

## Gesellschaftsrecht

Das RegG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie am 14.4.2011 dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

## II.

## 1. ... 2.

Die Beschwerde ist unbegründet.

Das RegG hat den Widerspruch zu Recht zurückgewiesen. Die Eintragung der Beteiligten zu 2) als Kommanditistin ist zu löschen. Entgegen ihrer Auffassung ist die Eintragung als Kommanditistin hier unzulässig.

Nach der Rspr. und der ganz h.M. in der Literatur kann – im Grundsatz – der persönlich haftende Gesellschafter nicht gleichzeitig auch Kommanditist seiner Gesellschaft sein (BGH v. 10.6.1963 – II ZR 88/61, BB 1963, 1076 = WM 1963, 989, juris Rz. 14; OLG Hamm v. 22.9.1981 – 15 W 219/81, juris; v. 1.12.1998 – 15 W 404/98, NJW-RR 1999, 760 = GmbHR 1999, 543, juris Rz. 17; *K. Schmidt* in Münch.Komm.HGB, 3. Aufl., § 105 Rz. 77; *Martens* in Schlegelberger, HGB, 5. Aufl., § 161 Rz. 41; *Schilling* in Großkomm.HGB, 4. Aufl., § 161 Rz. 38; *Hopt* in Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., § 161 Rz. 4 a.E.; *Gummert* in Henssler/Strohn, HGB, § 161 Rz. 7; *Oetker* in Oetker, HGB, 2. Aufl., § 161 Rz. 8; v. *Gerkan/Haas* in Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 161 Rz. 18, § 105 Rz. 4a; *Fahse* in Ensthaler, GK-HGB, 7. Aufl., vor §§ 161 ff. Rz. 2; *Koller* in Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 161 Rz. 1; *Stuhlfelner* in HK-HGB, 7. Aufl., § 161 Rz. 1; a.A. *Priester* in Münch.Komm.HGB, 3. Aufl., § 120 Rz. 93; *Grunewald* in Münch.Komm.HGB, 2. Aufl., § 161 Rz. 4f.). Denn der Gesellschaftsanteil eines einzelnen Gesellschafters ist notwendig ein einheitlicher, der in der Hand eines Gesellschafters nicht einer Aufspaltung oder einer verschiedenen rechtlichen Gestaltung zugänglich ist (BGH v. 11.4.1957 – II ZR 182/55, BGHZ 24, 106, juris Rz. 5). Dieser Auffassung schließt sich der Senat an.

Es kann insoweit dahingestellt bleiben, ob und ggf. inwieweit bei speziellen Fallkonstellationen von diesem Grundsatz Ausnahmen anzuerkennen sind. Eine solche Fallkonstellation liegt hier ersichtlich nicht vor (zu etwaigen Ausnahmen und zum Meinungsstreit insoweit vgl. *K. Schmidt* in Münch.Komm.HGB, 3. Aufl., § 105 Rz. 77 m.w.N.), entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2) auch nicht im Hinblick auf die Regelung in § 5 Abs. 2 S. 1 des Gesellschaftsvertrags der Beteiligten zu 1), wonach die persönlich haftende Gesellschafterin – die Beteiligte zu 2) – nicht verpflichtet, aber berechtigt ist, eine Kapitaleinlage zu leisten. Gegenstand dieser Regelung ist nicht – wie die Beteiligte zu 2) meint – die Einlage des Kommanditisten, sondern die Einlage der Komplementär-GmbH. Typischerweise übernimmt die Komplementär-GmbH in einer GmbH & Co. KG keine Einlage und ist am Vermögen und Ertrag der Gesellschaft auch nicht beteiligt (*Lüke* in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Hdb. GmbH & Co. KG, 20. Aufl., § 3 Rz. 99); für die Beteiligte zu 1) ist dies in § 5 Abs. 2 Satz 2 ihres Gesellschaftsvertrags festgelegt. Nach § 5 Abs. 2 S. 1 des Gesellschaftsvertrags der Beteiligten zu 1) ist die Komplementär-GmbH aber berechtigt, eine Kapitaleinlage zu leisten. Eine etwaige Einlage der Komplementär-GmbH in die KG kann aus ihrem ganzen oder einem Teil ihres Vermögens bestehen. Die Komplementäreinlage wird aber nicht in das Handelsregister eingetragen (*Lüke* in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Hdb. GmbH & Co. KG, 20. Aufl., § 3 Rz. 100).

Der Grundsatz von der Einheitlichkeit des Geschäftsanteils hindert aber nicht, dass der persönlich haftende Gesellschafter mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter den Gesellschaftsanteil eines Kommanditisten erwerben kann. In diesem Fall vereinigt sich mit dem Erwerb dieser Anteil mit seinem bisherigen Anteil zu einem Gesellschaftsanteil, da in einer Personengesellschaft ein Gesellschafter immer nur mit einem Anteil – wenn auch verschiedener Größe – an der Gesellschaft beteiligt sein kann (BGH v. 10.6.1963 – II ZR 88/61, BB 1963, 1076 = WM 1963, 989, juris Rz. 14; OLG Schleswig v. 31.1.1991 – 5 U 88/88, juris; BayObLG v. 29.1.2003 – 3 Z BR 5/03, ZIP 2003, 1443, juris Rz. 13). Dadurch, dass sich der erworbene Kommanditanteil endgültig in einen Komplementäranteil umwandelt, geht er endgültig unter (BGH v. 1.6.1987 – II ZR 259/86, BGHZ 101, 123 (130) = NJW 1987, 3184 = GmbHR 1987, 466, juris Rz. 19; *K. Schmidt* in Münch.Komm.HGB, 3. Aufl., § 105 Rz. 77; *Hopt* in Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., § 124 Rz. 16; *Gummert* in Henssler/Strohn, HGB, § 161 Rz. 7; *Weitemeyer* in Oetker, HGB, 2. Aufl., § 105 Rz. 32; *Oetker* in Oetker, HGB, 2. Aufl., § 161 Rz. 8; *Koller* in Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 177 Rz. 3). Demnach blieb die Beteiligte zu 2) mit dem Erwerb des Kommanditanteils persönlich haftende Gesellschafterin und wurde damit nicht auch Kommanditistin. ...

#### Aufsichtsrat: Weisungsgebundenheit der Mitglieder des Aufsichtsrats einer kommunalen GmbH

GmbHG § 52 Abs. 1; GO NRW § 113 Abs. 1

**Schließt der Gesellschaftsvertrag einer GmbH, bei der eine Gemeinde Mehrheitsgesellschafterin ist, die Anwendung der Bestimmungen des Aktiengesetzes für den vorgesehenen fakultativen Aufsichtsrat aus, so muss er regeln, was stattdessen gelten soll. Dazu gehört auch die Regelung eines eventuellen Weisungsrechts der zuständigen kommunalen Organe. Ist dies nicht ausdrücklich erfolgt, kann das Bestehen eines Weisungsrechts durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags ermittelt werden.**

BVerwG, Urt. v. 31.8.2011 – 8 C 16.10

► Aus den Gründen:

## I.

[1] Die Kläger sind Mitglieder des beklagten Rates der Stadt S und auf dessen Vorschlag von der Gesellschafterversammlung der S-GmbH (im Folgenden: SVB) gewählte Aufsichtsratsmitglieder dieses Unternehmens. Sie wenden sich gegen Weisungen, Aufträge und andere Maßnahmen des Beklagten (Bekl.), durch die sie die freie Ausübung ihrer Aufsichtsratsmandate gefährdet sehen.

[2] An der 1972 zunächst von der Stadt S. allein gegründeten SVB sind seit 1984 neben der Stadt, die noch über einen Geschäftsanteil von 74,88 % des Stammkapitals verfügt, die r-AG mit 24,92 % und das Bankhaus ... mit 0,2 % beteiligt. Die §§ 7 bis 9 des zuletzt – aber nicht insoweit – am 17.7.2002 geänderten Gesellschaftsvertrags regeln die Zusammensetzung, Amtsdauer und Arbeitsweise sowie die Aufgaben des bei der SVB zu bildenden Aufsichtsrats. Er besteht aus 17 Mitgliedern, von denen 14 die Stadt S stellt. Acht von ihnen werden nach den für die Bestellung von Ausschüssen nach der Gemeindeordnung geltenden

## Gesellschaftsrecht

Verfahren vom Rat der Stadt zur Wahl vorgeschlagen. Gemäß § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags finden die Bestimmungen des Aktiengesetzes auf den Aufsichtsrat keine Anwendung. Zu seinen Aufgaben gehört neben der Überwachung der Geschäftsführung unter anderem die Erteilung der Zustimmung zu grundlegenden Geschäftsvorgängen, darunter auch die Festsetzung und Änderung der allgemeinen Tarifpreise und allgemeinen Versorgungsbedingungen.

[3] Im Zuge der Preisfestsetzung bei der SVB war es in den Jahren 2005 und 2006 in den Gremien der Stadt S mehrfach zu Divergenzen über die Zulässigkeit von Weisungen des Rates gegenüber Mitgliedern des Aufsichtsrates der SVB, die zugleich Mitglieder des Rates der Stadt und auf dessen Vorschlag von der Gesellschafterversammlung in den Aufsichtsrat gewählt worden sind, gekommen. Am 13.9.2006 beschloss der Haupt- und Finanzausschuss des Bekl., die städtischen Vertreter im Aufsichtsrat der SVB zu beauftragen, einer Erhöhung der Erdgas- und Wärmeabgabepreise zum 1.10.2006 in der Sitzung des Aufsichtsrats der SVB am 14.9.2006 nicht zuzustimmen. Zugleich erteilte der Ausschuss den städtischen Vertretern im Aufsichtsrat der SVB die Weisung, einen Antrag auf geheime Abstimmung im Aufsichtsrat abzulehnen. Diese Dringlichkeitsentscheidung des Ausschusses wurde vom Bekl. in der Sitzung v. 26.9.2006 genehmigt. In der Aufsichtsratssitzung v. 14.9.2006 wurde die Preiserhöhung ab 1.10.2006 dennoch in geheimer Abstimmung gebilligt.

[4] Hierauf beantragten vier Ratsfraktionen, in der am 13.12.2006 stattfindenden Sitzung des Bekl. zu beschließen, seine Mitglieder im Aufsichtsrat der SVB zu beauftragen, in der Aufsichtsratssitzung am 14.12.2006 für die Rücknahme der Preiserhöhung vom 1.10.2006 zum 1.1.2007 einzutreten und einem entsprechenden Antrag zuzustimmen sowie einen Antrag im Aufsichtsrat auf geheime Abstimmung abzulehnen. Der Antrag wurde unter Tagesordnungspunkt (TOP) 4.1 in die Tagesordnung der Ratssitzung vom 13.12.2006 aufgenommen und mehrheitlich beschlossen. In der Sitzung des Aufsichtsrats der SVB vom 14.12.2006 kam gleichwohl keine entsprechende Beschlussfassung zustande.

[5] Bereits am 5.12.2006 hatten die Kläger beim Verwaltungsgericht Klage erhoben. Angesichts der unmittelbar bevorstehenden Ratssitzung hatten sie zugleich den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, dem Bekl. bzw. Antragsgegner zu untersagen, ihnen als vom Rat der Stadt vorgeschlagenen und von der Gesellschafterversammlung der SVB gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats in Bezug auf die Ausübung ihres Stimmrechts im Aufsichtsrat Weisungen oder das Stimmrecht berührende Aufträge zu erteilen oder sie in irgendeiner anderen Weise zu veranlassen, ihr Stimmrecht in einer bestimmten Art und Weise auszuüben, und insbesondere dem Bekl. zu untersagen, am 13.12.2006 den unter TOP 4.1 bezeichneten Beschluss zu fassen. Der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes blieb – auch im Beschwerdeverfahren – ohne Erfolg.

[6] Nach Durchführung der Aufsichtsratssitzung v. 14.12.2006 haben die Kläger ihre Klage umgestellt und die Feststellung begehrt, dass die Beschlüsse des Bekl. in der Ratssitzung v. 13.12.2006 zum TOP 4.1 sie in ihren organschaftlichen Rechten verletzt haben. Zudem haben sie die Klage um den Feststellungsantrag erweitert, dass der Bekl. generell nicht berechtigt sei, ihnen Weisungen oder das Stimmrecht im Aufsichtsrat berührende Aufträge zu erteilen.

[7] ... [8] Mit Urte. v. 13.7.2007 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen [VG Arnberg v. 13.7.2007 – VG 12 K 3965/06]. ...

[9] Mit Urte. v. 24.4.2009 hat das Oberverwaltungsgericht die Berufung der Kläger zurückgewiesen [OVG Münster v. 24.4.2009 – OVG 15 A 2592/07, GmbHR 2010, 92 m. Komm. Hubertus/Walter]. ...

## II.

[16] ... [17] Die Revision der Kläger ... ist unbegründet. Zwar verletzt das angefochtene Urteil Bundesrecht, es stellt sich aber im Ergebnis als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO).

[18] Die Annahme des OVG, die Kläger seien bei ihrer Tätigkeit als Mitglieder des Aufsichtsrats der SVB an Beschlüsse und Weisungen des Bekl. gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 GO NRW i.d.F. der Bekanntmachung v. 14.7.1994 (GV.NRW 1994, 666), zuletzt geändert durch Gesetz v. 24.5.2011 (GV.NRW 2011, 271), bereits deshalb gebunden, weil eine andere gesetzliche Bestimmung i.S.d. § 113 Abs. 1 S. 4 GO NRW nicht bestehe, verletzt § 52 GmbHG (1.). Allein die Regelung des § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags, demzufolge die SVB einen Aufsichtsrat hat, auf den die Bestimmungen des Aktiengesetzes keine Anwendung finden, reicht nicht aus, die Anwendbarkeit des § 52 Abs. 1 GmbHG zu verneinen (2.). Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergibt aber ein Weisungsrecht des Bekl. (3.).

### 1. § 52 Abs. 1 GmbHG als „anderweitige gesetzliche Bestimmung“ bezüglich Weisungen

[19] Die Frage, ob die Kläger kommunalrechtlich verpflichtet sind, Weisungen des Bekl. in Ansehung ihrer Mandatswahrnehmung im Aufsichtsrat der SVB entgegen zu nehmen und zu befolgen, regelt das Landesrecht. Das OVG hat die Rechtsgrundlage in § 113 Abs. 1 GO NRW gesehen und, für das Revisionsgericht bindend, festgestellt, dass die Kläger Vertreter der Gemeinde i.S.d. § 113 Abs. 1 S. 1 GO NRW sind. Dagegen lassen sich bundesrechtliche Einwände nicht erheben; namentlich steht dem Land Nordrhein-Westfalen die Gesetzgebungskompetenz für das Kommunalrecht auch in Ansehung dieser Regelung zu. Das wird von den Klägern im Revisionsverfahren nicht mehr in Zweifel gezogen.

[20] Gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 GO NRW sind die Vertreter der Gemeinde in Aufsichtsräten von juristischen Personen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, an die Beschlüsse des Rates gebunden. Das gilt gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 GO NRW jedoch nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Eine derartige anderweitige gesetzliche Bestimmung stellt § 52 Abs. 1 GmbHG dar. Danach sind auf einen nicht obligatorischen, sondern nur nach dem Gesellschaftsvertrag zu bestellenden Aufsichtsrat (fakultativer Aufsichtsrat) verschiedene Regelungen des Aktiengesetzes entsprechend anzuwenden, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist. Zu diesen Regelungen gehören auch § 111 Abs. 5 AktG und §§ 116, 93 AktG, aus denen der aktienrechtliche Grundsatz hergeleitet wird, dass Aufsichtsratsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und im Rahmen der ihnen persönlich obliegenden Amtsführung keinen Weisungen unterliegen (vgl. z.B. BGH v. 18.9.2006 – II ZR 137/05, BGHZ 169, 98, m.w.N.).

## Gesellschaftsrecht

[21] Ohne Rechtsfehler hat das OVG einen darüber hinausgehenden ungeschriebenen allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Weisungsunabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern abgelehnt. Dass Aufsichtsratsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und keinen Weisungen unterliegen, ist ein Grundsatz des Aktienrechts, der auf § 111 Abs. 5 AktG gestützt wird und damit zugleich normativ verankert ist (vgl. BGH v. 18.9.2006 – II ZR 137/05, BGHZ 169, 98, Rz. 18). Ein solcher Grundsatz ist für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH nicht begründbar. § 52 Abs. 1 GmbHG gestattet explizit abweichende Regelungen von den aktienrechtlichen Bestimmungen, aus denen die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder hergeleitet wird. Man mag die Weisungsfreiheit als „Normalzustand“ (so *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327 [329]) auch der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats ansehen; der Gesellschaftsvertrag kann aber anderes bestimmen (so auch *Held* u.a., Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: Dezember 2010, § 108 Erl. 7.1; *Lohner/Ziegler*, BayVBl 2007, 581 [585]). Ein freiwillig gebildeter Aufsichtsrat einer GmbH muss nicht zwingend die Mindestanforderungen eines unabhängigen Überwachungsorgans erfüllen. Die Ausgestaltung der Aufgaben und Rechte eines fakultativen Aufsichtsrats liegt in der Hand der Gesellschafter, die dies im Gesellschaftsvertrag regeln. § 52 GmbHG sieht dafür gerade keine bindenden Vorgaben vor. Vielmehr verfügen die Gesellschafter über eine große organisatorische Gestaltungsfreiheit. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Bezeichnung „Aufsichtsrat“ (s. auch *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 52 Rn. 22; *Uwe H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 52 Rz. 4). Dieser Begriff ist weder im Gesetz noch durch die Rspr. abschließend definiert.

[22] Entgegen der Auffassung der Kläger kann sich deshalb auch kein Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder bilden. Die Befugnisse eines fakultativen Aufsichtsrates sind von der Ausgestaltung des jeweiligen Gesellschaftsvertrags abhängig. Ohne Kenntnis dieses Vertrages kann der Rechtsverkehr kein Vertrauen in bestimmte Rechte und Pflichten der Mitglieder des Aufsichtsrats haben.

## 2. Keine Verneinung des § 52 Abs. 1 GmbHG durch den Gesellschaftsvertrag

[23] Entgegen der Auffassung des OVG kann eine Weisungsfreiheit der Kläger nicht allein deshalb verneint werden, weil § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags die Anwendbarkeit des Aktiengesetzes ausschließt. Denn Voraussetzung für ein Abweichen von dem Regelfall des § 52 Abs. 1 GmbHG ist, dass „im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist“. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn der Gesellschaftsvertrag die in § 52 Abs. 1 GmbHG aufgeführten Vorschriften des Aktiengesetzes pauschal für unanwendbar erklärt. Dieser in der rechtswissenschaftlichen Literatur nahezu einhellig vertretenen Auffassung (vgl. z.B. *Zöllner/Noack*, a.a.O. Rn. 23; *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327 [329f.]; *Weiblen/May*, GemH 1987, 169 [171]; *Grünebaum*, VR 2004, 55 [56]; *Schodder*, EWIR 2009, 715 [716]) ist zu folgen. Inwieweit der Gesellschaftsvertrag von der gesetzlichen Regel abweicht, muss vielmehr im Einzelnen „bestimmt“ sein. Der Gesellschaftsvertrag muss die gesetzliche Regelung durch eine andere Regelung ersetzen, die ihrerseits genügend bestimmt ist, um zusammen mit den nicht abbedungenen ge-

setzlichen Vorschriften die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, seiner Aufgaben, Befugnisse und seiner Verfahrensweise zweifelsfrei erkennen zu lassen.

[24] Ob der Gesellschaftsvertrag der SVB in diesem Sinne „ein anderes bestimmt“, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung. Das Revisionsgericht kann die Würdigung des OVG nur korrigieren, wenn sie die erwähnten bundesrechtlichen Vorgaben oder die bundesrechtlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB missachtet. Hier hat das OVG die Vorgaben des § 52 Abs. 1 GmbHG dadurch verletzt, dass es eine hinreichende Abweichung von § 111 Abs. 5, § 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG schon darin gesehen hat, dass § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags die Vorschriften des Aktiengesetzes pauschal abbedingt. Das genügt nicht.

## 3. Bestehen eines Weisungsrechts aufgrund Auslegung des Gesellschaftsvertrags

[25] Der Gesellschaftsvertrag trifft in seinen §§ 7 bis 9 verschiedene konkrete Regelungen im Hinblick auf den Aufsichtsrat, insbesondere über seine Bildung und Zusammensetzung, seine Aufgaben und seine Beschlussfassung. Er setzt damit eigene Bestimmungen an die Stelle der aktienrechtlichen Vorschriften. Zwar fehlt eine ausdrückliche Aussage zum Weisungsrecht. Die Auslegung ergibt aber, dass die auf Vorschlag des Rates der Stadt bestellten Mitglieder des Aufsichtsrats an Weisungen des Rates gebunden sein sollen.

[26] Das kann das Revisionsgericht feststellen, weil das OVG sich die Frage nicht gestellt hat, der Gesellschaftsvertrag schriftlich vorliegt und es zu seiner Auslegung nicht des Rückgriffs auf weitere Umstände bedarf. Ein solcher Rückgriff auf außerhalb der Vertragsurkunde gelegene Umstände verbietet sich schon aus Gründen des nötigen Schutzes des Rechtsverkehrs. Der Gesellschaftsvertrag einer GmbH bedarf der notariellen Form und ist im Handelsregister zu veröffentlichen. Dies dient namentlich dem Schutz der Gläubiger und der künftigen Gesellschafter. Deshalb müssen die wesentlichen Bestandteile der formbedürftigen Erklärung in der Urkunde selbst niedergelegt sein; Nebenabreden und Sinndeutungen, die für Außenstehende nicht erkennbar sind, sind unzulässig (st.Rspr.; vgl. RG v. 25.4.1933 – II 411/31, RGZ 140, 303 [306f.]; BGH v. 13.3.1989 – II ZR 193/88, NJW-RR 1989, 993).

[27] Das schließt aber nicht aus, bei der Auslegung eines Gesellschaftsvertrags dessen normatives Umfeld in Rechnung zu stellen. Namentlich sind für die Auslegung des Gesellschaftsvertrages einer Gesellschaft, an der – wie aus dem Handelsregister ersichtlich – eine Gemeinde maßgeblich beteiligt ist und zu deren Aufgaben die Wahrnehmung der kommunalen Daseinsvorsorge für ihre Einwohner gehört, diejenigen Vorschriften des Verfassungs- und Gesetzesrechts zu berücksichtigen, welche für die Gemeinde verbindlich sind. Es spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Gemeinde die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Beteiligung an einer derartigen Gesellschaft einhalten wollte und will. Weil diese gesetzlichen Bestimmungen im Gesetzblatt bekanntgemacht sind, steht auch der gebotene Schutz des Rechtsverkehrs ihrer Berücksichtigung nicht entgegen.

[28] Hiernach ist der Gesellschaftsvertrag der SVB dahin auszulegen, dass anstelle der abbedungenen aktienrechtlichen Vorschriften ein Weisungsrecht des Bekl. gegenüber den von ihm vorgeschlagenen Mitgliedern des Aufsichtsrats vereinbart ist. Das ergibt sich aus § 108 Abs. 5 Nr. 2

## Gesellschaftsrecht

GO NRW. Nach dieser Vorschrift darf sich die Gemeinde nur an Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung beteiligen, wenn der Rat den von der Gemeinde bestellten oder auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungen erteilen kann.

[29] Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass diese Regelung – seinerzeit als § 108 Abs. 4 S. 2 – erst durch das Änderungsgesetz v. 15.6.1999 (GVBl S. 386) in die Gemeindeordnung eingefügt wurde und damit zum Zeitpunkt der Gründung der SVB im Jahre 1972 und zum Zeitpunkt des Eintritts der privaten Gesellschafter im Jahr 1984 noch nicht galt. Das Änderungsgesetz v. 15.6.1999 hat lediglich klargestellt, was zuvor bereits geltendes Recht war. Zum einen sah bereits § 72 Abs. 1 der Gemeindeordnung i.d.F. der Bekanntmachung v. 11.8.1969 (GVBl S. 656) – die Vorgängervorschrift zum heutigen § 113 Abs. 1 GO NW – vor, dass die Vertreter der Gemeinde in Eigengesellschaften und in wirtschaftlichen Unternehmen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind. Das setzte schon damals voraus, dass der Gesellschaftsvertrag ein solches Weisungsrecht zuließ. Zum anderen ist die Bindung der auf Vorschlag des Rates bestellten oder gewählten Mitglieder des Aufsichtsrates an die Beschlüsse des Rates ein Ausfluss des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 GG, das seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland gebietet, dass eine Gemeinde, wenn sie sich zum Betrieb einer Versorgungseinrichtung einer juristischen Person des Privatrechts bedient, durch Einwirkungs- und Kontrollrechte hinreichend Einfluss auf den Betreiber nehmen kann (vgl. BVerwG v. 6.4.2005 – 8 CN 1.04, BVerwGE 123, 159 [165] = Buchholz 415.1 Allg. KommR Nr. 154).

[30] Auch eine Auslegung des Gesellschaftsvertrags, welche die Geschichte der Gesellschaft in Rechnung stellt, könnte zu keinem anderen Ergebnis führen; darauf sei lediglich ergänzend hingewiesen. Die SVB ist 1972 als Eigengesellschaft der Stadt gegründet worden. Wie erwähnt, bestimmte § 72 Abs. 1 GO NW in deren damaliger Fassung bereits, dass die Vertreter der Gemeinde in Eigengesellschaften an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind. Für die Stadt bestand damals keine Veranlassung, diesbezügliche Regelungen noch eigens in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Als 1984 die privaten Gesellschafter hinzutraten, wussten sie um die kommunalrechtliche Bindung der Stadt und hätten, falls sie deren Weisungsbefugnis für die SVB hätten ausschließen wollen, die Aufnahme einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung in den Vertrag durchsetzen müssen (vgl. auch *Grunewald*, ZGR 1995, 68 [87]). Das haben sie nicht getan. ...

### Der GmbHR-Kommentar

#### I. Zum Sachverhalt

Der Rechtsstreit zeigt exemplarisch das Agieren der öffentlichen Hand durch – kommunale – Eigengesellschaften:

1. Am Anfang steht die Umwandlung eines städtischen Eigenbetriebs Stadtwerke (vgl. dazu § 114 GO NRW) zur städtischen Eigengesellschaft in der Rechtsform der GmbH. Die Kommune hält einen Anteil von ca. 75%. In dem satzungsgemäß gebildeten Aufsichtsrat werden 14

von 17 Mitgliedern durch die Stadt gestellt, davon 8 auf Vorschlag des Rates.

2. Der Haupt- und Finanzausschuss beauftragte die städtischen Vertreter im Aufsichtsrat, gegen eine beabsichtigte Preiserhöhung in der nächsten Aufsichtsrats-Sitzung zu stimmen, obwohl die Erhöhung des Erdgas- und Wärmeabgabepreises wirtschaftlich für die Gesellschaft geboten war; eine Rückkehr zu den ursprünglichen Abgabepreisen würde zu einer gravierenden Unterdeckung und damit zu einer existenziellen Gefahr für die SVB führen. Die Aufsichtsrats-Mitglieder sahen somit einen Konflikt zwischen wirtschaftlicher Notwendigkeit und der dies ignorierenden Weisung des kommunalen Gremiums. Der Aufsichtsrat genehmigte die Preiserhöhung gleichwohl. Danach wurden die städtischen Aufsichtsrats-Mitglieder gebeten, in der nächsten Sitzung für die Rücknahme der Preiserhöhung zu stimmen.

3. Die Kläger, städtische Vertreter im Aufsichtsrat, haben sich nun in dem vorliegenden Rechtsstreit gegen die dargestellten Weisungen gewandt und pochen auf ihre Unabhängigkeit und ihre primäre Verpflichtung gegenüber dem wirtschaftlichen Wohl der Gesellschaft.

#### II. BVerwG: Keine Weisungsunabhängigkeit

Das Urteil verdeutlicht klar und überzeugend, dass für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH der Grundsatz der Weisungsunabhängigkeit gerade nicht bestehe. Auch wenn die Weisungsfreiheit möglicherweise als gesellschaftsrechtlicher Normalzustand angesehen werden könne, so gelte dieser gerade nicht für den freiwillig – fakultativ – gebildeten Aufsichtsrat einer GmbH, der seine Grundlage im Gesellschaftsvertrag hat und bei dessen Abfassung den Gesellschaftern eine breite Gestaltungsfreiheit zukomme, womit auch die Abweichungsfreiheit von aktienrechtlichen Vorschriften uneingeschränkt verbunden ist.

#### III. Bedeutung des Gesellschaftsvertrags

Somit kommt dem Gesellschaftsvertrag erneut die ausschlaggebende Bedeutung zu. Dieser – in den Vorinstanzen noch nicht einmal in Auszügen im Tatbestand wiedergegeben – enthält im vorliegenden Fall die lapidare Festlegung, dass die Bestimmungen des Aktiengesetzes keine Anwendung finden. § 52 Abs. 1 GmbHG fordert, dass der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. Die Satzungsvorschrift der SVB GmbH reicht – so der 8. Senat des BVerwG – gerade nicht aus, da wesentliche Bestandteile in der Satzung selbst niedergelegt sein müssten, wozu auch die Vorschriften zur Weisungsunabhängigkeit gehören. Die Satzung der SVB GmbH sagt dazu jedoch nichts konkret. Die 3. Instanz bejaht gleichwohl das Weisungsrecht der städtischen Gremien gegenüber den Aufsichtsrats-Mitgliedern und gelangt zu diesem Ergebnis durch die Auslegung des Gesellschaftsvertrags anhand dessen normativen Umfelds, womit Vorschriften der Gemeindeordnung NRW ihre Bedeutung haben.

#### IV. Aufgreifen aktueller gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen

Das Urteil bestätigt und nimmt wichtige gesellschaftsrechtliche Entwicklungen auf.

## Gesellschaftsrecht

**1. Anwendung des Aktiengesetzes**

Die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Rechtsform des Privatrechts, z.B. an einer GmbH, muss dem öffentlichen Interesse dienen. Gebietskörperschaften haben dieses Prinzip bei der Beteiligung auch durchzusetzen. Als Ausschlag des Ingerenzprinzips haben somit Gemeinden Kontroll- und Einwirkungspflichten auf die Beteiligungsgesellschaften. Der Gesellschaftsvertrag lässt dazu Raum, wie der vorliegende Fall verdeutlicht. Im Public Corporate Governments Kodex des Bundes – PCGK-Bund – (vgl. dazu *Schürnbrand*, ZIP 2010, 1105 ff.) wird ausgeführt, dass gerade auch im Gesellschaftsvertrag von Beteiligungsgesellschaften der öffentlichen Hand ein Aufsichtsrat vorgesehen werden soll, auf den die Vorschriften des AktG – anders als vorliegend – Anwendung finden sollen (vgl. dazu auch PCGK des Städte- und Gemeindebundes NRW 11/2009; PCGK der Stadt Essen). Gesellschaften unter Beteiligung der öffentlichen Hand sollten somit auch vor diesem Hintergrund ihre Satzungen überarbeiten.

**2. Transparenz**

Die Aktienrechtsnovelle (RefE des Bundesministeriums für Justiz) sieht vor, an § 394 AktG einen Satz anzuhängen, wonach an nicht „börsenorientierten Gesellschaften“ beteiligte Gebietskörperschaften durch „die Satzung die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder und die Öffentlichkeit der Sitzungen“ regeln können. Mit den nicht börsenorientierten Gesellschaften würde die Rechtsänderung gerade auch für die GmbH gelten, mit den Gebietskörperschaften vornehmlich die Kommunen (vgl. *Lind* in Handelsblatt, Rechtsboard v. 24.5.2011). Gegenwärtig ist die Rechtslage im fakultativen und im obligatorischen Aufsichtsrat differenziert zu sehen. Im obligatorischen Aufsichtsrat ist wegen § 109 Abs. 1 S. 1 AktG eine Zulassung der Teilnahme von Dritten nur erlaubt, wenn es sich um Sachverständige oder Auskunftspersonen in Bezug auf die Tagesordnung handelt. Im fakultativen Aufsichtsrat kann die Teilnahme von Dritten zugelassen werden oder auch generell in der Satzung bzw. der Gemeindeordnung geregelt werden (vgl. dazu *Lutter* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 52 Rz. 29, der bei einer Teilnahme auf § 109 Abs. 3 AktG verweist, im Übrigen auf die Satzungsautonomie beim fakultativen Aufsichtsrat; anders *Giedinghagen* in *Michalski*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 52 Rz. 341). Dies ist zwar keine Frage der Weisungsabhängigkeit, aber eine Frage der Transparenz in diesem Bereich, womit die Sonderstellung kommunalgeprägter Gesellschaften angeschnitten ist. Obwohl das Urteil weiter Klarheit schafft, steht die diesbezügliche Rechtsentwicklung wohl auch im Zuge der Staatsfinanzkrise erst am Anfang (vgl. bereits BGH v. 20.9.2010 – II ZR 78/09 – *Doberlug*, GmbHHR 2010, 1200 m. Komm. *Brötzmann*).

**Dr. Ulrich Brötzmann, Rechtsanwalt, Mainz**

**Liquidator: Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens durch Gesellschafterversammlung**

BGB § 181; GmbHG § 66

**Die satzungsgemäße Ermächtigung der Gesellschafter, den oder die Gesellschafter von den Beschränkungen des § 181**

**BGB zu befreien, ist regelmäßig dahingehend auszulegen, dass sie auch als Ermächtigung ausreicht, den oder die Liquidatoren durch Gesellschaftsbeschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien.**

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 6.7.2011 – 3 W 62/11 (rechtskräftig)

► Aus den Gründen:

**I.**

Mit Beschluss ihrer beiden Gesellschafter v. 31.12.2010 wurde die Beteiligte zu 1) aufgelöst und der Beteiligte zu 2), einer ihrer Gesellschafter, zum Liquidator bestimmt. Weiter beschlossen die Gesellschafter, den Liquidator von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien. In § 5 der Satzung der Gesellschaft heißt es:

„Die Gesellschafterversammlung kann jedem von mehreren Geschäftsführern die Befugnis zur Alleinvertretung erteilen sowie allen oder einzelnen Geschäftsführern gestatten, mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte im Namen der Gesellschaft abzuschließen“.

Der Rechtspfleger bei dem RegG hat den über den beurkundenden Notar gestellten Antrag auf Eintragung der Befreiung des Liquidators von den Beschränkungen für nicht vollzugsfähig gehalten, weil es an einer ausreichenden Ermächtigung in der Satzung fehle. Die darin enthaltene Ermächtigung, den oder die Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss vom Verbot des Selbstkontrahierens zu befreien, gelte nicht in Bezug auf einen Liquidator. Mit Beschl. v. 14.4.2011 hat das RegG „mit Zwischenverfügung“ die Beseitigung der aufgezeigten Eintragungshindernisse aufgegeben [*AmtsG Montabaur v. 14.4.2011 – 6 HRB 5357*]. ...

**II.**

1. Die ... Beschwerde ist begründet.

Dies folgt schon alleine daraus, dass vorliegend eine Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 FamFG, auch unter Berücksichtigung der Rechtsansicht des RegG, nicht hätte ergehen dürfen. In einer Zwischenverfügung moniert das RegG eine unvollständige Anmeldung oder eine Anmeldung, der ein durch den Antragsteller behebbares Hindernis entgegensteht. Dabei hat das RegG dem Anmelder mitzuteilen, auf welche Weise er das Hindernis zu beseitigen hat. Der hier verfahrensgegenständliche Beschluss des RegG enthält schon nicht die Angabe des Mittels, mit dem nach seiner Ansicht der Eintragungsmangel geheilt werden könnte. Das Registergericht äußert darin seine Rechtsansicht, dass dem Antrag nicht entsprochen werden könne, weil die materiellrechtlichen (satzungsgemäßen) Voraussetzungen für die Befreiung des Liquidators von den Beschränkungen des § 181 BGB durch Gesellschafterbeschluss nicht erfüllt seien. Wäre dem aus Rechtsgründen so, so ist nicht ersichtlich und in dem Beschluss auch nicht angegeben, wie der Antragsteller diesen Mangel heilen könnte. Unter Berücksichtigung der Rechtsansicht des RegG wäre der Antrag vielmehr sogleich zurückweisungsreif; eine spätere Satzungsänderung würde an der Nichtigkeit des hier zur Eintragung angemeldeten Gesellschafterbeschlusses nichts ändern (weshalb der Rechtspfleger in seinem Schreiben v. 25.3.2011 auch konsequent die Rücknahme des Antrags angeregt hat).