

# Das Weisungsrecht der Kommunen in Baden-Württemberg

von Rudolf X. Ruter/Dr. Rainer Schuhknecht, Stuttgart

In der letzten Zeit ist ein zunehmender Trend zur Privatisierung von kommunalen Aufgaben zu verzeichnen. Die Motive, die für eine solche Privatisierung sprechen sind vielschichtig und sollen an dieser Stelle nur kurz angesprochen werden. Regelmäßig werden die Stärkung der Entscheidungs- und Wirtschaftsbefugnisse der Verantwortlichen, die Befreiung von (kommunal-)politischen Einflußnahmen der Gemeinden, die Potentiale für eine Leistungserhöhung und die Verbesserung der Wirtschaftlichkeit durch den Wegfall der Bindungen des öffentlich-rechtlichen Personalrechtes sowie der Vergabebestimmungen genannt. Insbesondere bei der formalen Privatisierung - auch Organisationsprivatisierung genannt - wird als private Rechtsform überwiegend die GmbH gewählt (Schoepke, VBIBW 1994, 81). Aus diesem Grund werden die nachstehenden Ausführungen auch auf diese Rechtsform beschränkt bleiben.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach den Einflußmöglichkeiten der Kommune auf "ihre" Eigengesellschaften. Im nachfolgenden soll insbesondere für die kommunalen Entscheidungsträger auf den Aspekt des Weisungsrechtes der Gemeinden im Sinne des § 105 Abs. 1 Satz 2 Gemeindeordnung (GemO) eingegangen werden. Zunächst sollen jedoch die Organe der GmbH und deren Kompetenzen im Überblick dargestellt werden.

## 1. Organe der GmbH

Die GmbH muß zwingend über zwei Organe verfügen: die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung. Ein Aufsichtsrat muß dann gebildet werden, wenn die GmbH dem Mitbestimmungsrecht unterliegt; im übrigen ist ein fakultativer (freiwilliger) Aufsichtsrat - oft auch Beirat oder Verwaltungsrat genannt - möglich.

### a) Geschäftsführung

Die GmbH muß einen oder mehrere Geschäftsführer haben, wobei Geschäftsführer nur natürliche Personen sein können. Den Geschäftsführern obliegt die Geschäftsführung sowie die Vertretung der GmbH nach außen. Die interne Geschäftsführungsbefugnis wird durch die gesetzlichen Vorschriften, die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages sowie durch die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung begrenzt. Darüber hinaus müssen die Geschäftsführer die Restriktionen einer eventuell bestehenden Geschäftsordnung bzw. eines Geschäftsverteilungsplanes beachten, sofern die GmbH mehrere Geschäftsführer hat. Nach den Bestimmungen des GmbH-Gesetzes kann die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführern im Einzelfall Weisungen erteilen, die für die Geschäftsführung bindend sind. Ferner kann bei entsprechender Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages auch dem Aufsichtsrat ein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung eingeräumt werden (Häuselmann, VBIBW 1983, 230, 234).

b) Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung ist das oberste Organ der GmbH. Der Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung ist weitgehend dispositiv und bestimmt sich in erster Linie nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrages. Demgegenüber enthält das GmbH-Gesetz nur einzelne, zwingende Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung, wie die Änderung des Gesellschaftsvertrages, die Einforderung von Nachschüssen, den Beschluß über die Auflösung der Gesellschaft sowie die Bestellung bzw. Abberufung eines Liquidators in bestimmten Fällen. Darüber hinaus enthält § 46 GmbHG eine Auflistung von Kompetenzen, die jedoch durch den Gesellschaftsvertrag erweitert bzw. eingeschränkt werden können. Dazu zählen unter anderem die Feststellung des Jahresabschlusses und die Gewinnverteilung, die Anforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlagen, die Rückzahlung von Nachschüssen, die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern. Ungeachtet der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen obliegen der Gesellschafterversammlung die Rahmenentscheidungen über die Geschäftspolitik der GmbH.

Darüber hinaus kann die Gesellschafterversammlung auch die Entscheidungen über gewöhnlichen Routinefragen des Tagesgeschäfts an sich ziehen. Es gilt somit das Prinzip, daß die Gesellschafter die Herren der Gesellschaft sind. Bei einer kommunalen Eigengesellschaft ist eine förmliche Gesellschafterversammlung nicht erforderlich, so daß Beschlüsse immer ad hoc zu fassen sind. Für die Gemeinde als Gesellschafterin entscheidet daher im Regelfall, soweit nicht die Kompetenzen auf einen Ausschuß verlagert sind, der Gemeinderat, dem materiell die Stellung der Gesellschafterversammlung zukommt.

c) Aufsichtsrat

Sofern die GmbH nicht den Mitbestimmungsgesetzen unterliegt, ist, wie bereits erwähnt, die Bildung eines Aufsichtsrates freigestellt. Die rechtliche Ausgestaltung bleibt weitgehend dem Gesellschaftsvertrag der GmbH überlassen. Bei der kommunalen GmbH wird sehr häufig von der Einsetzung eines Aufsichtsrates Gebrauch gemacht, um eine verstärkte Kontrolle durch die öffentlichen Gremien zu erreichen. Im Regelfall wird im Gesellschaftsvertrag der GmbH dem Aufsichtsrat ein umfangreicher Zustimmungskatalog zu Maßnahmen der Geschäftsführung als Aufgaben zugewiesen. Im übrigen überwacht der Aufsichtsrat die Geschäftsführung.

Sofern die GmbH aufgrund ihrer Mitarbeiterzahl von mehr als 500 in den Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 fällt, hat sie zwingend einen Aufsichtsrat zu bilden. Dieser besteht zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern. Sind bei der GmbH mehr als 2.000 Mitarbeiter beschäftigt, so ist nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes ein Aufsichtsrat zu errichten, der hälftig aus Arbeitnehmervertretern besteht.

## 2. Weisungsrecht

### a) Gesellschafterversammlung

Nach § 105 der GemO vertritt der Bürgermeister die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung, wobei er auch einen Beamten oder Angestellten der Gemeinde mit seiner Vertretung beauftragen kann. Ungeachtet dessen kann die Gemeinde weitere Vertreter entsenden und diesen nach § 105 Abs. 1 GemO Weisungen erteilen. Das der Gemeinde gegenüber ihren Vertretern in der Gesellschafterversammlung zustehende Weisungsrecht ist bei der GmbH jederzeit durchsetzbar (Gern, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 5. Auflage, Rn. 228). Das Weisungsrecht im Sinne des § 105 Abs. 1 S. 3 GO verstößt auch nicht gegen zwingende (bundesgesetzliche) Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes, so daß der gesetzliche Vertreter der Gemeinde in einer Gesellschafterversammlung wirksam auftreten und abstimmen kann (Kunze/Bronner/Katz, § 105 GO, Rn. 18 m.w.N.).

Das Weisungsrecht gewährleistet, daß die gemeindlichen Vertreter an die Willensbildung des zuständigen Gremiums innerhalb der Gemeinde - regelmäßig des Gemeinderates bzw. eines Ausschusses - gebunden werden. Das gemeindliche Recht, Weisungen zu erteilen, besteht sowohl gegenüber dem Bürgermeister als dem Vertreter der Gemeinde kraft Amtes als auch gegenüber den sonstigen Vertretern der Gemeinde.

Die Zuständigkeit für die Erteilung von Weisungen innerhalb der Gemeinde richtet sich nach den allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen der Gemeindeordnung bzw. der Hauptsatzung und ist im Regelfall beim Gemeinderat angesiedelt. In vielen Fällen ist der Bürgermeister in Person der Vertreter der Gemeinde in den Gesellschafterversammlungen der GmbH. In diesem Fall ist er verpflichtet, rechtzeitig dafür Sorge zu tragen, daß dem zuständigen Gremium innerhalb der Gemeinde die Möglichkeit gegeben wird, auch tatsächlich Weisungen zu erteilen.

Sofern der gemeindliche Vertreter bei einer Abstimmung in der Gesellschafterversammlung gegen die ihm auferlegten Weisungen verstößt, ist seine Stimmabgabe innerhalb der Gesellschaft gleichwohl wirksam. Der Grund hierfür liegt darin, daß die Vorschrift des § 105 GemO lediglich das Innenverhältnis zwischen der Gemeinde und dem entsandten Vertreter regelt, während sich die Wirksamkeit der Abstimmung nach den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen richtet. Danach ist es ausreichend, daß die Abstimmung gesellschaftsrechtlich, d. h. entsprechend den Regelungen des Gesellschaftsvertrages bzw. der gesetzlichen Vorschriften wirksam war. Sofern ein Gemeindevertreter die ihm auferlegten Weisungen mißachtet muß er jedoch damit rechnen, kommunalpolitisch und kommunalrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. So ist es durchaus denkbar, daß die Gemeinde, d. h. im Regelfall der Gemeinderat, seine Abberufung aus dem Gesellschaftsorgan beschließt (vgl. Kunze/Bronner/Katz/v. Rotberg, § 105 GemO, Rn. 19).

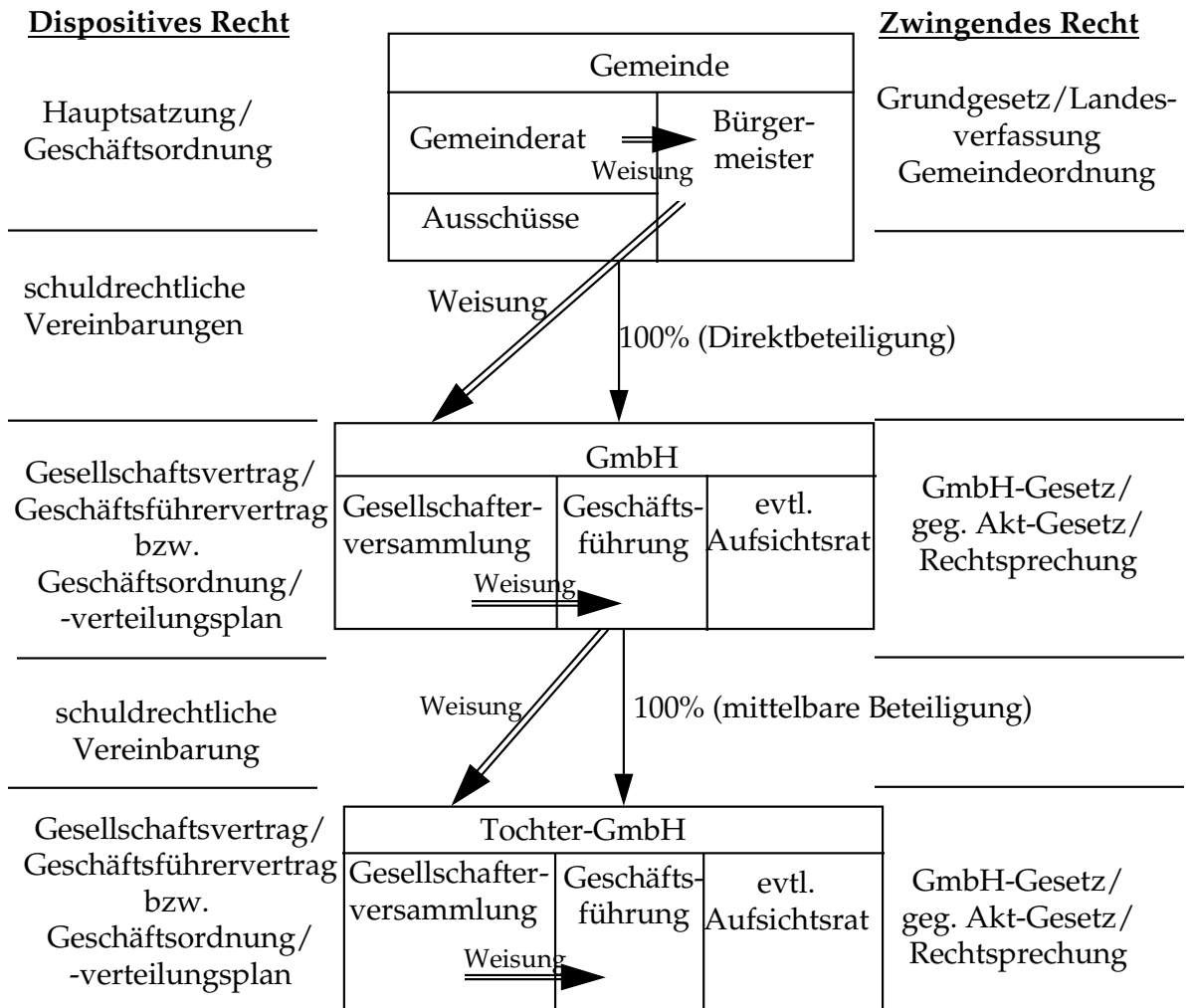
b) Aufsichtsrat

Im Schrifttum wird kontrovers diskutiert, ob auch gegenüber den Mitgliedern eines fakultativen Aufsichtsrates ein gesetzliches Weisungsrecht nach § 105 Abs. 1 Satz 2 GemO besteht (vgl. Waibel, BWVP 1993, 149, 151). Nach zutreffender Auffassung findet die Vorschrift des § 105 GemO lediglich für die Vertretung der Kommune in der Gesellschafterversammlung Anwendung und enthält damit keine Regelung über die Vertretung der Gemeinde in anderen Gremien, wie z. B. dem Aufsichtsrat (Kunze/Bronner/Katz/v. Rotberg, § 105 GemO, Rn. 20). Die Gemeindeordnung Baden-Württemberg enthält auch sonst keine spezielle Vertretungsregelung der Gemeinde im Aufsichtsrat. Der Bürgermeister ist nicht kraft Amtes Mitglied des Aufsichtsrates und hat darauf auch keinen Anspruch. Vielmehr obliegt es dem Gemeinderat darüber zu entscheiden, wer zum Mitglied dieses Aufsichtsgremiums bestellt wird. Demzufolge kann § 105 GemO auch keine Regelung für eine Weisungsgebundenheit der gemeindlichen Vertreter in den Aufsichtsräten der Eigengesellschaften entnommen werden. Ein derartiges Weisungsrecht wird von der herrschenden Meinung als unzulässig erachtet (Kunze/Bronner/Katz/v. Rotberg, § 105 GemO, Rn. 21; Faiß/Faiß/Giebler/Lang/Schmid, 6. Auflage, Rn. 1028; Schwintowski, NJW 1990, 1009, 1013; Püttner, DVBl 1986, 748, 751). Danach gilt die Lehre vom Vorrang des Gesellschaftsrechtes vor den Bestimmungen des Kommunalrechtes: Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung (BGHZ 36, 296; BGHZ 69, 334) und gesellschaftsrechtlichem Schrifttum gilt zugunsten des Aufsichtsrates und seiner Mitglieder der Grundsatz der Unabhängigkeit (vgl. Scholz, GmbHG, 8. Auflage, § 52 Rn. 232). Danach haben sich die Mitglieder des Aufsichtsrats ausschließlich am Wohl der Gesellschaft zu orientieren, d. h. ihre Pflichtenstellung fremdnützig auszuüben (Lutter/Grunewald, WM 1984, 385,394). Damit einhergehend hat jedes Aufsichtsratsmitglied eigenverantwortlich zu handeln und zu entscheiden. Den Aufsichtsratsmitgliedern kommt somit eine relativ selbständige Stellung zu. Sofern es zu einem Konfliktfall zwischen dem Wohl der sie entsendenden Gemeinde und den Interessen der GmbH kommen sollte, haben die

Aufsichtsratsmitglieder primär die Belange der Gesellschaft zu verfolgen. Dessen ungeachtet bleibt es der Gemeinde unbenommen, den entsandten Aufsichtsratsmitgliedern Vorschläge bzw. Handlungsanweisungen mit auf den Weg zu geben, die jedoch keinesfalls dem Charakter einer sie bindenden Weisung haben (Kunze/Bronner/Katz/v. Rotberg, a.a.O., Rn. 21).

c) Mittelbare Beteiligung

Sofern eine mittelbare gesellschaftliche Beteiligung der Gemeinde vorliegt, d. h. sofern eine GmbH an der die Gemeinde beteiligt ist (GmbH) sich selbst wiederum an einer GmbH beteiligt (Tochter-GmbH) gilt hinsichtlich der Weisungsbefugnisse folgendes:



Die Rechte in der Gesellschafterversammlung der Tochtergesellschaft werden regelmäßig durch die Geschäftsführung der GmbH als deren vertretungsberechtigtes Organ wahrgenommen. Die Gesellschafterversammlung der Tochtergesellschaft hat wiederum die Möglichkeit, der Geschäftsführung der Tochter-GmbH in Einzelfällen Weisungen zu erteilen. Eine direkte Weisungsbefugnis des Gemeinderates gegenüber der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft ist gesetzlich nicht vorgesehen.

Eine Weisung der Gemeinde an die Geschäftsführer der Tochtergesellschaft muß daher wie folgt durchgeführt werden: Das zuständige Gremium der Gemeinde (Gemeinderat bzw. zuständiger Ausschuß) weist den Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung, d. h. regelmäßig den Bürgermeister an, dem Geschäftsführer der GmbH bestimmte Weisungen für sein (Abstimmungs-)Verhalten in der Gesellschafterversammlung der Tochtergesellschaft zu erteilen. Der Geschäftsführer der GmbH in seiner Eigenschaft als vertretungsberechtigtes Organ der GmbH innerhalb der Gesellschafterversammlung der Tochter-GmbH muß diese Weisung dem Geschäftsführer der Tochtergesellschaft weitergeben, der sie dann umzusetzen hat.

Darüber hinaus wird bei Gründung der Tochtergesellschaft regelmäßig in deren Gesellschaftsvertrag ein umfangreicher Zustimmungskatalog zugunsten der GmbH in der Eigenschaft als alleiniger Gesellschafter der Tochter-GmbH aufgenommen. Ein solcher Zustimmungskatalog garantiert eine umfangreiche Mitwirkungs- und Kontrollmöglichkeit zugunsten der GmbH und damit mittelbar für die Gemeinde.

Somit kann festgestellt werden, daß die Aufsichtsratsmitglieder die von der öffentlichen Hand entsandt werden, die gleichen Rechte und Pflichten haben, wie die Aufsichtsratsmitglieder innerhalb einer privaten GmbH.

### 3. Sonstige Einflußnahme der Gemeinde

Weitere Einflußmöglichkeiten für die Gemeinde ergeben sich aus schuldrechtlichen Vereinbarungen mit der GmbH. Solche schuldrechtlichen Vereinbarungen können etwa Konzessionsverträge, Entsorgungsverträge, Erbbaurechtsverträge oder gar Personalgestellungsverträge sein. Sehr häufig anzutreffen sind umfangreiche Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Gemeinde sofern bestimmte Wertgrenzen erreicht oder sonstige Maßnahmen von erheblicher Bedeutung getroffen werden sollen. In diesem Zusammenhang sollte auch erwähnt werden, daß ausgefeilte Beendigungsmechanismen wie vertragliche Kündigungsrechte, Heimfallrechte etc. bzw. Sanktionsmöglichkeiten zur Durchsetzung des kommunalen Einflusses gegenüber der Eigengesellschaft förderlich sein können.