

Vorsorge treffen

Die Verpflichtung des Aufsichtsrats auf das Interesse der Gesellschafterkommune in der Eigengesellschaft

Von Dr. Axel Smend und Dr. Christian Ziche

Vor allem größere Städte gehen zunehmend dazu über, eigene Corporate-Governance-Kodizes (PGK) zu verabschieden. Diese Kodizes orientieren sich am Musterkodex des Bundes, der im Jahr 2009 für Unternehmen mit Bundesbeteiligung verfasst wurde. Grundanliegen ist es, den kommunalen Einfluss in den Unternehmen zu sichern und zu erhöhen. Diesem Zweck dienen auch die jeweiligen Regelungen zu den Aufsichtsräten, deren gemeinsamer Nenner in der Betonung der Verhaltenspflichten gegenüber der Kommune besteht. In der Praxis ist festzustellen, dass bei Stadtratsmitgliedern gleichwohl Unsicherheit darüber besteht, inwieweit sie berechtigt oder verpflichtet sind, diesen Vorgaben zu folgen. Vielfach sehen sie sich durch ein vorrangiges Unternehmensinteresse der Gesellschaft daran gehindert, die kommunalen Interessen umzusetzen. Das kann im Einzelfall sogar dazu führen, dass sie im Aufsichtsrat anders abstimmen als zuvor im Stadtrat. Jedenfalls für den praktisch wohl wichtigsten Fall der Eigengesellschaft in der Rechtsform der GmbH gibt es aber kein vorrangiges Unternehmensinteresse. Aufsichtsratsmitglieder sind deshalb verpflichtet, ihre Tätigkeit an den Interessen der Gesellschafterkommune zu orientieren, Vorgaben des Stadtrats umzusetzen und der Kommune ggf. auch zu berichten. Dies aufzuzeigen ist Gegenstand dieses Kurzbeitrags.

Die kommunale Aufgabe

Wirtschaftlich bedeutende und risikoreiche Aufgaben, wie Energie- und Wasserversorgung, ÖPNV oder Wohnungsverwaltung, erfüllen Kommunen in der Regel durch Ausgliederung auf eine GmbH.

Geschieht dies, so sehen die Kommunalrechte der Bundesländer im Wesentlichen übereinstimmend vor, dass die Kommunen ihren Einfluss auf die Gesellschaft durch die Einrichtung von Aufsichtsräten sichern sollen. Dies gilt auch bei sog. Eigengesellschaften, also solchen Gesellschaften, an denen ausschließlich eine Kommune beteiligt ist. Wegen der gesetzlich geregelten, umfassenden Weisungs- und Informationsrechte eines GmbH-Gesellschafters gegenüber der Geschäftsführung (vgl. §§ 37 Abs. 1, 51a GmbHG) ist dies zwar an sich solange nicht erforderlich, wie aufgrund der Beschäftigtenzahlen kein Aufsichtsrat nach dem MitbestG oder dem DrittelbeteiligungsG gebildet werden muss. Gleichwohl richten Kommunen besonders bei größeren Unternehmen im Regelfall einen sog. fakultativen Aufsichtsrat ein, in dem dann meist die Fraktionen entsprechend den Mehrheitsverhältnissen im Stadtrat vertreten sind.

Die Übertragung der Aufgabe auf eine GmbH – mit oder ohne Einrichtung eines Aufsichtsrats – ändert aber nichts daran, dass es sich nach wie vor um eine kommunale Aufgabe handelt. Auch nach einer sog. formellen Privatisierung bleiben die Stadt und damit der Stadtrat für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgabe in der Verantwortung. Das bedeutet, dass es eine originäre Pflicht der Mitglieder des Stadtrats ist, dafür Sorge zu tragen, dass der Wille des Stadtrats in den Gesellschaften umgesetzt wird. Es bedeutet grundsätzlich auch, dass sie verpflichtet sind, in einem Aufsichtsrat im Rahmen ihrer Überwachungsaufgabe darauf zu achten, dass die Geschäftsführung das Unternehmen diesen Vorgaben entsprechend leitet.

Kollidierendes und vorrangiges Unternehmensinteresse?

Aufsichtsratsmitglieder sind primär dem Interesse des Unternehmens und nicht dem Anteilseignerinteresse verpflichtet. Dieser Satz ist kapitalgesellschaftsrechtliches Allgemeingut. In der Praxis wird er häufig in dem Sinne verstanden, dass die Eigengesellschaft ein eigenes Interesse habe, das sich von dem Interesse ihres Gesellschafters unterscheidet und das ein Aufsichtsrat deshalb vorrangig zu beachten habe. Das führt bei städtischen Aufsichtsratsmitgliedern mitunter zu Konflikten: Man ist unsicher, ob etwa sozial verträglichen Mieten zugestimmt werden darf, da doch die Gesellschaft als GmbH auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Man zweifelt, ob ein Grundstück unter Wert verkauft werden darf; einerseits würde das Bauvorhaben des Kaufinteressenten zwar den Attraktivitätswert der Stadt deutlich steigern, andererseits würde aber das Interesse der Gesellschaft an der Erzielung eines möglichst hohen Kaufpreises missachtet, und dieses Interesse gehe vor.

Dieses „Konflikt“-Verständnis ist nicht richtig. Gegenläufige und vorrangig zu beachtende Unternehmensinteressen einer Eigengesellschaft, die eine Gesellschafterkommune zu beachten hätte und die vor ihr zu schützen wären, gibt es nicht. Es ist vielmehr das Gesellschafterinteresse und damit das der Kommune, das vorgibt, wie sich die Organe der Unternehmen und somit auch die Mitglieder des Aufsichtsrats zu verhalten haben (so erstmals wohl Altmeyen, NJW 2003, S. 2561; ausführlich ders., in: Festschrift für Uwe H. Schneider, 2011, S. 1 ff mit weiteren Nachweisen).

Spätestens seit der „Trihotel“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.07.2007 (Az. II ZR 3/04) ist für die Praxis geklärt, dass ein vom Gesellschafterinteresse verschiedenes Interesse der GmbH grundsätzlich nicht anzuerkennen ist. Der Gesellschafter darf daher sogar Maßnahmen veranlassen, die für die Gesellschaft nachteilig sind und die ihr schaden. Die Grenze der Zulässigkeit solcher

Maßnahmen ist erst erreicht, wenn die GmbH zur „Gläubigerfalle“ wird, d.h., wenn die Rechtsform der GmbH bewusst zum Nachteil des Rechtsverkehrs benutzt wird und Gläubiger geschädigt werden. Dann liegt ein Missbrauch vor, und der Gesellschafter haftet wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB auf Schadenersatz.

Wenn es bei einer Eigengesellschaft demnach grundsätzlich kein verselbständigtes „Unternehmensinteresse“ gibt, das der Gesellschafter zu beachten hat, dann gilt dies auch für die Mitglieder des Aufsichtsrats. Es ist allein der Wille des Gesellschafters, auf dessen Umsetzung durch die Geschäftsführung der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit zu achten hat. Ob daher formuliert wird, dass in Eigengesellschaften kein eigenes Interesse der Kapitalgesellschaft existiere, oder ob man sagt, dass deren Interesse von dem Gesellschafter definiert und daher mit seinem Interesse identisch sei, macht sachlich keinen Unterschied (vgl. dazu Altmeyen, a.a.O., S. 7; a.A. wohl Spindler, ZIP 2011, S. 689, 696). Entscheidend ist, dass es mangels eines solchen Interessenwiderstreits keinen Konflikt gibt, den ein Aufsichtsrat zugunsten des Unternehmens lösen müsste. Städtische Aufsichtsratsmitglieder sind deshalb verpflichtet, im Rahmen ihrer Überwachungsaufgabe darauf zu achten, dass die Geschäftsführung das Unternehmen im Interesse der Gesellschafterin „Stadt“ führt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Stadt eine förmliche Weisung ausgesprochen hat. Allein der dem Aufsichtsrat bekannte Wille der Stadt genügt.

Nach zutreffender Auffassung gilt dies nicht nur für einen fakultativen Aufsichtsrat, sondern auch für einen Aufsichtsrat, der nach dem Drittelbeteiligungsgesetz mitbestimmt ist. Auch in einer solchen GmbH ist es allein der Gesellschafterwille, der darüber entscheidet, wie die Gesellschaft sich ausrichtet. Der Gesellschafter hat sogar die Möglichkeit, sich gegen jeden ihm missliebigen Aufsichtsratsbeschluss durch konträre Weisung an die Geschäftsführung durchzusetzen (BGHZ 135, S. 48, 55 f.).

Das zeigt, dass es ein verselbständigtes Unternehmensinteresse auch hier nicht gibt. Deshalb ist der gesamte Aufsichtsrat – d.h., es sind nicht nur die Anteilseignervertreter, sondern auch die Arbeitnehmervertreter – auf das städtische Interesse verpflichtet.

Schließlich gilt dies auch bei einer GmbH, die nach dem MitbestG pflichtmitbestimmt ist. Hier liegt es zwar so, dass die Personalkompetenz, also die Zuständigkeit für die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern, der Gesellschafterebene entzogen und dem Aufsichtsrat zugeordnet ist. Das ändert aber nichts daran, dass es auch hier allein Sache des Gesellschafters und nicht Sache des Aufsichtsrats ist, die Geschicke des Unternehmens zu bestimmen. Dementsprechend ist es auch hier der Gesellschafterwille, der das Unternehmensinteresse definiert und auf dessen Umsetzung die Aufsichtsratsstätigkeit ausgerichtet ist.

Praxisempfehlung

Es ist höchstrichterlich geklärt, dass der Gesellschafter über die Ausrichtung des Unternehmens entscheidet. Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist aber, ob daraus auch die Verpflichtung des Aufsichtsrats in einer Eigengesellschaft auf das Interesse des Gesellschafters folgt, wie dies vorstehend dargestellt ist. Das BVerwG und das OVG Münster haben lediglich ausgeführt, dass kommunale Aufsichtsratsmitglieder den Weisungen einer Gesellschafterkommune unterliegen, wenn die Geltung der aktienrechtlichen Vorschriften in der Satzung abbedungen worden ist (BVerwG NJW 2011, S. 3735 m. Anm. Altmeppen; OVG Münster GmbHHR 2010, S. 92). Den Entscheidungsgründen des BVerwG dürfte sogar zu entnehmen sein, dass es anders geurteilt hätte, wenn es in dem konkreten Fall bei der Regel des § 52 GmbHG und damit der Geltung der §§ 111 Abs. 5, 116, 93 AktG geblieben wäre, aus der die Eigenverantwortlichkeit und daran anknüpfend die Weisungsfreiheit hergeleitet wird (BGHZ 169, S. 98). Nun betreffen diese Ent-

scheidungen allerdings mehrgliedrige GmbHs, d.h. Gesellschaften mit mehreren Gesellschaftern, deren Interessenlage durchaus heterogen sein kann. Offen ist, ob die Gerichte auch bei Eigengesellschaften so weit gegangen wären, Weisungsrechte der Gesellschafterkommune zu verneinen, oder ob sie aufgrund der Rechtsprechung des BGH zum fehlenden Eigeninteresse einer GmbH gegenüber ihrem Alleingesellschafter ebenfalls zu dem obigen Ergebnis gekommen wären.

Für die kommunale Praxis folgt daraus bis zu einer höchstrichterlichen Klärung, dass sie Vorsorge treffen sollte. Das kann nachstehend nur grob skizziert werden: So sollte bereits auf Ebene der Satzung im Unternehmenszweck der Gesellschaft zum Ausdruck kommen, dass die Gesellschaft ihre Aufgabe im Interesse der Gesellschafterkommune erfüllt. Darüber hinaus sollte in den Regelungen über den Aufsichtsrat klargestellt werden, dass auch dieser seine Aufgaben im Interesse der Kommune wahrnimmt und dass er die Geschäftsleitung im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe daraufhin kontrolliert und berät, ob sie das Unternehmen den Interessen der Kommune entsprechend steuert. Weitergehend kann in der Satzung einer fakultativ mitbestimmten GmbH festgelegt werden, dass die Aufsichtsratsmitglieder zur Umsetzung städtischer Weisungen verpflichtet sind und dass entsprechend den kommunalrechtlichen Vorschriften der meisten Bundesländer eine Informationspflicht besteht (vgl. dazu mit weiteren Nachweisen auch zur Gegenauffassung Altmeppen, a.a.O., S. 4, 8). Inwieweit dies auch bei dem DrittelbeteiligungsG und dem MitbestG unterliegenden Gesellschaften wirksam geregelt werden kann, ist fraglich und umstritten. Soweit es um die Anteilseignerseite geht, dürfte dies zu bejahen sein; in Bezug auf die Arbeitnehmervertreter ist dies nach derzeitigem Stand von Rechtsprechung und Literatur eher zweifelhaft. Deshalb ist anzuraten, die Regelung auf die Arbeitgeberseite zu beschränken und sie zusätzlich unter den Vorbehalt zu stellen, dass zwingendes Geset-

zesrecht (etwa des MitbestG) nicht entgegensteht. Schließlich empfiehlt sich die Aufnahme entsprechender Aussagen in die PGK, so dass auch durch den Kodex klargestellt wird, dass das Aufsichtsratsmitglied seine Aufgabe im Interesse der Gesellschafterkommune wahrnimmt und dass die daraus resultierende Pflichtenbindung durch ein kollidierendes Unternehmensinteresse der Eigengesellschaft nicht relativiert werden kann.



*Rechtsanwalt
Dr. Axel Smend,
Of Counsel, Luther Rechtsanwalts-
gesellschaft mbH,
Berlin*

axel.smend@luther-lawfirm.com



*Rechtsanwalt
Dr. Christian Ziche,
Partner, Luther Rechtsanwalts-
gesellschaft mbH,
Dresden*

christian.ziche@luther-lawfirm.com