



PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft
Augustaanlage 66, 68165 Mannheim

Landratsamt Konstanz
Herrn Manfred Roth
Benediktinerplatz 1
78467 Konstanz

Per E-Mail

PricewaterhouseCoopers Legal
Aktiengesellschaft
Rechtsanwalts-gesellschaft

Augustaanlage 66
68165 Mannheim
www.pwclegal.de

Tel.: +49 6 21 43 29 83-92
Fax: +49 69 9585-970335
Anne.christine.munk@de.pwc.com

5. Juni 2013

Weitergabe von Stimmrechten im Aufsichtsrat der Gesundheitsverbund Landkreis Konstanz gGmbH

Sehr geehrter Herr Roth,

in vorgenannter Angelegenheit bedanken wir uns für Ihre E-Mail und Anfrage vom 10.05.2013. Sie hatten uns hierin gebeten, zur Möglichkeit der Weitergabe von Stimmrechten im Aufsichtsrat der Gesundheitsverbund Landkreis Konstanz gGmbH Stellung zu nehmen.

I.

§ 14 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages der Gesundheitsverbund Landkreis Konstanz gGmbH bestimmt, dass *„die Mitglieder des Aufsichtsrates berechtigt sind, bei Abwesenheit ein anderes Mitglied des Aufsichtsrates zur Stimmabgabe zu bevollmächtigen. Sie gelten bei Vorlage einer schriftlichen Vollmacht als anwesend.“*

Das Aufsichtsratsamt ist nach dem gesetzlichen Leitbild als höchstpersönliche Amt ausgestaltet. Eine Vertretung ist grundsätzlich unzulässig (Lutter in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage, § 52 RdNr. 29; dort Lutter in: FS Duden 1977, S. 279ff). Abwesende können grundsätzlich nur durch Stimmboten nach § 108 Abs. 3 AktG an einer Beschlussfassung des Gremiums mitwirken. Der dargestellte Grundsatz wird aber in der Rechtslehre aufgrund der Satzungsautonomie beim fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH als durch Satzungsbestimmungen abdingbar angesehen

...

(Lutter in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage, § 52 RdNr. 29; Henssler in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 1. Aufl., § 101 AktG Rn. 14; Schneider in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., §52 Rn. 323). Dies bedeutet, dass die Satzung auch eine Vertretung von Aufsichtsratsmitgliedern im fakultativen Aufsichtsrat zulassen kann. Vorliegend sieht die Satzung in § 14 Abs. 1 des Gesundheitsverbundes für den Landkreis Konstanz gemeinnützige GmbH eine Vertretungsregelung vor. Die Regelung ist somit unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zulässig.

II.

Sie warfen sodann die Frage auf, ob eine Stimmrechtsweitergabe über „Gesellschafter-Grenzen“ hinweg aus gesellschafts- und kommunalrechtlicher Sicht möglich ist. Unter einer Stimmrechtsweitergabe wird in diesem Zusammenhang die Übertragung der Stimmrechtsausübungsberechtigung, d.h. Einräumung von Vertretungsrechten, von einem Aufsichtsratsmitglied auf einen Dritten mit Zustimmung des das Aufsichtsratsmitglied gewählten oder entsendenden Gesellschafters verstanden.

1.

Gesellschaftsrechtlich finden sich beim fakultativen Aufsichtsrat keine Einschränkungen der Vertretungsregelung. Es müssen lediglich die Satzungsvorgaben eingehalten werden. Vorliegend sieht die Satzung keine Beschränkung der Stimmrechtsweitergabe auf bestimmte Zugehörigkeitsgrenzen vor. Gesellschaftsrechtlich ist daher die Stimmrechtsübertragung von einem vom Landkreis Konstanz entsandten Aufsichtsratsmitglied auf ein anderes Aufsichtsratsmitglied, das bspw. von der Spitalstiftung Konstanz entsandt wurde, im Wege der satzungsmäßigen Stellvertretung möglich.

Nach dem Gesellschaftsrecht sind Aufsichtsräte auch generell unabhängig von Weisungen anderer Gesellschaftsorgane oder einzelner Gesellschafter und unterliegen daher auch nicht einem speziellen Abstimmungsverhalten, da auch bzgl. kommunaler Gesellschafter keine besondere Treuepflicht besteht (Giedinghagen in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., § 52 Rn. 174; Schneider in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., §52 Rn. 328). Dieses Treueverhältnis besteht nur der Gesellschaft gegenüber, da die Mitglieder des Aufsichtsrates nur zum Wohle der Gesellschaft tätig werden (Wicke in: Wicke, GmbHG, 2. Aufl., § 52 Rn. 8; Schneider in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., §52 Rn.

328). Gesellschaftsrechtlich ist somit jedes Aufsichtsratsmitglied in seinem Abstimmungsverhalten frei.

2.

Zu untersuchen ist, wie dies kommunalrechtlich zu beurteilen ist. § 104 Abs. 3 GemO BW i.V.m. § 48 LKrO BW bestimmt, dass *„die von der Gemeinde entsandten oder auf ihren Vorschlag gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats oder eines entsprechenden Überwachungsorgans eines Unternehmens bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen der Gemeinde zu berücksichtigen haben“*. § 104 Abs. 3 GemO BW iVm. § 48 LKrO beinhaltet daher die explizite Verpflichtung für die von der Gemeinde bzw. dem Landkreis entsandten Aufsichtsratsmitglieder, die besonderen Interessen der Gemeinde zu berücksichtigen.

§ 104 Abs. 3 GemO BW stellt eine Pflicht zur kommunalen Interessenwahrnehmung auf. Hintergrund hierfür ist, dass die Gemeinden verpflichtet sind, ihre Unternehmen so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird. Hierfür muss sichergestellt werden, dass auf die Unternehmen im Rahmen des rechtlich Zulässigen ein für die örtliche Aufgabenerfüllung ausreichender Einfluss der Gemeinde gewahrt ist (notwendige Einwirkungsmöglichkeit) (Kunze/Bronner/Katz, GemO BW Band 2, § 104 Rn. 21; dort VGH BW DVBl. 1981, 220ff).

Aufsichtsratsmitglieder besitzen – wie oben ausgeführt - aufgrund ihrer rechtlichen Einordnung eine unabhängige Stellung. Sie haben bei ihrer Aufgabenwahrnehmung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, haben Vertraulichkeit zu wahren und dürfen nur „zum Wohl der Gesellschaft“ tätig werden (gesellschaftliches Treueverhältnis). Dies kann zu einem Konflikt zwischen den Interessen der Gemeinde einerseits und denen der Gesellschaft andererseits führen. Hierbei müssen die Organmitglieder primär die Belange der Gesellschaft und erst sekundär die Gemeindeinteressen vertreten (Kunze/Bronner/Katz, GemO BW Band 2, § 104 Rn. 21; BGHZ 36, 296, 306ff; BGHZ 69, 334ff; Püttner, DVBl. 1986, 748ff; Schwintowski, NJW 1995, 1316ff). Dies wird auch durch den in Artikel 33 GG festgelegten grundsätzlichen Vorrang des bundesgesetzlichen Gesellschaftsrechts vor dem landesgesetzlichen Kommunalrecht bestätigt (Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, § 104 Rn. 1).

Demnach unterliegen die Aufsichtsratsmitglieder zwar keinen Weisungen der Gemeinde und sind frei in ihrer Mandatsausübung, sie müssen aber bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen der Gemeinde berücksichtigen (Kunze/Bronner/Katz, GemO BW Band 2, § 104 Rn. 23 und 25). Dies ist Teil des Gesamtkonzepts zur kommunalen Einflussicherung. Die Abwägung zwischen gesellschaftlichem Treueverhältnis und Berücksichtigung der Gesellschafterinteressen hat jedes Aufsichtsratsmitglied hierbei selbst vorzunehmen. Nach in der Rechtslehre vertretenen Auffassungen steht es jedoch in der Regelungsmacht des Satzungsgebers der Gesellschaftssatzung, Regelungen in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, die von dem Aufsichtsrat zu beachten sind und die der Wahrung der Belange der öffentlichen Körperschaft dienen (vgl. Kunze/Bronner/Katz, GemO BW Band 2, § 104 Rn.21).

Sofern nun eine Stimmrechtsweitergabe an ein von einem unterschiedlichen Anteilseigner entsandtes Aufsichtsratsmitglied erfolgt, ist darauf zu achten, dass die Wahrnehmung der besonderen Interessen der jeweiligen Gemeinde, die das Aufsichtsratsmitglied gewählt oder entsandt hat und dessen Stimmrechte stellvertretend ausgeübt werden, sichergestellt wird. Dies kann durch die Vorgabe von gemeindebezogenen Belangen oder Richtlinien zur Ausübung des Stimmrechts erfolgen (vgl. Kunze/Bronner/Katz, GemO BW Band 2, § 104 Rn.21).

3.

Vieles spricht allerdings dafür, dass die vieldiskutierte Problematik, inwiefern Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH weisungsfrei sind, nur in den Fällen zum Tragen kommt, in denen das Gesellschaftsinteresse mit den Interessen des Entsendungsberechtigten nicht in Einklang zu bringen ist. In diesen Fällen haben Aufsichtsratsmitglieder „den Belangen der Gesellschaft den Vorzug vor denen des Entsendungsberechtigten zu geben und die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ohne an Weisungen des Entsendungsberechtigten gebunden zu sein“ (vgl. BGHZ 36, 296 Rdn. 32). Der von der Gemeindeordnung geforderte Einfluss der Kommune in der Gesellschaft findet danach seine Grenze in der gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung der Vertreter der Gemeinde auf das Wohl der Gesellschaft (OVG Münster, NVwZ 2007, 609 (609)).

Hiervon ausgehend lässt sich u.E. argumentieren, dass die Auffassung unzutreffend ist, der zufolge Mitglieder des Aufsichtsrates in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsräte keinerlei Weisungen der Gemeinde unterliegen. Vielmehr ist entscheidend darauf abzustellen, „ob die konkret in Rede stehende Weisung die vorstehend aufgezeigte Grenze überschreiten würde, indem sie der gesell-

schaftsrechtlichen Verpflichtung der Vertreter der Gemeinde auf das Wohl der Gesellschaft zuwiderlaufen würde“ (OVG Münster, NVwZ 2007, 609 (609)).

Führen Weisungen hingegen gerade nicht zu einer solchen Interessenkollision, so ist der Regelungsbereich des § 93 AktG (bzw. sonstiger Normen, aus denen die Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds in Bezug auf dem Gesellschaftswohl abträgliche Weisungen hergeleitet wird) auf Basis dieser Argumentationslinie von vorneherein nicht berührt. Entsprechend ist es zur Rechtswirksamkeit solcher Weisungen dann auch nicht erforderlich, ein entsprechendes Weisungsrecht im Gesellschaftsvertrag zu verankern. Mit dem Wohl der Gesellschaft konforme Weisungen, die aufgrund eines gesetzlichen oder vertraglichen Weisungsrechts ergehen, entfalten gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied vielmehr nach dieser Auffassung ohne Weiteres Rechtswirkung (vgl. diesbzgl. VG Arnsberg, ZIP 2007, 1988 (1990)).

Entsprechend lässt sich u.E. mit guten Gründen die Ansicht vertreten, dass die entsandten Aufsichtsräte nur dann nicht an Weisungen der Gemeinde gebunden sind, wenn diese den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufen. Bei Weisungen, die den Aufsichtsräten auftragen, im Falle der eigenen Abwesenheit i.S.v. § 14 des Gesellschaftsvertrages der Gesundheitsverbund Landkreis Konstanz gGmbH nur solche Vertreter zur Stimmabgabe zu bevollmächtigen, die vom selben Entsendeberechtigten stammen, ist hierfür nach unserem Dafürhalten jedoch kein Raum. Vielmehr sollte es gerade im Interesse der Gesellschaft liegen, dass die Besetzung des Aufsichtsrats die Mehrheitsverhältnisse unter den Gesellschaftern entsprechend widerspiegelt.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das angesprochene Konfliktpotential, dass sich aus dem Zusammenspiel gesellschaftsrechtlicher und kommunalrechtlicher Bestimmungen ergibt, in der Rechtsprechung noch nicht in ausreichendem Umfang behandelt worden ist, um eine rechtssichere Aussage treffen zu können.

4.

Neben dem Erlass einer Beteiligungsrichtlinie könnte die vorstehende Konfliktlage durch einen Kreistagsbeschluss gelöst werden. Hierbei kann geregelt werden, dass eine grundsätzliche Teilnahmepflicht besteht und im Verhinderungsfall nur ein anderes Aufsichtsratsmitglied vom gleichen Anteilseigner zur Stimmabgabe bevollmächtigt werden darf. Ein entsprechender Kreistagsbeschluss würde auch mit den Ausführungen in der GPA-Mitteilung 5/2009 (AZ. 800.943) vom

24.07.2009 in Einklang stehen. Dort wird in 2.4.2 auf Seite 12 ausgeführt: *„die von der Gemeinde entsandten AR- Mitglieder haben grundsätzlich an den Sitzungen des AR teilzunehmen. Sofern keine Stellvertreter bestimmt sind, sollte im Verhinderungsfalle ein anderes, ordentliches Mitglied der Gemeinde zur Stimmabgabe schriftlich bevollmächtigt werden (Stimmvollmacht) oder die schriftliche Stimmabgabe durch eine andere, zur Teilnahme berechnigte Person ermöglicht werden (Stimmbotschaft).“* Die GPA geht daher in ihrer Empfehlungen davon aus, dass eine Stimmrechtsweitergabe nur innerhalb der von der Gemeinde entsandten Mitglieder eines AR erfolgt. Bei einem entsprechenden Kreistagsbeschluss wären die Interessen der einzelnen Anteilseigner auch bei Abwesenheit von Aufsichtsratsmitgliedern gewahrt.

III.

Ein weiterer klärungsbedürftiger Punkt war die Möglichkeit der Vertretung von Aufsichtsratsmitgliedern kraft Amtes: dem Landrat, dem Oberbürgermeister der Stadt Konstanz und dem Oberbürgermeister der Stadt Radolfzell. Diskutiert wurde hierbei die kommunalrechtliche Möglichkeit der Vertretung dieser Aufsichtsratsmitglieder durch einen Gemeindebediensteten nach § 104 Abs. 1 GemO BW. Wir halten diese Möglichkeit im vorliegenden Fall für nicht gesetzeskonform.

§ 104 Abs. 1 GemO BW bestimmt: *„Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem entsprechenden Organ der Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts, an denen die Gemeinde beteiligt ist; er kann einen Gemeindebediensteten mit seiner Vertretung beauftragen. [...] Die Gemeinde kann ihren Vertretern Weisungen erteilen.“* Nach dem klaren Wortlaut der Regelung geht es dort um die Vertretung in der Gesellschafterversammlung oder in einem entsprechenden Organ der Unternehmen. Die Gesellschafterversammlung ist die Eigentümerversammlung. Die Regelung trifft somit keine umfassende Vertretungs-, Mitwirkungs- und Einflussnahmeregelung, sondern lediglich eine Bestimmung für das jeweilige Vertretungsorgan der Eigentümer. Dies ist bei der GmbH die Gesellschafterversammlung (Kunze/Bronner/Katz, GemO BW Band 2, § 104 Rn. 3).

Die Gesellschafterversammlung als Eigentümerversammlung ist in der GmbH das Organ mit den weitreichenden Befugnissen. Diese kann als Herrin über die Satzung auf die Geschäftsführung und den Aufsichtsrat Einfluss ausüben (Kunze/Bronner/Katz, GemO BW Band 2, § 104 Rn. 5). Der Aufsichtsrat hat demgegenüber eine ganz andere Aufgabe und Funktion, nämlich die

Überwachung der Geschäftsführung. Er kann daher nicht als ein der Gesellschafterversammlung entsprechendes Organ i.S.d. § 104 Abs. 1 GemO BW angesehen werden. Die Regelung des § 104 Abs. 1 GemO BW ist daher nicht auf den Aufsichtsrat anwendbar.

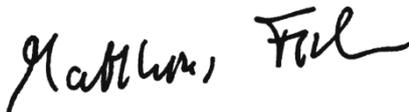
Hierfür spricht ferner die Gesetzssystematik. Der Gesetzgeber spricht in § 104 Abs. 1 GemO BW von der Gesellschafterversammlung oder einem entsprechenden Organ. Demgegenüber wird in Abs. 2 und Abs. 3 der Aufsichtsrat namentlich erwähnt. Nach der Gesetzssystematik kann daher der Aufsichtsrat bei dem in Abs. 1 genannten „entsprechenden Organ“ nicht miteingeschlossen sein. Es gelten somit für die Aufsichtsratsmitglieder kraft Amtes die Vertretungsregelung des Gesellschaftsvertrag des Gesundheitsverbundes für den Landkreis Konstanz gemeinnützige GmbH für den Aufsichtsrat und nicht die Regelung des § 104 Abs. 1 GemO BW.

IV.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

PricewaterhouseCoopers Legal
Aktiengesellschaft
Rechtsanwaltsgesellschaft



Matthias Fischer
Rechtsanwalt/Steuerberater



Thorsten Ehrhard
Rechtsanwalt