

## **Gesetzentwurf**

**der Abgeordneten Katrin Kunert, Dr. Kirsten Tackmann, Dr. Dietmar Bartsch, Herbert Behrens, Karin Binder, Heidrun Bluhm, Steffen Bockhahn, Roland Claus, Caren Lay, Sabine Leidig, Michael Leutert, Dr. Gesine Löttsch, Thomas Lutze, Kornelia Möller, Jens Petermann, Ingrid Remmers, Dr. Ilja Seifert, Kersten Steinke, Sabine Stüber, Alexander Süßmair und der Fraktion DIE LINKE.**

### **Entwurf eines Gesetzes über Kapitalgesellschaften mit kommunaler Beteiligung**

#### **A. Problem**

Zur Bewältigung ihrer Aufgaben sind die Kommunen in den letzten Jahren zunehmend dazu übergegangen, Unternehmen als privatrechtliche Kapitalgesellschaften, nämlich Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) und Aktiengesellschaften (AG), zu gründen und zu betreiben. In vielen Fällen haben auch Private Anteile an diesen Gesellschaften erworben. Diese Verlagerung der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge von der Kommunalverwaltung auf Unternehmen in privater Rechtsform hat zu einem erheblichen Verlust der Steuerungsfähigkeit zulasten der kommunalen Vertretungskörperschaften geführt.<sup>1</sup>

Wählen die Kommunen für die Erreichung ihres öffentlichen Zwecks die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft des Privatrechts, erwachsen ihr aus der Wahl der Rechtsform Beschränkungen bei der Erfüllung ihrer Ingerenzpflicht. Hiernach sind die Kommunen aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen dazu verpflichtet, angemessenen Einfluss auf kommunale Unternehmen auszuüben. Allerdings 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 beim gegenwärtigen Stand des Aktienrechts 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.

Auch bei der GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat fehlen Weisungsrechte der Kommune gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrats. Die Einflussmöglichkeiten sind aber insoweit größer, als dass sich die Kommune im Gesell-

---

<sup>1</sup> Diese Einschätzung gibt die Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung, zitiert nach Schoepke, VBIBW 1994, S. 81 (82).

schaftsvertrag Weisungsrechte und Zustimmungsvorbehalte gegenüber den Geschäftsführern vorbehalten kann.<sup>2</sup>

### **B. Lösung**

Zur Verwirklichung demokratischer Kontrolle von kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform bedarf es spezieller Rechtsvorschriften, die insbesondere durch Auskunfts- und Weisungsrechte zugunsten der Kommunen, die Öffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats, die Synchronisierung von Amtszeit des Aufsichtsrats und Wahlperiode der kommunalen Vertretungskörperschaft und die Regelung des Verhältnisses von öffentlichem Unternehmenszweck und Gesellschaftsinteressen eine effektive demokratische Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform ermöglichen.<sup>3</sup>

### **C. Alternativen**

Keine.

### **D. Kosten**

Für die öffentliche Hand entstehen keine zusätzlichen finanziellen Belastungen.

---

<sup>2</sup> Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 557.

<sup>3</sup> Ähnlich Schoepke, VBIBW 1994, S. 81 (82).

## Entwurf eines Gesetzes über Kapitalgesellschaften mit kommunaler Beteiligung

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### § 1

#### **Anwendungsbereich, Anwendungsvorrang**

(1) Dieses Gesetz und die Gesetze, die die Länder auf Grund dieses Gesetzes erlassen, gelten für die Kapitalgesellschaften, an denen kommunale Gebietskörperschaften und die von ihnen gebildeten juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Kommunen) mit mehr als 25 vom Hundert des Grund- bzw. Stammkapitals beteiligt sind (Kapitalgesellschaften mit unmittelbarer kommunaler Beteiligung), und für Kapitalgesellschaften, an denen eine Kapitalgesellschaft mit unmittelbarer kommunaler Beteiligung mit mehr als 25 vom Hundert des Grund- bzw. Stammkapitals beteiligt ist (Kapitalgesellschaften mit mittelbarer kommunaler Beteiligung).

(2) Die Vorschriften dieses Gesetzes und der Gesetze, die die Länder auf Grund dieses Gesetzes erlassen, 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 auf Grund dieses Gesetzes erlassen haben, kann in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft nicht abgewichen werden.

### § 2

#### **Mitglieder des Aufsichtsrats**

(1) Auf die Entsendungsrechte ist die Beschränkung des § 101 Absatz 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.

(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 einer Gesellschaft mit unmittelbarer oder mittelbarer kommunaler Beteiligung 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 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 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 Unmöglichkeit der 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 und auf ihren Vorschlag durch das zuständige Organ der Gesellschaft mit unmittelbarer kommunaler Beteiligung gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats an Weisungen der Kommune gebunden sind. Ebenso können die Länder durch Gesetz bestimmen, dass die von der Kommune entsandten und auf ihren Vorschlag vom zuständigen Organ der Gesellschaft mit unmittelbarer kommunaler Beteiligung gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats in bestimmten Angelegenheiten einem Beschluss des Aufsichtsrats nur mit Zustimmung der Kommune zustimmen dürfen.

(2) Die Länder können durch Gesetz regeln, dass die von einer Gesellschaft mit unmittelbarer kommunaler Beteiligung in den Aufsichtsrat einer Gesellschaft mit mittelbarer kommunaler Beteiligung entsandten und die auf Vorschlag der Gesellschaft mit unmittelbarer kommunaler Beteiligung vom zuständigen Organ der Gesellschaft mit mittelbarer kommunaler Beteiligung gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats an Weisungen der Kommune gebunden sind und

für die Zustimmung zu bestimmten Entscheidungen des Aufsichtsrats der Zustimmung der Kommune bedürfen.

(3) 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 und Beschlüsse der Gesellschaftsorgane, die zu einem Ausbleiben oder einer erheblichen Minderung eines Überschusses oder zum zeitweiligen Wertverlust der Gesellschaftsanteile führen, nicht verletzt, wenn

1. das Ausbleiben oder eine erhebliche Minderung 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.

Gleiches gilt für Gesellschaften an denen eine Kapitalgesellschaft mit unmittelbarer kommunaler Beteiligung beteiligt ist.

(2) Auf ein Ausbleiben eines Überschusses oder einen Wertverlust der Gesellschaftsanteile kann sich ein Gesellschafter für die Anfechtung eines Beschlusses der Gesellschaftsorgane 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.

#### § 7

##### **Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Berlin, den 20. November 2012

**Dr. Gregor Gysi und Fraktion**

## Begründung

### A. Allgemeines

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.<sup>4</sup> Als Interessen der privaten Gesellschafter schützt das Gesellschaftsrecht das Interesse am Erhalt des Werts ihrer Beteiligung und das Interesse an der Verzinsung des in das Unternehmen investierten Kapitals.<sup>5</sup> 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 und Einwohner 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 und Einwohner 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. Weitergehende soziale Interessen bei der Versorgung der Einwohnerinnen und Einwohner 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.<sup>6</sup> Insbesondere dadurch, dass die Vertreter der Kommune in der Gesellschaft der Vertretungskörperschaft gegenüber in vielen Fällen nach § 394 des Aktiengesetzes (AktG) zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, wird die demokratische Kontrolle der Unternehmen und der Vertreter der Kommune in ihnen durch die Vertretungskörperschaft der Kommune beeinträchtigt.<sup>7</sup> Zudem macht die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats die demokratische Kontrolle der Tätigkeit der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat durch die Bürgerinnen und Bürger 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.<sup>8</sup> Ohne diese Kontrollmöglichkeit droht die Gefahr, dass sich die Organe der Gesellschaft vom Willen der demokratisch legitimierten Vertretungskörperschaft der Kommune und der Bürgerinnen und Bürger entkoppeln und letztere keine Möglichkeit haben, die Organe der Gesellschaft zur Einhaltung ihres Willens zu zwingen.

Zudem kann die nach gegenwärtiger Rechtslage bestehende 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 Absatz 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 Absatz 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 Voraussetzung demokratischer Verantwortlichkeit und Kontrolle. Die Möglichkeit der Abberufung ist die Aussicht auf eine Sanktion. Aus ihr folgt die Motivation des Amtsträgers, dem Willen der Körperschaft, die ihn ins Amt gewählt hat, zu folgen.<sup>9</sup> 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

<sup>4</sup> Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 558.

<sup>5</sup> Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 555.

<sup>6</sup> Schoepke, VBIBW 1994, S. 81 (82); Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 561.

<sup>7</sup> Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 561.

<sup>8</sup> So für den Bedarf an Beobachtbarkeit des Regierungshandelns durch das Parlament DiFabio in Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Badura-FS, 2004, S. 77 (82).

<sup>9</sup> Von Simson, VVDStRL Bd. 29, S. 3 (32).

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.

Schließlich sind die Amtszeiten der Aufsichtsratsmitglieder nicht mit den Wahlperioden der kommunalen Vertretungskörperschaften synchron. Dies führt dazu, dass nicht sofort am Beginn einer neuen Wahlperiode der Vertretungskörperschaft eine Neuwahl der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat erfolgt, sondern erst im Verlauf der Wahlperiode, sobald die Amtszeit des Aufsichtsrats endet. Eine Anpassung der Besetzung des Aufsichtsrats an die durch die Neuwahl hergestellten Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft ist mithin nicht schon zu Beginn der Wahlperiode möglich.

## B. Einzelbegründung

### 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 unmittelbar oder mittelbar mit einem Mindestanteil am Grund- bzw. Stammkapital beteiligt ist. Außerdem regelt die Norm, dass kommunale Gebietskörperschaften in dem Gesetz als Kommunen und Kapitalgesellschaften mit kommunaler Beteiligung als Kapitalgesellschaften mit unmittelbarer bzw. mittelbarer kommunaler Beteiligung bezeichnet werden. 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 Absatz 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.

Der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes ist beschränkt. Es erfasst nach § 1 Absatz 1 Kapitalgesellschaften, an denen eine Kommune mit mehr als 25 Prozent am Grund- bzw. Stammkapital beteiligt ist, und Kapitalgesellschaften, an denen eine Kapitalgesellschaft mit vorstehender kommunaler Beteiligung mit mehr als 25 Prozent beteiligt ist. Auf Kapitalgesellschaften mit mittelbarer oder unmittelbarer Beteiligung einer Kommune unterhalb dieser Grenze findet das Gesetz keine Anwendung.

Diese Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs hat rechtspolitische und verfassungsrechtliche Gründe, die unten

im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des § 4 näher erläutert werden.

Damit, dass der Anwendungsbereich dieses Gesetzes auf Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung beschränkt ist, sind die Normen dieses Gesetzes als Ausnahmevorschriften ausgewiesen, die nur auf Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung anzuwenden sind. Für die übrigen Kapitalgesellschaften und Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung unterhalb der in § 1 Absatz 1 festgelegten Quote verbleibt es bei den bisherigen Regelungen im AktG, dem GmbH-Gesetz (GmbHG) und den Mitbestimmungsgesetzen.

Absatz 2 bestimmt, dass die Regelungen dieses Gesetzes und der Gesetze, die die Länder aufgrund dieses Gesetzes erlassen, 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 und der Landesgesetze widersprechen, auf Kapitalgesellschaften mit kommunaler Beteiligung im Sinne des § 1 Absatz 1 nicht anzuwenden. Die Anwendung aller Normen dieses Gesetzes auf Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung im Sinne des § 1 Absatz 1 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 im Sinne des § 1 Absatz 1 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 im Sinne des § 1 Absatz 1.

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 der §§ 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 und Bürger 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 und Bürgern effektiv zu gestalten, bedarf es aber eines gesicherten Informationsflusses aus dem Aufsichtsrat in die Vertretungs-

körperschaft 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 Absatz 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 des Aufsichtsrats der Aufsichtsratsmitglieder an die durch die Wahl geänderten Mehrheitsverhältnisse in der Vertretungskörperschaft angepasst werden muss. Damit erhalten vor allem neu in der Vertretungskörperschaft vertretene Fraktionen 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 Absatz 2 AktG enthält ein solches Recht nur für entsandte Aufsichtsratsmitglieder. Nach § 103 Absatz 1 AktG bedarf die Abberufung von gewählten Aufsichtsratsmitgliedern eines Beschlusses der Hauptversammlung. Bei diesem Stand des Aktienrechts hätte 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 effektiver.

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.

Die Absätze 2 bis 4 sind mit ihrem Wortlaut für Kapitalgesellschaften mit unmittelbarer Beteiligung einer Kommune konzipiert; sie regeln abweichend vom AktG die Rechte der Aktionärin bzw. Gesellschafterin Kommune bei der Besetzung von Aufsichtsräten. Vergleichbare Regelungen für Gesellschaften mit nur mittelbarer kommunaler Beteiligung – an denen nicht die Kommune selbst, sondern eine kommunale Kapitalgesellschaft beteiligt ist – hätten einer sehr komplexen Regelungstechnik bedurft, da bei Gesellschaften mit mittelbarer kommunaler Beteiligung die Rechte der Aktionärin bzw. Gesellschafterin von der Gesellschaft und nicht von der Kommune ausgeübt werden. Damit hätte geregelt werden müssen, welche Rechte der Kommune gegenüber der Gesellschaft, an der sie unmittelbar beteiligt ist, zustehen, um letztere dazu zu verpflichten, ihre Rechte als Aktionärin bzw. Gesellschafterin der Gesellschaft mit mittelbarer kommunaler Beteiligung im Interesse der Kommune auszuüben. Eine solch komplexe Regelung kann in der Rechtspraxis leicht zu Ergebnissen führen, die von den Regelungszielen des Gesetzgebers erheblich abweichen. Daher sollten entsprechende Regelungen nicht ohne zwingende Notwendigkeit gesetzlich fixiert werden. Eine solche Notwendigkeit besteht hier jedoch nicht. So sind Tochterunternehmen kommunaler Kapitalgesellschaften in der Praxis fast ausnahmslos in der Rechtsform der GmbH organisiert; die Rechtsform der AG kommt in der Praxis nur bei Mutterunternehmen zur Anwendung. Bei der GmbH können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag regeln, wem das Recht zur Besetzung des Aufsichtsrats und zur Abberufung seiner Mitglieder zustehen soll. Die Ausnahme sind nur Gesellschaften, die der Mitbestimmung nach dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG) und dem Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (DrittelbG) unterliegen. Bei allen nicht mitbestimmten GmbHs – welche in der Praxis die weit überwiegende Mehrzahl der Tochterunternehmen von Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung darstellen dürften – können die Besetzung des Aufsichtsrats und die Abberufung seiner Mitglieder durch die kommunale Vertretungskörperschaft, die Amtszeit des Aufsichtsrats und die Entsendungsrechte also bereits nach der gegenwärtig geltenden Rechtslage durch den Gesellschaftsvertrag so geregelt werden, dass die Rechte der

Kommune gegenüber der Gesellschaft mit mittelbarer kommunaler Beteiligung den auf unmittelbare Beteiligungen zugeschnittenen Regelungen des § 2 entsprechen; besonderer gesetzlicher Regelung bedarf es daher nicht.

### 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 der §§ 116, 93 Absatz 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 Letztgenannten 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.

Zudem bedarf es einer bundeseinheitlichen Regelung nicht, um das beabsichtigte Ziel einer weitgehenden Befreiung der Aufsichtsratsmitglieder von der Verschwiegenheit gegenüber der Kommune zu erreichen. So haben viele Bundesländer schon jetzt Bestimmungen in ihre Gemeindeordnungen aufgenommen, die die Aufsichtsratsmitglieder zu umfassenden Auskünften gegenüber den kommunalen Vertretungskörperschaften verpflichten.<sup>10</sup> Diese bleiben derzeit unwirksam, da die Verschwiegenheitspflicht aus den §§ 116, 93 Absatz 1, § 394 AktG als Bundesrecht nach Artikel 31 des Grundgesetzes (GG) die landesrechtlichen Berichtspflichten unwirksam macht. Bei der in § 3 vorgeschlagenen Neuregelung auf Bundesebene würden die bereits bestehenden landesrechtlichen Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht wirksam. Zudem ist zu erwarten, dass auch die übrigen Länder vergleichbare Vorschriften erlassen, da sie nur wegen des bisher entgegenstehenden Bundesrechts von solchen Regelungen Abstand genommen haben.

Die mit § 3 beabsichtigte Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern verstößt nicht gegen das Grundgesetz. So unterfallen die Kompetenz zur Rege-

lung des bürgerlichen Rechts (Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG) und die für die Regelung des Rechts der Wirtschaft (Artikel 74 Absatz 1 Nummer 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, Artikel 72 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 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 Absatz 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 Aufsichtsratsaktivität in kommunalen Unternehmen erreicht. So können sich sowohl die Mitglieder der Organe der Kommune als auch interessierte Bürgerinnen und Bürger als Zuschauerinnen und 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 berechtigte 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.

<sup>10</sup> Artikel 93 Absatz 2 BayGO; § 97 Absatz 7 BbgKVerf; § 71 Absatz 4 KV M-V; § 138 Absatz 4 NKomVG; § 98 Absatz 2 SächsGemO.

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.

§ 4 könnte in die privaten Mitgesellchaftern zustehende Berufsfreiheit des Artikel 12 GG eingreifen, da er ihnen verbietet, Angaben der Gesellschaft geheim zu halten, die vom Aufsichtsrat zwingend in öffentlicher Sitzung zu behandeln sind. Hierin könnte eine Regelung der Berufsausübung liegen. Ob ein solcher Eingriff vorliegt, kann jedoch dahinstehen, da er verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Dies ist dann der Fall, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls für die Regelung der Berufsausübung sprechen.<sup>11</sup> Die Regelung soll die bei der gegenwärtigen Rechtslage bestehenden Defizite bei der demokratischen Kontrolle kommunaler Unternehmen in privater Rechtsform beseitigen (vgl. zu diesen Defiziten oben unter 1.). Die Geheimhaltung von Angaben der Gesellschaft gegenüber der kommunalen Vertretungskörperschaft und der demokratischen Öffentlichkeit der Wählerinnen und Wähler soll weitgehend aufgehoben werden, indem die Sitzungen der Aufsichtsräte kommunaler Unternehmen öffentlich tagen. Die hierdurch verstärkte Transparenz unternehmensinterner Vorgänge führt zu einem dazu, dass die Mitglieder der Vertretungskörperschaft über die Tätigkeit des Unternehmens und der Vertreter der Kommune in dessen Organen informiert sind. Erst mit diesen Informationen erhalten sie die Grundlagen, die für die demokratisch gebotene Einflussnahme auf das Unternehmen notwendig sind. Nur mit diesen Informationen können die kommunalen Vertretungskörperschaften Vertreterinnen und Vertreter in den Unternehmensorganen für Abweichungen vom Willen der Kommune zur Verantwortung ziehen; die Regelung dient damit auch der Stärkung der demokratischen Legitimation des unternehmerischen Handelns der Unternehmensorgane. Zum anderen erhalten auch die Wählerinnen und Wähler aus öffentlichen Aufsichtsratssitzungen die Informationen, deren sie bedürfen, um ihre Wahlentscheidung auch aufgrund des wirtschaftlichen Handelns der Kommunalpolitikerinnen und -politiker in den Organen kommunaler Unternehmen abhängig machen zu können; auch insofern dient die Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen der Stär-

kung der demokratischen Verantwortlichkeit der Kommunalpolitikerinnen und -politiker.

Der Einfluss der Kommune auf das Unternehmen muss rechtlich und tatsächlich gegeben sein, damit ihre Stärkung einen ausreichenden rechtfertigenden Grund für einen Grundrechtseingriff abgibt. Die Möglichkeit der Einflussnahme der Kommune auf unternehmerische Entscheidungen ist rechtlich abhängig von der Höhe der Beteiligung der Kommune am Grund- bzw. Stammkapital der Gesellschaft. Eine Beteiligung von mehr als einem Viertel des Grund- bzw. Stammkapitals sichert einen tatsächlichen Einfluss auf die Verwirklichung des mit der Gesellschaft verfolgten Zwecks und auf die Tätigkeit der Organe des Unternehmens. So bedürfen Änderungen der Satzung der AG nach § 179 Absatz 2 AktG und des Gesellschaftsvertrags der GmbH nach § 53 Absatz 2 GmbHG einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grund- bzw. Stammkapitals. Verfügt die Kommune über einen Anteil von mehr als einem Viertel des Grund- bzw. Stammkapitals, kann sie verhindern, dass die zwischen ihr und den übrigen Gesellschaftern vereinbarte Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag gegen ihren Willen geändert werden. Sie kann mit diesem Einfluss die Verwirklichung des Zwecks des Unternehmens, der regelmäßig mit dem von der Kommune verfolgten öffentlichen Zweck zusammenfallen wird, sichern, indem sie verhindern kann, dass die bei Unternehmensgründung zwischen ihr und den übrigen Gesellschaftern vereinbarte Zweckbestimmung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags gegen ihren Willen geändert wird. Den gleichen effektiven Einfluss kann sie auf die Tätigkeit der Organe des Unternehmens ausüben. Es ist den anderen Gesellschaftern nicht möglich, gegen den Willen der Kommune die Bestimmungen der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags, die die Rechte und Pflichten und damit die Vorgaben für die Tätigkeit der Unternehmensorgane regeln, zu ändern. Mithin setzt die in § 1 Absatz 1 des Gesetzes als Anwendungsbereich für § 4 vorgesehene Beteiligung von über einem Viertel des Grund- bzw. Stammkapitals die Kommune rechtlich und praktisch in den Stand, effektiven Einfluss auf die Erfüllung des bei Unternehmensgründung festgelegten Unternehmenszwecks und die rechtlichen Grundlagen der Tätigkeit der Unternehmensorgane auszuüben, da sie auf Dauer jede gegen ihren Willen erfolgende Änderung der entsprechenden Regelungen in Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag verhindern kann.

Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend für die in § 1 Absatz 1 aufgestellten Voraussetzungen für Gesellschaften mit mittelbarer kommunaler Beteiligung. Durch ihren Anteil am Grund- bzw. Stammkapital erhält die Kommune effektiven Einfluss auf die Muttergesellschaft. Diese wiederum hat durch ihren Kapitalanteil effektiven Einfluss auf die Tochtergesellschaft, an der sie beteiligt ist. Die Kommune kann ihren Einfluss auf das Mutterunternehmen dazu nutzen, dass dieses im Interesse der Kommune Einfluss auf die Tochtergesellschaft ausübt.

Damit erfüllt § 1 Absatz 1 die für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des durch § 4 bewirkten Eingriffs in die Freiheit der Berufsausübung notwendige Voraussetzung einer effektiven Möglichkeit der demokratischen Steuerung und Kontrolle der Gesellschaft.

Auch die zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs erforderliche Verhältnismäßigkeit des

<sup>11</sup> BVerfG, NJW 2002, S. 3091 (3092).

durch § 4 bewirkten Eingriffs in die Freiheit der Berufsausübung ist gegeben. Insbesondere drohen den privaten Gesellschaftern keine unzumutbaren Beeinträchtigungen, die denkbar außer Verhältnis zu dem mit der Regelung bezweckten Erfolg stehen. Solchen unzumutbaren Beeinträchtigungen ist durch die Zulassung des Ausschlusses der Öffentlichkeit vorgebeugt. Dadurch wird die Geheimhaltung von Informationen über das Unternehmen ermöglicht, deren öffentliches Bekanntwerden schwere Nachteile für das Unternehmen, deren Duldung den Gesellschaftern nicht zuzumuten ist, auslösen kann.

### Zu § 5

Absatz 1 regelt die Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Schaffung von Weisungsrechten der Kommune gegenüber den von ihr in den Aufsichtsrat entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Aufsichtsratsmitgliedern in Gesellschaften mit unmittelbarer kommunaler Beteiligung. Absatz 2 enthält eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz bezüglich der Weisungsrechte der Kommune gegenüber den Mitgliedern von Aufsichtsräten der Gesellschaften mit mittelbarer kommunaler Beteiligung. Für die Begründung dieser Regelungen 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 geregelten 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 Gesellschaft mit kommunaler Beteiligung 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.

Wie auch bei § 3 bedarf es bei § 5 keiner bundesgesetzlichen Regelung, um gesetzliche Weisungsrechte in allen Bundesländern durchzusetzen. So haben viele Landesgesetzgeber bereits jetzt umfassende Weisungsrechte der kommunalen

Vertretungskörperschaften normiert.<sup>12</sup> In einigen Ländern sind die Kommunen dazu verpflichtet, Weisungsrechte der Kommune gegenüber den kommunalen Vertretern im Aufsichtsrat in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.<sup>13</sup> Es steht damit nicht zu befürchten, dass die Länder von der ihnen in § 5 eingeräumten Gesetzgebungsbefugnis keinen Gebrauch machen werden.

Die mit den Absätzen 1 und 2 beabsichtigte Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern verstößt nicht gegen das Grundgesetz. So unterfallen die Kompetenz zur Regelung des bürgerlichen Rechts (Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG) und die für die Regelung des Rechts der Wirtschaft (Artikel 74 Absatz 1 Nummer 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 (Artikel 72 Absatz 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 3 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 und Bürger zu sozial an-

<sup>12</sup> § 97 Absatz 1, 2 BbgKVerf; § 71 Absatz 1, 2 KV M-V; § 113 Absatz 1 GO NW; § 88 Absatz 1, 3 GemO RP; § 119 Absatz 1, 2 GO LSA; § 104 Absatz 2 i. V. m. § 25 Absatz 1 GO SH.

<sup>13</sup> Artikel 93 Absatz 2 BayGO; § 108 Absatz 5 Nr. 2 GO NW; § 87 Absatz 3 Nr. 3 GemO RP.

gemessenen 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 Artikel 14 Absatz 1 GG geschützt.<sup>14</sup> Der Gesetzgeber darf Inhalt und Schranken des Eigentums gesetzlich regeln. Solche Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind jedoch verfassungswidrig, wenn sie kein von der Verfassung legitimiertes Regelungsziel verfolgen oder unverhältnismäßige Belastungen des Eigentümers durch die gesetzliche Bestimmung nicht ausgeschlossen sind und das Gesetz keinerlei Vorkehrungen gegen derartige unverhältnismäßige Beschränkungen enthält.<sup>15</sup>

Das die Regelung legitimierende Ziel ist die Verwirklichung des von der Kommune mit der Gesellschaft verfolgten öffentlichen Zwecks. Dieser öffentliche Zweck besteht in einem Bedürfnis der Gemeindeeinwohnerinnen und -einwohner an den von der Gesellschaft angebotenen Waren und Dienstleistungen. Diesen Zweck kann die Kommune mit dem Unternehmen nur verfolgen, wenn sie über einen tatsächlich und

rechtlich gesicherten Einfluss auf die Gesellschaft verfügt, durch welchen sie die Zweckerreichung durch das Unternehmen steuern kann. Daher bedarf es zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht auf Eigentum eines effektiven Einflusses der Kommune auf das Unternehmen. Dass dies bei einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung der Kommune am Stamm- bzw. Grundkapital von über 25 Prozent der Fall ist, wurde bereits zu § 4 erläutert.

Die Verhältnismäßigkeit der Belastung der Gesellschafter ist mit den Voraussetzungen des § 6 Absatz 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 milderes, 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.

Die Regelung verstößt zudem nicht gegen Europarecht; insbesondere sind die Grundfreiheiten und das Beihilferecht nicht verletzt.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 555.

<sup>15</sup> BVerfGE 100, 226 (244 f.).

<sup>16</sup> Vgl. hierzu die die Ausarbeitung „Zur europarechtskonformen Ausgestaltung einer Kapitalgesellschaft mit kommunaler Beteiligung“ des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages vom 4. April 2012, Az.: WD 11 – 3000 – 56/12.

**Zu § 7**

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.