

## § 138

## Vertretung der Kommune in Unternehmen und Einrichtungen

(1) <sup>1</sup>Die Vertreterinnen und Vertreter der Kommune in der Gesellschafterversammlung oder einem der Gesellschafterversammlung entsprechenden Organ von Eigengesellschaften oder von Unternehmen oder Einrichtungen, an denen die Kommune beteiligt ist, werden von der Vertretung gewählt. <sup>2</sup>Sie haben die Interessen der Kommune zu verfolgen und sind an die Beschlüsse der Vertretung und des Hauptausschusses gebunden. <sup>3</sup>Der Auftrag an sie kann jederzeit widerrufen werden.

(2) <sup>1</sup>Sind mehrere Vertreterinnen und Vertreter der Kommune zu benennen, so ist die Hauptverwaltungsbeamtin oder der Hauptverwaltungsbeamte zu berücksichtigen, es sei denn, dass sie oder er darauf verzichtet oder zur Geschäftsführerin oder zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt ist. <sup>2</sup>Auf Vorschlag der Hauptverwaltungsbeamtin oder des Hauptverwaltungsbeamten kann an ihrer oder seiner Stelle eine andere Beschäftigte oder ein anderer Beschäftigter der Kommune benannt werden. <sup>3</sup>Nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts kann sich die Hauptverwaltungsbeamtin oder der Hauptverwaltungsbeamte oder eine nach Satz 2 zur Vertretung der Kommune berechnigte Person durch andere Beschäftigte der Kommune vertreten lassen. <sup>4</sup>Ist die Hauptverwaltungsbeamtin oder der Hauptverwaltungsbeamte weder Vertreterin oder Vertreter der Kommune noch zur Geschäftsführerin oder zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt und liegt auch kein Fall des Satzes 2 vor, so ist sie oder er, im Verhinderungsfall ihre oder seine Vertretung im Amt, nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts berechnigt, beratend an den Sitzungen des Organs teilzunehmen. <sup>5</sup>Die Sätze 1 bis 4 gelten für die Gemeindedirektorin oder den Gemeindedirektor nach § 106 entsprechend.

(3) <sup>1</sup>Die Kommune ist verpflichtet, bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags einer Kapitalgesellschaft darauf hinzuwirken, dass ihr das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in einen Aufsichtsrat zu entsenden. <sup>2</sup>Über die Entsendung entscheidet die Vertretung. <sup>3</sup>Absatz 2 gilt entsprechend.

(4) <sup>1</sup>Die Vertreterinnen und Vertreter der Kommune haben die Vertretung über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten. <sup>2</sup>Satz 1 gilt entsprechend für die auf Veranlassung der Kommune in einen Aufsichtsrat oder in andere Organe der Unternehmen und Einrichtungen entsandten oder sonst bestellten Mitglieder. <sup>3</sup>Die Unterrichtungspflicht besteht nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

(5) Die Vertreterinnen und Vertreter der Kommune in der Gesellschafterversammlung oder einem der Gesellschafterversammlung entsprechenden Organ einer Gesellschaft, bei der die Kommune allein oder zusammen mit anderen Kommunen oder Zweckverbänden über die Mehrheit der Anteile verfügt, dürfen der Aufnahme von Krediten und Liquiditätskrediten nur mit Genehmigung der Vertretung zustimmen.

(6) <sup>1</sup>Werden Vertreterinnen und Vertreter der Kommune aus ihrer Tätigkeit haftbar gemacht, so hat die Kommune sie von der Schadenersatzverpflichtung freizustellen, es sei denn, dass sie den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. <sup>2</sup>Auch in diesem Fall ist die Kommune regresspflichtig, wenn sie nach Weisung gehandelt haben.

(7) <sup>1</sup>Vergütungen aus einer Tätigkeit als Vertreterin oder Vertreter der Kommune in Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts sind an die Kommune abzuführen, soweit sie über das Maß einer angemessenen Entschädigung hinausgehen. <sup>2</sup>Die Vertretung setzt für jede Vertretungstätigkeit die Höhe der angemessenen Entschädigung fest. <sup>3</sup>Der Beschluss ist öffentlich bekannt zu machen.

(8) Die Absätze 6 und 7 gelten entsprechend für die Tätigkeit von Abgeordneten als Mitglied in einem Aufsichtsrat und in anderen Organen und Gremien der Unternehmen und

## § 138 Kommentar – NKomVG

**Einrichtungen, wenn das Mitglied von der Kommune mit Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zur Vertretung entweder entsandt oder sonst auf ihre Veranlassung bestellt worden ist.**

**(9) Die Tätigkeit einer Hauptverwaltungsbeamtin oder eines Hauptverwaltungsbeamten sowie von anderen Beschäftigten der Kommune als Mitglied in einem Aufsichtsrat und in anderen, in Absatz 1 Satz 1 nicht genannten Organen und Gremien der Unternehmen und Einrichtungen, an denen die Kommune unmittelbar oder mittelbar, anteilmäßig oder in sonstiger Form mitwirkt, ist Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst, es sei denn, dass durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist oder die Tätigkeit dem Hauptamt zugeordnet ist.**

*Vorgängerregelung: § 111 NGO (Verweis in § 65 NLO, § 78 RegHannG)*

**Literatur:** *Altmeppen*, Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, NJW 2003 S. 2561 ff.; *Battke/Voigt*, Zur Zulässigkeit von gesellschaftsvertraglichen Auskunftsrechten des fakultativen Aufsichtsrates kommunaler Eigengesellschaften gegenüber dem Gemeinderat, SächsVBl. 2006 S. 273 ff.; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013; *Bettenburg/Weirauch*, Transparenz nicht um jeden Preis? – Gesetzentwurf zur Aktienrechtsnovelle 2012 über die Teilnahme der Öffentlichkeit bei Aufsichtsratssitzungen kommunaler Unternehmen, DÖV 2012 S. 352 ff.; *Brenner*, Gesellschaftsrechtliche Ingerenzmöglichkeiten von Kommunen auf privatrechtlich ausgestaltete kommunale Unternehmen, AöR 127 (2002) S. 222 ff.; *Beckmann/Hagmann*, Die Wahrnehmung von Nebentätigkeiten durch kommunale Spitzenbeamte, DÖV 2004 S. 937 ff.; *Belcke/Mehrhoff*, Aktienrechtsnovelle 2016 – Auswirkungen auf die Verschwiegenheit kommunaler Vertreter in (fakultativen) Aufsichtsräten, GmbHR 2016 S. 576 ff.; *Bracht*, Der Anspruch von Rats- und Kreistagsmitgliedern auf Auskunft über die kommunale GmbH, AG und Sparkassen, NVwZ 2016 S. 108 ff.; *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH im Rechtsvergleich der Bundesländer, 2017; *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016; *von Danwitz*, Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht – Zu Begründung und Reichweite öffentlich-rechtlicher Ingerenzen in der mittelbaren Kommunalverwaltung, AöR 120 (1995) S. 595 ff.; *Elster*, Kommunaler Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe von Unternehmen und Einrichtungen – Zum neuen § 111 Abs. 1 bis 3 NGO, NdsVBl. 1997 S. 73 ff.; *Engelland*, Die Einflussnahme der Kommunen auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan, 1995; *Erichsen*, Die Vertretung der Kommunen in den Mitgliederorganen von juristischen Personen des Privatrechts, 1990; *Fischer/Grittmann*, Ablieferungspflicht von Vergütungen für Aufsichtsratsleistungen in kommunalen Unternehmen, VBIBW 2004 S. 324 ff.; *Ganzer/Tremml*, Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder einer kommunalen Eigengesellschaft in der Rechtsform einer mitbestimmten GmbH – dargestellt anhand der Rechtslage in Bayern, GewArch 2010 S. 141 ff.; *Gaß*, Die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen, 2002; *Gassner/Schön*, Rechtsfragen der Haftung kommunaler Aufsichtsratsmitglieder, BayVBl. 2004 S. 449 ff.; *Geerlings*, § 52: Das kommunale Aufsichtsratsmandat, in HKWP Bd. 2, 3. Aufl. 2011, S. 409 ff.; *Gern*, Der Rechtsstatus kommunal beherrschter Kapitalgesellschaften, KommJur 2004 S. 1 ff.; *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000; *Goetz*, Zur Besetzung unbesoldeter Stellen gleicher Art durch Verwaltungsangehörige, NST-N 1991 S. 135 ff.; *Gotzen*, Mehr Professionalität in die Aufsichtsräte – bedarf es einer Neuregelung des § 113 GO NW?, VR 2001 S. 163 ff.; *Grziwotz*, Zur Vertretung kommunaler Körperschaften in der kommunalen GmbH, BayVBl. 2006 S. 357 ff.; *Grunewald*, Die Auswahl von Aufsichtsratsmitgliedern insbesondere bei Unternehmen mit maßgeblicher Beteiligung der öffentlichen Hand, NZG 2015 S. 609 ff.; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, Das kommunale Aufsichtsratsmitglied zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, LKV 2001 S. 246 ff.; *Häußermann*, Die Steuerung der kommunalen Eigengesellschaft, 2004; *Hüffer/Koch*, Aktiengesetz, 12. Aufl. 2016; *Ipsen*, Möglichkeiten, Grenzen und Kontrollen wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen, NdsVBl. 2015 S. 121 ff.; *Kämmerling*, Hauptamt und Nebentätigkeit – Abgrenzungsprobleme bei kommunaler Gremientätigkeit, ZBR 2012 S. 12 ff.; *Keller/Paetzelt*, Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, KommJur 2005 S. 451 ff.; *Knemeyer*, Kommunale Steuerung und unternehmerische Freiheit – ein lösbarer Spagat, KommJur 2007 S. 241 ff.; *Koch*, Die Bestimmung des Gemeindevertreters in Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung am Beispiel der Gemeindeordnung NRW, VerwArch 2011 S. 1 ff.; *Köhler/Schwind*, Kommunale Aufsichtsräte – Haftung und Versicherung, NdsVBl. 2012 S. 210 f.; *Köster*, Genehmigungs-, Anzeige- und Abführungspflichten für Nebentätigkeiten kommunaler Verwaltungsbeamter in Nordrhein-Westfalen, DÖD 2005 S. 189 ff.; *Krause*, Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, NSTZ 2011 S. 57 ff.; *Lohner/Zieglmeier*, Die Besetzung des Aufsichtsrats einer kommunalen GmbH und der Verbandsversammlung eines Zweckverbandes, BayVBl. 2007 S. 581 ff.; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche

Gesellschaft, 2002; *ders.*, Steuernde Einflüsse der Kommunen in ihren Gesellschaften, VBIBW 2010 S. 7 ff.; *Meier*, Verantwortung und Haftung von kommunalen Aufsichtsratsmitgliedern, ZKF 2002 S. 218 ff.; *ders.*, Der gemeindliche Vertreter in Gesellschafter- und Hauptversammlung kommunaler Beteiligungsgesellschaften gem. § 113 Abs. 2 GO NRW, VR 2008 S. 158 f.; *ders.*, Interessenwahrnehmung der Ratsmitglieder in Aufsichtsräten kommunaler Beteiligungsgesellschaften, ZKF 2011, S. 226 ff.; *Meiski*, Über die Verschwiegenheitspflicht kommunaler Mandatsträger als Aufsichtsräte in kommunalen Eigengesellschaften in Form der GmbH, BayVBl. 2006 S. 300 ff.; *ders.*, Die Nichtöffentlichkeit der Aufsichtsratssitzung einer kommunalen GmbH und das Öffentlichkeitsprinzip der kommunalen Selbstverwaltung, NVwZ 2007 S. 1355 ff.; *Meyer*, Gemeinsame Vorschläge für die Wahl der Vertreter in kommunalbeherrschten privatrechtlichen Unternehmen, KommJur 2005 S. 121 ff.; *ders.*, Grundfragen der Haftung kommunaler Vertreter in Aufsichtsräten einer kommunalen GmbH, LKRZ 2014 S. 270 ff.; *Neupert*, Untervertretung von Gemeindevertretern in kommunalen Betätigungsunternehmen, NWVBl. 2013 S. 51 ff.; *Pauly/Beutel*, Rechtsprobleme der Abwicklung von Freistellungsansprüchen im kommunalen Wirtschaftsrecht, KommJur 2012 S. 446 ff.; *Pauly/Schüler* – Der Aufsichtsrat kommunaler GmbHs zwischen Gemeindefirtschafts- und Gesellschaftsrecht, DÖV 2012 S. 339 ff.; *Püttner*, Die Vertretung der Kommune in wirtschaftlichen Unternehmen, DVBl. 1986 S. 748 ff.; *Ries/Garbers*, Die kommunale GmbH zwischen Privatautonomie und öffentlichem Zweck, KommJur 2004 S. 407 ff.; *Ristelhuber*, Information und Verschwiegenheit kommunaler Aufsichtsräte, NWVBl 2016 S. 359 ff.; *Schmidt/Lutter*, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010; *Schodder*, Kommunale Aufsichtsräte – Pflichten, Verantwortung, Haftung, NdsVBl. 2012 S. 212 ff.; *Schön*, Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand – gesellschaftsrechtliche Analyse, ZGR 1996 S. 429 ff.; *Schwintowski*, Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrats, NJW 1990 S. 1009 ff.; *ders.*, Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsandte Aufsichtsratsmitglieder in öffentlichen Unternehmen, NJW 1995 S. 1316 ff.; *Spannowsky*, Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflicht auf Betätigungsunternehmen, DVBl. 1992 S. 1072 ff.; *Spindler*, Kommunale Mandatsträger in Aufsichtsräten – Verschwiegenheitspflicht und Weisungsgebundenheit, ZIP 2011 S. 689 ff.; *Strobel*, Weisungsfreiheit oder Weisungsgebundenheit kommunaler Vertreter in Eigen- und Betätigungsgesellschaften?, DVBl. 2005 S. 77 ff.; *Thiele*, Probleme des Rechtsverhältnisses von Gesellschafts- und Kommunalrecht, KommP N 1999 S. 196 ff.; *Thormann*, Generelle Nichtöffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen öffentlicher Unternehmen – warum eigentlich?, DÖV 2016 S. 991 ff.; *Will*, Informationszugriff auf AG-Aufsichtsratsmitglieder durch Gemeinden, VerwArch 2003 S. 245 ff.; *Winkel*, Die Bedeutung der kommunalen Unternehmen für die Daseinsvorsorge und die kommunalen Haushalte, NWVBl. 2008 S. 285 ff.; *Ziche*, Weisungsrechte gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern kommunaler Eigengesellschaften in der Rechtsform der GmbH, DÖV 2014 S. 111 ff.; *Ziegemeier*, Kommunale Aufsichtsratsmitglieder, LKV 2005 S. 338 ff.; *ders.*, Die Systematik der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber der Gesellschaft, ZGR 2007 S. 140 ff.

**Erläuterungen**

Übersicht	Rn.
1. Allgemeines	1–4
2. Vertretung in der Gesellschafterversammlung oder einem entsprechenden Organ (Absatz 1)	5–24
2.1 Wahl der Vertreter (Satz 1)	5–11
2.1.1 Spezialität gegenüber § 86 Abs. 1 Satz 2 NKomVG	5
2.1.2 Mehrere Vertreter	6–7
2.1.3 Verfahren und Form	8–11
2.2 Weisungsgebundenheit (Satz 2)	12–19
2.2.1 Zweck und Grenzen des Weisungsrechts	12–15
2.2.2 Zuständigkeit	16–18
2.2.3 Unzulässigkeit des Stimmensplittings	19
2.3 Widerruf des Vertretungsauftrages (Satz 3)	20–24
3. Vertretung durch die Verwaltung der Kommune (Absatz 2)	25–35
3.1 Benennung des Hauptverwaltungsbeamten (Satz 1)	25–29
3.2 Vertretung durch andere Beschäftigte der Kommune (Satz 2)	30–32

## § 138 Kommentar – NKomVG

3.3 Vertretung im Einzelfall (Satz 3)	33–34
3.4 Entsprechende Geltung für den Gemeindedirektor (Satz 4)	35
4. Aufsichtsratsmitglieder der Kommune (Absatz 3)	36–56
4.1 Pflicht der Kommune zur Hinwirkung auf Entsendungsrecht (Satz 1)	36–40
4.1.1 Ziel der Verpflichtung	36
4.1.2 Obligatorischer Aufsichtsrat	37–39
4.1.3 Fakultativer Aufsichtsrat	40
4.2 Entscheidung über die Entsendung (Satz 2)	41–44
4.3 Entsprechende Anwendung des Absatzes 2 (Satz 3)	45–47
4.4 Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder	48–56
4.4.1 Allgemeines	48
4.4.2 Weisungsfreiheit	49–50
4.4.3 Amtszeit	51
4.4.4 Abberufung	52–56
5. Unterrichtspflicht (Absatz 4)	57–74
5.1 Regelungszweck	57
5.2 Inhalt der Unterrichtspflicht	58–60
5.3 Unterrichtspflichtige	61–62
5.3.1 Vertreter im Gesellschafterorgan	61
5.3.2 Aufsichtsratsmitglieder und Mitglieder sonstiger Organe	62
5.4 Vertretung als Adressat der Unterrichtung	63
5.5 Gesellschaftsrechtliche Beschränkungen der Unterrichtspflicht	64–74
5.5.1 Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder einer AG	64–70
5.5.2 Verschwiegenheitspflicht für GmbH-Aufsichtsratsmitglieder	71–74
6. Aufnahme von Darlehen und Kassenkrediten (Absatz 5)	75
7. Haftungsfreistellung (Absätze 6 und 8)	76–83
7.1 Vertreter in der Gesellschafter- oder Hauptversammlung	76
7.2 Aufsichtsratsmitglieder	77–83
7.2.1 Regelungszweck	77–78
7.2.2 Inhaber des Freistellungsanspruchs	79–80
7.2.2 Voraussetzungen der Haftungsfreistellung	81–83
7.3 Mitglieder anderer Organe	84
8. Abführung von Vergütungen (Absätze 7 und 8)	85–94
8.1 Regelungszweck	85
8.2 Abführungspflichtige	86–88
8.2.1 Vertreter in der Gesellschafter- oder Hauptversammlung	86–87
8.2.2 Mitglieder im Aufsichtsrat und anderen Organen	88
8.3 Umgang der Abführungspflicht	89–93
8.3.1 Vergütung	89–90
8.3.2 Angemessene Aufwandsentschädigung	91–93
9. Tätigkeit des Hauptverwaltungsbeamten und sonstiger Beschäftigter	94–101
9.1 Grundsätzliche Einordnung als Nebentätigkeit	94–97
9.2 Zugehörigkeit zum Hauptamt	98–101

## 1. Allgemeines

Die Eigengesellschaften der Kommune und erst recht die Beteiligungsgesellschaften sind 1 als eigenständige juristische Personen des Privatrechts nicht ohne weiteres an die Vorgaben der kommunalen Organe gebunden. Eine solche Bindung ist aber erforderlich, da es sich bei **der wirtschaftlichen Betätigung der Kommune in Privatrechtsform** weiterhin materiell um öffentliche Verwaltung und damit um die Ausübung von Staatsgewalt handelt. Daher verlangt das **Demokratieprinzip**, dass sich die Entscheidungen der Eigen- und Beteiligungsgesellschaften durch eine **ununterbrochene Legitimationskette** auf die gewählte Volksvertretung der Kommune und damit auf die Wahlbürger zurückführen lassen. Zur Einhaltung dieser verfassungsrechtlich verankerten Vorgabe ist die Kommune verpflichtet, sich **maßgeblichen Einfluss** auf die von ihr privatisierten Unternehmen und Einrichtungen zu sichern (vgl. dazu ausführlich Rn. 10 ff., 30 ff. zu § 137). § 138 NKomVG ergänzt daher die Regelungen in § 137 Abs. 1 NKomVG, denn die Vorschrift enthält weitere Vorgaben dazu, wie der Einfluss der Kommune auf die privatisierten Gesellschaften **über die Vertreter** sichergestellt werden soll. Im Hinblick auf die notwendig zu beachtenden gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen (vgl. dazu OVG Bautzen, B. vom 3.7.2012 – 4 B 211/12, juris Rn. 3 m. w. N., näher Rn. 13 ff. zu § 137) bestehen dabei unter Berücksichtigung der gewählten Rechtsform – AG oder GmbH – und der jeweils zu besetzenden Gesellschaftsorgane unterschiedlich große Spielräume, was notwendig zu Differenzierungen bei den kommunalrechtlichen Regelungen geführt hat.

Schon § 70 DGO enthielt eine Vertretungsregelung, die noch grundsätzlich den Bürgermeister als Vertreter bestimmte. Die aktuelle Regelung ist in **weiten Teilen inhaltlich** aus § 111 NGO übernommen worden. **Änderungen** finden sich in erster Linie im Bereich der Vertretung durch den Hauptverwaltungsbeamten, der in weiterem Umfang als bisher die Möglichkeit haben soll, sich von der persönlichen Vertretung in den Gesellschaftsorganen zu entlasten (vgl. Rn. 30 ff.). Darüber hinaus sind im Gesetzgebungsverfahren verschiedene Klarstellungen im Hinblick auf die zuvor teilweise missverständlichen Begrifflichkeiten vorgenommen worden. 2

Der **Anwendungsbereich** der Vorschrift beschränkt sich nach Absatz 1 Satz 1 auf Unternehmen und Einrichtungen des Privatrechts, also auf Eigengesellschaften und (unmittelbare) Beteiligungsgesellschaften. Auf kommunale Anstalten findet die Vorschrift, auch wenn man den Wortlaut teilweise anders verstehen könnte, keine unmittelbare Anwendung. Das folgt daraus, dass § 145 NKomVG eigenständige Regelungen über die Besetzung der Organe der kommunalen Anstalt enthält. Für die Tätigkeit von Abgeordneten als Mitglieder des Verwaltungsrates gelten jedoch nach § 145 Abs. 8 NKomVG die Vorschriften der Absätze 6 und 7 über die Haftung und die Vergütung entsprechend. Ebenfalls entsprechende Anwendung findet die gesamte Vorschrift, wenn sich eine kommunale Anstalt an anderen Unternehmen beteiligt (vgl. § 141 Abs. 3 Satz 2 NKomVG). Für Mitglieder des Verwaltungsrats einer gemeinsamen kommunalen Anstalt gilt Absatz 2 Satz 2 entsprechend (§ 3 Abs. 4 Satz 2 NKomZG): Auf Mitglieder der Versammlung eines Zweckverbandes findet Absatz 1 Satz 2 entsprechende Anwendung (§ 12 Abs. 2 NKomZG). 3

**Keine Anwendung** finden die Vorschriften über die „Vertretung“ der Kommune in den nach § 137 Abs. 2 NKomVG grundsätzlich zulässigen **mittelbaren Beteiligungen** der Kommunen, obwohl auch für diese sowohl die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks als auch die Sicherstellung eines angemessenen Einflusses der Kommune erforderlich ist. Dennoch sind die der Durchsetzung der Ingerenzpflicht dienenden Vorgaben des § 138 NKomVG nach der Begrifflichkeit und dem Regelungszusammenhang auf Eigengesellschaften und unmittelbare Beteiligungen ausgerichtet. Die Kommune wird in der Einzelgesellschaft weder „vertreten“ noch entsendet sie selbst Mitglieder in deren Organe. Anders als in § 137 Abs. 2 NKomVG fehlt hier die Anordnung der entsprechenden Anwendung der Vertretungsregelungen auf mittelbare Beteiligungen oder eines sonstige Regelung; eine sol- 4

## § 138 Kommentar – NKomVG

che wäre aber regelungssystematisch erforderlich (vgl. *Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch*, § 113 Erl. V. 2; so z. B. § 113 Abs. 2 Satz 3 NWGO, § 105a BWGO), zumal die Vertretung bei mittelbaren Beteiligungen zusätzliche Schwierigkeiten aufweist (vgl. auch *Koch*, *VerwArch* 2011 S. 1, 15 f.). Wer die kommunalen „Tochtergesellschaften“ in den Organen der „Enkelgesellschaften“ vertritt, richtet sich deshalb allein nach dem ohnehin **übergeordneten Gesellschaftsrecht**. Die GmbH wird in der Gesellschafterversammlung der Tochtergesellschaft nach § 35 GmbHG durch den oder die Geschäftsführer, die AG nach § 78 AktG durch den Vorstand vertreten. Die **Möglichkeiten der Einflussnahme** der Kommune auf die personelle Besetzung der Gesellschaftsorgane sind also bei einer mittelbaren Beteiligung gegenüber der unmittelbaren Beteiligung **reduziert**. Insbesondere dann, wenn die Tochtergesellschaft eine AG ist, ist ein maßgeblicher Einfluss der Kommune auf die Zusammensetzung der Organe der Enkelgesellschaft wegen der Weisungsunabhängigkeit des Vorstandes kaum denkbar, was notwendig – gegenüber der durch die Privatisierung ohnehin gegebenen Einflussminderung zusätzliche – negative Auswirkungen auf die Steuerungsmöglichkeiten der Kommune hat. Dies zeigt, dass die Wahrung der notwendigen demokratischen Legitimation jedenfalls bei mittelbaren Beteiligungen, bei denen die Tochter und/oder die Enkelgesellschaft die Rechtsform einer AG hat, kaum möglich ist (vgl. dazu näher Rn. 63 zu § 137). Einen weitergehenden Anwendungsbereich hat allerdings der durch die Novelle von 2016 eingefügte neue Absatz 9, der auch die Tätigkeit in Aufsichtsräten und sonstigen Gremien von Unternehmen und Einrichtungen erfasst, an denen die Kommune nur mittelbar beteiligt ist oder sonst mitwirkt.

### 2. Vertretung in der Gesellschafterversammlung oder einem entsprechenden Organ (Absatz 1)

#### 2.1 Wahl der Vertreter (Satz 1)

##### 2.1.1 Spezialität gegenüber § 86 Abs. 1 Satz 2 NKomVG

- 5 Die Kommune ist als Gesellschafter einer GmbH oder Aktionär einer Aktiengesellschaft zwar Mitglied in der Gesellschafterversammlung bzw. der Hauptversammlung, kann dort aber als juristische Person nicht selbst auftreten, sondern muss sich durch eine **natürliche Person vertreten** lassen. Grundsätzlich ist der Hauptverwaltungsbeamte gemäß § 86 Abs. 1 Satz 2 NKomVG für die Außenvertretung der Kommune in Rechts- und Verwaltungsgeschäften zuständig, was in Ermangelung einer speziellen Regelung auch die Vertretung der Kommune in privatisierten Gesellschaften erfassen würde (vgl. zur bayerischen Rechtslage *Ganzer/Tremml*, *GewArch* 2010 S. 141, 145). Von diesem Grundsatz weicht Satz 1 mit der Vorgabe ab, dass die Vertreter der Kommune von der Vertretung gewählt werden. Bei dieser von den meisten anderen Ländern abweichenden Bestimmung (vgl. *Buken*, S. 341 ff.) handelt es sich um eine **§ 86 Abs. 1 Satz 2 NKomVG verdrängende Spezialvorschrift**. Die organschaftliche Vertretungskompetenz des Hauptverwaltungsbeamten erstreckt sich somit nicht auf die kommunalen Gesellschaften; dies wird auch in § 86 Abs. 1 Satz 3 NKomVG ausdrücklich klargestellt (vgl. OVG Münster, B. vom 21.6.2007, NVwZ-RR 2008 S. 52, 53; *Püttner*, DVBl. 1986 S. 748, 750; *Meier*, VR 2008 S. 158). Die Vertretung ist bei der **Benennung** des Vertreters der Kommune in der Gesellschafterversammlung daher **frei**. Zwar liegt es nahe, den Hauptverwaltungsbeamten, sonstige fachkundige kommunale Beschäftigte oder Abgeordnete zu wählen, rechtlich notwendig ist dies jedoch nicht. Es können auch Fachleute von außerhalb der Kommunalverwaltung benannt werden (vgl. *Erichsen*, S. 135; *Engellandt*, S. 88 f.; *Gaß*, S. 379; *Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch*, § 113 Erl. V; *Ipsen*, NdsVBl. 2015 S. 121, 126). Wegen der nach Satz 2 festgelegten Weisungsgebundenheit dürfte hierfür jedoch im Regelfall kein Bedürfnis bestehen.

### 2.1.2 Mehrere Vertreter

Das **Gesellschaftsrecht enthält keine Vorgaben** für die Vertreterbestellung; dieses Rechtsverhältnis richtet sich allein nach dem Recht des Gesellschafters, also dem Kommunalrecht (Püttner, DVBl. 1986 S. 748, 752). Die Kommune kann somit als Gesellschafter jedenfalls in Eigengesellschaften kraft der ihr zukommenden Privatautonomie **mehrere Personen als Vertreter benennen**, ansonsten würde die Regelung des Absatzes 2 Satz 1 leer laufen. Gesellschaftsrechtlich ist dies **grundsätzlich zulässig** (vgl. Engellandt, S. 191; Mann, S. 198; Zöllner in Baumbach/Hueck, § 47 Rn. 48; Spindler in Schmidt/Lutter, § 134 Rn. 59; Hüffer/Koch, § 134 Rn. 27). Über die Zahl der zu entsendenden Vertreter entscheidet die Vertretung nach **pflichtgemäßem Ermessen** (Engellandt, S. 211). An der Bestellung mehrerer Vertreter kann insbesondere deswegen ein Interesse bestehen, um die Vertretungsverhältnisse **proporzgerecht** zur Stärke der Fraktionen in der Vertretung auszugestalten und so auch der jeweiligen Minderheit in der Vertretung über die Stellung als Vertreter Informationen über die Gesellschaft einzuräumen (vgl. Püttner, DVBl. 1986 S. 748, 750; Erichsen, S. 119; Engellandt, S. 95). Grundsätzlich denkbar ist es sogar, sämtliche Mitglieder der Vertretung zu Vertretern in der Gesellschafterversammlung bzw. Hauptversammlung zu bestellen. Generell wird aber die Bestellung mehrerer Vertreter in der Gesellschafterversammlung unpraktisch sein, da dadurch das Verfahren erschwert wird und ein solches Vorgehen wegen Verbots der Stimmrechtsspaltung (vgl. dazu Rn. 19) auch nur eingeschränkt Sinn macht (vgl. Engellandt, S. 194 ff.; kritisch auch Buken, S. 346 f.).

Während die Bestellung mehrerer Vertreter unproblematisch ist, wenn die Kommune alleiniger Gesellschafter der GmbH oder AG ist, ist bei **Beteiligungsgesellschaften der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz** zu beachten. Dieser hat grundsätzlich zur Folge, dass die anderen Gesellschafter die gleichzeitige Anwesenheit mehrerer Vertreter der Kommune nicht dulden müssen (vgl. dazu näher Engellandt, S. 191 ff.; auch Zöllner in Baumbach/Hueck, § 48 Rn. 10); § 134 Abs. 3 Satz 2 AktG sieht ein ausdrückliches Zurückweisungsrecht der Gesellschaft vor (dazu Hüffer/Koch, § 134 Rn. 27).

### 2.1.3 Verfahren und Form

Der Vertreter wird von der Vertretung **nach § 67 NKomVG gewählt**. Entgegen des insoweit **ungenauen Wortlauts** gilt dies jedoch nur, wenn lediglich ein Vertreter benannt wird oder nach der Satzung der Gesellschaft zu benennen ist. Bei mehreren Vertretern muss nach **Absatz 2** der Hauptverwaltungsbeamte dabei sein (vgl. Rn. 25 ff.). Sind außer dem Hauptverwaltungsbeamten **zwei oder mehr Vertreter** zu benennen, ist zudem **§ 71 Abs. 6 NKomVG** zu beachten (so auch Freese in Blum/Häusler/Meyer, § 138 Rn. 3; Wilkens in Ipsen, § 71 Rn. 60). Danach sind, da es sich in einem solchen Fall um die **Besetzung mehrerer unbesoldeter Stellen** handelt, die Vorschriften über die Besetzung der Ausschüsse nach § 71 Abs. 2, 3 und 5 NKomVG entsprechend anwendbar. Die Vertreter werden also von den Fraktionen ihrem Stärkeverhältnis entsprechend benannt, für die Verteilung wird das Verfahren nach d'Hondt angewendet (vgl. auch Ipsen, NdsVBl. 2015 S. 121, 125 f.). Der Hauptverwaltungsbeamte bleibt dabei unberücksichtigt, da er einer Fraktion nicht angehören darf (vgl. Elster, NdsVBl. 1997 S. 73, 79 f.; Rn. 12 zu § 57). Werden dagegen Vertreter benannt, die keine Abgeordneten sind, wie z. B. Mitarbeiter der Kommunalverwaltung, so werden diese auf das Kontingent der Fraktion angerechnet, die sie benannt hat, weil die Mehrheit sonst mit der Benennung ihr genehmer Beschäftigter den mit der Vorschrift beabsichtigten Minderheitenschutz unterlaufen könnte (vgl. VG Oldenburg, U. vom 27.6.1989, NST-N 1991 S. 135; zustimmend Goetz, NST-N 1991 S. 135, 136; a. A. Petri in Thieme/Schäfer, § 111 Rn. 7). Die Vertretung stellt auf der Grundlage der Benennung in entsprechender Anwendung des § 71 Abs. 5 NKomVG durch **Beschluss** fest, dass die von den Fraktionen oder Gruppen benannten Personen die Kommune in der Gesellschafter- bzw. Aktionärsversammlung vertreten. Durch Satzung kann das Ermessen des Gesellschafters hinsichtlich der Vertretung nicht eingeschränkt werden, da es sich dabei um ein elementares Mitgliedschaftsrecht handelt (vgl. Spindler in Schmidt/Lutter, § 134 Rn. 58).

## § 138 Kommentar – NKomVG

m. w. N.). Die kommunalrechtlichen Vorgaben für die Vertreterbenennung können somit **nicht durch Satzungsregelungen überlagert** werden (a. A. *Thiele*, § 138 Rn. 2).

- 9 Da die Person der Vertreter nicht gesetzlich vorgegeben ist, sondern aufgrund eines Bestellungsaktes erfolgt, handelt es sich nicht um organschaftliche, sondern um **kommunalgesetzliche Vertretung** (vgl. zur Unterscheidung näher *Gaß*, S. 377 ff.; a. A. wohl *Erichsen*, S. 107 ff.). Der Vertreter hat die Vertretung **selbst** auszuüben, die Erteilung einer Untervollmacht an einen Dritten ist unzulässig (vgl. ausführlich *Neupert*, NWVBl. 2013 S. 51, 52 ff.). Das folgt auch daraus, dass eine Absatz 2 Satz 3 entsprechende Regelung für den Verhinderungsfall fehlt. Auch wenn es sich im Innenverhältnis nicht um eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung i. S. d. §§ 167 ff. BGB, sondern um ein **öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis** handelt (so *Gaß*, S. 379), so sind dennoch die gesellschaftsrechtlichen Formvorschriften für die Bevollmächtigung zu beachten, da sonst im **Außenverhältnis** zur Gesellschaft bzw. sonstigen Gesellschaftern Zweifel über die Vertretungsberechtigung entstehen könnten. Daher ist bei der **GmbH** für die Bevollmächtigung die **Textform** erforderlich (§ 47 Abs. 3 GmbHG; vgl. näher *Zöllner* in Baumbach/Hueck, § 47 Rn. 51 ff.). Bei der **Aktiengesellschaft** gilt für die Vollmacht die **Schriftform**; die Satzung kann Erleichterungen vorsehen (§ 134 Abs. 3 Satz 2 AktG, dazu *Spindler* in Schmidt/Lutter, § 134 Rn. 42 ff.). Zuständig für die Erteilung der Vollmacht gegenüber der Gesellschaft ist nach § 86 Abs. 1 Satz 2 NKomVG der Hauptverwaltungsbeamte.
- 10 Die Kommune kann die Vollmacht **befristen**. Dies wird regelmäßig sinnvoll sein; eine unbefristete Bestellung auch über die Wahlperiode der Vertretung hinaus ist jedoch zulässig, weil der Grundsatz der Diskontinuität im Kommunalrecht nicht gilt (vgl. *Erichsen*, S. 98 ff.). Eine Beschränkung auf einzelne Termine der Gesellschafterversammlung oder sogar nur auf einzelne Tagesordnungspunkte ist zwar zulässig, wird in der Regel aber zumindest bei häufiger tagenden Gesellschafterversammlungen unpraktisch sein (vgl. *Engelland*, S. 189). Ebenfalls zulässig ist es, die Bestellung von dem Fortbestehen der Mitgliedschaft in der Vertretung oder Innehabung einer sonstigen Funktion abhängig zu machen (vgl. *Erichsen*, S. 83).
- 11 Die Frage, ob eine gewählte oder benannte Person verpflichtet ist, die Vertreterstellung zu übernehmen oder diese aufkündigen kann, ist nach der Rechtsstellung des Betroffenen zu beantworten. Abgeordnete sind **nicht verpflichtet**, die Vertretung der Kommune in privatisierten Betrieben zu übernehmen und können daher diese Aufgabe auch jederzeit niederlegen. Der **Hauptverwaltungsbeamte kann**, selbst wenn er aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung des Absatzes 2 Satz 1 bestellt wird, auf die Vertretung verzichten. Im Übrigen ist für **kommunale Beamte** zu beachten, dass diese unter den Voraussetzungen des **§ 71 Nr. 2 NBG verpflichtet** sind, auf Verlangen ihres Dienstherrn eine Nebentätigkeit in Gesellschaftsorganen zu übernehmen, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt – dies wird im Fall der Vertreterbenennung im Hinblick auf die öffentliche Aufgabe der Gesellschaft regelmäßig zu bejahen sein – und die Tätigkeit ihrer Vorbildung oder Berufsausbildung entspricht und sie nicht über Gebühr beansprucht.

### 2.2 Weisungsgebundenheit (Satz 2)

#### 2.2.1 Zweck und Grenzen des Weisungsrechts

- 12 Der Vertreter ist in der Gesellschafterversammlung Repräsentant der Kommune (*Koch*, VerwArch 2011 S. 1, 3). In der Konsequenz regelt Satz 2 ausdrücklich, dass der Vertreter der Kommune in der Gesellschafter- oder Hauptversammlung dem Interesse der Kommune verpflichtet und an die Weisungen der für die Kommune entscheidenden Organe Vertretung und Hauptausschuss gebunden ist. Dieses **Weisungsrecht** der Kommunalorgane liegt in der Natur der durch die Gesellschafterstellung der Kommune vermittelten Teilhaberechte und ist deshalb **gesellschaftsrechtlich unbestritten zulässig**, da sich das Verhältnis zwischen der Kommune als Gesellschafter und ihren Vertretern im Außenverhältnis nach den §§ 164 BGB richtet (vgl. VGH Kassel, B. vom 4.5.2009, UPR 2010 S. 106; *Erichsen*,

S. 123; *Gaß*, S. 377; *Geerlings*, § 52 Rn. 13; *Mann*, VBIBW 2010 S. 7, 13; *Koch*, VerwArch 2011 S. 1, 3; *Buken*, S. 348, der das kommunalrechtliche Weisungsrecht deshalb für überflüssig hält). Den kommunalen Vertretern kommt eine **zentrale Funktion** bei der Umsetzung der kommunalen Steuerung des Unternehmens zu (vgl. *Strobel*, DVBl. 2005 S. 77, 78). Dabei ist das Weisungsrecht jedenfalls bei der GmbH das wesentliche Instrument, um die verfassungsrechtlich geschuldete Einflussnahme der Kommune auf die Gesellschaft sicherzustellen, da die Gesellschafterversammlung innerhalb der Organisationsverfassung der GmbH eine dominante Stellung hat (vgl. näher Rn. 47 ff. zu § 137). Der Gesellschafter hat grundsätzlich das Recht, seine Interessen zu verfolgen; diese Interessen haben die kommunalen Vertreter, die gesellschaftsrechtlich nicht zur Unabhängigkeit verpflichtet sind, in der Gesellschafterversammlung zu beachten (vgl. *Koch*, VerwArch 2011 S. 1, 3).

Allerdings ist das zuständige Organ der Kommune bei der Erteilung von Weisungen zur Ausübung der Gesellschafterstellung in **Beteiligungsgesellschaften** gesellschaftsrechtlich nicht völlig frei darin, die kommunalen Interessen durchzusetzen. Vielmehr wird das Weisungsrecht durch die **gesellschaftsrechtliche Treuepflicht** der Gesellschafter zur Gesellschaft **begrenzt**, die die Gesellschafter auch zur vertrauensvollen und loyalen Zusammenarbeit in den Mitgliederorganen und zur angemessenen Rücksichtnahme auf die Belange der Mitgesellschafter verpflichtet (vgl. ausführlich *Engellandt*, S. 29 ff.; *Gaß*, S. 380 f.; *Becker* in *Wurzel/Schraml/Becker*, S. 196; dazu auch OVG Münster, B. vom 12.12.2006, NVwZ 2007 S. 609). Gleiches gilt für den Vertreter bei der eigenverantwortlichen Stimmrechtsausübung (vgl. dazu Rn. 14, 15). Trotz der Bindung an die Interessen der Kommune ist der Vertreter gesellschaftsrechtlich nicht berechtigt, diese im Fall eines Interessengegensatzes über die Interessen der Gesellschaft zu stellen. Dementsprechend ist die **treuwidrige Stimmabgabe** nach herrschender gesellschaftsrechtlicher Auffassung **nichtig** (*Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, § 47 Rn. 108 m. w. N.; a. A. *Schwab* in *Schmidt/Lutter*, § 243 Rn. 5). Um eine solche Konfliktsituation zwischen dem dem öffentlichen Zweck verpflichteten Interesse der Kommune und dem grundsätzlich auf Gewinnerzielung gerichteten Interesse privater Mitgesellschafter nicht entstehen zu lassen, ist es wichtig, die Erfüllung des öffentlichen Zwecks in der Unternehmensatzung abzusichern (vgl. *Mann*, VBIBW 2010 S. 7, 13; dazu näher Rn. 27 ff. zu § 137).

Das Weisungsrecht gilt auch gegenüber **Abgeordneten**. Die Vertretung der Kommune in der Gesellschafterversammlung oder Hauptversammlung gehört nicht zur Tätigkeit als Abgeordneter i. S. d. § 54 Abs. 1 Satz 1 NKomVG, sondern ist ein Sonderfall der Außenvertretung der Kommune. Abgeordnete können sich daher gegen Weisungen nicht unter Berufung auf ihr „freies“ Mandat nach § 54 Abs. 1 Satz 2 NKomVG zur Wehr setzen.

Das Weisungsrecht betrifft lediglich das Verhältnis zwischen Kommune und Vertreter, nicht jedoch das Verhältnis der Kommune zur Gesellschaft. Übt der Vertreter das Stimmrecht in der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung **entgegen der Weisung** aus, so **berührt** dies die **Gültigkeit der Stimmabgabe nicht** (*Engellandt*, S. 190; *Strobel*, DVBl. 2005 S. 77, 79; *Meier*, VR 2008 S. 158; *Neupert*, NWVBl. 2013 S. 51, 53; *Freese* in *Blum/Häusler/Meyer*, § 138 Rn. 5; *Lange*, S. 925). Als Sanktion steht der Kommune im Wesentlichen nur der Widerruf des Vertretungsauftrages zur Verfügung.

### 2.2.2 Zuständigkeit

Satz 2 bindet die Vertreter an die Beschlüsse der Vertretung und des Hauptausschusses. Welches dieser Organe im konkreten Fall für den Beschluss über die Erteilung der Weisung zuständig ist, richtet sich nach der **allgemeinen organschaftlichen Zuständigkeit** (so auch *Erdmann* in *Ipsen*, § 138 Rn. 5). Die Kompetenzen von Vertretung und Hauptausschuss grenzen sich also nach Maßgabe des § 58 und des § 76 Abs. 2 NKomVG ab, wobei eine Zuständigkeit der Vertretung in erster Linie aus § 58 Absatz 1 Nrn 11 bis 14 NKomVG oder aus einem Vorbehaltsbeschluss nach § 58 Abs. 3 NKomVG folgen dürfte. Ist die Vertretung danach zuständig, beschließt sie in öffentlicher Sitzung, wenn nicht einer der in § 64 Satz 1 NKomVG genannten Gründe den Ausschluss der Öffentlichkeit fordert. Die

## § 138 Kommentar – NKomVG

nicht öffentliche Sitzung ist insbesondere dann geboten, wenn andernfalls das von der Gesellschaft verfolgte öffentliche Wohl gefährdet wäre oder die berechtigten Interessen der Gesellschaft dies erfordern (vgl. *Ries/Garbers*, KommJur 2004 S. 407, 409). Die Sitzungen des Verwaltungsausschusses sind stets nicht öffentlich (§ 78 Abs. 2 Satz 1 NKomVG).

- 17 Bei der Zuständigkeit zur Erteilung von Weisungen wird der **Hauptverwaltungsbeamte**, der nach § 85 Abs. 1 Nr. 7 NKomVG **für die Geschäfte der laufenden Verwaltung zuständig ist**, nicht ausdrücklich genannt. Eine Angelegenheit der Gesellschaft, die sich aus der Sicht der Kommune als Angelegenheit der laufenden Verwaltung darstellt, kann aber je nach Ausgestaltung der Satzung zumindest im Ausnahmefall (vgl. *Mann*, VBIBW 2010 S. 7, 13) in die Entscheidungskompetenz der Gesellschafterversammlung fallen (vgl. *Altmeppen*, NJW 2003 S. 2561, 2562 f.; *Grziwotz*, BayVBl. 2006 S. 357, 358 f.). Dementsprechend stellt sich die Frage, ob Vertreter in den Fällen, in denen die zu entscheidenden Angelegenheiten der Gesellschaft aus der Sicht der Kommune als Geschäfte der laufenden Verwaltung anzusehen sind und in denen sich weder die Vertretung noch der Hauptausschuss die Beschlussfassung vorbehalten hat, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung an Weisungen des Hauptverwaltungsbeamten als dem intern grundsätzlich zuständigen Organ gebunden sind oder ob die durch Wahl legitimierte Vertreterbestellung dazu führt, dem Vertreter **diese Angelegenheiten zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung** übertragen werden. Letzteres dürfte angesichts des Gesetzeswortlauts zu bejahen sein (ebenso i. E. *Meier*, VR 2008 S. 158; *Thiele*, § 138 Rn. 7). Wäre auch eine Bindung an Weisungen des Hauptverwaltungsbeamten beabsichtigt gewesen, so hätte es nahe gelegen, eine Bindung generell an Weisungen „der Kommune“ anzuordnen. Soll die Entscheidungskompetenz des Hauptverwaltungsbeamten unangetastet bleiben, so steht es der Vertretung frei, ihn als Vertreter zu wählen. Zudem stellt die Bindung an das Interesse der Kommune sicher, dass der Vertreter auch ohne konkrete Weisungen grundsätzlich keine dem entgegen gesetzten Interessen verfolgt.
- 18 **Liegt keine Weisung** vor, stellt sich die Frage, ob den Vertreter die kommunalrechtliche Pflicht trifft, der Vertretung bzw. dem Hauptausschuss die in die jeweilige Zuständigkeit dieser Organe fallenden Angelegenheiten vor der Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung zur Beschlussfassung vorzulegen oder ob in einem solchen Fall die Befugnis zu eigenverantwortlichem Handeln besteht. Hier ist mangels anderer Anhaltspunkte davon auszugehen, dass durch die Wahl eines Vertreters eine besondere organschaftliche Vertretung geschaffen wird, die grundsätzlich das **Recht zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung** begründet, sofern kein Weisungsbeschluss vorliegt (ebenso i. E. *Thiele*, § 138 Rn. 8; ähnlich *Engelland*, S. 94 ff.; einschränkend wohl *Meier*, VR 2008 S. 158: nur bei Routineangelegenheiten; abweichend auch *Grziwotz*, BayVBl. 2006 S. 357, 358 f.). Dafür spricht der Umkehrschluss aus Absatz 5, der nur für den dort genannten Fall der Aufnahme von Darlehen und Kassenkrediten die vorherige Genehmigung der Vertretung verlangt. Auch die Haftungsregelung des Absatzes 6 geht davon aus, dass weisungsfreies Handeln grundsätzlich zulässig ist. Allerdings sind die Vertreter der Kommune nach Absatz 4 Satz 1 verpflichtet, bei Angelegenheiten von besonderer Bedeutung die Vertretung frühzeitig zu unterrichten, sodass diese die Entscheidung in der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung durch einen entsprechenden Beschluss steuern kann (ähnlich *Thiele*, § 138 Rn. 8; *Erdmann* in *Ipsen*, § 138 Rn. 7). Zur Klarstellung empfiehlt es sich, in der Satzung die Angelegenheiten von besonderer Bedeutung so weit wie möglich zu konkretisieren (ähnlich *Ries/Garbers*, KommJur 2004 S. 407, 408).

### 2.2.3 Unzulässigkeit des Stimmensplittings

- 19 Benennt die Kommune mehrere Vertreter, insbesondere zur Herstellung eines Fraktionsproporz bei der Vertretung in der Gesellschafter- oder Hauptversammlung, so ist **fraglich, ob unter Berücksichtigung dieser Zielsetzung auch eine dem Proporz entsprechende Stimmabgabe zulässig ist**. Bei der Eigengesellschaft handelt es sich allenfalls um ein theoretisches Problem, da die Mehrheitsverhältnisse der Vertretung sich dann in der Gesellschafterversammlung widerspiegeln. Dagegen kann die Frage bei der Beteiligungsgesell-

schaft aber durchaus von Bedeutung sein. Nach überwiegender Auffassung ist die sog. Stimmenspaltung, d. h. die unterschiedliche Stimmabgabe der jeweiligen Vertreter, **gesellschaftsrechtlich bei der GmbH unzulässig** (vgl. nur *Engellandt*, S. 162 ff.; *Mann*, VBIBW 2010 S. 7, 13; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, § 47 Rn. 38; jeweils m. w. N.). Bei der **Aktiengesellschaft** wird die uneinheitliche Stimmabgabe dagegen aktienrechtlich überwiegend für zulässig erachtet (vgl. *Spindler* in Schmidt/Lutter, § 133 Rn. 19 f.; *Hüffer/Koch*, § 133 Rn. 21, jeweils m. w. N.; *Mann*, VBIBW 2010 S. 7, 13.; a. A. *Engellandt*, S. 183 ff.). Sie ist auch dort jedoch **kommunalrechtlich unzulässig**. Die uneinheitliche Stimmabgabe verstößt bei einer Beteiligungsgesellschaft gegen die Ingerenzpflicht der Kommune (dazu Rn. 10 ff. zu § 137), denn sie könnte dazu führen, dass sich die mehrheitlich in der Vertretung oder im Hauptausschuss beschlossene Auffassung deswegen nicht durchsetzt, weil die Vertreter der Oppositionsfraktionen gemeinsam mit den übrigen Aktionären einen entgegenstehenden Mehrheitsbeschluss fassen. Daher ist bei der gemischt-wirtschaftlichen Aktiengesellschaft jedenfalls aus öffentlich-rechtlicher Sicht ebenfalls von einem Verbot uneinheitlicher Stimmabgabe auszugehen (vgl. *Mann*, VBIBW 2010 S. 7, 14). Folgerichtig sind die Vertreter von Oppositionsfraktionen in der Gesellschafter- oder Hauptversammlung verpflichtet, die von der Vertretung oder dem Hauptausschuss beschlossene Weisung durch einheitliche Stimmabgabe umzusetzen, selbst wenn sie bei der Beschlussfassung gegen die Weisung gestimmt haben (so i. E. auch *Thiele*; § 138 Rn. 7; *Freese* in Blum/Häusler/Meyer, § 138 Rn. 6; *Erdmann* in Ipsen, § 138 Rn. 7; *Lange*, S. 924). Liegt keine Weisung vor, müssen sich die Vertreter unter Berücksichtigung des Interesses der Kommune rechtzeitig einigen, da sich die Mitgesellschafter nicht auf Mehrheitsentscheidungen der Vertreter der Kommune einlassen müssen (vgl. *Zöllner* in Baumbach/Hueck, § 47 Rn. 38).

### 2.3 Widerruf des Vertretungsauftrages (Satz 3)

Die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs verfolgt im Wesentlichen das Ziel, das **Weisungsrecht** der Kommune gegenüber den Vertretern **abzusichern** (vgl. OVG Münster, B. vom 12.2.1990, NVwZ 1990 S. 791, 792; VG Düsseldorf, U. vom 17.9.2004, NWVBl. 2005 S. 143, 144; *Erdmann* in Ipsen, § 138 Rn. 8). Bei den von der Vertretung gewählten Vertretern ist diese auch für den Widerruf zuständig. Die Entscheidung ist mangels anderer Bestimmung gemäß § 66 Abs. 1 NKomVG durch Mehrheitsbeschluss zu treffen (ebenso *Thiele*, § 138 Rn. 9; *Freese* in Blum/Häusler/Meyer, § 138 Rn. 9; vgl. auch VG Düsseldorf, U. vom 17.9.2004, NWVBl. 2005 S. 143, 144). In Beteiligungsgesellschaften ist zu beachten, dass der Widerruf zur Wirksamkeit im Außenverhältnis ggf. auch gegenüber den Mitgesellschaftern zu erklären ist (vgl. § 170 BGB).

Das Gesetz macht den Widerruf von keinerlei tatbestandlichen Voraussetzungen abhängig, sondern lässt ihn „**jederzeit**“ zu. Damit wird der Vertretung zwar ein **weites Ermessen** eingeräumt, völlig in ihrem Belieben steht die Abberufungsentscheidung dennoch nicht; vielmehr ist das auch sonst geltende allgemeine **Missbrauchs- und Willkürverbot zu beachten** (vgl. VG Düsseldorf, U. vom 17.9.2004, NWVBl. 2005 S. 143, 144; *Petri* in Thieme/Schäfer, § 111 Rn. 5). Das bedeutet, dass eine Abberufung nur aus **sachlichen**, im Zusammenhang mit der Ausübung der Vertreterfunktion stehenden **Gründen** erfolgen darf (vgl. *Engellandt*, S. 96; *Held* in KVR-NRW, § 113 GO Erl. 10; *Erdmann* in Ipsen, § 138 Rn. 8; offen VG Köln, U. vom 10.12.2014 – 4 K 948/14, juris Rn. 62 f.; unklar *Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch*, § 113 Erl. III. 3; offen gelassen vom OVG Münster, B. vom 12.2.1990, NVwZ 1990 S. 791, 792). Als Abberufungsgründe in Betracht kommen daher vor allem die Nichtbeachtung von Weisungen, die Verletzung der Unterrichtungspflicht nach Absatz 4 oder die Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten wie der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter (vgl. VG Köln, U. vom 10.12.2014 – 4 K 948/14, juris Rn. 57 ff.). Aber auch unterhalb der Schwelle der Rechtsverletzung liegende Handlungen können angesichts des weiten Ermessensspielraums ausreichen, etwa die unsachgemäße Ausübung der Vertreterfunktion im Rahmen des eigenverantwortlichen Handlungsspielraums. Unzulässig ist dagegen eine Abberufung allein

aus, indem Absatz 4 Satz 2 und Absatz 8 neben den entsandten auch die von der Kommune „sonst bestellten Mitglieder“ im Aufsichtsrat nennt. In ähnlicher Weise schränkt § 394 AktG die Berichtspflicht nicht nur für die von der Gebietskörperschaft entsandten, sondern auch für die auf ihre Veranlassung gewählten Aufsichtsratsmitglieder ein. Eine weitere Möglichkeit zur Einflussnahme liegt in der Ausgestaltung des Stimmrechts. Zwar beschließt die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG über die Bestellung der gewählten Mitglieder der Hauptversammlung grundsätzlich mit der einfachen Stimmenmehrheit (§ 113 Abs. 1 AktG). Die Satzung kann aber bei Wahlen auch eine andere Bestimmung treffen. Aufgrund dieser Bestimmung, die für Aufsichtsratswahlen ihren wesentlichen Anwendungsbereich hat, kann die **Satzung** für die Aufsichtsratswahl auch eine **geringere als die gesetzliche Mehrheit** vorsehen (vgl. *Spindler* in Schmidt/Lutter, § 133 Rn. 50; *Hüffer/Koch*, § 133 Rn. 32). Darauf hat die Kommune ggf. hinzuwirken, um die Wahl von der Vertretung bestimmter Aufsichtsratsmitglieder in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung veranlassen zu können. Denkbar ist auch der Abschluss von Wahlvereinbarungen mit den übrigen Gesellschaftern, die allerdings nicht Gegenstand der Satzung sein können (vgl. näher *Drygala* in Schmidt/Lutter, § 101 Rn. 5 ff.; *Grunewald*, NZG 2015 S. 609, 610). Demgegenüber ist die Möglichkeit, über die Festlegung persönlicher Voraussetzungen nach § 100 Abs. 4 AktG eine kommunale Einflussnahme zu sichern, eher begrenzt, da die Wahlfreiheit der Hauptversammlung nicht beeinträchtigt werden darf und die Vorgaben nicht auf ein verkapptes Entsendungsrecht hinauslaufen dürfen (vgl. *Drygala* in Schmidt/Lutter, § 100 Rn. 36; *Hüffer/Koch*, § 100 Rn. 20; unklar *Mann*, S. 197).

#### 4.1.3 Fakultativer Aufsichtsrat

Die in der kommunalen Praxis am häufigsten vorkommende Gesellschaft ist die **GmbH mit weniger als 500 Mitarbeitern** (vgl. die Übersicht bei *Winkel*, NWVBl 2008 S. 285, 286). Für diese besteht **keine Verpflichtung zur Bestellung eines Aufsichtsrates**. Eine solche ist auch dem Absatz 3 Satz 1 nicht zu entnehmen (ebenso i. E. *Thiele*, § 138 Rn. 11; vgl. auch *Cronauge*, S. 270), denn für den Fall, dass kein Aufsichtsrat bestellt wird, hat die Kommune über ihre Vertreter in der Gesellschafterversammlung genügend Einflussmöglichkeiten zur Einwirkung auf das Unternehmen (vgl. Rn. 47 ff. zu § 137). In der Praxis wird allerdings aus verwaltungsorganisatorischen Gründen häufig von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, im Gesellschaftsvertrag einen Aufsichtsrat vorzusehen, um ein Organ zu schaffen, das anstelle der Gesellschafterversammlung insbesondere die Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführung wahrnimmt (vgl. *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, LKV 2001 S. 246; *Altmeppen*, NJW 2003 S. 2561, 2563; *Battke/Voigt*, SächsVBl. 2006 S. 273; *Lohner/Zieglmeier*, BayVBl. 2007 S. 581, 582; ausführlich zu den Vorteilen eines Aufsichtsrats *Cronauge*, S. 270 ff.). Für diesen fakultativen Aufsichtsrat gelten zwar grundsätzlich auch die Vorgaben des Aktiengesetzes, diese sind aber nach **§ 52 GmbHG gesellschaftsvertraglich abdingbar**. Insofern ist die Kommune gesellschaftsrechtlich frei und **kommunalrechtlich verpflichtet**, in einem Umfang **Entsendungsrechte vorzusehen**, die ihren **bestimmenden Einfluss im Aufsichtsrat** sichert (vgl. auch Rn. 50 zu § 137). Im Fall einer überwiegenden Beteiligung privater Mitgesellschafter dürfte dies allerdings auf praktische Schwierigkeiten stoßen. Soweit für diesen Fall vertreten wird, ein der Beteiligungsquote entsprechender Anteil an Aufsichtsratsmitgliedern sei ausreichend (so *Altmeppen*, NJW 2003 S. 2561, 2563; *Lohner/Zieglmeier*, BayVBl. 2007 S. 581, 582), entspricht dies grundsätzlich nicht der Forderung nach demokratischer Legitimation kommunalen Handelns (vgl. näher Rn. 33 zu § 137), da so die Durchsetzung der kommunalen Interessen im Aufsichtsrat nicht gewährleistet werden kann.

#### 4.2 Entscheidung über die Entsendung (Satz 2)

Über die Entsendung der Aufsichtsratsmitglieder entscheidet ebenso wie über die Vertreter in der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung die **Vertretung**, was angesichts der Bedeutung des Aufsichtsrats für die Unternehmensführung sinnvoll ist (vgl. OVG Bautzen,

## § 138 Kommentar – NKomVG

U. vom 8.2.2011, SächsVBl. 2011 S. 213, 216). Anders als in Absatz 1 Satz 1 ist eine Wahl gesetzlich nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Daher entscheidet die Vertretung nach § 66 NKomVG durch **Beschluss** (ebenso *Elster*, NdsVBl. 1997 S. 73, 82; *Buken*, S. 250; *Freese* in Blum/Häusler/Meyer, § 138 Rn. 17; *Thiele*, § 138 Rn. 12; a. A. *Ihnen*, S. 383). Der Regelung unterfällt nach dem Wortlaut nur die unmittelbare Bestimmung des Aufsichtsratsmitglieds durch die Kommune; nicht dagegen andere Formen der Einflussnahme (so auch *Freese* in Blum/Häusler/Meyer, § 138 Rn. 17). Werden die Aufsichtsratsmitglieder nicht von der Kommune entsandt, sondern auf Vorschlag des Aufsichtsrats von der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung gewählt, so findet Satz 2 zwar keine unmittelbare Anwendung. Aus der in den Absätzen 1 und 3 geregelten Zuständigkeit der Vertretung lässt sich jedoch der Schluss ziehen, dass die Vertretung – und nicht der Hauptausschuss oder der Hauptverwaltungsbeamte – für die Erteilung von auf die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder bezogenen Weisungen an die Vertreter der Kommune in der Gesellschafter- oder Hauptversammlung zuständig ist (vgl. auch OVG Bautzen, U. vom 8.2.2011, SächsVBl. 2011 S. 213, 216). Auch für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder des zeitlich auf das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr beschränkten ersten Aufsichtsrates ist im kommunalrechtlichen Innenverhältnis die Vertretung zuständig.

- 42 Kann die Kommune nach dem Gesellschaftsvertrag mehr als zwei Mitglieder entsenden oder in sonstiger Weise bestimmen (vgl. *Zieglmeier*, LKV 2005 S. 338, 339), so stellt sich die Frage nach der **Anwendbarkeit des § 71 Abs. 6 und Abs. 9 Satz 4 NKomVG**. Auch wenn Aufsichtsratsmitglieder regelmäßig eine Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten (vgl. § 113 AktG), so entspricht es doch der einhelligen Auffassung von Rechtsprechung und Literatur, dass es sich bei den von der Kommune zu besetzenden Aufsichtsratsmandaten um **„unbesoldete Stellen gleicher Art“** i. S. d. § 71 Abs. 6 NKomVG handelt (OVG Lüneburg, U. vom 12.10.1988 – 2 OVG A 202/87; VG Oldenburg, U. vom 27.6.1989, NSTN 1991 S. 135; VG Göttingen, B. vom 20.4.1999, NdsVBl. 1999 S. 218, 219; VG Göttingen, B. vom 29.11.2012 – 1 B 191/12 –, juris Rn. 32; *Goetz*, NSTN 1991 S. 135, 136; *Ipsen*, NdsVBl. 2015 S. 121, 126; *Thiele*, § 71 Rn. 16; zur Vergleichbarkeit von Ausschuss- und Aufsichtsratsmitgliedschaft näher *Meyer*, KommJur 2005 S. 121, 123 ff.). Daher tritt an die Stelle des Entsendungsrechtes der Vertretung das **Verfahren nach § 71 Abs. 6 i. V. m. Abs. 2, 3 und 5 NKomVG**, wenn die Kommune **mindestens drei Aufsichtsratsmitglieder** zu entsenden hat – der Hauptverwaltungsbeamte zählt insoweit nicht mit (vgl. *Geerlings*, § 52 Rn. 31). Soweit vertreten wird, diese Regelung sei **gesellschaftsrechtlich abdingbar** (so wohl *Elster*, NdsVBl. 1997 S. 73, 82; *Thiele*, § 138 Rn. 2, 12; vgl. auch die Nachweise bei VG Göttingen, B. vom 20.4.1999, NdsVBl. 1999 S. 218, 219), so ist dem **nicht zuzustimmen** (so nun auch VG Göttingen, B. vom 29.11.2012 – 1 B 191/12 –, juris Rn. 35). Zwar sind die persönlichen Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 AktG sowie die im Gesellschaftsvertrag nach § 100 Abs. 4 AktG normierten persönlichen Voraussetzungen wegen des Vorrangs des Gesellschaftsrechts zu beachten. Das schließt aber im Übrigen eine Bindung an die kommunalrechtliche Vorgabe des § 71 Abs. 6 NKomVG nicht aus, zumal eine der Fraktionsstärke entsprechende „spiegelbildliche“ Verteilung der Aufsichtsratsmandate dem **Demokratieprinzip** besser gerecht wird (vgl. näher *Meyer*, KommJur 2005 S. 121, 123 ff.; ähnlich VG Göttingen, B. vom 20.4.1999, NdsVBl. 1999 S. 218, 219 f.). Ansonsten könnte die Mehrheit durch eine entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages das mit § 71 Abs. 5 NKomVG verfolgte Ziel unterlaufen, die Repräsentation kleinerer Fraktionen und Gruppen auch bei der Besetzung unbesoldeter Stellen zu sichern (VG Göttingen, B. vom 29.11.2012 – 1 B 191/12 –, juris Rn. 35). Auf die von der Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder kann § 71 Abs. 6 NKomVG jedoch nur insoweit Anwendung finden, als die Kommune über die Erteilung von Weisungen an ihre Vertreterinnen und Vertreter entscheidenden Einfluss auf den Wahlbeschluss ausüben kann.
- 43 Hinsichtlich der **Auswahl** der zu entsendenden bzw. auf ihre Veranlassung zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder ist die Kommune **weitgehend frei** (so auch *Erdmann* in *Ipsen*, § 138 Rn. 14). Zu beachten hat sie nur die in **§ 100 Abs. 1 und 2 AktG** festgelegten sowie ggf. die

nach § 100 Abs. 4 AktG in der Satzung enthaltenen **persönlichen Voraussetzungen**; besondere sachliche Qualifikationen verlangt das Aktiengesetz nicht (*Ipsen*, NdsVBl. 2015 S. 121, 127). Kommunalrechtliche Vorgaben bestehen daneben ebenfalls nicht (*Winkel*, NWVBl. 2008 S. 285, 290; *Schodder*, NdsVBl. 2012 S. 121, 125; kritisch dazu *Gotzen*, VR 2001 S. 163, 164 ff.; *Ipsen*, NdsVBl. 2015 S. 121, 127). Um eine professionelle Aufgabenerfüllung der ihnen nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften obliegenden Kontroll- und Überwachungsfunktionen zu gewährleisten, müssen die kommunalen Aufsichtsratsmitglieder für die persönliche und eigenverantwortliche Amtsausübung (vgl. *Drygala* in Schmidt/Lutter, § 100 Rn. 30 m. w. N.) aber sowohl **einschlägige Fach- und Rechtskenntnisse** und Erfahrungen als auch die **notwendige Zeit** mitbringen. Dies sieht auch der Deutsche Corporate Governance Kodex vor (vgl. dazu *Grunewald*, NZG 2015 S. 609, 611; *Cronauge*, S. 272 zum Public Corporate Governance Kodex). Dabei hängen die Anforderungen von Größe, Bedeutung und Gegenstand des Unternehmens ab (*Meier*, ZKF 2002 S. 218; vgl. näher *Geerlings*, § 52 Rn. 27 ff.; *Gotzen*, VR 2001 S. 163, 165; *Keller/Paetzelt*, KommJur 2005 S. 451, 452; *Winkel*, NWVBl. 2008 S. 285, 290; *Schodder*, NdsVBl. 2012 S. 121, 125; *Meyer*, LKRZ 2014 S. 270, 271 f.; *Cronauge*, S. 271 f.). Die Erfüllung fachlicher Mindestvoraussetzungen ist schon deswegen von Bedeutung, weil eine Pflichtverletzung sowohl für das Aufsichtsratsmitglied selbst als auch für die entsendende Kommune ein Haftungsrisiko begründet (vgl. näher Rn. 77 ff.). Daher liegt die sorgfältige Auswahl und Weiterqualifizierung der Mitglieder sowohl in deren Interessen als auch in dem der Kommune (*Schodder*, NdsVBl. 2012 S. 121, 127) und sollte im Rahmen des durch § 150 NKomVG geforderten Beteiligungsmanagements sichergestellt werden (vgl. auch Rn. 15 f. zu § 150); beim fakultativen Aufsichtsrat etwa durch entsprechende Vorgaben in der Satzung des Unternehmens (vgl. auch *Ipsen*, NdsVBl. 2015, S. 121, 127). In der Praxis dürfte allerdings das Vorhandensein der erforderlichen Kenntnisse bei der Vergabe der kommunalpolitisch begehrten Aufsichtsratsmandate wohl eher eine untergeordnete Rolle spielen. So wird kritisiert, dass notwendige Kenntnisse insbesondere bei den regelmäßig in den Aufsichtsrat entsandten ehrenamtlich tätigen Abgeordneten (vgl. *Lohner/Zieglmeier*, BayVBl. 2007 S. 581, 583) häufig nicht oder nur unzureichend vorhanden sind (vgl. *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, LKV 2001 S. 246; *Gotzen*, VR 2001 S. 163, 166). Auch ist die Tendenz zu beobachten, Fraktions- und Parteimitgliedschaft den Vorrang vor der Sachkunde einzuräumen (so *Ipsen*, NdsVBl. 2015 S. 121, 127).

Durch die Entsendung entsteht ein öffentlich-rechtliches Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis zur Kommune (vgl. *Pauly/Beutel*, KommJur 2012 S. 446, 449). Da der in den Aufsichtsrat entsandten oder gewählten Person durch die Rechtsstellung als Aufsichtsratsmitglied Pflichten auferlegt werden, bedarf es dabei der **Annahme** des Amtes gegenüber der Gesellschaft (*Hüffer/Koch*, § 101 Rn. 8). Eine gesellschafts- oder kommunalrechtliche Pflicht zur Annahme besteht nicht; eine solche kann sich aber bei beamteten Beschäftigten der Kommune aus § 71 Nr. 2 NBG ergeben. Die Annahme kann gegenüber der Hauptversammlung oder dem Vorstand erfolgen; mit ihr entsteht zwischen der annehmenden Person und der Gesellschaft ein **korporationsrechtliches Rechtsverhältnis** (vgl. *Drygala* in Schmidt/Lutter, § 101 Rn. 12, 23; *Hüffer/Koch*, § 101 Rn. 2)). Die kommunale Auswahlentscheidung und der gesellschaftsrechtliche Beststellungsakt sind daher zu unterscheiden. Ein Verstoß gegen die für die Entsendung geltenden kommunalrechtlichen Bestimmungen schlägt nicht auf den gesellschaftsrechtlichen Beststellungsakt durch (*Zieglmeier*, LKV 2005 S. 338, 339); die Nichtigkeitsgründe für die Wahl sind in § 250 AktG abschließend aufgezählt. 44

#### 4.3 Entsprechende Anwendung des Absatzes 2 (Satz 3)

Angesichts der Bedeutung des Aufsichtsrats ist es folgerichtig, dass **der Hauptverwaltungsbeamte zwingend zu entsenden** ist, wenn die Kommune das Recht hat, mehrere Aufsichtsratsmitglieder zu entsenden, um dadurch den Einfluss der Verwaltung sicherzustellen (vgl. auch Rn. 25). Dasselbe muss auch gelten, wenn die Kommune aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen oder sonstiger Abreden die Möglichkeit hat, die Wahl 45

## § 138 Kommentar – NKomVG

mehrerer von ihr bestimmter Aufsichtsratsmitglieder in der Gesellschafter- oder der Hauptversammlung durchzusetzen. Der Hauptverwaltungsbeamte kann in entsprechender Anwendung des Absatzes 2 Satz 1 auf die Entsendung verzichten oder entsprechend Absatz 2 Satz 2 **einen Beschäftigten der Kommune** vorschlagen, der an seiner Stelle benannt werden kann. Dieser wird allerdings nur Aufsichtsratsmitglied, wenn er von der Kommune entsandt oder von der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung gewählt wird. Kommunale Beamte können zur Übernahme der Aufsichtsrats Tätigkeit nur verpflichtet werden, wenn ein dringendes öffentliches Interesse die Nebentätigkeit erfordert (§ 71 Nr. 2 NBG).

- 46 Bei **Aktiengesellschaften** und **obligatorischen Aufsichtsräten** ist es **unzulässig**, dass sich der Hauptverwaltungsbeamte oder die stattdessen entsprechend Absatz 2 Satz 2 benannte Person im Einzelfall in entsprechender Anwendung des **Absatzes 2 Satz 3** vertreten lässt. Insofern greift eine begrenzende „Maßgabe des Gesellschaftsrecht“, denn nach der ausdrücklichen Regelung in **§ 101 Abs. 3 Satz 1 AktG** können Stellvertreter von Aufsichtsratsmitgliedern nicht bestellt werden. Damit soll deren ungeteilte Verantwortlichkeit gewährleistet werden (*Hüffer/Koch*, § 101 Rn. 13; vgl. zum obligatorischen Aufsichtsrat der GmbH *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, § 52 Rn. 188). Das Aufsichtsratsmandat kann daher nur persönlich ausgeübt werden. Diese gesetzliche Regelung kann weder durch Gesellschaftsvertrag abbedungen noch durch die Hauptversammlung geändert werden. Dementsprechend verbietet es die korrespondierende Vorschrift des **§ 111 Abs. 5 AktG** dem Aufsichtsratsmitglied, seine Aufgabe durch andere wahrnehmen zu lassen. Für die **Fälle der Verhinderung** besteht die Möglichkeit des abwesenden Aufsichtsratsmitglieds, sich durch die **schriftliche Stimmabgabe** an der Beschlussfassung zu beteiligen (§ 108 Abs. 3 Satz 1 AktG). Die schriftliche Stimmabgabe kann durch andere Aufsichtsratsmitglieder (§ 108 Abs. 3 Satz 2 AktG) oder, wenn die Satzung dies vorsieht (§ 109 Abs. 3 AktG) durch sog. Stimmboten erfolgen (§ 108 Abs. 3 Satz 3 AktG). In diesem Fall muss das Mitglied den Boten in Textform ermächtigen; diese Ermächtigung kann nur für die jeweilige Sitzung erteilt werden (vgl. *Drygala* in *Schmidt/Lutter*, § 109 Rn. 18 f.); ein Stimmbote hat kein eigenes Rede- und Antragsrecht (*Hüffer/Koch*, § 109 Rn. 7). Voraussetzung für die Teilnahme des Stimmboten an der Aufsichtsratssitzung ist zudem eine „Verhinderung“ des Aufsichtsratsmitglieds. Es muss also **objektiv ein Verhinderungsfall** gegeben sein, wobei die Satzung die Verhinderungsfälle im Einzelnen regeln kann. Bei fakultativen Aufsichtsräten einer GmbH ist eine Verhinderungsvertretung zulässig (*Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, § 52 Rn. 44); die Voraussetzungen sollten in der Satzung geregelt werden.
- 47 In **Mitgliedsgemeinden von Samtgemeinden** ist in entsprechender Anwendung des Absatzes 2 Satz 4 statt des Hauptverwaltungsbeamten **der Gemeindedirektor** zu entsenden.

### 4.4 Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder

#### 4.4.1 Allgemeines

- 48 Grundsätzlich richtet sich die Rechtsstellung des Aufsichtsratsmitglieds einer **Aktiengesellschaft** nach den **aktienrechtlichen Bestimmungen**; auf diese wird hinsichtlich des **obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbH** nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG) und dem Mitbestimmungsgesetz (§ 6 Abs. 2 MitbestG) verwiesen. Im Verhältnis zur Gesellschaft ist hier in erster Linie die Vorschrift des **§ 111 AktG** von Bedeutung, die Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats festlegt (vgl. näher *Schodder*, NdsVBl. 2012 S. 121, 122; *Meyer*, LKRZ 2014 S. 270, 272; *Geerlings*, § 52 Rn. 39 ff.; *Cronauge*, S. 276 f.). Beim **fakultativen Aufsichtsrat** gelten die wesentlichen der aktienrechtlichen Vorschriften über **§ 52 GmbHG** entsprechend, die **Satzung kann aber Abweichendes regeln**. Die kommunalrechtlichen Vorschriften zur Unterrichtungspflicht (Absatz 4), zur Haftungsübernahme (Absatz 8 i. V. m. Absatz 6) und zur Abführung der Vergütung (Absatz 7 i. V. m. Absatz 8) kommen wegen des Vorrangs des Gesellschaftsrechts ergänzend zur Anwendung, soweit das Gesellschaftsrecht nicht entgegensteht.

## 4.4.2 Weisungsfreiheit

Die Möglichkeit der Kommune, über „ihre“ Mitglieder Einfluss auf die Tätigkeit des Aufsichtsrats zu nehmen, wird bei **obligatorischen Aufsichtsräten** dadurch begrenzt, dass die auf Veranlassung der Kommune bestellten Aufsichtsratsmitglieder grundsätzlich nicht anders behandelt werden als sonstige Aufsichtsratsmitglieder. Dementsprechend gilt auch für sie die **Weisungsfreiheit**, die aus der Pflicht hergeleitet wird, das Mandat persönlich wahrzunehmen (vgl. BGH, U. vom 29.1.1962, BGHZ 36 S. 296, 306; BVerwG, U. vom 31.8.2011, NJW 2011 S. 3735, 3736; OVG Münster, B. vom 21.5.2003, NVwZ 2003 S. 494; VGH Kassel, B. vom 4.5.2009, UPR 2010 S. 106; OVG Bautzen, B. vom 3.7.2012 – 4 B 211/12 –, juris Rn. 3; *Gersdorf*, S. 306 ff.; *Geerlings*, § 52 Rn. 14 ff.; *Brenner*, AÖR 2002 S. 222, 241; *Altmeppen*, NJW 2003 S. 2561, 2564; *Zieglmeier*, LKV 2005 S. 338, 339; *Spindler*, ZIP 2011 S. 689, 694; *Schodder*, NdsVBl. 2012 S. 122, 124; *Pauly/Schüler*, DÖV 2012 S. 339, 340 f.; zur Weisungsfreiheit auch Rn. 37 ff. zu § 137), denn insofern bestehen – anders als bei den Berichtspflichten (vgl. dazu Rn. 65 ff.) – keine gesellschaftsrechtlichen Sondervorschriften (*Mann*, S. 204 f.; *Strobel*, DVBl. 2005 S. 78, 79). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um gewählte oder von der Kommune nach § 101 Abs. 2 AktG entsandte Mitglieder handelt (vgl. *Gersdorf*, S. 308 f.; *Strobel*, DVBl. 2005 S. 78, 79). Insofern bleibt die Kommune zur Einflussnahme auf nicht in die Entscheidungszuständigkeit des Aufsichtsratsmitglieds eingreifende Maßnahmen wie **Konsultationen** und **Verständigungen** beschränkt (vgl. *Hüffer/Koch*, § 394 Rn. 32; *Strobel*, DVBl. 2005 S. 77, 79; ähnlich *Schön*, ZGR 1996 S. 429, 450). Nicht unzulässig ist es daher, den Aufsichtsratsmitgliedern die Position der Kommune vorab mitzuteilen. Kollidieren jedoch die Interessen der entsendungsberechtigten Kommune und der Gesellschaft, so hat auch das entsandte Aufsichtsratsmitglied dem **Interesse der Gesellschaft den Vorrang** zu geben (vgl. *Drygala* in *Schmidt/Lutter*, § 101 Rn. 23 m. w. N.; *Schodder*, NdsVBl. 2012 S. 121, 124), denn jedes Mitglied ist nach § 116 i. V. m. § 93 AktG dem Wohl der Gesellschaft verpflichtet (vgl. OVG Münster, B. vom 12.12.2006, NVwZ 2007 S. 609); bei einer Verletzung dieser Pflicht drohen Schadensersatzansprüche (*Strobel*, DVBl. 2005 S. 78, 79). Als Konsequenz der Weisungsfreiheit enthält Absatz 3 anders als Absatz 1 keine kommunalrechtliche Pflicht zur Befolgung von Weisungen. Werden der Hauptverwaltungsbeamte oder sonstige kommunale Beamte in den Aufsichtsrat entsandt oder gewählt, so wird die beamtenrechtliche Weisungsgebundenheit durch die durch das Aufsichtsratsmandat vermittelte gesellschaftsrechtliche Unabhängigkeit überlagert (vgl. *Ehlers*, S. 137; *Brenner*, AÖR 2002 S. 222, 243; *Oetker* in *Schmidt/Lutter*, vor §§ 394, 395 Rn. 13 ff. m. w. N.; *Hüffer/Koch*, § 394 Rn. 28 f. m. w. N.; *Geerlings*, § 52 Rn. 20 f.).

Bei einem **fakultativen Aufsichtsrat** kann dagegen der **Gesellschaftsvertrag ein Weisungsrecht** gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern **vorsehen**. Ein ungeschriebener allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Grundsatz der Weisungsunabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern besteht nicht; vielmehr erlaubt § 52 Abs. 1 GmbHG den Gesellschaftern, im Rahmen ihrer großen organisatorischen Gestaltungsfreiheit die Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrates abweichend vom Aktienrecht zu regeln (vgl. BVerwG, U. vom 31.8.2011, NJW 2011 S. 3735, 3736; OVG Münster, U. vom 24.4.2009 – 15 A 2592/07 –, juris Rn. 53 ff.; OVG Bautzen, B. vom 3.7.2012 – 4 B 211/12 –, juris Rn. 3; *Gersdorf*, S. 323; *Mann*, S. 208; *Altmeppen*, NJW 2003 S. 2561, 2563 ff.; *Ries/Garbers*, KommJur 2004 S. 407, 410; *Strobel*, DVBl. 2005 S. 77, 80; *Lohner/Zieglmeier*, BayVBl. 2007 S. 581, 582; *Schodder*, NdsVBl. 2012 S. 122, 125; *Pauly/Schüler*, DÖV 2012 S. 339, 342; a. A. *Schwintowski*, NJW 1995 S. 1316, 1318; *Spindler*, ZIP 2011 S. 689, 694 f.; wohl auch *Schön*, ZGR 1996 S. 429, 452; differenzierend *Gaß*, S. 386: keine Weisungen bezüglich typischer Überwachungsaufgaben). Allerdings muss eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag getroffen werden (vgl. BVerwG, U. vom 31.8.2011, NJW 2011 S. 3735, 3737; OVG Bautzen B. vom 3.7.2012 – 4 B 211/12, juris Rn. 3). Da die Kommunen nach § 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG zur Sicherung eines **angemessenen Einflusses** verpflichtet sind, müssen sie bei fakultativen Aufsichtsräten regelmäßig eine solche Weisungsbindung vorsehen (vgl. *Pauly/Schüler*, DÖV 2012 S. 339, 344 f.). Die Satzung muss dabei bestimmen, wie weit die Bindung reicht.