

Nach § 68 Abs. 2 Nr. 1 KomVerf Mecklenburg-Vorpommern darf sich eine Gemeinde nur dann an einer privatrechtlich organisierten Kapitalgesellschaft (beispielsweise GmbH) beteiligen, wenn der öffentliche Zweck der GmbH dies rechtfertigt. Tätigkeiten, die ganz überwiegend dem Ziel der Gewinnerzielung dienen, entsprechen insoweit keinem öffentlichen Zweck.

Es ist somit zu konstatieren, dass die Gemeinde in der Entscheidung nicht frei ist, sich an einer GmbH zu beteiligen. Konstituierend hierfür ist die Erfüllung des öffentlichen Zwecks.

Hiermit korrespondiert die Regelung aus § 69 Abs. 1 Nr. 4 KomVerf Mecklenburg-Vorpommern. Nach dieser gesetzlichen Vorschrift „**darf**“ sich die Gemeinde nur dann an einer GmbH beteiligen, wenn die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, „**insbesondere**“ im Aufsichtsrat oder einem anderen entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhält und dieser durch Gesellschaftsvertrag gesichert wird.

Durch diese Normierung will der Gesetzgeber sicherstellen, dass die Gemeinde einen hinreichenden Einfluss auf die Erreichung des konstitutiven Elements, nämlich auf die Erreichung des öffentlichen Zwecks, innehat.

Die Vorschrift des § 69 Abs. 1 Nr. 4 KomVerf Mecklenburg-Vorpommern existiert bereits seit dem Jahr 1993 in der Kommunalverfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern (seinerzeit noch § 69 Abs. 1 Nr. 3 KomVerf Mecklenburg-Vorpommern). In der 1. Wahlperiode wurde die Kommunalverfassung mit der Drucksachennr. 1/3645 in den Landtag Mecklenburg-Vorpommern eingebracht.

Der Gesetzgeber war seinerzeit skeptisch bei der Zulassung der Beteiligung von Gemeinden beispielsweise an einer GmbH. Diese Skepsis fußte auf folgenden Erwägungen, die in der Gesetzesbegründung wiedergegeben werden:

„Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass beim Wechsel in die Privatrechtsform

- *Vorteile einer organisatorischen Einheit mit der Gemeinde verloren gehen,*
- *Steuerungs-, Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten der Gemeinde erheblich eingeschränkt werden, denn die Eigen- oder Beteiligungsgesellschaft unterliegt primär dem Gesellschaftsrecht, dass dem Kommunalrecht grundsätzlich vorgeht,*
- *die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Organs „Gemeindevertretung“ beschnitten werden und die am Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung orientierte Verantwortung der Organe des Regie- bzw. Eigenbetriebs durch mehr anonyme, weniger transparente Entscheidungen der Organe der Eigen- oder Beteiligungsgesellschaft ersetzt wird und*
- *die überführten Unternehmen in weiten Bereichen der Kontrolle durch Rechtsaufsichts- und Prüfungsbehörden entzogen werden.“*

In der Literatur werden diese Bedenken sogar noch elementarer gesehen:

„Denn [...] entmachtet sich paradoxerweise die jeweilige kommunale Volksvertretung mit jeder weiteren Privatisierungsmaßnahme selbst. Wie bereits beschrieben, besitzt der Rat der jeweilig betroffenen Gemeinde selbst bei Formalprivatisierungen oder bei der Gründung von gemischt-wirtschaftlichen Beteiligungsgesellschaften nur eingeschränkt eigene Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten. Aus seinem Haushalt sind Eigengesellschaften und die gemischten Beteiligungsgesellschaften ausgegliedert. Bei den materiellen Privatisierungsmaßnahmen tritt eine vollständige, hinsichtlich des betroffenen, öffentlichen Aufgabenbestandes partielle Entmachtung ein. [...] Gerade bei der materiellen Privatisierung kommunaler Infrastrukturunternehmen entstehen erhebliche Konflikte zwischen dem Gemeindebürger und den von

ihm in die kommunale Volksvertretung gewählten Repräsentanten. Die Gemeindebürger entwickeln gegenüber ihren Repräsentanten und den hinter diesen stehenden Parteien je nach dem Grad der gesellschaftlichen Bewusstseinslage mehrheitlich oder minderheitlich Misstrauen und Aversionen. Denn mit ihren Entscheidungen in der Volksvertretung degradierten die gewählten Volksrepräsentanten den an sich formal die Gemeindegewalt innehabenden und seine während der Wahlperiode bestehenden Kontroll-Teilhabeanprüche wahrnehmenden Gemeindebürger zum Kunden und zum Verbraucher, mit dessen [...] nur bedingt durchsetzbaren Verbraucherrechten.“ (Zitat: Heinrich-Wilhelm Langrehr, Die Gemeinde, Seite 102 ff.).

Damit im Hinblick auf die Erreichung des öffentlichen Zwecks einer kommunalen GmbH und im Hinblick auf die Verantwortung der Gemeindevertretung gegenüber dem Gemeindebürger eine Selbstentmachtung der Gemeindevertretung verhindert wird, schreibt § 69 Abs. 1 Nr. 4 KomVerf Mecklenburg-Vorpommern verpflichtend vor, dass sich die Gemeinde an einer GmbH nur beteiligen „darf“, wenn der angemessene Einfluss „insbesondere“ im Aufsichtsrat im Gesellschaftsvertrag festgeschrieben ist. Dies bedeutet, die Gemeinde „muss“ sich einen hinreichenden Einfluss sichern (konstitutives Element) und dies „soll“ im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan sichergestellt werden. Der juristische Terminus „soll“ bedeutet, dass grundsätzlich die Einflussssicherung über den Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Überwachungsorgan sichergestellt werden muss, es sei denn, dass ausnahmsweise ein triftig begründeter und gewichtiger Einzelfall eine andere Form der Einflusswahrung rechtfertigt.

Im Hinblick auf den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH heißt es infolgedessen in der Gesetzesbegründung zu § 69 KomVerf Mecklenburg-Vorpommern (Ds. 1/3645 LT MV) wie folgt:

*„Gegenüber den Mitgliedern eines obligatorischen Aufsichtsrats wird ein Weisungsrecht nach herrschender Auffassung jedenfalls abgelehnt. In Anbetracht dieser eingeschränkten Weisungsmöglichkeiten der Gemeinde gegenüber ihren Vertretern in Organen einer Gesellschaft kommt es deshalb darauf an, die vom Unternehmen erwartete Erfüllung öffentlicher Zwecksetzungsgemäß zum Gegenstand des Unternehmens zu machen, weil sonst der Vorrang der Gewinnerzielungsabsicht [...] als stillschweigend vorgegeben unterstellt werden könnte. Kommunale wirtschaftliche Unternehmen sind aber in jeder Rechtsform so zu führen, dass **vorrangig und unmittelbar der öffentliche Zweck** erfüllt wird; daneben sollen die Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen. [...] Zusätzlich ist notwendig, dass die Gemeinde zur Wahrung ihres Einflusses **nicht** allein auf einen ihrer Beteiligungsquote entsprechenden Stimmenanteil in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung beschränkt bleibt, sondern im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan angemessen vertreten ist, denn diese Organe haben die Geschäftsführung des Unternehmens zu überwachen.“*

Der Gesetzgeber selbst hat in der Gesetzesbegründung mithin explizit ausgeführt, dass das Weisungsrecht aus § 37 Abs. 1 GmbHG für die Wahrung des gemeindlichen Einflusses in der kommunalen GmbH nicht ausreichend ist. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus dem Umstand, dass andernfalls die Einführung des § 69 Abs. 1 Nr. 4 KomVerf Mecklenburg-Vorpommern schlichtweg nicht erforderlich gewesen wäre.

Derzeit verfügt die Neubrandenburger Stadtwerke GmbH über einen fakultativen, d. h., gesellschaftsrechtlich nicht vorgeschriebenen Aufsichtsrat. Der gesetzlichen Verpflichtung aus § 69 Abs. 1 Nr. 4 KomVerf Mecklenburg-Vorpommern, einen angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat durch Gesellschaftsvertrag sicherzustellen, kommt die Vier-Tore-Stadt Neubrandenburg durch die Regelung in § 7 Abs. 7 S. 2 des Gesellschaftsvertrags der Neubrandenburger

Stadtwerke GmbH nach. Dort ist die Weisungsgebundenheit der gemeindlich entsandten Mitglieder im Aufsichtsrat ausdrücklich geregelt. Die derzeitige Situation ist infolgedessen kommunalverfassungsrechtlich unbedenklich.

Nach etwaiger Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens und nach etwaiger Feststellung des Umstandes, dass die Neubrandenburger Stadtwerke GmbH in der Regel über mehr als fünfhundert Beschäftigte verfügt, würde § 1 Abs. 1 Nr. 3 Drittelbeteiligungsgesetz eingreifen. Die Neubrandenburger Stadtwerke GmbH wäre nunmehr verpflichtet, einen Aufsichtsrat zu bilden (obligatorischer Aufsichtsrat). Die Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats wären nach §§ 93, 111 Abs. 5, 116 AktG, auf die § 1 Abs. 1 Nr. 3 Drittelbeteiligungsgesetz zwingend verweist, allein dem Wohl der GmbH verpflichtet und würden keinerlei Weisungen unterliegen. Die Regelung aus § 7 Abs. 7 S. 2 des Gesellschaftsvertrags der Neubrandenburger Stadtwerke GmbH würde ins Leere laufen. Infolgedessen würde – bei unverändertem Gesellschaftsvertrag – die Verpflichtung aus § 69 Abs. 1 Nr. 4 KomVerf Mecklenburg-Vorpommern nicht mehr eingehalten werden können. Insoweit reicht auch – wie oben dargestellt – die Möglichkeit der Gesellschafterweisung aus § 37 Abs. 1 GmbHG nicht aus. Darüber hinaus bestünde eine Kollisionssituation zwischen § 1 Abs. 1 Nr. 3 Drittelbeteiligungsgesetz, § 116 S. 2 AktG einerseits gegenüber § 71 Abs. 4 S. 1 KomVerf Mecklenburg-Vorpommern andererseits. Nach letzterer kommunalverfassungsrechtlicher Norm haben die Aufsichtsratsmitglieder den Hauptausschuss oder die Gemeindevertretung über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten. Nach dem ersteren gesellschaftsrechtlichen Normenkomplex sind die Mitglieder eines obligatorischen Aufsichtsrats jedoch zur Verschwiegenheit verpflichtet. Insoweit würde Bundesrecht (Drittelbeteiligungsgesetz und Aktiengesetz) das Landesrecht (Kommunalverfassung) brechen. Die Aufsichtsratsmitglieder könnten infolgedessen ihrer gesetzlichen Informationspflicht nicht mehr nachkommen. Daher ist die Einrichtung eines obligatorischen Aufsichtsrats in einer kommunalen GmbH kommunalverfassungsrechtlich sehr problematisch.

gez.

Dominik Meyer zu Schlochtern