

Interessenkollisionen bei der Wahrnehmung von Mandaten in kommunalen Gesellschaften

A. Auftrag

Vor dem Hintergrund fortschreitender Privatisierung öffentlicher Verwaltung und der Tätigkeit von Ratsmitgliedern oder Mitgliedern des Kreistags in Organen solcher privatrechtsförmig organisierter (kommunaler) Unternehmen hat die Fraktion der CDU den Wissenschaftlichen Dienst um gutachterliche Prüfung folgender Fragen gebeten:

Unter welchen Voraussetzungen sind bei der Wahrnehmung von Mandaten in kommunalen Gesellschaften Interessenkollisionen denkbar, die entweder § 16 Landkreisordnung, § 22 Gemeindeordnung oder gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zuwiderlaufen, etwa durch die Wahrnehmung von Gesellschaftermandaten bei möglicherweise im Wettbewerb mit kommunalen Gesellschaften stehenden Einrichtungen?

Ist die Wahrnehmung eines Gesellschaftermandats einer Krankenhaus-GmbH, die zu 100 Prozent in kommunaler Trägerschaft steht, mit der gleichzeitigen Ausübung einer Tätigkeit im Regionalbeirat der ortsansässigen AOK möglich vor dem Hintergrund, dass in Folge dieser Konstellation die unterschiedlichen Interessen der örtlichen Krankenhäuser und der genannten Kasse durch ein und dieselbe Person vertreten werden müssen?

Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes sind parlamentsinterne Stellungnahmen, die nicht für die öffentliche Diskussion außerhalb des Landtags bestimmt sind. Eine - auch nur auszugsweise - Veröffentlichung oder Verbreitung bedarf der Zustimmung des Direktors beim Landtag.

B. Stellungnahme

I. Vorbemerkung

Bevor auf die rechtlichen Aspekte der aufgeworfenen Fragen eingegangen wird, ist zunächst der Begriff der Privatisierung näher zu konkretisieren, der verwaltungsrechtlich verschiedene Bedeutungen haben kann. Bei der *materiellen* oder *Aufgabenprivatisierung* werden die bisher von der öffentlichen Hand erfüllten Verwaltungsaufgaben auf Private übertragen. Von *formeller* oder *Organisationsprivatisierung* wird hingegen gesprochen, wenn die Verwaltung öffentliche Aufgaben, die sie bislang mit verwaltungseigenen Mitteln wahrgenommen hat, künftig in privatrechtlicher Form wahrnehmen lässt¹. Als privatrechtliche Organisationsform sind im kommunalen Bereich überwiegend die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung anzutreffen², die von den Gemeinden vielfach nicht allein (Eiengesellschaften), sondern als Beteiligungsgesellschaften entweder mit anderen Verwaltungsträgern (gemischt-öffentlich) oder mit Privatpersonen (gemischt-wirtschaftlich) betrieben werden³.

Wegen ihrer Anknüpfung an die Privatisierung öffentlicher Verwaltung stehen die zur Prüfung eingereichten Fragen nicht nur in einem ausschließlich nach Kommunalrecht zu beurteilenden Zusammenhang, sondern weisen auch privatrechtliche Bezüge auf. Neben den kommunalrechtlich geregelten Ausschlussgründen (nachfolgend unter II. 2.) sind daher auch die an einen Interessenwiderstreit anknüpfenden Vorschriften des Gesellschaftsrechts von Bedeutung (nachfolgend unter II. 3.).

¹ Vgl. auch zu weiteren Differenzierungen Schoch, DÖV 1993, S. 377; ders., DVBl. 1994, S. 962

² Anmerkung: Bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist die Haftung für Verbindlichkeiten jeweils auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AktG, 13 Abs. 2 GmbHG). Dagegen ist den Gemeinden die Form einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kaum zugänglich, weil das Kommunalrecht eine gemeindliche Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen nur zulässt, wenn die Haftung begrenzt ist (vgl. § 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GemO). Aus dem gleichen Grund kann die Gemeinde zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben auch nicht persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien werden.

³ Vgl. dazu näher: Gabler/Höhlein, Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, Band I, GemO, vor §§ 85-92, Erl. 3.2.

Da in der ersten Frage *generell* nach den Voraussetzungen gefragt wird, unter denen eine Interessenkollision anzunehmen ist, müssen die in Betracht kommenden Ausschlussgründe weitgehend abstrakt dargelegt werden, jedoch unter Einbeziehung einschlägiger und von der Rechtsprechung entschiedener Fälle. Obgleich beide der zur Prüfung gestellten Fragen in einem engen Sachzusammenhang stehen und durch das Problemfeld der Interessenkollision miteinander verklammert sind, erfolgt die rechtliche Erörterung getrennt, da in der zweiten Frage an einen konkreten und nach Sozialrecht zu beurteilenden Sachverhalt angeknüpft wird (nachfolgend unter III.).

II. Zu Frage 1: „Unter welchen Voraussetzungen sind bei der Wahrnehmung von Mandaten in kommunalen Gesellschaften Interessenkollisionen denkbar, die entweder § 16 Landkreisordnung, § 22 Gemeindeordnung oder gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zuwiderlaufen, etwa durch die Wahrnehmung von Gesellschaftermandaten bei möglicherweise im Wettbewerb mit kommunalen Gesellschaften stehenden Einrichtungen?“

1. Einleitung

Die Besonderheit des hier zu erörternden Problemfeldes besteht darin, dass etwaige Interessenkonflikte nach der Fragestellung einen zweifachen Ursprung haben können: In seiner Funktion als *Rats- oder Kreistagsmitglied* kann sich für den Betroffenen die Gefahr eines Interessenwiderstreits jeweils daraus ergeben, dass er in Organen zweier konkurrierender Unternehmen vertreten ist. Als *Gesellschafter oder Geschäftsführer* hingegen kann der Betroffene Interessenkollisionen unterliegen, zum einen weil er in gleicher oder ähnlicher Funktion bei einem Konkurrenzunternehmen tätig ist und zum anderen weil ihn als Rats- beziehungsweise Kreistagsmitglied besondere Treuepflichten gegenüber der Gemeinde beziehungsweise dem Landkreis⁴ treffen. Von dieser Feststellung ausgehend soll im Folgenden untersucht werden, inwieweit Interessenkonflikte zu einem kommunal- oder gesellschaftsrechtlich begründeten Mitwirkungsverbot führen können.

⁴ Vgl. § 21 GemO, § 15 LKO

2. Kommunalrechtliche Mitwirkungsverbote

Der Ausschluss befangener Mitglieder des Gemeinderats ist in § 22 Gemeindeordnung⁵ (im Folgenden: GemO) geregelt. Für Mitglieder des Kreistags gelten die Ausschlussgründe des § 16 Landkreisordnung⁶ (im Folgenden: LKO), die im wesentlichen denjenigen des § 22 GemO entsprechen. Aufgrund ihrer weitgehenden Übereinstimmung werden die Voraussetzungen beider Mitwirkungsverbote im Rahmen einer gemeinsamen Darstellung erörtert.

a) Tatbestandsvoraussetzungen

§ 22 GemO enthält ebenso wie § 16 LKO ein Mitwirkungsverbot wegen möglicher Interessenkollisionen. In Absatz 1 von § 22 GemO wird zunächst die Reichweite des Mitwirkungsverbots begrenzt auf Inhaber eines Ehrenamtes, ehrenamtlich Tätige sowie hauptamtliche Bürgermeister und Beigeordnete (*betroffener Personenkreis*)⁷. Entsprechendes gilt für § 16 LKO. *Persönliche* Voraussetzung des Mitwirkungsverbots ist, dass das Rats- beziehungsweise Kreistagsmitglied entweder selbst betroffen oder zu einer anderen Person in einem der in § 22 Abs. 1 GemO, § 16 Abs. 1 LKO aufgeführten Verhältnis steht. In *sachlicher* Hinsicht setzt der Ausschließungsgrund des § 22 Abs. 1 GemO, § 16 Abs. 1 LKO die Möglichkeit des Eintritts eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils infolge der Entscheidung (Absatz 1 Satz 1 Nr. 1) oder ein unmittelbares persönliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung (Absatz 1 Satz 1 Nr. 3) voraus.

Mit Blick auf die hier zu erörternde Fragestellung könnten Ausschließungsstatbestände nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 3 a) bis c) GemO beziehungsweise § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 3 a bis c) LKO gegeben sein. Der dargelegten

⁵ in der Fassung vom 31. Januar 1994 (GVBl. S. 153), BS 2020-1

⁶ in der Fassung vom 31. Januar 1994 (GVBl. S. 188), BS 2020-2

⁷ Anmerkung: Wie sich aus § 18 Abs. 1 Halbsatz 2 GemO ergibt, stellt die Mitgliedschaft im Gemeinderat ein Ehrenamt dar, so dass Ratsmitglieder selbstredend zu dem von § 22 GemO betroffenen Personenkreis gehören. Entsprechendes gilt für Mitglieder des Kreistags.

Systematik des § 22 GemO (§ 16 LKO) entsprechend ist bei der Prüfung zwischen den persönlichen und sachlichen Voraussetzungen des Mitwirkungsverbots zu differenzieren.

aa) Persönliche Voraussetzungen

(1) Ausschließungstatbestand des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LKO

Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LKO ist das Ratsbeziehungsweise Kreistagsmitglied unter anderem auch als gesetzliche Vertreter oder Bevollmächtigter von der beratenden oder entscheidenden Mitwirkung ausgeschlossen. Das Mitwirkungsverbot wegen gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretung bezieht sich dabei nicht nur auf natürliche, sondern auch auf juristische Personen⁸.

(a) Gesetzliche Vertretung

Kraft Gesetzes werden vertreten der rechtsfähige Verein und die Stiftung durch den Vorstand (§§ 26, 86 BGB), die offene Handelsgesellschaft durch die einzelnen Gesellschafter (§ 125 HGB), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch den Geschäftsführer (§ 35 GmbHG), die Kommanditgesellschaft durch den persönlich haftenden Gesellschafter (§§ 161, 170 HGB), die Aktiengesellschaft durch den Vorstand (§ 78 AktG) und die Kommanditgesellschaft auf Aktien durch den persönlich haftenden Gesellschafter (§ 278 AktG).

Bei gesetzlicher Vertretung durch ein *Kollegialorgan* ist zu beachten, dass von § 22 Abs. 1 Nr. 1 GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LKO nicht bereits das einzelne Mitglied des Organs erfasst wird, sondern allein das Kollegialorgan als solches⁹. Bezogen auf

⁸ Gabler/Höhlein, Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, Band I, GemO, § 22, Erl. 2.2.2.

⁹ Gabler/Höhlein, a.a.O., Erl. 2.2.2.; ungenau Hofmann/Beth/Dreibus, Kommunalgesetze Rheinland-Pfalz, GemO, § 22, Erl. 2. e)

eine Aktiengesellschaft bedeutet dies, dass ein Ratsmitglied, welches zugleich Mitglied des Vorstands einer *Aktiengesellschaft* ist, *nicht* bereits als gesetzlicher Vertreter ausgeschlossen ist; in einem solchen Fall kommt jedoch der Ausschlussgrund nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b) GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b) LKO in Betracht. Anders als bei der Aktiengesellschaft erfolgt die Vertretung bei einer *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* nicht durch ein Kollegialorgan, sondern durch den alleinigen oder die Geschäftsführer, so dass hier *jeder* Geschäftsführer gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LKO ist und damit die persönliche Voraussetzung des Mitwirkungsverbots erfüllt.

(b) Rechtsgeschäftliche Vertretung

Daneben sind von § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LKO auch Fälle rechtsgeschäftlicher Vertretung (§§ 166 Abs. 2, 167 BGB) erfasst. Bevollmächtigt sind zum Beispiel Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte (§§ 48, 54 HGB). Denkbar sind auch Überschneidungen zwischen rechtsgeschäftlicher und kraft Gesetzes bestehender Vertretungsmacht, etwa wenn in Ansehung der gesetzlichen oder organschaftlichen Vertretungsmacht Vollmacht erteilt wird.

(2) Ausschließungstatbestand des § 22 Abs. Satz 1 Nr. 3 a) GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a) LKO

Nach § 22 Abs. 1 Nr. 3 a) GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a) LKO ist von der Beratung und Entscheidung ausgeschlossen, wer bei einer natürlichen oder juristischen Person oder einer Vereinigung gegen Entgelt beschäftigt ist. Im Sinne der genannten Vorschrift liegt eine entgeltliche Beschäftigung nur bei Bestehen eines sozialen, in der Regel durch Arbeits- oder Dienstvertrag begründeten Abhängigkeitsverhältnisses vor¹⁰. Gesellschafter von Kapital- oder Handelsgesellschaften unterliegen dem Mitwirkungsverbot folglich nicht.

¹⁰ Gabler/Höhlein, a.a.O., Erl. 2.2.4.

(3) Ausschließungstatbestand des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b) GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b) LKO

Von diesem Ausschließungstatbestand erfasst sind Mitglieder des Vorstands, Aufsichtsrats oder gleichartiger Organe juristischer Personen des öffentlichen und Privatrechts; ob sie gegen Entgelt oder ehrenamtlich tätig sind, ist unerheblich¹¹.

Dem Vorstand oder Aufsichtsrat „gleichartig“ sind solche Organe, die die Richtlinien der Geschäftspolitik bestimmen oder die Tätigkeit des Vorstands überwachen¹².

Insoweit bedarf zunächst der Erörterung, ob auch die (nicht ausdrücklich im Gesetz genannte) *Gesellschafterversammlung* einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein „gleichartiges Organ“ in dem vorgenannten Sinn ist. Die Gesellschafterversammlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat etwa gegenüber der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft eine wesentlich stärkere Stellung; ihr kommt im Grundsatz eine Allzuständigkeit zu. Bei entsprechender Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags kann die Gesellschafterversammlung Geschäfts- beziehungsweise Führungsmaßnahmen jederzeit an sich ziehen, den Geschäftsführern Weisungen erteilen oder diesen aufgeben, bei bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen¹³. Soweit der Gesellschaftsvertrag solche oder ähnliche Regelungen enthält, ist auch die Gesellschafterversammlung ein „gleichartiges Organ“, so dass - in diesem Fall – auch die Mitgliedschaft in der Gesellschafterversammlung von § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b) GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b) LKO erfasst wird. Allein aus dem Umstand jedoch, dass der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch Mitglied der Gesellschafterversammlung ist, wird ohne nähere Prüfung des Gesellschaftsvertrags noch nicht auf das Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen des Mitwirkungsverbots geschlossen werden können.

¹¹ Gabler/Höhlein, a.a.O., Erl. 2.2.5.

¹² OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20. Januar 1988, Az.: 10 C 20/87, AS 22, 103, 108

¹³ Baumbach-Hueck-Zöllner, GmbHG, § 46, Rdnr. 60

Die Eigenschaft eines Mitglieds des Vorstands, Aufsichtsrats oder gleichartigen Organs einer juristischen Person führt nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b) GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b) LKO dann nicht zu einem Verbot der Mitwirkung an der Beratung und Entscheidung, wenn die betroffene Person diesem Gremium als „Vertreter der Gemeinde (des Landkreises)“ angehört. Voraussetzung dieser Ausnahme ist zunächst, dass die Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder durch die Gemeinde (den Landkreis) in diese Gremien entsandt oder auf ihren Vorschlag gewählt werden. Hierbei handelt es sich insbesondere um die nach § 88 Abs. 3 GemO (in Verbindung mit § 57 LKO) entsandten Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats an Eigengesellschaften oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen, die in der Form der Aktiengesellschaft (vgl. § 101 Abs. 2 AktG) oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung betrieben werden¹⁴.

Die Ausnahme des Mitwirkungsverbots für entsandte Vertreter der Gemeinde (des Landkreises) wird mit dem Fehlen eines Interessenkonflikts begründet. Ein Interessenkonflikt könne bei diesen Ratsmitgliedern (Kreistagsmitgliedern) nicht entstehen, weil die Interessen der Gemeinde (des Landkreises) durch die bestehende Bindung und vor allem durch die Weisungsbefugnis des Gemeinderats (des Kreistags)¹⁵ gewahrt werde¹⁶. Diese insbesondere von Teilen des älteren Schrifttums vertretene Auffassung dürfte jedoch problematisch sein, weil sie von der Annahme ausgeht, dass das Weisungsrecht der Gemeinde den Vorschriften des Handels- und Gesellschaftsrecht *generell* vorgehe, nach denen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates in erster Linie das Interesse der Unternehmen zu wahren haben¹⁷. Die neuere Literatur vertritt demgegenüber unter Hinweis auf Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht“) zumeist den entgegengesetzten Standpunkt und hält die nach § 88 Abs. 3 GemO entsandten Vertreter der Gemeinde (des Landkreises) bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften von kommunalrechtlichen Weisungen für gänzlich freigestellt¹⁸.

¹⁴ Vgl. hierzu die amtliche Begründung zu dem Regierungsentwurf (LT-Drucks. 7/1884)

¹⁵ Vgl. § 88 Abs. 1 Satz 6, Abs. 3 GemO (i.V.m. § 57 LKO)

¹⁶ Vgl. die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs (LT-Drucks. 7/1884)

¹⁷ So etwa Surén, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1960, S. 216

¹⁸ Körner, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., § 55, Erl. 4; Kottenberg-Rehn, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, § 23, Erl. III 3; ebenso BGHZ 36, 306

Beiden Standpunkten kann in ihrer Ausnahmslosigkeit indes nicht beigetreten werden. Richtiger Ansicht nach ist das Verhältnis des bundesrechtlichen Gesellschaftsrechts zum Kommunalrecht nicht generell zu bestimmen, sondern bedarf einer differenzierenden Betrachtungsweise¹⁹. Das Gesellschaftsrecht unterfällt als Materie des Bürgerlichen Rechts und des Wirtschaftsrechts der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 11 GG, von der der Bundesgesetzgeber auch nahezu erschöpfend Gebrauch gemacht hat, so dass für den Landesgesetzgeber auf diesem Gebiet kein Regelungsspielraum mehr verbleibt. Demgegenüber fällt das Kommunalrecht in die alleinige Gesetzgebungskompetenz des Landes. Ein Vorrang des Bundesrechts ergibt sich insoweit zwar aus Art. 31 GG, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht; dieser Anwendungsvorrang gilt jedoch nur insoweit, als auch tatsächlich eine Kollisionslage besteht, das heißt gesellschaftsrechtliche Vorschriften den Bestimmungen des Kommunalrechts in einer Weise entgegenstehen, die hier eine Zulässigkeit kommunalrechtlicher Weisungen ausschließt. Ob dies der Fall ist, kann jedoch nicht allgemein gültig beantwortet werden, sondern ist nach Gesellschaftsform und Organ differenziert zu betrachten²⁰. In diesem Sinn ist auch die ausdrückliche Aufnahme des Vorrangs des Gesellschaftsrechts in § 88 Abs. 3 GemO („*soweit gesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrechts nicht entgegenstehen*“) zu verstehen sein²¹.

Bei konsequenter Weiterverfolgung des hier vertretenen Standpunkts zum Verhältnis der Vorschriften des Gesellschaftsrechts zur Weisungsbefugnis des Gemeinderats und Kreistags wären mithin Fallkonstellationen denkbar, in denen das kommunalrechtliche Weisungsrecht keine Geltung beanspruchen könnte, weil es von vorrangigen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften verdrängt wäre²². In diesem Fall aber kann kein Zweifel daran bestehen, dass das Rats- beziehungsweise Kreistagsmitglied einem Interessenkonflikt ausgesetzt ist, wenn es nämlich etwa als Mitglied

¹⁹ Vgl. hierzu das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes vom 8. Januar 1996 (Az.: II 52-1154) und weiterführend Glauben, ZG 1997, S. 151 f.; ders., ZParl 1998, S. 499 ff.

²⁰ So bereits das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes vom 8. Januar 1996 (Az.: II 52-1154) und ebenso Glauben, a.a.O.

²¹ Vgl. hierzu LT-Drucks. 7/2390

²² Vgl. zu den einzelnen Fallkonstellationen genauer das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes vom 8. Januar 1996 (Az.: II 52-1154)

des Aufsichtsrats oder Vorstands jedenfalls die Interessen der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vertreten muss. Da somit auch in bezug auf Vertreter der Gemeinde (des Landkreises) der Gefahr einer Interessenkollision durch das Weisungsrecht nicht generell entgegengewirkt werden kann²³, könnte insoweit an eine Rechtsanalogie zu den Ausschließungstatbeständen der § 22 GemO, 16 LKO für solche Fälle gedacht werden, in denen Weisungsbefugnisse nicht eröffnet sind, worauf an gesonderter Stelle²⁴ noch einzugehen sein wird.

Zusammenfassend ist daher zunächst festzustellen, dass die Mitgliedschaft eines Ratsmitglieds im Vorstand, Aufsichtsrat oder in einem gleichartigen Organ einer juristischen Person nicht zu einem Mitwirkungsverbot nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 b) LKO führt, wenn das Rats- beziehungsweise Kreistagsmitglied diesem Gremium als Vertreter der Gemeinde (des Landkreises) angehört. Dies gilt auch dann, wenn die Entscheidung des Gemeinderats oder Kreistags Angelegenheiten der Gesellschaft betrifft. Weisungsbefugnisse des Gemeinderats (Kreistags) bestehen dabei in dem aufgezeigten Umfang, also insoweit, als gesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrechts nicht entgegenstehen, was nur im Rahmen einer differenzierten Analyse festgestellt werden kann.

Obgleich damit die grundsätzliche Feststellung getroffen ist, dass bei Vertretern der Gemeinde (des Landkreises) bereits die persönliche Voraussetzung des Mitwirkungsverbots fehlt, entbindet dies nicht von der weiteren Prüfung auch der sachlichen Voraussetzungen. Insoweit ist nämlich zum einen zu berücksichtigen, dass - wie zuvor ausgeführt - die Reichweite des Weisungsrechts nicht unumstritten ist; zum anderen sind Interessenkollisionen auch in den Fällen möglich, in denen das Rats- oder Kreistagsmitglied dem Organ einer juristischen Person nicht als Vertreter der Gemeinde oder des Landkreises angehört, so dass dann die persönlichen Voraussetzungen erfüllt wären.

²³ So auch OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O.

²⁴ Siehe die Ausführungen unter B. II. 2. b) – S. 16 f.

Abschließend ist noch zu ergänzen, dass Ratsmitglieder (Kreistagsmitglieder), die „Vertreter der Gemeinde (des Landkreises)“ sind, auch nicht nach anderen kommunalrechtlichen Vorschriften ausgeschlossen werden können; insbesondere ist die in § 21 GemO, § 15 LKO generalklauselartig niedergelegte besondere Treuepflicht nicht anwendbar, da sie hinter der Spezialvorschrift des § 22 GemO, § 16 LKO zurücktritt²⁵.

(4) Ausschließungstatbestand des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 c) GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 c) LKO

Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 c) GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 c) LKO sind nur Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder Vorstandsmitglieder eines nichtrechtsfähigen Vereins von der Beratung und Entscheidung auszuschließen. Kommanditisten, Komplementäre oder Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung unterfallen daher nicht dem Ausschließungstatbestand.

bb) Sachliche Voraussetzungen

Die sachlichen Voraussetzungen des Mitwirkungsverbots sind gekennzeichnet durch die Begriffe des möglichen unmittelbaren Vor- oder Nachteils (§ 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LKO) und des unmittelbaren persönlichen oder wirtschaftlichen Interesses (§ 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 LKO). Trotz unterschiedlicher Formulierung sind die beiden Begriffe synonym. Der Begriff des Vor- oder Nachteils ist weit auszulegen, er erfasst jede auch nur mögliche Auswirkung für den Betroffenen, die ihn besser oder schlechter stellt, wobei es sich nicht zwingend um materielle Interessen handeln muss, sondern auch ideelle Interessen genügen²⁶.

²⁵ Schoch, Das kommunale Vertretungsverbot, S. 27

²⁶ Gabler/Höhlein, a.a.O., Erl. 2.3.

(1) Möglichkeit des Eintritts eines Vor- oder Nachteils

Dass ein Vor- oder Nachteil als Folge der Entscheidung des Gemeinderats eintritt, muss nicht sicher sein. Durch das Merkmal „kann“ in § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LKO ist klargestellt, dass bereits die Möglichkeit des Eintritts eines Vor- oder Nachteils für ausreichend zu erachten ist. Dabei genügt jedoch nicht bereits jede nur denkbare Möglichkeit, dass aus der Entscheidung Vor- oder Nachteile erwachsen, vielmehr muss nach allgemeiner Lebenserfahrung mit einer Besser- oder Schlechterstellung zu rechnen sein²⁷, das heißt der Eintritt eines Vor- oder Nachteils muss mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden können²⁸.

(2) Unmittelbarkeit

Der potentielle Vor- oder Nachteil muss weiter unmittelbar eintreten. In der Praxis bereitet die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs häufig Schwierigkeiten, was zu einer ausgeprägten Kasuistik geführt hat. Die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Interpretationsansätze reichen von der formalen Theorie²⁹ über die Sonderinteressentheorie³⁰ bis hin zur rein teleologisch-funktionalen Auslegung³¹.

(a) Formale Theorie: Aus dem Merkmal der Unmittelbarkeit folgert die formale Theorie, es müsse eine direkte Kausalität zwischen der zu treffenden Entscheidung und dem Eintritt des möglichen Vor- oder Nachteils vorliegen³². Danach ist ein Vor- oder Nachteil stets dann unmittelbar, wenn die Entscheidung ohne Hinzutreten eines weiteren Umstands die Person direkt berührt.

²⁷ Gabler/Höhlein, a.a.O., Erl. 2.3.3.

²⁸ VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 1997, S. 183

²⁹ VGH Hessen, NVwZ 1982, S. 44; ähnlich OVG Rheinland-Pfalz, AS 10, S. 200

³⁰ VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 1993, S. 504

³¹ v. Mutius, VerwArch 1974, S. 433; Stober, Kommunalrecht, S. 77

³² VGH Hessen, a.a.O.

(b) Sonderinteressentheorie: Nach der Sonderinteressentheorie liegt ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil vor, wenn bei einem Ratsmitglied aufgrund persönlicher Beziehungen zu dem Beratungsgegenstand ein individuelles Sonderinteresse besteht, das zu einer Interessenkollision führt und die Besorgnis rechtfertigt, der Betroffene werde nicht mehr uneigennützig und gemeinwohlorientiert handeln³³.

(c) Teleologisch-funktionale Interpretation: Die teleologisch-funktionale Interpretation stellt auf den Zweck der Vorschriften über das Mitwirkungsverbot ab. Bei der Beurteilung des Vorliegens eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils müsse danach gefragt werden, ob aus der Sicht der Gemeindebürger (Empfängerhorizont) der Eindruck entstehen könne, der kommunale Entscheidungsträger lasse sich von sachfremden (eigennützigen) Motiven leiten³⁴.

(d) Stellungnahme

Auf eine vertiefende Diskussion der dargelegten Definitionsversuche soll hier zwar verzichtet werden; zu beachten ist jedoch, dass die „Theorien“ nicht in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen, sondern sie den gleichen Sachverhalt letztlich nur unter Hervorhebung eines jeweils anderen Blickwinkels betrachten. Von daher wird keiner der Standpunkte als richtig oder falsch gekennzeichnet werden können. Bei der Auslegung des Unmittelbarkeitskriteriums ist aber auch die Korrektivfunktion dieses Merkmals zu berücksichtigen. Einerseits soll die Entscheidung „in eigener Sache“ verhindert werden, andererseits darf das Mitwirkungsverbot nicht zu weit ausgedehnt werden, soll die Funktionsfähigkeit des Gemeinderats nicht unangemessen beeinträchtigt werden. Mit dem Unmittelbarkeitskriterium hat der Gesetzgeber eine Grenze zu ziehen versucht, die dieser

³³ VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 1993, S. 504; OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ 1984, S. 667; vgl. auch v. Arnim, JA 1986, S. 1 ff.

³⁴ v. Mutius, VerwArch 1974, S. 433; Stober, Kommunalrecht, S. 77; vgl. auch VG Koblenz, Die Gemeindeverwaltung 1995, S. 65

Interessenlage Rechnung tragen soll³⁵. Dies bedeutet zugleich, dass schematische Auslegungen nicht möglich sind. Selbstredend führt nicht jeder irgendwie denkbare Eintritt eines Vor- oder Nachteils zu einem Mitwirkungsverbot. Erforderlich ist vielmehr - wie bereits dargelegt - die reale Möglichkeit im Sinne der Wahrscheinlichkeit eines unmittelbaren, nicht erst durch Zwischenentscheidungen Dritter vermittelten Vor- oder Nachteils³⁶. In diesem Sinn hat sich auch das Obergerverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz bei der Beschlussfassung über eine gemeindliche Stellungnahme in einem Planfeststellungsverfahren ausgesprochen und entschieden, dass ein Mitglied des Gemeinderates, das Eigentümer von Grundstücken ist, die für eine geplante Landesstraße in Anspruch genommen werden soll, nicht bereits bei der Beschlussfassung über die gemeindliche Stellungnahme wegen des Vorliegens eines Sonderinteresses ausgeschlossen ist³⁷.

(e) Bedeutung des Unmittelbarkeitskriteriums für „Konkurrenzsituationen“

Vor dem Hintergrund vorstehend dargelegter Grundsätze ist nunmehr die Frage zu beantworten, inwieweit nach der Fragestellung möglich erscheinende Interessenkollisionen die Annahme eines kommunalrechtlichen Mitwirkungsverbots zu rechtfertigen vermögen. Dabei ist der hier zu begutachtende Sachverhalt dadurch gekennzeichnet, dass ein kommunaler Entscheidungsträger zugleich Gesellschafter zweier Unternehmen ist, die jeweils im Wettbewerb miteinander stehen und von denen eines in kommunaler Trägerschaft steht. Allerdings wird ein konkreter Problemfall nicht mitgeteilt, sondern allgemein nach den Voraussetzungen einer Interessenkollision gefragt, so dass die Betrachtung nur einen abstrakten Rahmen aufzeigen kann.

Bei der Auslegung des Mitwirkungsverbots kommt es stets auf die *konkret* vom Gemeinderat zu fassende Entscheidung an. Regelmäßig wird in Fällen wirtschaftlicher Konkurrenz dabei zu differenzieren sein zwischen der Beratung und

³⁵ Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13. Juni 1995, Die Gemeindeverwaltung 1995, S. 746

³⁶ OVG Nordrhein-Westfalen, OVGE 34, 60 ff.

³⁷ OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O.

Entscheidung über ein in Aussicht genommenes (Planungs-)Vorhaben und die hierauf beruhende Folgeentscheidungen, etwa die Vergabe eines entsprechenden Auftrags.

Die bloße Beratung und Entscheidung über ein wirtschaftlich relevantes Vorhaben begründet regelmäßig noch nicht die Annahme eines Mitwirkungsverbots, und zwar auch dann nicht, wenn dem Gemeinderat Unternehmer angehören, die sich von dem Vorhaben wirtschaftliche Vorteile versprechen. Zwar mögen sich an das Vorhaben bestimmte Erwartungen knüpfen, diese führen in der Regel jedoch nicht bereits zu einem unmittelbaren Vor- oder Nachteil; denn nur denkbare Vor- oder Nachteile, deren Eintritt noch von einem zusätzlichen „Ereignis“ abhängen, sind quasi bloße „Vorbereitungshandlungen“ und daher nicht als unmittelbare Vor- oder Nachteile zu qualifizieren. Zum Eintritt eines potentiellen Vor- oder Nachteils hinzukommen muss etwa die Vergabe des Auftrages als gesonderte Entscheidung. Dabei liegt es in der Regel in der freien Entscheidung des Gemeinderats, welchem Unternehmen für ein bestimmtes Vorhaben ein Auftrag erteilt wird. Die bloße Chance, dass der Unternehmer, der dem Gemeinderat angehört, den Auftrag erhält, rechtfertigt noch nicht die Annahme eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils, solange die konkrete Auftragsvergabe noch aussteht³⁸. Die Erwartung eines zukünftigen Auftrags kann nur in seltenen, besonders gelagerten Fällen ein Mitwirkungsverbot begründen, etwa dann, wenn durch entsprechende Vorgaben mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass der Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen vergeben wird³⁹. Steht aber nicht mehr nur das Vorhaben selbst zur Beratung und Entscheidung an, sondern bereits die Vergabe eines korrespondierenden Auftrags, so ist das Gemeinderatsmitglied auch nur dann auszuschließen, wenn es sich ebenfalls um den Auftrag beworben hat⁴⁰; andernfalls liegt eine die Annahme einer Konkurrenzsituation rechtfertigende Interessenkollision schon gar nicht vor.

³⁸ Gabler/Höhlein, a.a.O., Er. 4.10., 4.14.

³⁹ Vgl. hierzu Müller, BauR 1984, S. 437

⁴⁰ Hofmann/Beth/Dreibus, Kommunalgesetze für Rheinland-Pfalz, GemO, § 22, Erl. 5.

Entsprechend den vorgenannten, in gewissen Grenzen verallgemeinerungsfähigen Grundsätzen sind auch andere Fallkonstellationen zu beurteilen. Soll etwa ein in kommunaler Trägerschaft stehendes Unternehmen verkauft werden, ist ein Ratsmitglied nicht allein schon deswegen von der Beratung oder Entscheidung ausgeschlossen, weil es sich bei ihm um den geschäftsführenden Gesellschafter eines Konkurrenzbetriebs handelt. Erst ein konkret bekundetes oder sonst erkennbar hervorgetretenes Interesse an einem Kauf rechtfertigt die Annahme, dass das Ratsmitglied nunmehr „in eigener Sache“ tätig wird und ein individuelles, nicht mehr am Gemeinwohl ausgerichtetes (Sonder-)Interesse verfolgt. Liegt hingegen ein Kaufinteresse nicht vor, kann das Ratsmitglied auch in seinen wirtschaftlichen Interessen nicht tangiert sein, was jedoch Voraussetzung für die Begründung des Mitwirkungsverbots ist. Eine andere Sicht, die ein Mitwirkungsverbot losgelöst von einer differenzierten Betrachtung der Interessenlage ausschließlich mit der Geschäftsführertätigkeit in einem Unternehmen begründet, das auf dem gleichen Geschäftsfeld agiert, würde eine vom Zweck nicht mehr getragene Überdehnung der kommunalrechtlichen „Befangenheitsvorschriften“ darstellen.

b) Erweiterung des Geltungsbereichs der kommunalrechtlichen Ausschließungstatbestände durch das Verfahren der Analogie

An anderer Stelle ist bereits dargelegt worden, dass Rats- beziehungsweise Kreistagsmitglieder, die gleichzeitig in einem privatwirtschaftlichen kommunalen Unternehmen als Vorstand oder Aufsichtsrat tätig sind, einem Interessenkonflikt auch dann unterliegen können, wenn sie von der Gemeinde oder dem Landkreis als Vertreter entsandt worden sind⁴¹. Als Grund hierfür war erkannt worden, dass das grundsätzlich nach § 88 Abs. 3, Abs. 1 Satz 6 GemO (in Verbindung mit § 57 LKO) bestehende kommunalrechtliche Weisungsrecht im Einzelfall hinter die Vorschriften des Gesellschaftsrechts zurücktreten kann. Vor diesem Hintergrund könnte nun in Erwägung gezogen werden, den in § 22 GemO, § 16 LKO enthaltenen Rechts-

⁴¹ Vgl. die Ausführungen unter B. II. 2. a) aa) (3) – S. 7 ff.

gedanken im Wege der Analogie auf eben solche Fälle anzuwenden. Die durch die Nichtgeltung des Weisungsrechts entstehende Lücke würde dann durch die analoge Anwendung der § 22 GemO, § 16 LKO ausgefüllt. Für die Tätigkeit der Vertreter der Gemeinde und des Landkreises in Organen privatrechtlicher Unternehmen, die in kommunaler Trägerschaft stehen, würden dementsprechend die Ausschließungstatbestände der § 22 GemO, § 16 LKO entsprechend gelten, soweit ein Weisungsrecht des Gemeinderats oder Kreistags aus den dargelegten Gründen nicht zum Zuge käme.

Das Verfahren der Rechtsanalogie setzt zunächst einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken voraus, der über den geregelten Sachverhalt hinaus auch Geltung für andere, jedoch ähnlich gelagerte Sachverhalte beanspruchen kann. Weiter muss eine planwidrige, das heißt vom Gesetzgeber nicht bedachte Regelungslücke vorliegen und die Interessenlage des geregelten Falls muss im Vergleich zum unregulierten Fall in etwa vergleichbar sein.

Ob diese Voraussetzungen hier erfüllt sind, erscheint unter mehreren Gesichtspunkten fraglich. Zunächst bestehen gewichtige Zweifel an der erforderlichen Planwidrigkeit der Regelungslücke. Der Gefahr von Interessenkollisionen kommunaler Entscheidungsträger, die zugleich in Organen kommunaler Unternehmen vertreten sind, ist sich der Gesetzgeber - wie die Existenz der Bestimmungen zum Weisungsrecht des Gemeinderats und Kreistags zeigen - bewusst gewesen. Indem er allerdings in § 88 Abs. 3 GemO ausdrücklich ein – wenn auch differenziert zu sehendes - Vorrangverhältnis zu Gunsten der Vorschriften des Gesellschaftsrechts geregelt hat, hat er gleichzeitig in Kauf genommen, dass das Weisungsrecht im Einzelfall aufgrund vorrangiger gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen keine Geltung beanspruchen kann. Dass in diesen Fällen auch die Bewältigung entsprechender Interessenkollisionen dem Gesellschaftsrecht überlassen werden sollte, dürfte sich aus der in § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO, § 16 Abs. 1 Satz 1 LKO enthaltenen einschränkenden Bedingung ergeben, nach welcher

der Ausschließungstatbestand gerade nicht gelten soll, wenn die Rats- oder Kreistagsmitglieder als Vertreter ihrer jeweiligen Gebietskörperschaft in Organe juristischer Personen entsandt wurden. Eine analoge Anwendung des Mitwirkungsverbots auf Vertreter der Gemeinde oder des Landkreises, obgleich diese von den gesetzlichen Ausschließungstatbeständen ausdrücklich ausgenommen wurden, begegnet nicht unerheblichen Bedenken. Zweifel an der Berechtigung der Analogie bestehen auch unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Regelungslücke.

Das Gesellschaftsrecht hält - worauf im Anschluss noch eingegangen wird - für den Fall einer Interessenkollision besondere Regelungen bereit, so dass von einer ausfüllungsbedürftigen Lücke keine Rede sein kann. Auch die für eine Analogie notwendige Vergleichbarkeit der Interessenlage erscheint zweifelhaft. Die in § 22 GemO, § 16 LKO geregelten Ausschließungstatbestände sollen verhindern, dass sich kommunale Entscheidungsträger von Motiven leiten lassen, die nicht am Gemeinwohl, sondern durch eigene Interessen bestimmt sind⁴². Die Aufgaben der Gemeinde sollen also unvoreingenommen, ohne Rücksicht auf private Interessen und ausschließlich am öffentlichen Wohl orientiert wahrgenommen werden⁴³. Das Mitwirkungsverbot dient damit einem ausschließlich öffentlichen Interesse. Demgegenüber ist die Interessenlage bei einem privatrechtlichen Unternehmen in öffentlicher Trägerschaft eine andere. Zwar sind formell privatisierte Unternehmen nur der Form nach aus der Kommunalverwaltung ausgegliedert; auch soll durch das Weisungsrecht des Gemeinderats (des Kreistags) sichergestellt werden, dass die besonderen Interessen der Gemeinde (des Landkreises) berücksichtigt werden. Dennoch gelten hauptsächlich die Normen des Privatrechts, die jedoch durch die Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert werden⁴⁴. Dementsprechend sind Interessenkonflikte auch vorrangig durch das Privatrecht und nicht durch das öffentliche Recht aufzulösen.

⁴² Vgl. hierzu Gabler/Höhlein, a.a.O., § 22, Erl. 1.2.1.

⁴³ Hofmann/Beth/Dreibus, Kommunalgesetze für Rheinland-Pfalz, GemO, § 22, Erl. 1.

⁴⁴ Vgl. hierzu BGHZ 36, 296 ff.; 69, 334 ff.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass gewichtige Argumente gegen die Zulässigkeit einer Rechtsanalogie sprechen. Soweit das kommunalrechtliche Weisungsrecht gegenüber Vertretern der Gemeinde oder des Landkreises nicht greift, sind Interessenkonflikte folglich nicht durch eine analoge Anwendung der § 22 GemO, § 16 LKO zu regeln, sondern durch gesellschaftsrechtliche Vorschriften.

3. Mitwirkungsverbote des Gesellschaftsrechts

a) Grundsatz

Das Verhältnis der Gesellschafter untereinander wird von dem Grundsatz gegenseitiger Treue beherrscht. Auch für privatrechtliche Unternehmen in öffentlicher Trägerschaft gelten grundsätzlich die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen⁴⁵. Aus der Treuepflicht ergibt sich die Verpflichtung, die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen und Handlungen zu unterlassen, die der Gesellschaft schaden. Die Treuepflicht bestimmt dabei vor allem Umfang und Inhalt der Geschäftsführungspflicht der geschäftsführenden Gesellschafter. Desweiteren ist sie bei Abstimmungen in Angelegenheiten der Gesellschaft zu beachten. Interessenkollisionen können sich für Gesellschafter sowie für geschäftsführende Organe ergeben.

b) Ausschluss des Gesellschafters vom Stimmrecht

Das Stimmrecht des Gesellschafters ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts. Die Stimmabgabe hat dabei grundsätzlich zu unterbleiben bei vorhandenen Interessenkollisionen⁴⁶. Unter welchen Voraussetzungen eine Interessenkollision

⁴⁵ Vgl. hierzu BGHZ 91, 84 ff; Anmerkung: Zum Verhältnis der (bundesrechtlichen) Vorschriften des Gesellschaftsrechts zur kommunalrechtlich geregelten Weisungsbefugnis des Gemeinderats (Kreistags) gegenüber Vertretern der Gemeinde (des Landkreises) nach § 88 Abs. 3, Abs. 1 Satz 6 GemO (in Verbindung mit § 57 LKO) ist bereits im Rahmen vorstehender Ausführungen Stellung genommen worden, s. die Darstellung unter B. II. 1. a) aa) (3)

⁴⁶ BGHZ 102, 172 ff.

anzunehmen ist, bestimmt sich nach dem Rechtsgedanken des § 181 BGB (Selbstkontrahieren) unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie den einschlägigen Vorschriften des Rechts der rechtsfähigen Körperschaften (insbesondere § 34 BGB, § 136 Abs. 1 AktG, § 47 Abs. 4 GmbHG)⁴⁷. Aus ihnen kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass jeder Interessenwiderstreit zum Verlust des Stimmrechts führt⁴⁸. Ein Stimmrechtsausschluss besteht insbesondere nicht bei Rechtsgeschäften mit einer Gesellschaft oder juristischen Person, an denen das Mitglied beteiligt ist, es sei denn, dass das Mitglied die juristische Person „beherrscht“ oder mit ihr wirtschaftlich identisch ist⁴⁹. Ein „beherrschender“ Einfluss ist bei einem Gesellschafter eines privatrechtlichen Unternehmens, das in öffentlicher Trägerschaft steht, regelmäßig ausgeschlossen, da insoweit grundsätzlich ein bindendes Weisungsrecht gegenüber Vertretern der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung besteht (vgl. § 88 Abs. 1 Satz 6, Abs. 3 GemO). Das kommunalrechtliche Weisungsrecht wird dabei auch nicht etwa durch das vorrangige Gesellschaftsrecht verdrängt⁵⁰. Das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung enthält nämlich keine ausdrücklichen Bestimmungen über das Auftreten weisungsgebundener Vertreter eines Gesellschafters in der Gesellschafterversammlung⁵¹, so dass hier eine Kollisionslage zwischen bundes- und landesrechtlicher Regelung nicht besteht und das Weisungsrecht damit Geltung beansprucht. Dementsprechend wird sich in Fällen der vorliegenden Art ein Ausschluss des Stimmrechts regelmäßig nicht mit dem Vorliegen einer Interessenkollision begründen lassen. Ob auf der Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht die Unterlassung der Stimmabgabe oder sogar ein bestimmtes Stimmverhalten⁵² verlangt werden kann, richtet sich ausschließlich nach dem Gesellschaftsinteresse und ist aufgrund der Vielgestaltigkeit denkbarer Sachverhalte abstrakt kaum zu beurteilen.

⁴⁷ Vgl. Palandt-Sprau, BGB, § 709, Rdnr. 14; Anmerkung: § 34 BGB lautet: „Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Vereine betrifft.“ § 136 Abs. 1 AktG und § 47 Abs. 4 GmbHG enthalten jeweils ähnliche Vorschriften.

⁴⁸ BGHZ 56, 53 ff.; 68, 110 ff.

⁴⁹ BGHZ a.a.O.

⁵⁰ Gabler/Höhlein, a.a.O., § 88, Erl. 5.2.

⁵¹ Vgl. Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes vom 8. Januar 1996, a.a.O., S. 15

⁵² Vgl. hierzu BGHZ 44, 40 ff.

c) Haftung der Vorstandsmitglieder (Aktiengesellschaft) und der Geschäftsführer (Gesellschaft mit begrenzter Haftung)

Die Haftung der Mitglieder von Vorstand und Geschäftsführung ist in § 93 Abs. 2 AktG und § 43 Abs. 2 GmbHG geregelt. Sinngemäß übereinstimmend legen beide Vorschriften fest, dass Vorstandsmitglieder beziehungsweise Geschäftsführer, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet sind. Generell maßgebend ist dabei die Verpflichtung, bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG) beziehungsweise in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden (§ 43 Abs. 1 GmbHG). Diese Vorschriften regeln nach überwiegender Ansicht nicht nur den Verschuldensmaßstab, sondern auch die objektiven Verhaltenspflichten, die in einer Art Generalklausel umschrieben werden. Nach dem Zweck dieser Normen erlegen sie den geschäftsführenden Organmitgliedern aufgrund ihrer Stellung als treuhänderische Verwalter fremden Vermögens die Gewähr dafür auf, das Gesellschaftsvermögen zu erhalten, um mittelbare Vermögenseinbußen der Gesellschafter zu verhindern und eine Gefährdung der Gläubigerinteressen durch seine Minderung zu vermeiden⁵³.

Rechtfertigt sich bei Anwendung dieser Grundsätze die Annahme eines konkreten Nachteils für die Gesellschaft, die Gesellschafter oder die Gläubiger, wäre das betroffene Vorstandsmitglied oder der betroffene Geschäftsführer an der Ausübung seiner Tätigkeit im Umfang des Interessenkonflikts gehindert. Dies ist jedoch eine Frage des Einzelfalls und kann ohne Mitteilung eines konkreten Sachverhalts nicht abschließend beurteilt werden.

⁵³ BGHZ 129, 30 ff.

III. Zu Frage 2: „Ist die Wahrnehmung eines Gesellschaftermandats einer Krankenhaus-GmbH, die zu 100 % in kommunaler Trägerschaft steht, mit der gleichzeitigen Ausübung einer Tätigkeit im Regionalbeirat der ortsansässigen AOK möglich vor dem Hintergrund, dass in Folge dieser Konstellation die unterschiedlichen Interessen der örtlichen Krankenhäuser und der genannten Kasse durch ein und dieselbe Person vertreten werden müssen?“

1. Vorbemerkung

Die Ortskrankenkassen sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung (vgl. § 143 in Verbindung mit § 4 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, im Folgenden: SGB V). Für sie gelten unter anderem auch die Vorschriften des SGB IV über die Verfassung der Versicherungsträger (§§ 29 bis 42) sowie die Zusammensetzung, die Wahl und das Verfahren der Selbstverwaltungsorgane (§§ 43 bis 66). Danach erfüllen sie im Rahmen des Gesetzes und des sonstigen für sie maßgebenden Rechts ihre Aufgaben in eigener Verantwortung, wobei sie durch den Verwaltungsrat und den Vorstand handeln (vgl. §§ 29, 31 Abs. 3 a, 35 a Viertes Buch Sozialgesetzbuch, im Folgenden: SGB IV). Neben der bereits nach allgemeinen Grundsätzen bestehenden Möglichkeit, Beratungen des Selbstverwaltungsorgans durch formelle oder informelle Ausschüsse vorzubereiten, sieht § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB IV vor, dass Selbstverwaltungsorgane auch die abschließende Erledigung einzelner Aufgaben (mit Ausnahme der Rechtssetzung) Ausschüssen übertragen können (sog. Erledigungsausschüsse)⁵⁴. Der in § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB IV verwendete Begriff des Ausschusses meint dabei - ohne Rücksicht auf die konkrete Bezeichnung - alle kollegialen Einrichtungen, insbesondere auch Beiräte⁵⁵.

⁵⁴ Vgl. Hauck/Noftz, SGB IV, § 66, Rdnr. 1

⁵⁵ Vgl. die Kommentierung von Kopp/Ramsauer zur Vorschrift des § 88 VwVfG, Rdnr. 5

Ob es sich bei einem „Regionalbeirat“ um einen Erledigungsausschuss nach § 66 Abs. 1 Satz 1 SGB IV oder bloß um einen vorbereitenden Ausschuss handelt, lässt sich nicht dem Gesetz entnehmen, sondern unterliegt der Selbstverwaltung der Ortskrankenkassen.

Für die Beratung und Abstimmung der Erledigungsausschüsse hat der Gesetzgeber Ausschließungstatbestände vorgesehen. § 66 Abs. 2 SGB IV verweist insoweit auf das für das Selbstverwaltungsorgan⁵⁶ geltende Mitwirkungsverbot des § 63 Abs. 4 Satz SGB IV. Vergleichbarer Vorschriften bedurfte es für bloß vorberatende Ausschüsse nicht, weil nicht sie, sondern die Selbstverwaltungsorgane abschließend beraten und entscheiden, so dass sich ein in dem Ausschuss verfolgtes Sonderinteresse im Ergebnis nicht unmittelbar auswirkt. Wird hingegen unterstellt, der „Regionalbeirat“ sei ein Erledigungsausschuss, wären die Voraussetzungen des nach §§ 66 Abs. 2, 63 Abs. 4 SGB IV geltenden Mitwirkungsverbots zu prüfen.

2. Ausschlussgründe des § 63 Abs. 4 SGB IV

Nach §§ 63 Abs. 4 Satz 1, 66 Abs. 2 SGB IV darf ein Mitglied des Ausschusses bei der Beratung und Abstimmung nicht anwesend sein, wenn ein Beschluss ihm selbst, einer ihm nahestehenden Person oder einer von ihm vertretenen Person einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann⁵⁷. Eine Ausnahme enthält Satz 2, wenn das Mitglied nur als Angehöriger einer Personengruppe beteiligt ist, deren gemeinsame Interessen durch diese Angelegenheit berührt werden. Diese Regelung macht mithin eine Ausnahme von dem Grundsatz des Ausschlusses unmittelbar begünstigter oder belasteter Personen für sog. *Gruppenvorteile*, das heißt für allgemeine, kollektive Interessen einer Personengruppe. Dementsprechend erfordert der Ausschluss nach § 63 Abs. 4 Satz 1 SGB IV das Vorliegen eines individuellen Sonderinteresses. Ob ein Individual- oder Gruppenvorteil beziehungsweise Nachteil

⁵⁶ bei Orstkrankenkassen der Verwaltungsrat, § 31 Abs. 3 a Satz 1 SGB IV

⁵⁷ Wegen der Bedeutung der einzelnen Merkmale wird auf die Ausführungen untrer B. II. verwiesen, die hier entsprechend gelten.

vorliegt, kann nur in Abhängigkeit der Umstände des Einzelfalls sachgerecht beurteilt werden ab⁵⁸. Geht es jedoch um die Betroffenheit der örtlichen Krankenhäuser (als juristische Personen) in ihrer Eigenschaft als solche und nicht bloß um einzelne Interessen mehrerer, wird *allein* aus dem Umstand, dass die Interessen der Ortskrankenkasse und der ortsansässigen Krankenhäuser von der selben Person vertreten wird, ein Mitwirkungsverbot nicht abzuleiten sein. Insoweit ist der Interessenkonflikt aufgrund der besonderen Zusammensetzung der Selbstverwaltungsorgane „institutionalisiert“. § 44 Abs. 1 SGB IV bestimmt nämlich, welche Gruppen (Versicherte, Arbeitgeber) bei den einzelnen Versicherungsträgern Vertreter in den Selbstverwaltungsorganen stellen. Von daher erklärt sich auch die Ausnahmeregelung des § 63 Abs. 4 Satz 2 SGB IV, nach der für Gruppenvorteile das Mitwirkungsverbot nicht gilt; denn die Selbstverwaltungsorgane sind ausschließlich mit sog. Gruppenvertretern besetzt, deren Gruppeninteressen wenn auch nicht generell, so doch vielfach miteinander in Konflikt geraten dürften.

Insoweit kann hier zusammenfassend festgestellt werden, dass die Tätigkeit eines Gesellschafters eines als Gesellschaft mit beschränkter Haftung betriebenen Krankenhauses in dem „Regionalbeirat“ einer Ortskrankenkasse - für sich gesehen - keinen Interessenwiderstreit begründet, der einen Ausschluss zu rechtfertigen vermag. Hinzu kommen muss vielmehr ein individuelles Sonderinteresse, das von dem gemeinsamen Gruppeninteresse zu unterschieden ist; letzteres genügt für die Begründung des Mitwirkungsverbots nicht.

⁵⁸ Vgl. zu der entsprechenden Vorschrift des § 20 Abs. 1 Satz 3 VwVfG: Kopp/Ramsauer, § 20, Rdnr. 39 bis 42

Die vorstehenden Ausführungen sind allgemein gültig, das heißt sie sind auf andere Ausschussarten des Selbstverwaltungsorgans, etwa einen Schlichtungsausschuss⁵⁹, entsprechend anwendbar.

Wissenschaftlicher Dienst

⁵⁹ Anmerkung: Anders ist die Rechtslage hingegen zu beurteilen bei einer Schiedsstelle im Sinne des § 129 Abs. 8 SGB IV. Aufgabe dieser Schiedsstelle ist es, anstelle der eigentlich dazu berufenen Vertragspartner (Spitzenverbände der Krankenkassen und Spitzenorganisationen der Apotheker) den Inhalt des Rahmenvertrags über die Arzneimittelversorgung festzusetzen. Die Schiedsstelle ist eine gemeinsame Einrichtung der Spitzenverbände der Krankenkassen und der Spitzenorganisationen der Apotheker. Sie setzt sich aus einer gleichen Zahl von Vertretern der Krankenkassen und der Apotheker sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern zusammen. Das Nähere über das Verfahren wird durch die Geschäftsordnung oder durch eine Rechtsverordnung geregelt. Spezielle Ausschließungsgründe sind im Gesetz nicht geregelt.