begrenzt, wenn es sich um gemischtwirtschaftliche Unternehmen handelt, an denen neben der Kommune private Dritte beteiligt sind. Bei diesen Unternehmen könnte es unzulässig sein, dass die Kommune als Gesellschafterin den von ihr mit dem Unternehmen verfolgten öffentlichen Zweck in einer Weise geltend macht, der die Interessen der privaten Gesellschafter verletzt. Dies weil die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht alle Gesellschafter – und damit auch die Kommune – dazu verpflichtet, zum Vorteil des Unternehmens zu wirken und die anderen Gesellschafter nicht zu benachteiligen.²²⁴ Als Interessen der privaten Gesellschafter schützt das Gesellschaftsrecht das Interesse am Erhalt des Werts ihrer Beteiligung und das Interesse an der Verzin-

218 Die Zusammenfassung des Diskussionsstands folgt den Darstellungen in *Landesrechnungshof Schleswig-Holstein*, Kommunalbericht 2008, S. 103 und *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 6.

219 *MI LSA*, Leitfaden Nr. 2, S. 6.

220 Vgl. hierzu oben unter C) III) 3.) b) bb).

221 Vgl. zur Ingerenzpflicht oben unter A) I) 2.).

222 Diese Einschätzung gibt die Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung, zitiert nach *Schoepke*, VBIBW 1994, S. 81 (82).

223 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 557.

224 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 558.

sung des in das Unternehmen investierten Kapitals.²²⁵ Diese Interessen privater Anteilseigner können in Widerspruch zum Interesse der Kommune an der Erreichung des mit dem Unternehmen verfolgten öffentlichen Zwecks geraten. So hat die Kommune z.B. ein Interesse an einer möglichst billigen Abgabe der vom Unternehmen angebotenen Leistungen, um die sozialen Belange bei der Versorgung der EinwohnerInnen mit Gütern der Daseinsvorsorge wahren zu können. Dieses Interesse verlangt nach möglichst niedrigen Preisen bei hoher Qualität und Versorgungssicherheit. Dies alles führt dazu, dass die Kommune tendenziell ein Interesse an möglichst geringen Unternehmensgewinnen haben muss. Wenn die sozialen Belange bei der Versorgung der EinwohnerInnen nicht anders zu berücksichtigen sind, muss die Kommune auch völlig auf Gewinne aus dem Unternehmen verzichten, um die Leistungen zu einem sozial angemessenen Tarif anbieten zu können. Dies aber steht in Widerspruch zum Interesse der privaten Mitgesellschafter an einer Verzinsung ihres Gesellschaftsanteils. Bei solchen Konflikten schützt das Gesellschaftsrecht insbesondere die Minderheitsgesellschafter gegen die Mehrheit der Gesellschafter, indem es den Minderheitsgesellschaftern das Recht einräumt, ihre Interessen verletzende Beschlüsse der Gesellschafter anzufechten oder von den Mehrheitsgesellschaftern Schadensersatz wegen entgangener Gewinne aus der Unternehmensbeteiligung geltend zu machen. Damit kann die Kommune insbesondere soziale Gesichtspunkte, die den Unternehmensgewinn schmälern, nur bis zur Grenze des nach ihrer Treuepflicht Zulässigen gegen private Minderheitsgesellschafter durchsetzen. Weiter gehende soziale Interessen bei der Versorgung der EinwohnerInnen kann die Kommune in einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft nicht einmal als Mehrheitsgesellschafterin durchsetzen. Insoweit begrenzt die Wahl der privaten Rechtsform des Unternehmens die Erreichung der mit dem Unternehmen verfolgten öffentlichen Zwecke.

Die Verlagerung von Entscheidungskompetenzen auf Vorstand, Geschäftsführung und Aufsichtsrat von Gesellschaften, die nichtöffentlich tätig sind und deren Mitglieder weitreichenden Verschwiegenheitspflichten unterliegen, schränkt die Verwirklichung des im Demokratieprinzip enthaltenen Prinzips der Öffentlichkeit ein, das eines der Wesensmerkmale der kommunalen Selbstverwaltung ist.²²⁶ Insbesondere dadurch, dass die Vertreter der Kommune in der Gesellschaft der Vertretungskörperschaft gegenüber in vielen Fällen zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, wird die demokratische Kontrolle der Unternehmen und der Vertreter der Kommune in ihnen durch die Vertretungskörperschaft der Kommune beeinträchtigt.²²⁷ Zudem macht die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats die demokratische Kontrolle der Tätigkeit der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat durch die BürgerInnen der Kommune unmöglich. Dagegen kann demokratische Kontrolle nur dann stattfinden, wenn die zur Kontrolle Berufenen die Möglichkeit haben, Kenntnis vom Handeln der zu Kontrollierenden zu nehmen.²²⁸ Ohne diese Kontrollmöglichkeit droht die Gefahr, dass sich die Organe der Gesellschaft vom Willen der demokratisch legitimierten Vertretungskörperschaft der Kommune und der BürgerInnen entkoppeln und letztere keine Möglichkeit haben, die Organe der Gesellschaft zur Einhaltung ihres Willens zu zwingen.

Schließlich kann auch die Unmöglichkeit der Ablösung von Aufsichtsratsmitgliedern durch die Kommune zu einem Verlust demokratischer Legitimation der Aufsichtsratsmitglieder führen. Während von der Kommune entsandte Aufsichtsratsmitglieder von ihr nach § 103 Abs. 2 AktG jederzeit abberufen werden können, bedarf die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds, das auf Vorschlag der Kommune von der Hauptversammlung der AG gewählt wurde, gemäß § 103 Abs. 1 AktG eines Beschlusses der Hauptversammlung. Damit kann die Kommune ohne Zustimmung der Mehrheit der übrigen Aktionäre ein auf ihren Vorschlag gewähltes Aufsichtsratsmitglied nicht vor Ablauf der regulären Amtszeit abberufen. Die Möglichkeit der Abberufung ist jedoch eine wichtige Vorausset-

225 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 555.

226 *Schoepke*, VB1BW 1994, S. 81 (82); *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 561.

227 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 561.

228 So für den Bedarf an Beobachtbarkeit des Regierungshandelns durch das Parlament *DiFabio* in Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), *Badura-FS*, S. 77 (82).

zung demokratischer Verantwortlichkeit und Kontrolle. Die Möglichkeit der Abberufung ist die Aussicht auf eine Sanktion. Aus ihr folgt die Motivation des Amtsträgers dafür, dem Willen der Körperschaft, die ihn ins Amt gewählt hat, zu folgen.²²⁹ Zwar ist die Möglichkeit der Abberufung schon damit gegeben, dass ein Mitglied des Aufsichtsrats von der Kommune nicht für eine weitere Amtszeit vorgeschlagen wird, wenn es sein Aufsichtsratsmandat nicht in Übereinstimmung mit dem Willen der Vertretungskörperschaft der Kommune ausgeübt hat. Damit wäre zwar dem Demokratieprinzip Genüge getan. Jedoch wäre mit der Zulässigkeit einer jederzeitigen Abberufung eine weit effektivere Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder verbunden. Hierdurch könnte die Verwirklichung des Demokratieprinzips bei der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen optimiert werden.

Insgesamt ergibt dieser Problemaufriss, dass es zur Verwirklichung demokratischer Kontrolle von kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform an speziellen Rechtsvorschriften fehlt, die insbesondere durch Auskunfts- und Weisungsrechte zugunsten der Kommunen eine effektive demokratische Kontrolle kommunaler Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform ermöglichen.²³⁰

2.) Reformvorschlag

Um das Gesellschaftsrecht des Bundes und das Kommunalrecht der Länder besser aufeinander abzustimmen und damit eine Verbesserung der demokratischen Kontrolle kommunaler Kapitalgesellschaften durch die Organe der Kommunen zu ermöglichen, wird folgender Gesetzentwurf vorgeschlagen:

Entwurf eines Gesetzes über Kapitalgesellschaften mit kommunaler Beteiligung

§ 1

Anwendungsbereich, Anwendungsvorrang

(1) Dieses Gesetz gilt für alle Kapitalgesellschaften, an denen kommunale Gebietskörperschaften und die von ihnen gebildeten juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Kommunen) beteiligt sind (Kapitalgesellschaften mit kommunaler Beteiligung).

(2) Die Vorschriften dieses Gesetzes und der Gesetze, die die Länder aufgrund dieses Gesetzes erlassen haben, gehen den entgegenstehenden Bestimmungen des Aktiengesetzes, des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und der Gesetze über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vor.

(3) Von den Bestimmungen dieses Gesetzes und den Gesetzen, die die Länder aufgrund dieses Gesetzes erlassen haben, kann in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft nicht abgewichen werden.

§ 2

Mitglieder des Aufsichtsrats

(1) Auf die Entsendungsrechte der Kommunen ist die Beschränkung des § 101 Abs. 2 Satz 4 des Aktiengesetzes nicht anzuwenden.

(2) Die Amtszeit der von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag von den Organen der Gesellschaft gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats endet mit dem Ablauf der Wahlperiode des Organs der Kommune, das für die Benennung der Mitglieder des Aufsichtsrats zuständig ist.

229 Von Simson, VVDStRL Bd. 29, S. 3 (32).

230 So auch Schoepke, VBIBW 1994, S. 81 (82).

(3) Die Kommunen können die auf ihren Vorschlag von den Organen der Gesellschaft gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats jederzeit abberufen.

(4) Endet die Amtszeit der auf Vorschlag der Kommune gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats gemäß Absatz 2 oder durch Abberufung gemäß Absatz 3 vor der Amtszeit der übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats, werden die Nachfolgerinnen oder Nachfolger von dem dafür zuständigen Organ der Gesellschaft auf Vorschlag der Kommune gewählt. Der Vorstand bzw. die Geschäftsführer berufen zu diesem Zweck eine Sitzung des für die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats zuständigen Organs der Gesellschaft ein. Die Einberufung ist unmittelbar nach Eingang des Wahlvorschlags der Kommune bei der Gesellschaft vorzunehmen. Das für die Wahl zuständige Organ der Gesellschaft ist an den Wahlvorschlag der Kommune gebunden.

§ 3

Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht

Die Länder können durch Gesetz bestimmen, welchen Organen und Bediensteten der Kommune gegenüber die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet sind und unter welchen Voraussetzungen sie die Öffentlichkeit über Vorgänge im Aufsichtsrat unterrichten dürfen.

§ 4

Öffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats

(1) Die Sitzungen des Aufsichtsrats der Kapitalgesellschaften mit kommunaler Beteiligung finden öffentlich statt. Der Aufsichtsrat kann mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen die Öffentlichkeit von der Sitzung ausschließen, wenn und soweit dies zum Schutz berechtigter Interessen Dritter oder zur Wahrung von Geheimnissen der Gesellschaft, deren Bekanntwerden der Gesellschaft einen schweren Nachteil zufügen kann, zwingend erforderlich ist. Ebenso kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn Auskunftspersonen nur in nichtöffentlicher Sitzung vor dem Aufsichtsrat aussagen wollen.

(2) Der wesentliche Inhalt der nichtöffentlichen Beratungen und die in nichtöffentlicher Sitzung gefassten Beschlüsse sind in einer Sitzung des Aufsichtsrats öffentlich bekannt zu geben, sobald der Grund für den Ausschluss der Öffentlichkeit weggefallen ist. Personenbezogene Daten sind in anonymer Form öffentlich bekannt zu machen, sofern die Identifizierung der betroffenen Person durch die Anonymisierung gewährleistet ist.

§ 5

Weisungen der Kommune

(1) Die Länder können durch Gesetz bestimmen, ob die von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag durch das zuständige Organ der Gesellschaft gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats an Weisungen der Kommune gebunden sind. Ebenso können die Länder durch Gesetz bestimmen, dass die von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag vom zuständigen Organ der Gesellschaft gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats in bestimmten Angelegenheiten einem Beschluss des Aufsichtsrats nur mit Zustimmung der Kommune zustimmen dürfen.

(2) Ein Beschluss des Aufsichtsrats ist nicht deshalb unwirksam, weil ein Mitglied des Aufsichtsrats bei der Stimmabgabe einer Weisung zuwider oder ohne die erforderliche Zustimmung gehandelt hat.

§ 6

Interessen der Gesellschaft und öffentlicher Zweck

(1) Die Interessen einer Gesellschaft, an der neben Kommunen noch natürliche oder juristische Personen des bürgerlichen Rechts beteiligt sind, werden durch Maßnahmen der Geschäftsführung, die zu einem Ausbleiben oder einer erheblichen Minderung eines Überschusses oder zum zeitweiligen Wertverlust der Gesellschaftsanteile führen, nicht verletzt, wenn

1. das Ausbleiben des Überschusses oder der Wertverlust der Gesellschaftsanteile zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Maßnahme der Geschäftsführung voraussichtlich nicht länger als fünf Jahre andauern wird, und
2. die Maßnahme der Geschäftsführung dem von der Kommune mit der Gesellschaft verfolgten öffentlichen Zweck dient.

(2) Auf ein Ausbleiben eines Überschusses oder einen Wertverlust der Gesellschaftsanteile kann sich ein Gesellschafter für die Anfechtung eines Beschlusses der Organe der Gesellschaft nicht berufen, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen.

(3) Ein Gesellschafter kann für ein Ausbleiben eines auf ihn entfallenden Anteils am Überschuss oder für einen Wertverlust seines Gesellschaftsanteils keinen Schadensersatz verlangen, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen.

3.) Begründung und Erläuterung des Reformvorschlags

zu § 1:

Absatz 1 legt fest, dass die Regelungen des Gesetzes für alle Kapitalgesellschaften – das sind im Wesentlichen die AG und die GmbH – gelten, an denen eine Kommune beteiligt ist. Die Norm definiert Kommunen als kommunale Gebietskörperschaften und die aus ihnen gebildeten juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Dabei sind kommunale Gebietskörperschaften zunächst die Gemeinden und Landkreise. Darüber hinaus steht den Landesgesetzgebern die Gesetzgebungsbefugnis dafür zu, weitere kommunale Gebietskörperschaften zu schaffen. Sollte das jeweilige Landesrecht weitere kommunale Gebietskörperschaften etablieren (z.B. in Niedersachsen die Region Hannover), werden auch diese von § 1 Abs. 1 umfasst. Unter den aus den kommunalen Gebietskörperschaften gebildeten juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind alle Zusammenschlüsse von kommunalen Gebietskörperschaften zu verstehen, die nach dem jeweiligen öffentlichen Recht des Landes eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Das sind vor allem die Zweckverbände und die gemeinsamen Kommunalunternehmen in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts. Auch für die Schaffung weiterer Rechtsformen solcher Zusammenschlüsse liegt die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern. Von den Ländern neu geschaffene Rechtsformen kommunaler Zusammenschlüsse unterfallen ebenfalls § 1 Absatz 1.

Eine Beteiligung im Sinne der Norm ist immer dann gegeben, wenn die Kommune Gesellschaftsanteile an einer Kapitalgesellschaft hält. Auf die Höhe der Anteile kommt es nicht an. Damit sind sowohl Gesellschaften erfasst, bei denen die Kommune nur Minderheitsgesellschafterin ist, als auch Eigengesellschaften, deren gesamte Anteile von der Kommune gehalten werden.

Damit, dass der Anwendungsbereich dieses Gesetzes auf Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung beschränkt ist, sind die Normen dieses Gesetzes als Ausnahmenvorschriften ausgewiesen, die nur auf Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung anzuwenden sind. Für die übrigen Kapitalgesellschaften verbleibt es bei den bisherigen Regelungen im AktG, dem GmbHG und den Mitbestimmungsgesetzen.

Absatz 2 bestimmt, dass die Regelungen dieses Gesetzes Vorrang vor den anders lautenden Regeln des AktG, des GmbHG und der Mitbestimmungsgesetze haben. Durch diese Regelungstechnik werden zwei Ziele erreicht: Zum einen sind die Normen der genannten Gesetze, die den Normen dieses Gesetzes widersprechen, auf Kapitalgesellschaften mit kommunaler Beteiligung nicht anzuwenden. Die Anwendung aller Normen dieses Gesetzes auf Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung wird so gesichert. Zum anderen bleiben alle Normen des AktG, des GmbHG und der Mitbestimmungsgesetze, die diesem Gesetz nicht widersprechen, weiterhin auf Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung anwendbar. Dieses nur punktuelle Abweichen vom für alle Kapitalgesellschaften geltenden Gesellschaftsrecht macht es überflüssig, die gesamten Rechtsverhältnisse der Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung in einem gesonderten Gesetz regeln zu müssen: Soweit dieses Gesetz keine besonderen Regelungen enthält, gelten die Bestimmungen des AktG, des GmbHG und der Mitbestimmungsgesetze auch für Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung.

Absatz 3 verbietet Regelungen in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft mit kommunaler Beteiligung, die von den Regelungen dieses Gesetzes abweichen. Das gleiche gilt für die Gesetze, die die Länder aufgrund von § 3 und § 5 Absatz 1 erlassen können. Dadurch wird verhindert, dass die Kommunen bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen die Bestimmungen dieses Gesetzes unterlaufen können. So dienen § 3 (Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht gegenüber den Organen der Kommune) und § 4 (Öffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats) der Schaffung von Transparenz der Arbeit der Gesellschaftsorgane vor allem gegenüber den Organen der Kommune, die ihre Vertreter in diese Organe entsandt hat. So soll gesichert werden, dass die Vertretungskörperschaft der Kommune alle Informationen erhält, die für die Beurteilung der Arbeit der von ihr entsandten Aufsichtsratsmitglieder und für die Einflussnahme auf die Gesellschaft erforderlich sind. Das Recht, von diesen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag abzuweichen, könnte dazu führen, dass die Vertretungskörperschaft der Kommune und die BürgerInnen der Kommune – wie bei der bisherigen Rechtslage – kaum Informationen über die Tätigkeit des Aufsichtsrats erhalten. Um die demokratische Verantwortlichkeit der Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat sowohl gegenüber der Vertretungskörperschaft der Kommune als auch gegenüber den BürgerInnen effektiv zu gestalten, bedarf es aber eines gesicherten Informationsflusses aus dem Aufsichtsrat in die Vertretungskörperschaft und in die Öffentlichkeit, der am sichersten durch zwingende gesetzliche Vorgaben gesichert ist.

zu § 2:

Absatz 1 soll die Einwirkungsmöglichkeiten der Kommune auf die Gesellschaft verbessern. Dazu wird die Beschränkung des § 101 Abs. 2 Satz 4 AktG aufgehoben, nach der Rechte der Aktionäre zur Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat auf ein Drittel der Vertreter der Aktionäre im Aufsichtsrat begrenzt sind. Insbesondere bei kommunalen Mehrheitsbeteiligungen kann diese Beschränkung dazu führen, dass die Zahl der Mitglieder, die die Kommune in den Aufsichtsrat entsenden kann, geringer ist als es der Höhe ihrer Beteiligung an der Gesellschaft entspräche. Ohne die Beschränkung kann ein der Höhe der Beteiligung entsprechender Anteil an Aufsichtsratsvertretern der Kommune durch Entsendungsrechte gesichert werden; es bedarf dann nicht der Wahl der Vertreter der Kommune durch die Hauptversammlung.

Absatz 2 bindet die Amtszeit der von der Kommune entsandten und der auf ihren Vorschlag von den Organen der Gesellschaft gewählten Aufsichtsratsmitglieder an die Dauer der Wahlperiode des Organs der Kommune, das die Aufsichtsratsmitglieder bestimmt hat. Dies ist in den meisten Ländern die Vertretungskörperschaft der Kommune; in Hessen ist dies der Gemeindevorstand. Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass die von der Kommune in den Aufsichtsrat zu entsendenden Vertreter am Beginn jeder Wahlperiode der Vertretungskörperschaft neu gewählt werden müssen. So ist dafür gesorgt, dass die personelle Zusammensetzung der Aufsichtsratsmitglieder an die

durch die Wahl geänderten Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft angepasst werden muss. Damit erhalten vor allem neu in der Vertretungskörperschaft vertretene und Minderheitenfraktionen die Möglichkeit, sofort am Beginn der Wahlperiode – und nicht erst mit Ablauf der Amtszeit des Aufsichtsrats – eigene Vertreter für den Aufsichtsrat zu benennen.

Absatz 3 enthält das Recht der Kommune, auch die auf ihren Vorschlag von den Organen der Gesellschaft gewählten Aufsichtsratsmitglieder jederzeit abzurufen. § 103 Abs. 2 AktG enthält ein solches Recht nur für entsandte Aufsichtsratsmitglieder. Nach § 103 Abs. 1 AktG bedarf die Abberufung von gewählten Aufsichtsratsmitgliedern eines Beschlusses der Hauptversammlung. Bei diesem Stand des Aktienrechts wäre eine Kommune, wenn sie nur Minderheitsgesellschafterin der Gesellschaft ist, keine Möglichkeit, ein auf ihren Vorschlag gewähltes Aufsichtsratsmitglied ohne Zustimmung anderer Aktionäre aus dem Aufsichtsrat zu entfernen. Eine unmittelbare Sanktion für Verstöße des Aufsichtsratsmitglieds gegen Weisungen der Kommune wäre nicht möglich. Die Kommune hätte lediglich die Möglichkeit, das Aufsichtsratsmitglied nach Ende seiner Amtszeit nicht erneut für die Wahl in den Aufsichtsrat vorzuschlagen. Bis dahin müsste die Kommune mit der Gefahr leben, dass ihr Vertreter im Aufsichtsrat erneut gegen Weisungen verstoßen und damit zum Nachteil der Kommune handeln könnte. Durch ein Abberufungsrecht auch hinsichtlich der auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitglieder erhält die Kommune die Möglichkeit, sofort auf Abweichungen des Aufsichtsratsmitglieds von den Interessen der Kommune zu reagieren; die Verantwortlichkeit des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Kommune wird erheblich effektiviert.

Absatz 4 regelt die Nachwahl von kommunalen Vertretern im Aufsichtsrat, die die nach Absatz 2 ausgeschiedenen und die nach Absatz 3 abberufenen kommunalen Vertreter bis zum Ablauf der Amtszeit des Aufsichtsrats ersetzen. Die Wahl erfolgt – wie die Wahl der ausgeschiedenen bzw. abberufenen Aufsichtsratsmitglieder – durch das dafür zuständige Organ der Gesellschaft. Dieses Organ ist jedoch an den Wahlvorschlag der Kommune gebunden. Dadurch ist gewährleistet, dass die Anzahl der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat auch nach der Nachwahl der ursprünglichen Anzahl entspricht und dass nur die von der Kommune benannten Kandidaten gewählt werden können. Das für die Geschäftsführung der Gesellschaft zuständige Organ hat die Wahlsitzung des für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder zuständigen Organs unmittelbar, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, einzuberufen, sobald die Kommune ihm ihren Wahlvorschlag übermittelt hat. Dadurch wird gesichert, dass die Sitze der Kommune im Aufsichtsrat nicht über längere Zeit unbesetzt bleiben.

zu § 3:

Diese Vorschrift ermöglicht es den Ländern, die von der Kommune entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats von ihrer Verschwiegenheitspflicht gemäß §§ 116, 93 Abs. 1, 394 AktG gegenüber den Organen der Kommune und gegenüber der Öffentlichkeit zu entbinden. Diese Übertragung der Regelungskompetenz stellt den praktikabelsten Weg dar, um zu einer Verbesserung der Transparenz der Tätigkeit von Unternehmen mit kommunaler Beteiligung zu gelangen. So steht den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für Auskunftsansprüche der Organe der Kommune gegenüber den kommunalen Vertretern im Aufsichtsrat und für die Berichtspflichten der letzteren gegenüber den Organen der Kommune zu. Im Zusammenhang mit den Regelungen über die Adressaten der Berichte der Aufsichtsratsmitglieder können die Länder zugleich darüber bestimmen, inwieweit die Aufsichtsratsmitglieder gegenüber den Adressaten der Berichte der Verschwiegenheit unterliegen sollen. Eine eigene Regelung der Verschwiegenheit gegenüber den Organen der Kommune durch den Bund wäre weniger sinnvoll. Bei ihr müsste der Bundesgesetzgeber die unterschiedliche Rechtslage hinsichtlich der Berichtspflichten der Aufsichtsratsmitglieder beachten. Dies führt einerseits zu einer unübersichtlichen Regelung, da sie auf mehrere landesrechtliche Regelungskonzepte zugeschnitten sein müsste. Und andererseits müsste der Bundesgesetzgeber

seine Regelung regelmäßig an Änderungen des Landesrechts anpassen, wenn ein neues landesrechtliches Regelungskonzept nicht in der bundesrechtlichen Regelung berücksichtigt ist.

Die mit § 3 beabsichtigte Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern verstößt nicht gegen das Grundgesetz. So unterfallen die Kompetenz zur Regelung des bürgerlichen Rechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und die für die Regelung des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) der konkurrierenden Gesetzgebung. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz, wenn und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat, Art. 72 Abs. 1 GG. Mit § 3 erklärt der Bundesgesetzgeber, dass er von seiner Regelungskompetenz keinen Gebrauch machen will und überlässt den Ländern die Gesetzgebungskompetenz in dem in der Norm beschriebenen Umfang.

zu § 4:

Die Norm stellt eine Abweichung von der Regel des § 109 Abs. 1 AktG, nach dem Sitzungen des Aufsichtsrats ausnahmslos nichtöffentlich stattfinden dar. Dabei orientiert sich der Wortlaut von § 4 an den Vorschriften der Länder über die Öffentlichkeit der Sitzungen der Vertretungskörperschaften der Kommunen.

§ 4 Absatz 1 ordnet an, dass die Sitzungen des Aufsichtsrats von Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung grundsätzlich öffentlich stattzufinden haben. Hierdurch wird ein gegenüber dem bisherigen Rechtszustand wesentlich größeres Maß an Transparenz der Aufsichtsratsstätigkeit in kommunalen Unternehmen erreicht. So können sich sowohl die Mitglieder der Organe der Kommune als auch interessierte BürgerInnen als Zuschauer in den Sitzungen über die Arbeit der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat und über die Lage des Unternehmens informieren.

Die Öffentlichkeit kann nur in den im Gesetz ausdrücklich erwähnten drei Ausnahmefällen ausgeschlossen werden. Die erste Fallgruppe sind berechnete Interessen Dritter an der Geheimhaltung ihrer personenbezogenen Daten sowie ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Hier ist die Gesellschaft dazu verpflichtet, die Daten nicht zu veröffentlichen. Um dieser Pflicht genügen zu können, bedarf es des Ausschlusses der Öffentlichkeit, wenn solche Daten im Aufsichtsrat zu besprechen sind. Als weitere Fallgruppe ist der Schutz der Geheimnisse der Gesellschaft aufgeführt. Dieser rechtfertigt einen Ausschluss der Öffentlichkeit nur dann, wenn die Geheimhaltung erforderlich ist, um einen Schaden zu verhüten, der der Gesellschaft aus der Veröffentlichung des Geheimnisses drohen kann. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn die Veröffentlichung von Daten über bestimmte Produktionsverfahren oder über bestimmte zukünftige Projekte den Wettbewerbern der Gesellschaft nicht bekannt werden dürfen, da andernfalls die Wettbewerber die Informationen zur Schädigung des Unternehmens oder zur Verringerung der Marktchancen der Gesellschaft nutzen könnten. Alle Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sind im Aufsichtsrat in öffentlicher Sitzung zu behandeln. Der Effekt dessen ist, dass die Geheimnisse der Gesellschaft im Moment ihrer Behandlung in öffentlicher Sitzung den Charakter eines Geheimnisses verlieren, da sie nunmehr offenkundig sind. Daher unterliegen die Aufsichtsratsmitglieder hinsichtlich der öffentlich behandelten Geheimnisse der Gesellschaft nach deren öffentlicher Behandlung keiner Verschwiegenheitspflicht mehr.

Als letzte Fallgruppe nennt die Norm Fälle, in denen eine Auskunftsperson, die der Aufsichtsrat befragen möchte, nur in nichtöffentlicher Sitzung Aussagen machen will. Diese Fallgruppe ist erforderlich, da bis auf die Mitglieder des Vorstands keine Auskunftsperson verpflichtet ist, auf Fragen des Aufsichtsrats zu antworten. Um zu verhindern, dass dem Aufsichtsrat Informationen unzugänglich bleiben, Auskunftspersonen nur deshalb die Beantwortung von Fragen verweigern, weil sie dies

in öffentlicher Sitzung tun müssten, ist ein Ausschluss der Öffentlichkeit von der Sitzung angebracht.

Absatz 2 verpflichtet dazu, den wesentlichen Inhalt der nichtöffentlichen Beratungen in öffentlicher Sitzung bekannt zu machen. Dies hat dann stattzufinden, wenn der Grund für den Ausschluss der Öffentlichkeit nicht mehr vorliegt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die öffentliche Bekanntmachung eines Geheimnisses der Gesellschaft keinen Schaden für die Gesellschaft mehr verursachen kann. Personenbezogene Daten dürfen nur anonymisiert öffentlich bekanntgemacht werden. Sie dürfen nicht öffentlich bekanntgemacht werden, wenn die betroffene Person trotz der Anonymisierung anhand der Daten identifiziert werden kann.

zu § 5:

Absatz 1 gibt den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für die Schaffung von Weisungsrechten der Kommune gegenüber den von ihr in den Aufsichtsrat entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitgliedern. Für die Begründung dieser Regelung gelten ähnliche Erwägungen wie die zu § 3: Die Regelung der Weisungsrechte durch die Länder stellt den praktikabelsten Weg dar, um zu einer Stärkung der Verantwortlichkeit der Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat zu gelangen. So steht den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für die Schaffung von Weisungsrechten der Organe der Kommune gegenüber den Vertretern der Kommune in der Hauptversammlung bzw. in der Gesellschafterversammlung zu. Mit der durch die Vorschrift geschaffenen Gesetzgebungskompetenz können die Länder entscheiden, ob sie diese Weisungsbindung der Vertreter der Kommune in der Gesellschaft auf die kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat erstrecken oder eine besondere Regelung für die Mitglieder des Aufsichtsrats schaffen wollen. Eine Bundesregelung wäre zudem verfassungsrechtlich bedenklich. So ist das Rechtsverhältnis zwischen der Kommune und ihren Vertretern im Aufsichtsrat der Kommune durch das Kommunalrecht bestimmt, das in der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder steht. Ein bundesrechtliches Weisungsrecht der Kommune als Aktionärin bzw. Gesellschafterin gegenüber ihren Vertretern im Aufsichtsrat hätte nicht nur Wirkung im gesellschaftsrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Aktionärin bzw. Gesellschafterin und Aufsichtsratsmitglied, sondern hätte auch Auswirkungen auf das kommunalrechtliche Rechtsverhältnis zwischen der Kommune und ihren Vertretern im Aufsichtsrat. Vor allem schlosse ein Weisungsrecht in einer gesellschaftsrechtlichen Regelung des Bundes für die Länder praktisch aus, den Kommunen ein Weisungsrecht zu versagen, da die Kommunen auch ohne ein landesrechtliches Weisungsrecht auf das bundesrechtliche zurückgreifen können. Um zu vermeiden, dass der Bund auf diese Weise die Entscheidungsfreiheit der Länder bei der Gestaltung des Kommunalrechts beschränkt, sollte die Regelung der Weisungsrechte vollständig den Ländern überlassen werden.

Die mit Absatz 1 beabsichtigte Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern verstößt nicht gegen das Grundgesetz. So unterfallen die Kompetenz zur Regelung des bürgerlichen Rechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und die für die Regelung des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) der konkurrierenden Gesetzgebung. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz, wenn und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat, Art. 72 Abs. 1 GG. Mit Absatz 1 erklärt der Bundesgesetzgeber, dass er von seiner Regelungskompetenz keinen Gebrauch machen will und überlässt den Ländern die Gesetzgebungskompetenz in dem in der Norm beschriebenen Umfang.

Absatz 2 regelt die Rechtsfolgen eines Verstoßes des Aufsichtsratsmitglieds gegen eine Weisung für die Gültigkeit eines Beschlusses des Aufsichtsrats. Damit Meinungsverschiedenheiten zwischen der Kommune und ihren Vertretern im Aufsichtsrat nicht die Tätigkeit des Aufsichtsrats behindern, sollten die Beschlüsse des Aufsichtsrats trotz des weisungswidrigen Abstimmungsverhaltens gültig sein.

zu § 6:

Die Vorschrift soll die durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegebene Beschränkung der Verwirklichung des mit der Gesellschaft von der Kommune verfolgten öffentlichen Zwecks bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften beseitigen. Dazu enthält die Norm in Absatz 2 eine Duldungspflicht, die vor allem zulasten der privaten Gesellschafter wirkt. Die Gesellschafter müssen Maßnahmen der Geschäftsführung dulden, die zu einem Wertverlust der Gesellschaftsanteile oder zur erheblichen Minderung oder dem Ausschluss eines Jahresüberschusses führen.

Diese Duldungspflicht besteht nur, wenn die zwei in Absatz 1 aufgeführten Bedingungen kumulativ erfüllt sind: Der Zustand der Herabsetzung des Überschusses bzw. des Wertverlusts der Gesellschaftsanteile darf voraussichtlich nicht länger als fünf Jahre andauern und die Maßnahme der Geschäftsführung muss der Erreichung des von der Kommune mit der Gesellschaft verfolgten öffentlichen Zwecks dienen. Solche Geschäftsführungsmaßnahmen sind insbesondere Investitionsvorhaben, die erforderlich sind, um eine Leistung der Daseinsvorsorge erbringen zu können, die aber so hohe Kosten verursacht, dass wegen des Abtragens der zur Finanzierung aufzunehmenden Darlehen ein Jahresgewinn für mehrere Jahre nicht zu erwarten ist. Auch Tarifsenkungen, die der Versorgung der BürgerInnen zu sozial angemessenen Preisen dienen, aber einen Jahresgewinn nicht mehr ermöglichen, sind Geschäftsführungsmaßnahmen, die von Absatz 1 erfasst sind.

Die Feststellung, dass der Wertverlust der Gesellschaftsanteile oder das Ausbleiben eines Jahresüberschusses nicht länger als fünf Jahre anhalten wird, ist eine Prognoseentscheidung, die im Zeitpunkt des Beschlusses über die Maßnahme der Geschäftsführung, spätestens jedoch im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über die Anfechtung eines Beschlusses getroffen werden muss. Dieser Prognose sind das erforderliche wirtschaftliche Wissen und die Erfahrungen mit der konkreten Gesellschaft in der Vergangenheit zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesem Wissens- und Erfahrungshorizont der nachvollziehbare Schluss, dass Wertminderung bzw. Ausschluss des Gewinns nicht länger als fünf Jahre andauern werden, verstößt der Beschluss der Gesellschaftsorgane nicht gegen die berechtigten Interessen der Gesellschafter.

Die Rechtsfolgen der Duldungspflicht sind in Absatz 2 geregelt: Die Gesellschafter können zum einen keinen Schadensersatz wegen der entgangenen Gewinne oder des Wertverlusts ihrer Gesellschaftsanteile verlangen. Damit sind Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft, die Mitgesellschafter, die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats ausgeschlossen. Zum anderen schließt die Duldungspflicht aus, dass sich Gesellschafter für die Anfechtung eines Beschlusses von Vorstand bzw. Geschäftsführung, Aufsichtsrat oder Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung auf das Ausbleiben eines Überschusses oder den Wertverlust ihrer Gesellschaftsanteile berufen können. Mit letzterem wird nicht ausgeschlossen, dass die Gesellschafter den fraglichen Beschluss des Gesellschaftsorgans aus anderen Rechtsgründen anfechten können.

Die in Absatz 1 festgelegten Bedingungen für die Duldungspflicht sind das Ergebnis der Abwägung zwischen den grundrechtlich geschützten Interessen der privaten Anteilseigner und dem öffentlichen Interesse der Kommune. Sie sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Interesse der privaten Gesellschafter am Erhalt des Werts ihrer Geschäftsanteile und ihr Kapitalverzinsungsinteresse – also ihr Interesse an der Erzielung eines Überschusses – sind vom Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG geschützt.²³¹ Der Gesetzgeber darf Inhalt und Schranken des Eigentums gesetzlich regeln. Solche Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind jedoch verfassungswidrig, wenn unverhältnismäßige Belastungen des Eigentümers durch die gesetzliche Bestimmung nicht ausgeschlossen sind und das Gesetz keinerlei Vorkehrungen gegen derartige unverhältnismäßige Be-

231 *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 555.

schränkungen enthält.²³² Die Verhältnismäßigkeit der Belastung der Gesellschafter ist mit den Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 gewahrt. Insbesondere ist die Regelung geeignet, das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen. Die Norm soll gewährleisten, dass auch unwirtschaftliche Geschäftsführungsmaßnahmen durchgeführt werden können, wenn dies für die Erreichung des mit der Gesellschaft verfolgten öffentlichen Zwecks erforderlich ist. Dieses Ziel wird dadurch erreicht, dass Anfechtungsrechte und Schadensersatzforderungen der Gesellschafter, die die Kommune von der Durchsetzung der für die Erreichung des öffentlichen Zwecks erforderlichen Geschäftsführungsmaßnahmen abhalten könnten. Die Schaffung einer Duldungspflicht ist auch erforderlich, um das Regelungsziel zu erreichen. Es steht kein milderer, gleich kostengünstiges Mittel zur Verfügung, um die Durchsetzung des öffentlichen Zwecks gegen die Eigentumsinteressen der privaten Gesellschafter zu ermöglichen. Die Regelung ist auch angemessen, da die Schwere des Eingriffs in die Eigentümerinteressen der privaten Anteilseigner nicht außer Verhältnis zum erreichbaren Erfolg steht. Der Zeitraum von fünf Jahren, in denen die Anteilseigner keine Gewinnausschüttung erwarten können und eine Wertminderung ihres Gesellschaftsanteils hinnehmen müssen, beeinträchtigt deren wirtschaftliche Lage nicht über Gebühr. Dies schon deshalb nicht, da nach Ablauf dieser Zeit wieder Gewinne ausgeschüttet werden und auch der Wert des Gesellschaftsanteils wieder steigen wird. Insofern ist die Einbuße allenfalls eine vorübergehende; ein endgültiger wirtschaftlicher Verlust wird den Gesellschaftern nicht zugemutet. Mit einem Zeitraum von fünf Jahren wird den privaten Anteilseignern auch keine zu lange Zeit der Gewinnreduktion und des Wertverlusts ihrer Anteile zugemutet. Vielmehr ist ein solcher Zeitraum auch in der Privatwirtschaft üblich. Bei großen Investitionen nehmen Unternehmen nicht selten so lange Zeiträume, in denen keine oder nur geringe Gewinne ausgeschüttet werden, freiwillig in Kauf, um große Investitionsvorhaben zu finanzieren oder um für notwendig erachtete Umstrukturierungsmaßnahmen vorzunehmen. Da also ein so langer freiwilliger Verzicht auf Gewinnausschüttungen von den Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr nicht als unzumutbar angesehen wird, steht die mit der Duldungspflicht verbundene wirtschaftliche Belastung nicht außer Verhältnis zum Regelungsziel. Ein längerer Zeitraum dürfte dagegen nicht mehr üblich sein und wäre damit unverhältnismäßig.

Isernhagen am 28. November 2011

Dr. iur Stefan Baufeld
Rechtsanwalt

232 BVerfGE 100, 226 (244 f.).