



Ministerium des Innern des Landes Brandenburg | Postfach 601165 | 14411 Potsdam

An

die Landkreise und kreisfreien Städte
im Land Brandenburg

über Fach

die der Aufsicht des Innenministeriums unterlie-
genden Zweckverbände

gem. Verteiler B

die kreisangehörigen Gemeinden, Ämter und
Zweckverbände im Land Brandenburg

über
die Landräte
als allgemeine untere Landesbehörden

Henning-von-Tresckow-Straße 9-13
14467 Potsdam

Bearb.: Herr Seeberg
Herr Lechleitner
Gesch.Z.: III/3.1-360-01
Hausruf: (0331) 866 2331
Fax: (0331) 866 2302
Internet: www.mi.brandenburg.de
Hans.Seeberg@mi.brandenburg.de

Bus: 695; Tram: 90, 92, 93, 96, X98

Potsdam, *20.* November 2008

**Rundschreiben zur Vertretung der Kommunen in rechtlich selbstständigen
Unternehmen nach § 97 Abs. 1 und 2 der Kommunalverfassung des Landes
Brandenburg (BbgKVerf)**

Mit dem Kommunalrechtsreformgesetz (KommRRefG) vom 18.12.2007 ist die neue Kommunalverfassung des Landes Brandenburg (BbgKVerf) verabschiedet worden, in der auch die Regelungen zum Gemeindegewirtschaftsrecht - in Kraft getreten am 28.09.2008 - neu gefasst wurden. In § 97¹ sind insbesondere die neu formulierten Absätze 1 und 2 von Bedeutung. Da derzeit in vielen Gemeinden Beschlüsse zur Vertretung der Gemeinde in den rechtlich selbstständigen Unternehmen anstehen, gibt dieses Rundschreiben Erläuterungen zur Anwendung dieser Vertretungsregelungen. Es ist beabsichtigt, demnächst die Neuregelungen des Gemeindegewirtschaftsrechts in einem allgemeinen Rundschreiben zu erläutern. Die Ausführungen in diesem Rundschreiben gelten entsprechend für die Landkreise, Ämter und Zweckverbände.

¹ Paragraphen ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf die BbgKVerf.

1. Die Vertretung der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder einem entsprechenden Organ (§ 97 Abs. 1)

1.1. § 97 Abs. 1 gilt nur für **Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit**.

Der kommunalrechtliche Unternehmensbegriff ist in § 92 Abs. 2 gesetzlich definiert. Da Eigenbetriebe (§ 92 Abs. 2 Nr. 1) keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und für kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts (§ 92 Abs. 2 Nr. 2) Sonderregelungen gelten (§ 95 Abs. 2 unter Verweis auf § 97), gilt die Vertretungsregelung nur für Gesellschaften des Privatrechts (§ 92 Abs. 2 Nr. 3) und Beteiligungen an diesen (§ 92 Abs. 2 Nr. 4).

Für Vereine oder sonstige Einrichtungen, die keine Unternehmen sind (z.B. gemeinnützige eingetragene Vereine) oder keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, gilt § 97 Abs. 1 daher – im Gegensatz zur früheren Regelung in § 104 Abs. 1 GO – nicht. In diesen Fällen gelten § 28 Abs. 2 Nr. 6, wonach die Gemeindevertretung über die Bestellung der Vertreter der Gemeinden in Vereinen und sonstigen Einrichtungen entscheidet, sowie die Regelungen in §§ 40, 41 über das Bestellungsverfahren.

1.2. Nach § 97 Abs. 1 S. 1 wird die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem der Gesellschafterversammlung entsprechenden Organ – ähnlich wie nach § 104 Abs. 1 Satz 1 GO – **durch den Hauptverwaltungsbeamten (HVB) vertreten**, also in amtsfreien Gemeinden durch den hauptamtlichen Bürgermeister (§ 53 Abs. 1 Satz 1) und in kreisfreien Städten durch den Oberbürgermeister (§ 53 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 53 Abs. 1 Satz 1). Hauptverwaltungsbeamter der Landkreise ist der Landrat (§ 131 Satz 1 und 4 i.V.m. § 53 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 1 Satz 1). Hauptverwaltungsbeamter des Amtes ist der Amtsdirektor (§ 138 Abs. 1 Satz 1). Bei amtsangehörigen Gemeinden nimmt das Amt durch den Amtsdirektor die Aufgabe des Hauptverwaltungsbeamten wahr (§ 135 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 138 Abs. 1 Satz 1). Zweckverbände werden durch den Verbandsvorsteher vertreten (§ 8 Abs. 1, 18 Abs. 1 GKG).

Eine Besonderheit besteht für den Fall, dass an der Gesellschaft entweder **ein Amt und zumindest eine diesem Amt angehörige Gemeinde oder mehrere amtsangehörige Gemeinden desselben Amtes** beteiligt sind. Da Gesellschafterbeschlüsse Rechtsgeschäfte im Sinne des § 135 Abs. 4 Satz 2 darstellen, ist in diesem Fall der ehrenamtliche Bürgermeister gesetzlicher Vertreter der amtsangehörigen Gemeinde. Um jedoch nicht auf die Fachkompetenz des Amtsdirektors generell verzichten zu müssen, kann die Gemeindevertretung für einzelne

Rechtsgeschäfte oder für einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften eine Befreiung des Amtes (und damit auch des Amtsdirektors) vom Verbot des Ingeschäftes beschließen. Diese Möglichkeit besteht nach hiesiger Rechtsauffassung auch für die Beschlüsse einer Gesellschafterversammlung, so dass bei einem entsprechenden Befreiungsbeschluss die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung vom Amtsdirektor vertreten wird.

1.3. Nach § 97 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz kann der HVB „**einen Beschäftigten der Gemeinde mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe betrauen.**“ Dies entspricht der Regelung in § 104 Abs. 1 Satz 1 GO.

„Beschäftigte“ können Beamte oder Arbeitnehmer der Gemeinde sein.

„Mit der Wahrnehmung betrauen“ bedeutet, dass der vom HVB benannte Beschäftigte die Aufgabe mit allen Rechten und Pflichten wahrnimmt und nicht lediglich in ein Vertretungsverhältnis eintritt. Anders als z.B. der allgemeine Vertreter nach § 56 Abs. 1 Satz 2 nimmt der betraute Beschäftigte die Aufgabe auch wahr, wenn kein Fall der Verhinderung oder Vakanz vorliegt. Hat der HVB einen Beschäftigten mit der Wahrnehmung betraut, treten die allgemeinen Vertretungsvorschriften zurück. Sind allerdings sowohl der beauftragte Beschäftigte als auch der HVB verhindert oder wird die Beauftragung – was jederzeit möglich ist - zurückgenommen, so leben diese Regelungen wieder auf. Die allgemeinen Vertretungsregeln gelten auch, wenn der HVB keinen Beschäftigten mit der Wahrnehmung betraut hat.

1.4. Eine von § 97 Abs. 1 Satz 1 **abweichende Regelung der Vertretung** in der Gesellschafterversammlung durch die Gemeindevertretung ist – anders als noch nach § 104 Abs. 1 Satz 2 GO - **nicht möglich**. Die Mitgliedschaft des HVB in der Gesellschafterversammlung kann ihm daher nicht durch die Gemeindevertretung entzogen werden.

Der HVB ist im Regelfall auch **alleiniger** Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung. Nur ausnahmsweise können der Gemeinde weitere Sitze zustehen. Dabei ist Folgendes zu beachten:

Gesellschaftsrechtlich unzulässig ist ein Ersetzungsmodell, wonach die Gemeindevertretung an die Stelle der Gesellschafterversammlung tritt (vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.12.1995, 11 Wx 104/95).

Nach überwiegender Auffassung ist es gesellschaftsrechtlich grundsätzlich auch nicht zulässig, dass die Mitglieder der Gemeindevertretung oder des Hauptaus-

schusses mit Vollmacht für die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung auftreten (Vertretungsmodell). Dies wird aus dem Gebot der einheitlichen Stimmabgabe hergeleitet (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 48, RdNr. 4a). Das Vertretungsmodell ist in der Regel zudem kommunalrechtlich unzulässig, da der Gemeinde zusätzliche Mitglieder nach § 97 Abs. 2 Satz 2 nur „ausnahmsweise“ zustehen. Eine solche Ausnahme wird nicht bereits durch den Umstand begründet, dass es sich um eine Eigengesellschaft (sog. „Ein-Mann-Gesellschaft“) handelt oder dass der Gesellschaftsvertrag von Gründung der Gesellschaft an schon immer eine solche Regelung vorgesehen hat.

Es ist aber gesellschaftsrechtlich zulässig, dass der Gesellschaftsvertrag die Gesellschafterversammlung für die Teilnahme mehrerer - zusätzlicher - Vertreter eines Gesellschafters öffnet, die eigene Teilnahmerechte (z.B. Rede- und Antragsrechte) haben, aber kein eigenes Stimmrecht. Nach hiesiger Auffassung sind diese Teilnehmer keine Mitglieder im Sinne des § 97 Abs. 1, so dass die grundsätzliche kommunalrechtliche Unzulässigkeit der Entsendung mehrerer Vertreter nach § 97 Abs. 1 Satz 2 nicht greift. Die Bestellung dieser Teilnehmer erfolgt nach § 40 bzw. 41.

Alternativ kann allenfalls auf ein sog. Ergänzungsmodell zurückgegriffen werden. Kennzeichnendes Element ist, dass ein nach § 52 GmbHG fakultativ zu bildender Beirat (Aufsichtsrat) eingerichtet wird, dem im Rahmen des rechtlich Möglichen die Rechte und Pflichten der Gesellschafterversammlung übertragen werden (Erle/Becker, NZG 1999, 62). In den Aufsichtsrat können mehrere Vertreter entsandt werden (siehe Ziff. 2.2.). Die Vertretung durch den HVB in der Gesellschafterversammlung bleibt dadurch unberührt.

1.5. Von dem gesetzlichen Vertretungsrecht **abweichende Regelungen** im Gesellschaftsvertrag (Gesellschaftssatzung) sind an die Vorgaben des Kommunalverfassungsrechtes **anzupassen** (siehe hierzu auch amtl. Begründung zur BbgKVerf LT-DS-4/5056, S. 276 unter Verweis auf die Rechtsprechung des VerfGH Sachsen, Urteil v. 20.5.2005 – Vf. 34-VIII-04-, NVwZ 2005, S. 1057 ff.). Anders als in § 96 Abs. 2 ist in § 97 eine Übergangsfrist nicht vorgesehen. Hiermit hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass eine unverzügliche gesellschaftsvertragliche Umsetzung der gemeinderechtlichen Vertretungsregelungen erwartet wird. Hierzu ist durch die Gemeindevertretung ein Beschluss zu fassen, der den/die derzeitigen Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung anweist, den Gesellschaftsvertrag/-satzung so zu ändern, dass die Vertretungsregelung kommunalverfassungskonform ist. Hierbei ist hinzunehmen, dass in der ersten Gesellschafterversammlung nach In-Kraft-Treten des neuen Gemeindeverfassungsrechtes noch mehrere Vertreter anwesend sind.

1.6. Soweit der Gemeinde ausnahmsweise weitere Sitze in der Gesellschafterversammlung zustehen, sind diese nach § 97 Abs. 1 Satz 2 gemäß § 40 bzw. § 41 zu besetzen. Steht der Gemeinde nach der Gesellschaftssatzung (Gesellschaftsvertrag) **ein** weiteres Mitglied (neben dem HVB) zu, wird dieses gemäß **§ 40** gewählt, stehen **mehrere weitere** Mitglieder zu, gilt **§ 41**.

1.7. Das in § 97 Abs. 1 letzter Satz geregelte **Weisungsrecht**, welches (generelle) Richtlinien und (punktuelle) Einzelweisungen umfasst, kann an **jeden Vertreter** der Gemeinde gerichtet werden, unabhängig davon, ob es sich um den HVB, den von ihm beauftragten Beschäftigten oder sonstige zulässige Vertreter handelt.

2. Die Vertretung der Gemeinde im Aufsichtsrat (§ 97 Abs. 2)

2.1. Aus § 97 Abs. 2 ergibt sich **nicht**, dass ein gesellschaftsrechtlich nur fakultativ einzurichtender Aufsichtsrat durch Kommunalrecht **obligatorisch** vorgegeben wird. Die Regelung in § 97 Abs. 2 findet nur Anwendung, wenn ein Aufsichtsrat tatsächlich eingerichtet worden ist. Wenn ein Organ mit einer anderen Bezeichnung eingesetzt wird, das aber die Funktion eines Aufsichtsrates ausübt, gilt Abs. 2 auch für dieses Gremium.

2.2. Die **Bestellung von weiteren Vertretern** der Gemeinde im Aufsichtsrat neben dem HVB ist nicht nur ausnahmsweise, sondern im Regelfall zulässig. Denn zum einen gilt Abs. 1 nur „entsprechend“. Zum anderen zeigt die Normierung des Benennungsrechts für weitere Mitglieder in Abs. 2, 2. Halbsatz, dass das Gesetz von der Zulässigkeit mehrerer Mitglieder ausgeht. Außerdem ist hier eine Kollision mit Gesellschaftsrecht nicht indiziert.

2.3. Das im zweiten Halbsatz erwähnte Benennungsrecht bezieht sich auf das Vorschlagsrecht der Fraktionen für die Wahl der Vertreter gemäß § 97 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. den §§ 40 und 41. Vorgeschlagen und damit gewählt werden können auch sachkundige Dritte und Beschäftigte der Gemeinde. „Dritte“ können Personen sein, die keine Einwohner der Gemeinde im Sinne des § 11 Abs. 1 sind. Hinsichtlich der Beurteilung der Sachkunde besteht ein Beurteilungsspielraum der Gemeinde. Zu beachten ist aber die Vorgabe des § 97 Abs. 4, wonach dem Aufsichtsrat im Regelfall Mitglieder angehören müssen, die über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachliche Eignung verfügen.

2.4. Zwingende gesetzliche Vorgaben zur Mitgliederzahl eines fakultativen Aufsichtsrates einer kommunalen GmbH gibt es nicht. Ist ein Aufsichtsrat nach dem

Gesellschaftsvertrag (Gesellschaftssatzung) zu bestellen, so gilt zwar über § 52 Abs. 1 GmbHG normalerweise § 95 Satz 1 Aktiengesetz (AktG), wonach der Aufsichtsrat aus drei Mitgliedern besteht (die sonstigen Regelungen in § 95 AktG wie z.B. die Teilbarkeit durch drei oder die Begrenzung der Zahl der Mitglieder sind nicht im § 52 Abs. 1 GmbHG übernommen worden). Diese Regelung kann aber durch Gesellschaftsvertrag/Satzung abbedungen werden. Daher kann der Aufsichtsrat aus einer oder aus vielen Personen bestehen, weder eine ungerade noch eine durch drei teilbar Zahl ist erforderlich. Allerdings empfiehlt sich die Festlegung einer der Größe des Unternehmens angemessenen Obergrenze, um die Arbeitsfähigkeit dieses für das Unternehmen sehr wichtige Aufsichtsgremium nicht zu gefährden.

2.5. § 97 Abs. 2 ist **nur insoweit entsprechend anzuwenden, wie Bundesrecht** (z.B. AktG, GmbHG) **nicht entgegensteht**. Können die gesetzlichen Vorgaben durch Gesellschaftsvertrag (Gesellschaftssatzung) abbedungen werden, ergibt sich aus § 97 Abs. 2 das Gebot, den Vertrag (Satzung) an die Besetzungsregelungen des § 97 anzupassen bzw. auf eine solche Anpassung hinzuwirken. So ist im Gesellschaftsvertrag (Gesellschaftssatzung) einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat das Entsendungsrecht der Gemeinde zu verankern.

Die Landräte werden gebeten, dieses Rundschreiben an die kreisangehörigen Gemeinden, Ämter und Zweckverbände weiterzureichen.

Im Auftrag

i.v. 

Keseberg