



B e r i c h t

über die überörtliche Prüfung

Querschnittsprüfung kommunaler Verkehrsunternehmen mit Schwerpunkt Geschäftsführeranstellungsverträge in den Haushaltsjahren ab 2018

Thema der Prüfung

Querschnittsprüfung kommunaler Verkehrsunternehmen mit Schwerpunkt Geschäftsführeranstellungsverträge in den Haushaltsjahren ab 2018

Bericht über die Prüfung gemäß § 109 Abs. 4 SächsGemO

März 2023

Az.: 22-0444/454

Sächsischer Rechnungshof

Schongauerstr. 3
04328 Leipzig

Telefon: +49 341 3525-1600

Fax: +49 341 3525-1999

E-Mail*: poststelle@srh.sachsen.de

Internet: www.rechnungshof.sachsen.de

* Kein Zugang für elektronisch signierte sowie verschlüsselte elektronische Dokumente.

Inhalt

I.	Prüfungsgegenstand	8
II.	Zusammenfassung wesentlicher Prüfungsergebnisse	10
III.	Feststellungen und Folgerungen	14
1	Einführung	14
2	Grundlagen der Gesellschaften	15
3	Bestellung von Organen und Abschluss von Anstellungsverträgen	15
3.1	Gewinnung von Personen für die Geschäftsleitung	15
3.2	Zuständigkeitsregelungen	17
3.2.1	Allgemeine Zuständigkeit	17
3.2.2	Besondere Fallkonstellationen	18
3.3	Befristung der Bestellung	20
3.4	Vorhaltung von Unterlagen zu den Anstellungsverträgen	20
3.5	Vertretung bei Abschluss von Anstellungsverträgen	21
3.6	Form der Anstellungsverträge und deren Änderungen	21
4	Geschäftsleitungen und ihre Vergütung sowie sonstige Leistungen	22
4.1	Grundlagen und allgemeiner Maßstab	22
4.2	Grundvergütung	25
4.3	Leistungsabhängige Vergütung	27
4.3.1	Tantiemen im Ermessen der Aufsichtsgremien	28
4.3.2	Kopplung der Tantiemen an Jahresergebnisse bzw. Umsatzerlöse	29
4.3.3	Zielvereinbarungen	31
4.3.4	Entscheidung über die Zielerreichung	38
4.4	Zusätzliche Vergütungsbestandteile und Leistungen	38
4.4.1	Gewährung der Bezüge im Krankheitsfall und in sonstigen Fällen	38
4.4.2	Betriebliche Altersversorgung	41
4.4.3	Hinterbliebenenversorgung	44
4.4.4	Dienstwagennutzung	45
4.4.5	Abfindungen bei ordentlicher Beendigung von Anstellungsverhältnissen	49
4.5	Anstellungsverträge in mehreren Unternehmen	49
4.6	Ausgestaltung bei fehlenden Anstellungsverträgen	50
4.6.1	Geschäftsbesorgungsverträge	50
4.6.2	Klarstellende Regelungen	51
4.7	Kontrolle der Einhaltung vertraglicher Regelungen	52
4.8	Vergütungsbestandteile und Vergütungshöhen - Gesamtüberblick	53
4.9	Vergütungsoffenlegung	55
4.9.1	Allgemeine Betrachtung	55

4.9.2	Vergütungs Offenlegung im Einzelnen	56
5	Ausgestaltung der Anstellungsverträge	56
5.1	Dauer und Beendigung der Anstellungsverträge	56
5.1.1	Laufzeit und Kündigung von Anstellungsverträgen	56
5.1.2	Aufhebungsverträge	58
5.2	Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot	59
5.3	Haftungsbeschränkungen	61
5.4	D&O-Versicherung	63
5.4.1	Erforderlichkeit einer D&O-Versicherung	63
5.4.2	Interessenkonflikte bei Abschluss einer D&O-Versicherung	64
5.4.3	Verpflichtungen aus Anstellungsverträgen	65
5.4.4	Selbstbehalt	65
5.4.5	Zusätzliche Strafrechtsschutzversicherung	66
5.4.6	Turnusmäßige Prüfung	66
5.5	Wettbewerbsverbote	67
5.6	Regelungen zur Geschäftsverteilung	68
6	Überwachungsaufgaben in den Organen der Gesellschaften	69
6.1	Überwachung der Geschäftsleitung	69
6.2	Berichterstattung der Geschäftsleitung	69
6.3	Berichtspflicht versus Verschwiegenheitspflicht	72
6.4	Selbstentlastung von Überwachungsorganen	73
6.5	Interessenkollisionen und Verstoß gegen Dienstpflichten	74
6.6	Haftungsbegrenzung der Überwachungsorgane	75
6.7	Einbeziehung von Mitgliedern der Überwachungsorgane in die D&O-Versicherung	76
7	Rolle des kommunalen Beteiligungsmanagements bei der Bestellung der Geschäftsleitungsorgane	77
7.1	Public Corporate Governance Kodex und Beteiligungsführung	77
7.2	Einbeziehung des kommunalen Hauptorgans in die Bestellung von Geschäftsleitungen	78
7.3	Einbindung des kommunalen Beteiligungsmanagements beim Abschluss von Anstellungsverträgen der Geschäftsleitungen	79
8	Leitfaden Beteiligungsmanagement	81

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BetrAVG	Betriebsrentengesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
D&O-Versicherung	Directors-and-Officers-Versicherung
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätze-gesetz
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
KGSt	Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement
LSG BW	Landes-sozialgericht Baden-Württemberg
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
OVG NRW	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen
PCGK	Public Corporate Governance Kodex
SächsBG	Sächsisches Beamtengesetz
SächsBeamtVG	Sächsisches Beamtenversorgungsgesetz
SächsGemO	Sächsische Gemeindeordnung
SächsKomZG	Sächsisches Gesetz über kommunale Zusammenarbeit
SächsLKrO	Sächsische Landkreisordnung
SächsVerf	Sächsische Verfassung
SRH	Sächsischer Rechnungshof
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

Abbildungs- und Tabellenverzeichnisverzeichnis

Abbildung 1:	Übersicht über die Größenklassen nach § 267 HGB
Abbildung 2:	Darstellung der Grundvergütung der Geschäftsleitung im Vergleich zum kommunalen Wahlbeamten
Abbildung 3:	Übersicht über die Arten und deren Anzahl zur leistungsabhängige Vergütung
Abbildung 4:	Übersicht über den Anteil der ausgezahlten Tantiemen im Vergleich zu den Vereinbarungen
Abbildung 5:	Übersicht über Dauer der Entgeltfortzahlung bezogen auf die Anzahl der Anstellungsverträge
Abbildung 6:	Aufwendungen für zusätzliche Altersversorgung (2018 bis 2021)
Abbildung 7:	durchschnittliche monatliche Gesamtvergütung je Unternehmen 2018 bis 2020
Abbildung 8:	Übersicht über die durchschnittlichen monatlichen Aufwendungen der Unternehmen im Zeitraum 2018 bis 2020 je Person der Geschäftsleitung aus den Anstellungsverträgen und Geschäftsbesorgungsverträgen
Abbildung 9:	Vergütungsübersicht je Monat nach Größenklassen
Abbildung 10:	Übersicht über die Befristung der Anstellungsverhältnisse
Abbildung 11	Übersicht über Befreiungen vom Selbstkontrahierungsverbot
Abbildung 12:	Übersicht über Ergebnisse aus der Befragung zum Beteiligungsmanagement
Tabelle 1:	Übersicht über Umsätze, Jahresergebnisse und Höhe der Tantieme im Unternehmen 1
Tabelle 2:	Übersicht über ausgewählte Ziele der geprüften Zielvereinbarungen und Bewertung durch den SRH
Tabelle 3:	Übersicht über SMART-Kriterien
Tabelle 4:	Vergleich der Belastungen durch die Entgeltfortzahlung am Beispiel Unternehmen 2
Tabelle 5:	Formen der zusätzlichen Altersvorsorge

I. Prüfungsgegenstand

In privatrechtlich organisierten Unternehmen sind die Geschäftsführer¹ der GmbH bzw. die Vorstände der AG für deren Führung verantwortlich. Sie vertreten die Unternehmen gerichtlich wie außergerichtlich.

Der SRH hat nach § 109 Abs. 2 SächsGemO die Haushalts- und Wirtschaftsführung von 19 kommunalen Verkehrsunternehmen mit dem Schwerpunkt auf Geschäftsführer- bzw. Vorstandsanstellungsverträge geprüft. In persona bezog sich die Prüfung auf 24 Geschäftsführer bzw. Vorstände², hinsichtlich der Bestellung auf 32 Personen. Dabei waren 23 Anstellungsverträge in die Prüfung integriert. In neun Fällen waren die Geschäftsleitungen nur organschaftlich bestellt. Diese Fallkonstellation wurde im Rahmen der Regelungen zur Geschäftsbesorgung mit Schwerpunkt auf die Organisation und Vergütung für die Leistungen der Geschäftsleitung untersucht.

Der SRH hat 23 kommunale Gebietskörperschaften als Träger der o.a. Verkehrsunternehmen in die Prüfung einbezogen. Untersucht wurde die Rolle des Beteiligungsmanagements bei der Bestellung von Geschäftsführern und Vorständen sowie beim Abschluss und Controlling der darauf beruhenden Anstellungs- bzw. Geschäftsbesorgungsverträge.

Die Prüfung in den Haushaltsjahren ab 2018 erfolgte nach Schwerpunkten und in Stichproben. Aus der sich daraus ergebenden Beschränkung der Prüfungsfeststellungen und Folgerungen kann nicht darauf geschlossen werden, dass die Gesellschaften und die kommunalen Gesellschafter in nicht angesprochenen Bereichen fehlerfrei gehandelt haben.

Die Prüfungsfeststellungen beruhen im Wesentlichen auf den von den Gesellschaften erhobenen bzw. eingesehenen Unterlagen und Daten. Soweit Prüfungsfeststellungen aus Vorgängen vor dem Geschäftsjahr 2018 resultieren, erstreckten sich die Erhebungen auch auf die Vorjahre. Ebenso wurden Vorgänge, die Auswirkungen auf künftige Geschäftsjahre haben, bei der Prüfung berücksichtigt.

Der SRH hat mit den Unternehmen Eröffnungsgespräche per Videokonferenzen durchgeführt. Aufgrund der Covid-19 Pandemie und den dadurch bedingten Einschränkungen fanden örtliche Erhebungen nur vereinzelt statt. An deren Stelle traten telefonische Prüfungsgespräche, Videokonferenzen und elektronischer Schriftverkehr.

¹ Im Folgenden wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit grundsätzlich das generische Maskulinum verwendet. Damit sind Personen jeden Geschlechts gemeint.

² Aus Vereinfachungsgründen wird im Folgenden einheitlich der Begriff „Geschäftsleitung“ verwendet. Soweit im nachfolgenden Text nicht explizit nach Geschäftsführern und Vorständen differenziert wird, gelten die Ausführungen für alle Geschäftsleitungen (Geschäftsführer der GmbH, wie Vorstände der AG).

Hinweise zu Begrifflichkeiten, Datenschutz und Verschlüsselung:

Zur Gewährung des Datenschutzes wurden die Namen der Unternehmen und Kommunen anonymisiert.

Zur besseren Übersicht der hier gegenständlichen Querschnittsprüfung ist die Relevanz der einzelnen Prüfungsfeststellungen für die einzelnen Unternehmen bzw. Kommunen aus der Anlage A und für die Kommunen hinsichtlich des Beteiligungsmanagement aus der Anlage B in anonymisierter Form ersichtlich. Soweit die Unternehmen im Text konkret benannt wurden, erfolgte eine Anonymisierung durch wechselnde Ziffern, die den in der Anlage verwendeten entsprechen. Sofern die geprüften Stellen betroffen sind, aber nicht konkret benannt wurden, erfolgte in den Anlagen eine Markierung mit einem „X“. Die geprüften Stellen sind aufgefordert, zu diesen Punkten Stellung zu beziehen. Im Übrigen kann zu allen weiteren Punkten eine Stellungnahme abgegeben werden.

Soweit der Begriff „kommunaler Gesellschafter“ verwendet wird, ist die jeweilige Gebietskörperschaft (Städte, Gemeinden, Landkreise, Zweckverbände) gemeint.

II. Zusammenfassung wesentlicher Prüfungsergebnisse

1. Annähernd zwei Drittel der in die Prüfung einbezogenen kommunalen Träger sahen keine Regelungen oder Richtlinien hinsichtlich des Verfahrens zur Suche, Auswahl, Bestellung und Vergütung von Geschäftsleitungsorganen vor. Gegen bestehende Regelungen wurde in zwei Fällen verstoßen

Den kommunalen Trägern wird empfohlen, für sich und ihre Beteiligungen einheitliche Verfahren zur Auswahl und Besetzung von Geschäftsleitungsorganen einschließlich der Bemessung der Vergütung aufzustellen. Auf die Einhaltung der festgelegten Regularien ist zu achten.

2. Die Gewinnung von Personen für die Geschäftsleitungsorgane erfordert ein transparentes Verfahren mit dem Ziel der Auswahl von geeigneten Personen, welche über die erforderlichen Qualifikationen und Fähigkeiten verfügen. Eine öffentliche Ausschreibung, welche nicht in allen Fällen erfolgte, kann dem Prinzip der Bestenauslese Rechnung tragen.

Der SRH empfiehlt die Gewinnung der Mitglieder der Geschäftsleitung im Wege eines transparenten Auswahlverfahrens mit dem Ziel der Bestenauslese. Vorrangig wird eine öffentliche Ausschreibung empfohlen.

3. Die Geschäftsleitung kommunaler Unternehmen hat wesentlichen Einfluss auf deren Erfolg und ist an der Umsetzung langfristiger Strategien und politischer Ziele im Gesamtgefüge des kommunalen „Konzerns“ maßgeblich beteiligt. Nur in zwei Fällen erfolgte eine Beschlussfassung durch das kommunale Hauptorgan. Damit nahmen sich die anderen kommunalen Hauptorgane ein wesentliches Instrument der Beteiligungssteuerung.

Der SRH empfiehlt die Einbeziehung des jeweiligen kommunalen Hauptorgans in die Auswahl und Bestellung der Geschäftsleitungsorgane der kommunalen Beteiligungen.

4. In einem der geprüften Fälle lag kein schriftlicher Anstellungsvertrag vor. Vereinbarte Schriftformerfordernisse zu Änderungen wurden nicht in allen Fällen eingehalten.

Die kommunalen Gesellschafter und deren Unternehmen haben darauf zu achten, dass Bedingungen zur Anstellung in Schriftform vereinbart werden.

Bei Änderungen zu Anstellungsverträgen ist darauf zu achten, dass diese rechtswirksam erfolgen und die vereinbarten Formvorschriften eingehalten werden.

5. Die Vergütung der Geschäftsleitungen setzte sich regelmäßig aus mehreren Komponenten zusammen. Bereits die Grundvergütung lag in einigen Fällen deutlich über derjenigen des jeweiligen kommunalen Spitzenbeamten.

Die Vergütung der Geschäftsleitung muss in einem angemessenen Verhältnis zu deren Aufgaben und Leistungen sowie zur Lage der Gesellschaft stehen.

Dabei empfiehlt der SRH eine Orientierung bezüglich der Branche soweit möglich an kommunalen oder staatlichen Beteiligungen.

6. Die Zahlung von leistungsabhängigen Vergütungsbestandteilen (Tantiemen) lag teilweise im Ermessen der Aufsichtsorgane bzw. war an ein bestimmtes Jahresergebnis oder den Umsatz gekoppelt. Alternativ wurden Ziele vereinbart, welche jedoch vielfach nicht den Anforderungen an eine messbare Leistung, die über die Erfüllung der allgemeinen Pflichten einer Geschäftsleitung hinausgeht, genügten.

Bei der Gewährung von leistungsbezogenen Vergütungsbestandteilen empfiehlt es sich darauf zu achten, dass diese auf einer vertraglichen Grundlage erfolgen sowie auf konkret vereinbarten Zielen beruhen. Dabei steht die Erfüllung des öffentlichen Zwecks des Unternehmens im Vordergrund. Die Leistungsbezogenheit gebietet es, dass vereinbarte Ziele über das hinausgehen, was zum allgemeinen Aufgabenspektrum einer Geschäftsleitung gehört.

7. In 16 Fällen stand der Geschäftsleitung ein Dienstwagen zur Verfügung. Eine Prüfung wirtschaftlicher Alternativen fand weit überwiegend nicht statt bzw. war nicht dokumentiert. Es bestehen Zweifel an der Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfordert eine Abwägung, inwieweit die Überlassung eines Dienstwagens angezeigt ist. In die Abwägung für die Überlassung sind Faktoren wie Wirtschaftlichkeit des Dienstwagens, bestehende Alternativen sowie Unternehmens- und Arbeitsmarkterfordernisse einzubeziehen. Diese Abwägung ist zu dokumentieren.

8. Die Kosten des Dienstwagens wurden jeweils vollständig vom jeweiligen Unternehmen getragen. In allen Fällen war die private Nutzung – teilweise auch durch Familienangehörige – ausdrücklich zugelassen. Die anteiligen Kosten für die private Nutzung waren keinem Unternehmen nicht einmal überschlägig bekannt.

Die Gestattung der privaten Nutzung eines Dienstwagens ist bei der Ermittlung der angemessenen Gesamtvergütung mit zu berücksichtigen.

9. Bezüglich der Entgeltfortzahlung im Fall der Dienstverhinderung, sowie der Alters- und Hinterbliebenenversorgung kamen unterschiedliche Regelungen zur Anwendung, die teilweise erhebliche Begünstigungen gegenüber den Bediensteten des jeweiligen kommunalen Trägers beinhalteten und Zweifel an der Beachtung des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit aufkommen lassen.

Bei der Ausgestaltung der vertraglichen Regelungen zu Sozialleistungen empfiehlt der SRH den kommunalen Gesellschaftern eine Orientierung am Entgeltfortzahlungsgesetz, dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst und dem Betriebsrentengesetz.

10. Lediglich zwei geprüfte Unternehmen veröffentlichten in ihren Jahresabschlüssen die Vergütung der Geschäftsleitung. Das für die kommunalen Kernhaushalte bestehende Transparenzgebot wurde so durch die Auslagerung von Aufgaben auf Unternehmen in privater Rechtsform weitgehend umgangen.

Der SRH empfiehlt den kommunalen Trägern die Offenlegung der Vergütung von Geschäftsführungsorganen kommunaler Unternehmen.

11. Mit zwei Ausnahmen hatten die geprüften Unternehmen bzw. deren Konzernmütter eine D&O-Versicherung zugunsten der Geschäftsleitung, z.T. auch des Aufsichtsrats, abgeschlossen. Die Bedarfsprüfung zu Abschluss, Änderung oder Kündigung der entsprechenden Verträge wurde mit drei Ausnahmen von der Geschäftsleitung durchgeführt.

Ob eine D&O-Versicherung notwendig ist, bedarf einer Analyse und Abwägung über deren Vor- und Nachteile. Um Interessenkonflikte zu vermeiden, empfiehlt es sich, dass die Entscheidung durch den Gesellschafter getroffen, zumindest seine Zustimmung nach dessen vorheriger Kontrolle eingeholt wird.

12. Die geprüften Unternehmen in der Rechtsform der GmbH wiesen bereits deutliche Unterschiede bezüglich der geregelten Berichtspflichten gegenüber den Überwachungsorganen auf. Bestehende Regelungen wurden nicht in allen Fällen umgesetzt.

Der SRH empfiehlt den kommunalen Anteilseignern bereits, in den Satzungen und den Anstellungsverträgen detaillierte Berichtspflichten für die Geschäftsleitungsorgane als eine Grundlage für das strategische und operative Controlling festzulegen. Berichtspflichten sind durch die Vertreter der kommunalen Anteilseigner in den Haupt- und Überwachungsorganen aktiv einzufordern.

13. Bei 16 der in die Prüfung einbezogenen kommunalen Träger wurde das Beteiligungsmanagement nicht oder nur unzureichend wahrgenommen. Insbesondere als mittelbare oder Minderheitsgesellschafter überließen die geprüften Gebietskörperschaften die Aufgaben der Steuerung und Überwachung regelmäßig dem jeweiligen unmittelbaren bzw. dem Mehrheitsgesellschafter.

Die kommunalen Träger haben auch bei Minderheitsbeteiligungen die Voraussetzungen zu schaffen, ihre Unternehmen zu steuern und zu überwachen.

Hinsichtlich der Vorgaben und Entscheidungen zu den Modalitäten von Geschäftsleitungsanstellungsverträgen empfiehlt der SRH, diese nicht unternehmensintern, sondern auf Gesellschafterebene zu erarbeiten bzw. zu treffen.

III. Feststellungen und Folgerungen

1 Einführung

Die Geschäftsleitung ist für das Unternehmen vollumfänglich verantwortlich. In größeren Unternehmen teilen sich häufig mehrere Personen die Unternehmensführung. Diese leiten im Regelfall jeweils einen bestimmten Teilbereich, wie beispielsweise den Personalbereich, den technischen Bereich, den Vertrieb oder die Finanzen. Dementsprechend können die Geschäftsleitungsaufgaben individuell variieren.

Neben der Bestellung als Gesellschaftsorgan werden die über diese Stellung hinausgehenden Rechte und Pflichten der Geschäftsleitung in Anstellungsverträgen geregelt. Dabei handelt es sich um Dienstverträge im Sinne des § 611 BGB und nicht um Arbeitsverhältnisse.

In Unternehmen unter Beteiligung von kommunalen Gesellschaftern ist deren Einfluss unabdingbar, um ihre Interessen zu vertreten und insbesondere auch darauf zu achten, dass die wirtschaftliche Betätigung im Rahmen des § 94a SächsGemO³ erfolgt. Um dies zu gewährleisten, sind Eingriffsmöglichkeiten des Gesellschafters auf die Geschäftsleitung, im Umkehrschluss auch Berichtspflichten erforderlich, welche ggf. auch zu Handlungspflichten der kommunalen Gesellschafter führen können.

Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks steht bei kommunalen Unternehmen stets im Vordergrund. Weiterhin sollen wirtschaftliche Betätigungen durch Ausschüttungen entsprechende Erträge für die kommunalen Haushalte erzielen (vgl. § 94a Abs. 4 SächsGemO). Die Geschäftsleitung eines Kommunalunternehmens verwaltet fremde Mittel und trägt nach § 43 GmbHG hierfür die Verantwortung und Haftung.

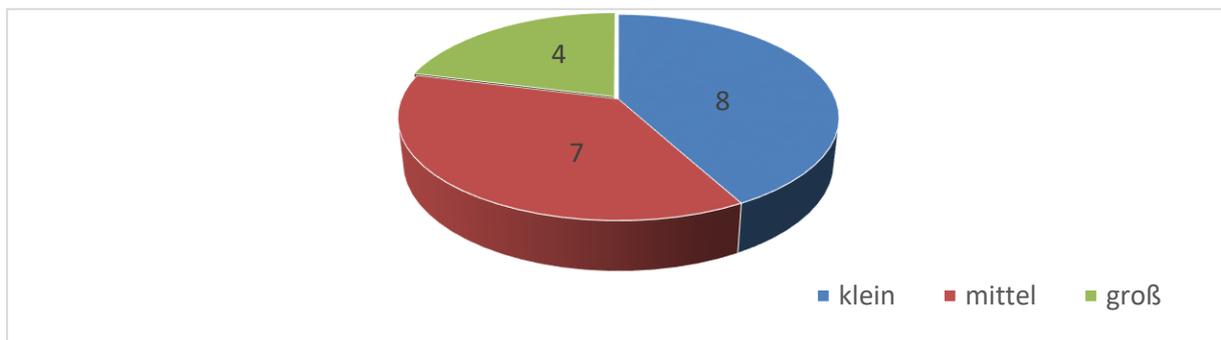
Die Vergütung der Geschäftsleitung erfolgt neben der Grundvergütung teilweise auch durch erfolgsabhängige Bestandteile, welche sich nach den Feststellungen des SRH vorrangig an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientieren.

³ Für die Landkreise sind §§ 94a bis 99 SächsGemO gemäß § 63 SächsLKrO anzuwenden. Für die Zweckverbände gilt gem. § 58 Abs. 1 SächsKomZG der Vierte Teil der SächsGemO entsprechend. Auf die Zitierung der Verweisnormen wird im Folgenden im Interesse der besseren Lesbarkeit verzichtet.

2 Grundlagen der Gesellschaften

Von den 19 in die Prüfung einbezogenen Unternehmen waren 17 in der Rechtsform der GmbH und zwei als AG geführt. Sechs der geprüften Unternehmen waren Töchter von ebenfalls in die Prüfung einbezogenen Unternehmen. Um ein breites Spektrum auch bezüglich der Größe der Unternehmen abzudecken, wurden Verkehrsunternehmen mit unterschiedlichen Bilanzsummen, Umsatzerlösen und Anzahl der Arbeitnehmer in die Prüfung einbezogen.

Abbildung 1: Übersicht über die Größenklassen der geprüften Unternehmen nach § 267 HGB



Von den geprüften Gesellschaften hatten fünf eine Mehrpersonengeschäftsleitung. Es lässt sich die Tendenz feststellen, dass größere Unternehmen eine Geschäftsleitung mit mehreren Mitgliedern bestellen. Im Rahmen der 32 geprüften Bestellungsverhältnisse waren nur 24 der bestellten Personen gleichzeitig per Vertrag angestellt, welcher zugleich auch eine Vergütungspflicht zu Lasten der Unternehmen beinhaltete.

Soweit keine Anstellungsverträge bestanden, schlossen die Unternehmen in der Regel Geschäftsbesorgungsverträge zur Erledigung der Aufgaben der Geschäftsleitung ab.

3 Bestellung von Organen und Abschluss von Anstellungsverträgen

3.1 Gewinnung von Personen für die Geschäftsleitung

Die Mitglieder der Geschäftsleitungsorgane führen die kommunalen Unternehmen. Ihre Persönlichkeiten sowie ihr Wissen und Können beeinflussen die Unternehmung und die Erreichung des öffentlichen Zwecks, für welchen die Unternehmen gegründet wurden. Hierfür ist neben den Aufsichtsgremien die Geschäftsleitung primär verantwortlich. Die Auswahlentscheidung hat daher einen großen Einfluss auf das jeweilige kommunale Unternehmen.

Mehr als die Hälfte der in die Prüfung einbezogenen kommunalen Träger sahen keine Regelungen oder Richtlinien hinsichtlich des Verfahrens zur Suche, Auswahl und Bestellung von Geschäftsleitungsorganen vor. Eine öffentliche Ausschreibung erfolgte nicht in allen Fällen.

Art. 33 Abs. 2 GG regelt allgemein, dass jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung den gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat.⁴ Der Begriff des öffentlichen Amtes ist weit auszulegen⁵ und schließt zunehmend auch die privatrechtlich organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand in den Regelungsgehalt des Art. 33 Abs. 2 GG mit ein, wenn diese der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen⁶ und im Alleineigentum der staatlichen oder kommunalen Träger stehen.⁷

Eine allgemeine⁸ Ausschreibungspflicht für alle freien Stelle des öffentlichen Dienstes vor ihrer Besetzung lässt sich aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht herleiten.⁹ Eine Pflicht kann jedoch durch interne Regelungen gegeben sein.¹⁰ Der öffentliche Arbeitgeber hat aufgrund seiner Organisationsfreiheit das Recht, zwischen verschiedenen Möglichkeiten, eine Stelle zu besetzen, zu wählen. Wie er diese Organisationsfreiheit nutzt, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen.¹¹ Damit ergibt sich ein zweistufiges Verfahren.¹² Die Vorentscheidungen über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet die Stelle nach organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten.¹³ Dies schließt auch die Frage nach einer unternehmensinternen Besetzung der Stellen der Geschäftsleitungsorgane mit ein. Ein Art. 33 Abs. 2 GG entsprechendes Auswahlverfahren ist durchzuführen, wenn der öffentliche Arbeitgeber die zu besetzende Stelle extern besetzen will und damit unbeschränkt ausschreiben muss. Dann muss eine Gleichbehandlung zwischen den Bewerbern erfolgen.¹⁴

Die Gewinnung von Personen für die Geschäftsleitungsorgane erfordert ein transparentes Verfahren mit dem Ziel der Auswahl von geeigneten Personen, welche über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben als Mitglied des Geschäftsleitungsorgans erforderlichen Qualifikationen und Fähigkeiten verfügen.

Wird dabei eine öffentliche Ausschreibung gewählt, so trägt diese durch Offenhalten des Bewerberkreises dazu bei, dass diejenige Person ausgewählt werden kann, die den Anforderungen der zu besetzenden Stelle am besten entspricht. Die Auswahlentscheidung sollte zusammen mit den dafür maßgeblichen Erwägungen nachvollziehbar dokumentiert werden.

⁴ Art. 91 Abs. 2 SächsVerf enthält eine gleichlautende Regelung, erweitert den Anwendungsbereich jedoch auf alle Bürger im Sinne des § 15 Abs. 1 SächsGemO

⁵ ganz hM, statt vieler: Battis in Sachs GG 7. Aufl. Art. 33 Rn. 24; Jarass in Jarass/Pieroth GG 14. Aufl. Art. 33 Rn. 9; Pieper in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke GG 13. Aufl. Art. 33 Rn. 24

⁶ BAG vom 12.04.2016, Az. 9 AZR 673/14; Brosius-Gersdorf in Dreier aaO; BeckOK GG/Hense Stand 1. März 2016 Art. 33 Rn. 10; Vogg AuR 1993, 287, 290 f.

⁷ BVerfG Urteil vom 22. Februar 2011, Az. 1 BvR 699/06 Rn. 46, BVerfGE 128, 226

⁸ Aus spezialgesetzlichen Regelungen (vgl. u.a. §§ 6 bis 10 AGG; SächsFFG) kann sich jedoch eine Pflicht ergeben.

⁹ Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 33, Rn 34

¹⁰ BVerfGE 56, 324; BVerwG Urteil vom 14.01.2010 Az. 6 P 10/09

¹¹ vgl. BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - Rn. 40 mwN, BAGE 121, 67

¹² Vgl. BVerfG, Beschluss vom 08.11.2016, Az. 1 BVR 2317/15

¹³ BVerfG, Beschlüsse vom 8. Oktober 2007 Az. 2 BvR 1846/07, 2 BvR 1853/07, 2 BvQ 32/07, 2 BvQ 33/07 Rn. 16

¹⁴ Vergleiche dazu BAG, Urteil vom 12. April 2016 Az. 9 AZR 673/14; BAGE 155, 29-43, Rn. 25; vgl. auch BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - Rn. 48

Folgerungen:

Der SRH empfiehlt die Gewinnung der Mitglieder der Geschäftsleitung im Wege eines transparenten Auswahlverfahrens mit dem Ziel der Bestenauslese. Vorrangig wird eine öffentliche Ausschreibung empfohlen.

3.2 Zuständigkeitsregelungen

Die dienstvertragliche Anstellung ist von der Bestellung als organschaftlicher Akt zu trennen (sog. Trennungsprinzip). Während für die AG bzw. die mitbestimmte GmbH der Aufsichtsrat für die Bestellung zuständig ist (vgl. § 84 Abs. 1 S. 1 AktG, §§ 1 Abs. 1, 31 Abs. 1 MitbestG), normiert § 46 Nr. 5 GmbHG betreffend die sonstigen GmbHs die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung trifft. Die SächsGemO greift dies in § 96a Abs. 1 Nr. 2c auf. Danach kann die Gesellschafterversammlung ihre Zuständigkeit auf den Aufsichtsrat¹⁵ übertragen. Die Zuständigkeit für Angelegenheiten des Anstellungsvertrages erfolgt als Annexkompetenz zur Bestellung, soweit dies nicht separat im Statut geregelt ist.¹⁶

Auf Grund ihrer Rechtsform bzw. den Regularien des MitbestG waren in drei der geprüften Unternehmen per leges die Aufsichtsräte für die Bestellung zuständig. Ein weiteres Unternehmen übertrug die Zuständigkeit auf seinen Aufsichtsrat.

In allen übrigen Gesellschaften war jeweils die Gesellschafterversammlung für die Bestellung der Organe der Geschäftsleitung zuständig. Ein Auseinanderfallen der Zuständigkeiten, explizit die Bestellung durch die Gesellschafterversammlung bei Schließung des Anstellungsvertrags durch den Aufsichtsrat, wurde bei zwei Unternehmen angetroffen.

3.2.1 Allgemeine Zuständigkeit

Mit der Regelung in § 96a Abs. 1 Nr. 2c SächsGemO wollte der Gesetzgeber zu besonders wichtigen Vorgängen vermeiden, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen in § 94a SächsGemO unterlaufen werden können, indem sie die Entscheidungen solchen Gesellschaftsorganen überlassen, in denen kein von der Gemeinde entsandter Vertreter mitwirkt.¹⁷ Die Vorschrift regelt dabei, eine Zustimmungspflicht der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung vorzubehalten.¹⁸ Zwar sieht die Norm vor, dass die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern der Geschäftsleitung zur Erleichterung von der Gesellschafterversammlung auf den Aufsichtsrat

¹⁵ Aus Vereinfachungsgründen werden nachfolgend auch Beiräte als Aufsichtsräte bezeichnet, soweit diese die gleiche Funktion haben.

¹⁶ BGH, Urteil vom 03.07.2018, Az. II ZR 452/17, Rn. 10 – juris; BGH, Urteil vom 25.03.1991, Az. II ZR 169/90; BGH, Urteil vom 8.12.1997, Az. II ZR 236/96; BGH, Urteil vom 27.03.1995, NJW 1995, 1750

¹⁷ Quecke/Schmid, SächsGemO, § 96a, Rn. 9

¹⁸ Quecke/Schmid, SächsGemO, § 96a, Rn. 9

übertragen werden kann. Gleichwohl empfiehlt es sich, dort auch das Weisungsrecht im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten gegenüber den entsandten Mitgliedern des Aufsichtsrats festzulegen¹⁹, um damit die Interessen des kommunalen Gesellschafters sicherzustellen.

Aus den §§ 111 Abs. 6 sowie 116 und 93 AktG, welche über § 52 Abs. 1 GmbHG auch für die GmbH gelten, wird der aktienrechtliche Grundsatz hergeleitet, dass Aufsichtsratsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und im Rahmen der ihnen persönlich obliegenden Amtsführung keinen Weisungen unterliegen.²⁰ Da § 52 Abs. 1 GmbHG aber abweichende Regelungen auch von diesen aktienrechtlichen Regelungen zulässt, konstatiert die Rechtsprechung für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH, dass der Grundsatz der Weisungsfreiheit grundsätzlich keine vollumfängliche Geltung beansprucht.²¹ Unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Gebots hinreichender Einwirkungs- und Kontrollrechte der Kommunen wird man den angemessenen Einfluss erst gewährleistet sehen können, wenn bei einem fakultativen Aufsichtsrat im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit verankert ist, den von der Kommune entsandten Vertretern im Einzelfall Weisungen zu erteilen. Schranken findet dies an der gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung des Aufsichtsrates auf das Wohl der Beteiligung.²²

3.2.2 Besondere Fallkonstellationen

Gerade bei Tochter- und Enkelunternehmen (Unternehmen 1, 2, 3, 4, 5) von kommunalen Beteiligungen trat diese Problematik auf, denn in der Regel wurden die Gesellschafterversammlungen der Abkömmlinge durch die Geschäftsleitungen der jeweils übergeordneten Gesellschaft(en) besetzt. In diesen Fällen bedarf es zusätzlich der Beachtung und Geltendmachung von bestehenden Weisungsrechten der Kommune gegenüber den Geschäftsleitungsorganen.

Die vorbeschriebenen Überlegungen lassen sich auch auf die Anstellungsverträge übertragen. So war im Unternehmen 2 bis Ende 2019 keine und danach lediglich eine Person aus der Sphäre der Kommune im Aufsichtsrat vertreten.

Fallgestaltungen bei Tochter- und Enkelunternehmen können auch zu Interessenkonflikten führen. So wurde im Rahmen der Prüfung bei den Unternehmen 3 bzw. 5 (Muttergesellschaften) und 4 bzw. 6 (Tochtergesellschaften) die Konstellation angetroffen, dass die jeweilige Geschäftsleitung des Mutterunternehmens gleichzeitig auch bei dem Tochterunternehmen bestellt war. Damit wurde zunächst eine Zuständigkeit in eigener Sache generiert, was im Falle

¹⁹ Vgl. dazu Quecke/Schmid aaO.

²⁰ Vgl. dazu BGHZ 36, 296, 306; BGHZ 169, 98 ff.

²¹ BVerwGE 140, 300, Rn. 21; SächsOVG, Beschluss vom 03.07.2012, Az. 4 B 211/12, Rn. 3 – juris; HessVGH, Urteil vom 09.02.2012, Az. 8 A 2043/10, Rn. 83 ff. - juris

²² Vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 12.12.2006, Az. 15 B 2625/06

des Unternehmens 4 dazu führte, dass dessen Geschäftsleitung als Vertreterin in der Gesellschafterversammlung über ihre Abberufung und die Bestellung einer anderen Person als Geschäftsleitung entschied. Ob die mittelbaren kommunalen Gesellschafter in diesen Prozess eingebunden waren oder eine Weisung erteilt hatten, war aus den bereitgestellten Unterlagen nicht ersichtlich. Laut dem Protokoll der entsprechenden Gesellschafterversammlung nahmen auch keine Vertreter der kommunalen Gesellschafter an dieser teil.

Nach dem Gesellschaftsvertrag (§ 10 Abs. 2 c) des Unternehmens 7 war für die Bestellung und Abberufung der Geschäftsleitung der Aufsichtsrat zur Entscheidung zuständig. Darüber hinaus sah das Statut ein Zustimmungsbedürfnis der Gesellschafterversammlung zu Geschäften der Geschäftsleitung u.a. bei der Bestellung und Abberufung der Geschäftsleitung vor (§ 7 Abs. 3 f). Durch die Systematik der Regelung wird deutlich, dass hier nur Geschäfte der Geschäftsleitung, mithin die Bestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung in Tochterunternehmen gemeint sein können. Andernfalls läge eine widersprüchliche doppelte Zuständigkeit im Gesellschaftsvertrag vor.

Der Aufsichtsrat hatte in seiner Sitzung am 14.08.2019 beschlossen, die Geschäftsleitung zu bestellen und der Gesellschafterversammlung empfohlen, dies gemäß § 7 Abs. 3 f) des Gesellschaftsvertrages zu bestätigen. Dabei wurde dieser Punkt unter Sonstiges auf der Tagesordnung behandelt. In der Einladung zur Aufsichtsratssitzung wurde er nicht erwähnt. Laut Protokoll waren nur fünf der sieben Mitglieder des Aufsichtsrates anwesend. In der Gesellschafterversammlung am 10.09.2019 wurde durch die Gesellschafterversammlung ebenfalls ein entsprechender Beschluss gefasst. Den Anstellungsvertrag unterzeichnete auf Seiten der Gesellschaft der gesetzliche Vertreter der Gebietskörperschaft AA, welcher gleichzeitig auch Vorsitzender des Aufsichtsrates war.

Soweit keine andere Regelung getroffen wird, erfolgt die Vertretung der Gesellschaft durch die Vertreter in der Gesellschafterversammlung bzw. bei Zuständigkeit des Aufsichtsrates durch dessen Vorsitzenden. Der o.g. Vertreter hätte daher als Vorsitzender und als Vertreter des Aufsichtsrates unterzeichnen müssen.

Folgerungen:

- 1. Soweit kommunale Anteilseigner von der Möglichkeit der Übertragung der Zuständigkeit zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsleitungsorgane auf den Aufsichtsrat Gebrauch machen, empfiehlt der SRH, in den Gesellschaftsverträgen im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten ein Weisungsrecht gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrates zu verankern.**
- 2. Die Zuständigkeitsregelungen in den Gesellschaftsverträgen müssen, insbesondere bei Personenidentität, auf die tatsächlichen Verhältnisse abgestimmt sein.**

3. **Zuständigkeitsregelungen sind zu beachten. Sie müssen in sich widerspruchsfrei sein. Insbesondere bei der Bestellung und Abberufung von Geschäftsleitungsorganen und deren Anstellungsverträgen sind die Ladungsvorschriften der Gremien zu beachten.**

3.3 Befristung der Bestellung

Für die AG und die mitbestimmte GmbH ergibt sich bereits aus den gesetzlichen Regelungen eine Befristung der Bestellung auf maximal fünf Jahre. Ohne eine entsprechende Verpflichtung hatten fünf Unternehmen in ihren Gesellschaftsverträgen eine Befristung der organschaftlichen Bestellung auf fünf Jahre verankert. Gleichwohl bestellten die Unternehmen 1 und 2 die Geschäftsleitung unbefristet.

Die in den Gesellschaftsverträgen der Unternehmen 3 und 4 (Fassung 2018 bzw. 2019) vorgesehene Befristung der Bestellung auf fünf Jahre wurde bislang nicht umgesetzt. Die Personen der Geschäftsleitung waren nach wie vor unbefristet bestellt.

Folgerung:

Die Bestellungsakte müssen mit der gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Befristung korrespondieren.

3.4 Vorhaltung von Unterlagen zu den Anstellungsverträgen

Im Rahmen der Prüfung wurde festgestellt, dass in zwei Unternehmen selbst nicht alle Unterlagen zu den Anstellungsverträgen vorlagen. Dies betraf insbesondere Nachträge. Damit war nicht nachvollziehbar, ob z. B. das vertragliche vereinbarte Schriftformerfordernis eingehalten wurde und damit die Änderungen wirksam waren bzw. ob überhaupt Vereinbarungen getroffen wurden. Aufgrund ihrer Bedeutung müssen diese Unterlagen während der Laufzeit der Anstellungsverträge und bei deren Beendigung mindestens bis zum Ablauf steuerrechtlicher und allgemeiner Verjährungsvorschriften unter ständigem und unmittelbarem Zugriff vorgehalten werden. Maßgebend ist dabei die längste Frist.²³ Anderenfalls können für die Unternehmen Risiken in Verfahren – z. B. durch fehlende Nachweise - entstehen.

Folgerung:

Die kommunalen Beteiligungen müssen die Anstellungsverträge inkl. deren Änderungsvereinbarungen – auch nach deren Auslaufen – vorhalten.

²³ Die KGSt empfiehlt für Kommunen betreffend Unterlagen zu Beteiligungen Aufbewahrungsfristen zwischen 10 und 30 Jahren, in Personalangelegenheiten 5 Jahre, beginnend mit der Beendigung des Dienstverhältnisses bzw. Erlöschen der Ansprüche aus einer Zusatzversorgung. Vgl. KGSt, Bericht Nr. 4/2006, Aufbewahrungsfristen für Kommunalverwaltungen; ergänzend kann auch auf § 34 SächsKommKBVO zurückgegriffen werden

3.5 Vertretung bei Abschluss von Anstellungsverträgen

Nach dem Gesellschaftsvertrag des Unternehmens 1 war die Gesellschafterversammlung u.a. für den Abschluss von Anstellungsverträgen zuständig. Gesellschafter waren das Unternehmen 2 und die Gebietskörperschaft BB. In der Gesellschafterversammlung wurde das Unternehmen 2 alleine durch eine Person des Geschäftsleitungsorgans vertreten, obwohl laut dessen Satzung Gesamtvertretungsmacht (zwei Personen der Geschäftsleitung oder eine Person mit einem Prokuristen) bestand.

§ 78 Abs. 4 AktG – welcher analog auch für die GmbH gilt²⁴ - sieht vor, dass zur Gesamtvertretung berufene Mitglieder der Geschäftsleitungsorgane einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen können. Eine Generalermächtigung ist dabei unzulässig. Ob tatsächlich von dieser formlosen Vorschrift Gebrauch gemacht wurde, war nicht dokumentiert.

Folgerung:

Bevollmächtigungen von Vertretern sind zu dokumentieren.

3.6 Form der Anstellungsverträge und deren Änderungen

Fast alle Anstellungsverhältnisse waren – zumindest der jeweilige Ursprungsvertrag – in schriftlicher Form abgeschlossen. Lediglich das Unternehmen 1 gewährte eine monatliche Vergütung auf Grundlage eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung vom 14.01.1997. In schriftlicher Form wurde diese Vereinbarung nicht geschlossen. Aufgrund der fehlenden Verschriftlichung war dem Beteiligungsmanagement der die Geschäftsanteile mittelbar haltenden Gebietskörperschaft nicht bekannt, dass die Geschäftsleitung eine Vergütung erhielt.

Ein seit dem 16.12.2010 bestehender Anstellungsvertrag des Unternehmens 2 sah vor, dass Ergänzungen und Änderungen dieses Vertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform und der Zustimmung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung bedurften; dies gilt auch für die Aufhebung des Schriftformerfordernisses selbst. Gleichwohl erfolgten Änderungen zur Vergütung sowie zum Dienstwagen nur per Beschluss der Gesellschafterversammlung.

Ein Anstellungsvertrag des Unternehmens 3 sah vor, dass Nebenabreden, Änderungen und Ergänzungen zu diesem Vertrag nur Gültigkeit erlangten, wenn sie schriftlich vereinbart und ausdrücklich als Vertragsänderung bzw. Vertragsergänzung bezeichnet wurden; eine vom Vertrag abweichende Übung begründete weder Rechte noch Pflichten.

²⁴ Vgl. dazu OLG München, Urteil vom 19.09.2013, Az. 23 U 1003/13

Gleichwohl wurden alle Änderungen hinsichtlich des bereits am 17.12.2004 geschlossenen und bis zum 31.12.2019 befristeten Anstellungsvertrages nur per Beschluss des Aufsichtsrates herbeigeführt. Obwohl das Anstellungsverhältnis der Geschäftsleitung laut Angabe des Unternehmens am 31.12.2019 endete, wurden sowohl hinsichtlich der Verlängerung(en) des Anstellungsvertrages, wie auch zur Anpassung der Vergütung keine schriftlichen Änderungsvereinbarungen getroffen, obwohl der Kontrakt zu deren Wirksamkeit die Schriftform vorsah.

Nach § 126 Abs. 2 BGB ist die rechtsgeschäftlich vereinbarte Schriftform nur bei eigenhändiger Unterzeichnung der Parteien wirksam. Die Beschlüsse der Gesellschafter bzw. des Aufsichtsrates sind nur Interna und bedürfen eines rechtsgeschäftlichen Vollzuges, soweit die Anstellungsverträge die Schriftform vorsehen. Eine Dokumentation ist erforderlich.

Folgerung:

Die kommunalen Gesellschafter und deren Unternehmen haben darauf zu achten, dass Bedingungen zur Anstellung in Schriftform vereinbart werden.

Bei Änderungen zu Anstellungsverträgen ist darauf zu achten, dass diese rechtswirksam erfolgen, insbesondere die vereinbarten Formvorschriften eingehalten werden.

4 Geschäftsleitungen und ihre Vergütung sowie sonstige Leistungen

4.1 Grundlagen und allgemeiner Maßstab

Die kommunalen Beteiligungen und die kommunalen Gebietskörperschaften als deren Gesellschafter befinden sich in einem Spannungsverhältnis. Zum einen bedarf es einer Vergütung, die es ermöglicht, qualifizierte Manager für die Geschäftsleitung des Unternehmens zu gewinnen und die Motivation für die damit verbundenen hohen Leistungsanforderungen zu schaffen. Zum anderen soll eine solche Vergütung das Unternehmen nicht unverhältnismäßig stark belasten bzw. die finanziellen Interessen der öffentlichen Anteilseigner nicht über Gebühr beeinträchtigen. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gilt uneingeschränkt für alle kommunalen Betriebe.²⁵ Wirtschaftlichkeit bedeutet, mit dem gegebenen Aufwand den bestmöglichen Erfolg zu erreichen (Maximalprinzip) oder mit geringstem Mitteleinsatz einen bestimmten Erfolg zu erzielen (Minimalprinzip)²⁶

Der SRH verkennt nicht, dass die haftungsrechtlichen Normen für Geschäftsleitungen in der Kommunalwirtschaft identisch mit denjenigen der Privatwirtschaft sind. Gleichwohl ist hinsichtlich der im kommunalen Eigentum befindlichen Unternehmen grundsätzlich davon auszuge-

²⁵ Quecke/Schmid, SächsGemO, § 94a, Rn. 85, 106

²⁶ Quecke/Schmid, SächsGemO, § 94a, Rn. 132

hen, dass die Führung der Geschäfte nicht mit den gleichen unternehmerischen Risiken verbunden ist, wie diese in einem Unternehmen in der freien Wirtschaft anzutreffen sind. Sie verfolgen bei ihrer Geschäftstätigkeit einen öffentlichen Zweck und erfüllen öffentliche Aufgaben. Deshalb können die Risiken aufwiegenden Höhen der Bezüge und Extras wie Dienstwagen und Spesen in der Privatwirtschaft nicht Maßstab in der kommunalen Wirtschaft sein. Denn die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden dient Bedürfnissen der Gemeinschaft, gehört zur Daseinsvorsorge und ist daher öffentliche Verwaltung und nicht privatwirtschaftliche Tätigkeit.²⁷ Gerade Verkehrsunternehmen erfüllen solche Aufgaben.²⁸

Kommunalunternehmen operieren mit Ausnahme der Strom- und Gasversorger in der Regel nicht in einem vollständig freien Markt mit entsprechender Konkurrenzsituation. Gerade durch die Nutzung der Inhouse-Vergabe erhalten die geprüften Unternehmen eine weitgehend monopolartige Stellung in ihrem jeweiligen Marktsegment. Die Nutzerinnen und Nutzer der Angebote im ÖPNV haben im Regelfall keine Alternative in Form eines anderen Anbieters, gegen den sich das Kommunalunternehmen am Markt durchsetzen müsste. Gleiches gilt auch für den Bereich Wasser / Abwasser sowie Entsorgung und in weiteren Fällen von Anschluss- und Benutzungszwang oder territorialer Abgrenzbarkeit. Die unternehmerischen Risiken sind insoweit deutlich geringer einzuschätzen, als diejenigen der Privatwirtschaft.

Im Rahmen der geprüften Anstellungsverträge bestanden die Vergütungen der Geschäftsleitungen aus folgenden Komponenten, welche nicht bei jeder Person kumulativ Anwendung fanden:

- Grundvergütung,
- leistungsabhängige Vergütung,
- weitere Vergütungsbestandteilen und Sachleistungen wie
 - private Dienstwagennutzung,
 - Leistungen für die Altersvorsorge,
 - Weihnachts- und/oder Urlaubsgeld,
 - Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie in sonstigen Fällen,
 - Hinterbliebenenversorgung im Todesfall und
 - Unfallversicherung.

Es bedarf klarer und verständlicher Kriterien hinsichtlich der Festlegung der Vergütung, welche regelmäßig zu überprüfen und bei Bedarf fortzuschreiben sind. Sämtliche Vergütungsbestandteile in sich und die Gesamtvergütung sollten angemessen und ohne Interpretationsspielräume

²⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 23.09.1969, Az.: VI ZR 19/68, Rn. 12 - juris

²⁸ BGH, a.a.O.

im Anstellungsvertrag geregelt sein. Dies bedingt eine entsprechende Dokumentation über deren Ermittlung.

In die Gesamtbetrachtung der Angemessenheit der Vergütung müssen alle Vergütungsbestandteile wie z.B. Altersversorgung und private Dienstwagennutzung einfließen. Wird im Ausnahmefall einer einzelnen Vergütungskomponente ein höherer Betrag als üblich beigemessen, so muss ein Ausgleich über die anderen Vergütungsbestandteile erfolgen, so dass die angemessene Gesamtvergütung nicht überschritten wird.

Für die Aktiengesellschaft hat der Gesetzgeber Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder normiert. Nach § 87 Abs. 1 S. 1 AktG hat der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge – dazugehören auch Nebenleistungen jeder Art²⁹ - des einzelnen Vorstandsmitglieds dafür Sorge zu tragen, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen. Auf der Ebene aller kommunalen Unternehmen – insbesondere auch der GmbH – können diese Grundsätze um die Erreichung des durch das Unternehmen zu verfolgenden öffentlichen Zwecks sowie den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ergänzt werden.

Kriterien für die Angemessenheit der Vergütung bilden insbesondere die Aufgaben des jeweiligen Geschäftsleitungsorgans, die persönliche Leistung, die Gesamtleistung der Geschäftsleitung sowie die wirtschaftliche Lage, der Erfolg und die Zukunftsaussichten des Unternehmens unter Berücksichtigung seines Vergleichsumfeldes. Bezüglich weiterer Aspekte kann auf die Grundsätze guter Unternehmens- und aktiver Beteiligungsführung im Bereich des Bundes entsprechend zurückgegriffen werden.³⁰ In die Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung sollen sämtliche gewährten Bestandteile einfließen. Dies betrifft insbesondere auch die Beiträge oder Zahlungen zur Altersversorgung und sonstige Versorgungszuschläge. Die Üblichkeit der Vergütung unter Berücksichtigung der ansonsten im Unternehmen geltenden Vergütungsstruktur kann ein Indiz für die Beurteilung der Angemessenheit sein. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass nicht der zwingende Schluss zu ziehen ist, die Üblichkeit indiziere bereits die Angemessenheit der Bezüge.³¹ § 87 Abs. 1 S. 1 AktG unterstreicht dies. Die Vorschrift verpflichtet den Aufsichtsrat, dafür zu sorgen, dass die Gesamtbezüge der Geschäftsleitung in einem angemessenen Verhältnis zu Aufgaben, Leistungen und Lage der Gesellschaft stehen. Innerhalb der Unternehmen kann dabei das Verhältnis der Vergütung des Geschäftsleitungsorgans zur Vergütung der nächsten Leitungsebene und der Belegschaft insgesamt auch in der zeitlichen Entwicklung maßgebend sein.

²⁹ Vgl. dazu Hüffer/Koch, AktG, § 87 Rn. 6

³⁰ Vgl. dazu auch Grundsätze guter Unternehmens- und aktiver Beteiligungsführung im Bereich des Bundes, Teil 1, Ziffer 5.3

³¹ Vgl. Hüffer/Koch, AktG, § 87 Rn. 12;

Zur Wahrung der Angemessenheit der Vergütung ist, wenn diese variable Bestandteile enthält, auch die Vereinbarung einer Kappung und damit Begrenzung der Vergütung erforderlich.

Im Rahmen der Prüfung stellte sich heraus, dass zur Beurteilung der Angemessenheit von Vergütungen u.a. auf sogenannte Vergütungsstudien zurückgegriffen wurde. Solche Studien enthalten in der Regel Sammlungen von gewährten Vergütungen aus Anstellungsverträgen der jeweiligen Branche. Sie können daher einen Überblick über den Markt am Standort der einbezogenen Unternehmen geben. Ob diese Vergütungen an sich bzw. in Bezug auf den Standort der kommunalen Beteiligung und deren besondere Anforderungen mit denen eines Vergleichsunternehmens angemessen sind, sagen diese Vergütungsstudien jedoch nichts aus. Sie können auch keinen Vergleich bezüglich der tatsächlichen Aufgaben der Geschäftsleitung im Unternehmen bieten.

Vergütungsstudien können daher Anlass zur Orientierung geben, können aber die jeweilige Prüfung hinsichtlich der Angemessenheit im Einzelfall nicht ersetzen.

Lediglich ein Unternehmen führte eine Prüfung und Dokumentation entsprechend der vorher beschriebenen Verfahrensweise durch. In der Regel waren die Grundlagen für die Ermittlung und Bemessung der Vergütung nicht dokumentiert. Die Prüfung der Relation der Bezüge zu den Aufgaben und Leistungen der Geschäftsleitung war damit nicht möglich.

Folgerungen:

- 1. Die kommunalen Anteilseigner und Unternehmen haben dafür Sorge zu tragen, dass die Gesamtvergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen der Geschäftsleitung sowie zur Lage der Gesellschaft stehen.**
- 2. Dabei empfiehlt der SRH eine Orientierung bezüglich der Branche soweit möglich an kommunalen oder staatlichen Beteiligungen. Das Verfahren und die einzelnen Schritte und Bewertungen sind zu dokumentieren.**
- 3. Der SRH weist darauf hin, dass die kommunalen Anteilseigner und ihre Beteiligungen trotz bestehender Vergütungsstudien die Angemessenheit der Geschäftsleitungsvergütung immer im Einzelfall zu prüfen haben.**

4.2 Grundvergütung

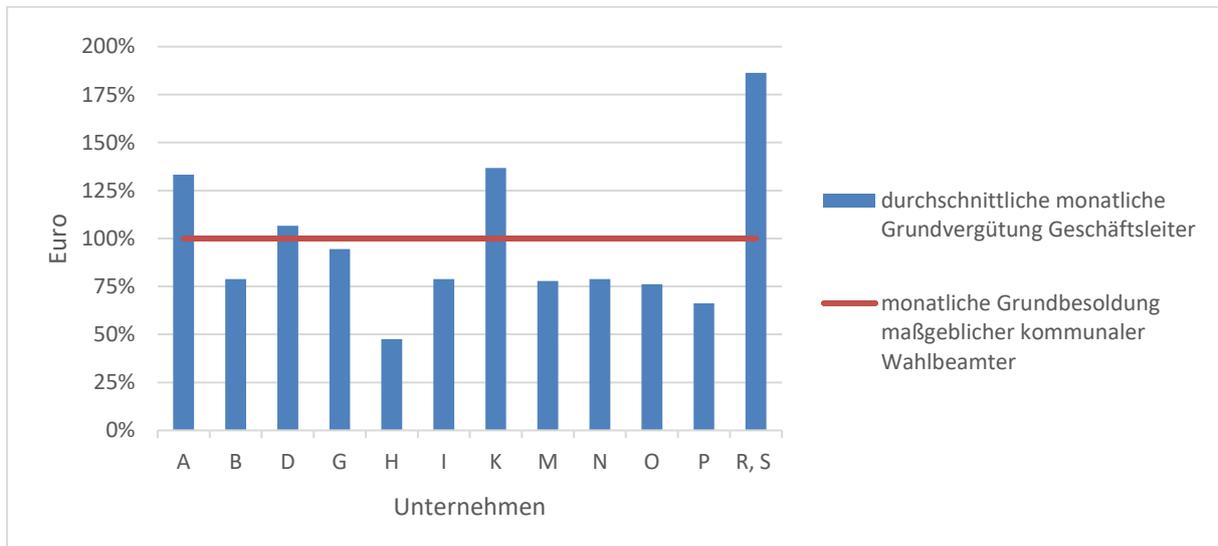
Da die kommunalen Unternehmen näher zur Verwaltung als zur privaten Wirtschaft stehen³², liegt es nahe, diese mit dem Vergütungssystem der kommunalen Verwaltungen zu vergleichen, an deren Spitze der jeweilige kommunale Wahlbeamte steht. Die Aufgabe bzw. der öffentliche Zweck, welche durch die Beteiligungen verfolgt werden, kann oft auch innerhalb der Verwaltung – z.B. als Regie- oder Eigenbetrieb – realisiert werden. Deren leitende Organe

³² Vgl. BGH, Urteil vom 23.09.1969, Az.: VI ZR 19/68, Rn. 12 - juris

sind in der Regel als Angestellte in das Tarifsystem des öffentlichen Dienstes³³ integriert. Wählen die kommunalen Träger zur Erfüllung solcher Aufgaben die Rechtsform der privaten Unternehmen, bedarf es triftiger Gründe, um vom Vergütungssystem des öffentlichen Dienstes abzuweichen. Sofern insbesondere die Grundvergütung deutlich über der Vergütung der kommunalen Wahlbeamten liegt, ist darzulegen und zu dokumentieren, auf welcher Basis die Ermittlung des Entgelts erfolgte. Eine solche Vorgehensweise korrespondiert auch mit dem im Zuwendungsrecht angewendeten Besserstellungsverbot³⁴, dessen Grundgedanke bei der Abwägung herangezogen werden sollte.

In der nachfolgenden Übersicht wurde die durchschnittliche Grundvergütung der Geschäftsleitung ins Verhältnis zur Grundbesoldung des jeweiligen kommunalen Spitzenbeamten gesetzt und die prozentuale Abweichung dargestellt. Dabei ist festzustellen, dass sich die Grundvergütungen weitgehend in das System der Kommunen integrieren. Lediglich bei drei Unternehmen und bei einem dieser Unternehmen auch im Verbund mit einer Tochtergesellschaft war eine teilweise deutliche Abweichung festzustellen. Gründe hierfür erschlossen sich nicht.

Abbildung 2: Darstellung der Grundvergütung der Geschäftsleitung im Vergleich zum kommunalen Wahlbeamten³⁵



³³ z.B. TVöD

³⁴ Vgl. Gutachten des Bundesrechnungshofs „Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen –Typische Mängel und Fehler im Zuwendungsbereich“, 2. überarbeitete Auflage 2016, S. 156 ff., <https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/produkte/gutachten-berichte-bwv/gutachten-bwv-schriftenreihe/langfassungen/2004-bwv-band-10-pruefung-der-vergabe-und-bewirtschaftung-von-zuwendungen>

³⁵ Die Angaben beziehen sich auf das Jahr 2021. Bei den Unternehmen R und S handelt es sich um verbundene Unternehmen in gleicher Trägerschaft mit einer gemeinsamen Geschäftsleitung. Soweit Geschäftsleitungen nach den Anstellungsverträgen nicht die gesamte Arbeitskraft zur Verfügung stellen mussten, wurden die Grundbezüge des kommunalen Spitzenbeamten in das entsprechende Verhältnis gesetzt, um eine Vergleichbarkeit zu gewährleisten. Als einheitlicher Maßstab wurde dabei die Grundbesoldung ohne Steigerung nach einer Wiederwahl zugrunde gelegt.

Die Besoldung des kommunalen Spitzenbeamten stellt einen Richtwert dar. Eine Unangemessenheit der Vergütungen der Geschäftsleitungen der geprüften Unternehmen konnte nicht in allen Fällen ausgeschlossen werden.

Folgerung:

Der SRH empfiehlt die Orientierung der Grundvergütung der Geschäftsleitung am System der kommunalen Verwaltung. Eine Überschreitung im Einzelfall bedarf triftiger Gründe.

4.3 Leistungsabhängige Vergütung

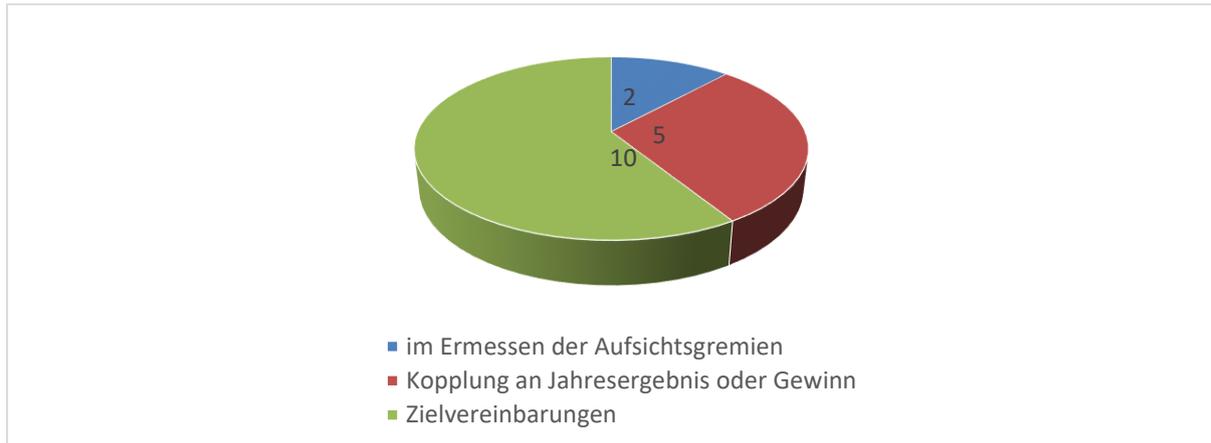
Im Rahmen der Vergütung der Geschäftsleitung kann auch anteilig eine leistungsabhängige Vergütung gewährt werden. Kommunale Anteilseigner und ihre Beteiligungen können daher für den spezifischen Unternehmens- und Entscheidungskontext prüfen, ob die Vergütung eines Mitglieds des Geschäftsleitungsorgans neben fixen auch variable Bestandteile enthalten soll. Für die Angemessenheit variabler Bestandteile der Vergütung sollten die persönliche Leistung des jeweiligen Mitglieds und ggf. die Leistung des Geschäftsleitungsorgans als Gesamtorgan ausschlaggebend sein. Dabei gebietet der Grundsatz der Leistungsabhängigkeit eine entsprechende Zieldefinition und dass es sich dabei um eine zusätzliche Leistung handelt, welche über die bestehenden Anforderungen, deren Vergütung über die Grundvergütung erfolgt, hinausgeht.

Soweit die Vergütung variable Bestandteile enthalten soll, sollten diese auch über Kennzahlen bzgl. des öffentlichen Auftrags der Unternehmenstätigkeit bemessen werden. Dies folgt aus der primären Erfüllung des verfolgten öffentlichen Zwecks des Unternehmens (vgl. §§ 96 Abs. 1 Nr. 1, 94a Abs. 4 SächsGemO). Kommunale Gesellschafter haben daher sicherzustellen, dass im Anstellungsvertrag eine Vereinbarung über die Tantieme besteht und diese auf messbare Ziele, wie z. B. den Grad der Aufgabenerfüllung, daneben (bei wirtschaftlichen Unternehmen) auf längerfristige Erfolgsaussichten und nachhaltige Gewinne oder in Ausnahmefällen Ergebnisverbesserung der betreffenden Beteiligung, abzielt.

Soweit eine Entscheidung für variable Vergütungsbestandteile getroffen wurde, sollten diese an den nachhaltigen Erfolg des Unternehmens gebundene Komponenten sowie auch Komponenten mit langfristiger Anreizwirkung enthalten. Sowohl positiven als auch negativen Entwicklungen sollte bei der Ausgestaltung der variablen Vergütungsbestandteile Rechnung getragen werden. Um manipulative Änderungen zu vermeiden, sollte eine nachträgliche Änderung der Ziele oder der Vergleichsparameter ausgeschlossen sein.

Im Rahmen der 22 geprüften Anstellungsverträge wurde 17 Personen der Geschäftsleitung eine leistungsabhängige Vergütung gewährt. Hinsichtlich der Gestaltung und Ermittlung der leistungsbezogenen Vergütung wurden in den geprüften Unternehmen drei unterschiedliche Konstellationen angetroffen, welche auf der Basis der Vereinbarungen in den Anstellungsverträgen unterschiedlich zu kategorisieren waren.

Abbildung 3: Übersicht über die Arten der leistungsabhängigen Vergütung und deren Anzahl



Alle Tantiemeregeln sahen eine maximale Begrenzung vor, welche entweder durch einen festen Betrag oder einen prozentualen Anteil bezogen auf das Jahresgrundgehalt begrenzt war. Die Spannweite lag zwischen 3.000 € und 30.000 € brutto jährlich.

4.3.1 Tantiemen im Ermessen der Aufsichtsgremien

Die Zahlung von leistungsabhängigen Vergütungsbestandteilen sollte stets auf objektiven Kriterien beruhen. Ferner sind die Grundlagen und die Berechnung ordnungsgemäß zu dokumentieren und sollten den Beschlussfassungen beigefügt werden.

Die Unternehmen 1 und 2 stellten in den Anstellungsverträgen der Geschäftsleitung die Gewährung einer Tantieme in das Ermessen des Aufsichtsrates bzw. der Gesellschafterversammlung. Dabei setzte sich die Gesellschafterversammlung des Unternehmens 2 sehr detailliert mit der Leistung der Geschäftsleitung auseinander und dokumentierte dies.

Laut den Protokollen der Sitzungen des Aufsichtsrates des Unternehmens 1 wurde jeweils im Rahmen der Befassung mit den Jahresabschlüssen über die Tantiemen entschieden. Mit Ausnahme des Jahres 2018 wurde in den Jahren 2017 bis 2020 die Tantiemen in voller Höhe gewährt. Während für das Jahr 2017 dem Protokoll noch zu entnehmen war, dass die wirtschaftlichen Ziele – ohne nähere Erläuterung – erreicht wurden, war für die Jahre 2018 bis 2020 den Protokollen nicht zu entnehmen, warum die Tantiemen gewährt wurden. Mit der

Thematik der Leistungsgebundenheit wurde sich laut den Protokollen nicht auseinandergesetzt. Ein messbares Ziel für die Zahlung der Tantiemen war weder vereinbart noch aus den Beschlüssen des Aufsichtsrates ersichtlich.

Folgerung:

Es empfiehlt sich, leistungsbezogene Vergütungsbestandteile nur bei Erfüllung konkreter Voraussetzungen zu gewähren. Soweit Ermessensentscheidungen getroffen werden, sind diese zumindest zu dokumentieren.

4.3.2 Kopplung der Tantiemen an Jahresergebnisse bzw. Umsatzerlöse

Variable Vergütungsbestandteile dürfen nicht zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten. Mit einer Kopplung der Tantieme lediglich an das Unternehmensergebnis werden Anreize gesetzt, allein den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zu maximieren und dabei der Erfüllung seines öffentlichen Zwecks eine niedrigere Priorität beizumessen. Bei kommunalen Unternehmen hat jedoch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks im Vordergrund zu stehen.

Die Unternehmen 1, 2, 3 und 4 koppelten die Tantiemen und deren Höhe an die Jahresergebnisse bzw. an die den Planansatz übersteigenden Umsatzerlöse.³⁶

Das Unternehmen 1 koppelte die auf maximal ein Monatsbruttogehalt beschränkte Tantieme an die Umsatzerlöse. Die Geschäftsleitung erhielt eine Tantieme in Höhe von 10% der Planüberschreitung der Umsatzerlöse nach Testierung.

So erhielt ein Mitglied der Geschäftsleitung im Unternehmen 2 im Zeitraum 2017 und 2018 als leistungsbezogenen Vergütungsbestandteil in Abhängigkeit der Höhe des positiven Jahresergebnisses vor Ergebnisabführung ab Überschreitung von 250.000 € eine Tantieme bis max. 21.500 €.

Die Geschäftsleitung des Unternehmens 3 erhielt eine jährliche Tantieme in Abhängigkeit des Gewinns der Gesellschaft vor Ertragssteuern. Bis zu einem Gewinn der Gesellschaft von bis zu 200.000 € betrug die Tantieme 10 % vom Gewinn. Vom Gewinn der Gesellschaft, der den Wert von 200.000 € überstieg, erhielt die Geschäftsleitung eine zusätzliche Tantieme i. H. von 5 %. Die jährliche Tantieme betrug jedoch in Summe insgesamt maximal 25.000 € brutto.

Im Unternehmen 4 erhielt die Geschäftsleitung neben dem Jahresfestgehalt eine vom Unternehmensergebnis abhängige Tantieme in Höhe von 15 % des jeweiligen Jahresergebnisses des vorangegangenen Jahres vor Steuern und vor einer eventuellen Zuführung in Rücklagen maximal jedoch 10.000 bzw. 12.000 € brutto.

³⁶ Die Tantieme wird immer für das jeweilige Vorjahr gezahlt.

Im Prüfungszeitraum reichte das Spektrum der Höhe der an Umsatz oder Jahresergebnis gekoppelten Tantiemen von 6.500 € bis 25.000 €.

In den vier vorbezeichneten Unternehmen folgte die Berechnung und Auszahlung einem Automatismus im Unternehmen selbst. Weder die Gesellschafterversammlung, noch die Aufsichtsräte waren in die Berechnung und Auszahlung der Tantieme involviert, so dass auch diesbezüglich keine Kontrolle der insoweit autark agierenden Geschäftsleitungen erfolgte.

Eine Kopplung der Tantiemen in der vorbeschriebenen Art und Weise begegnet aus Sicht des SRH erheblichen Bedenken. Ein sorgfältiger Kaufmann beachtet das Vorsichtsprinzip. Demnach sollten Ausgaben so hoch wie erforderlich und die Einnahmen so gering wie möglich geplant werden. Dies ist ein Grundprinzip der ordnungsgemäßen Buchführung. Dieser Sorgfaltspflicht unterliegt eine Person der Geschäftsleitung bereits von Haus aus, vgl. § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG. Diesem Prinzip folgend ist es daher immanent, dass sich das Jahresergebnis verbessert, wenn die Annahmen nicht eintreten. Verändern sich die Ausgabe- wie auch die Einnahmeseiten parallel positiv, tritt der Effekt noch stärker ein. Die Erfüllung dieser ureigensten Pflicht hat nichts mit einer zusätzlichen Leistung zu tun, welche eine besondere Vergütung rechtfertigt.

Das Beispiel des Unternehmens 3 veranschaulicht dies.

Im Wirtschaftsplan für das Jahr 2020 hatte das Unternehmen Personalausgaben in Summe von 4,630 Mio. € veranschlagt. Laut Jahresabschluss wurden aber nur 4,394 Mio. € verausgabt, was einer Einsparung von 5,1 % entsprach. Laut dem Jahresabschluss 2020 war zum Planansatz 2020 im Ist eine Planinanspruchnahme von 94,9 % zu verzeichnen, so dass die damit verbundene Einsparung von 236 T€ positiv auf das Jahresergebnis wirkte. Im Rahmen der Erstellung des Wirtschaftsplanes für 2020 war eine Umgruppierung aller Beschäftigten in eine neue von den Tätigkeitsjahren abhängige Vergütungstabelle in ihrer Auswirkung auf die Kosten höher bewertet worden, als diese dann tatsächlich eintrat. Somit trug diese Entwicklung wesentlich zum positiven Jahresergebnis des Unternehmens 3 bei. Gegenüber dem im Wirtschaftsplan prognostizierten Jahresergebnis von 65 T€ wurde mit dem Jahresabschluss ein Überschuss von 262 T€ testiert.

Im konkreten Fall war es nicht nachvollziehbar, einen so hohen Wert in den Personalausgaben zu planen, da der Tarifabschluss bereits im Juni 2019 feststand. Der Wirtschaftsplan 2020 wurde im August 2019 im Aufsichtsrat vorberaten und im September 2019 in der Gesellschafterversammlung beschlossen. Er hätte daher - insbesondere in Anbetracht der vereinbarten Regelung zur Tantieme - im Ergebnis der Tarifvereinbarungen angepasst werden müssen.

Das Beispiel zeigt die - vom Grundsatz her gegebene – Anfälligkeit solcher Vereinbarungen und auch deren Abhängigkeit von Ereignissen, die außerhalb des Einflussbereichs der Geschäftsleitung liegen.

Durch die Betrachtung allein des Umsatzes – wie im Fall des Unternehmens 1 – wurde ebenfalls ein verfälschtes Bild vermittelt. Da nur die Erlöse, aber nicht auch die Aufwendungen betrachtet wurden, blieb der Unternehmenserfolg in Form des Jahresergebnisses völlig unberücksichtigt.

Tabelle 1: Übersicht über Umsätze, Jahresergebnisse und Höhe der Tantieme im Unternehmen 1

	2018	2019	2020
Umsatz ³⁷	1.599,0 T€	1.905,3 T€	1.647,7 T€
Jahresergebnis	4,0 T€	11,8 T€	1,4 T€
Höhe der Tantieme	6,5 T€	6,5 T€	7,3 T€

Eine solche Tantiemeregulung kann für beide Seiten nachteilig sein. Wenn die Geschäftsleitung z. B. eine über die allgemeinen Anforderungen hinausgehende Leistung erbringt und so den Aufwand senkt, wird dies ggf. durch konträre und nicht beeinflussbare Ereignisse auf der Erlösseite nicht sichtbar.

Folgerung:

Die pauschale Bemessung von Tantiemen allein anhand eines Jahresüberschusses bzw. Umsatzes ist zu vermeiden.

4.3.3 Zielvereinbarungen

Fünf Unternehmen sahen in insgesamt zehn ihrer Anstellungsverträge eine Tantieme anhand von zu vereinbarenden Zielen vor.

4.3.3.1 Zeitpunkt des Abschlusses von Zielvereinbarungen

Obwohl die Unternehmen 1, 2, 3 und 4 den Abschluss entsprechender Vereinbarungen spätestens vor dem Beginn des maßgebenden Jahres vorsahen, wurden die Vereinbarungen nicht frist- und damit vertragsgemäß abgeschlossen. Teilweise betrug der Verzug nur wenige

³⁷ Quelle: Jahresabschlüsse des Unternehmens

Tage, reichte aber im Fall des Unternehmens 1 bis zum 12. November des betreffenden Jahres.

Die Vereinbarung von Zielen bezieht sich stets auf einen konkreten Zeitraum. Um der Geschäftsleitung die Möglichkeit zu geben, den gesamten Zeitraum für die Zielerreichung zu nutzen, aber auch auszuschließen, dass Ziele vereinbart werden, die bereits erreicht sind oder absehbar erreicht werden, sind die Zielvereinbarungen grundsätzlich vor Beginn des Betrachtungszeitraumes abzuschließen. Von den im Prüfungszeitraum in 20 Fällen bestehenden Zielvereinbarungen wurde nur eine rechtzeitig vor Beginn des Betrachtungszeitraumes abgeschlossen. Sieben der Vereinbarungen wurden später als drei Monate nach dem Beginn des Betrachtungszeitraumes abgeschlossen. Bei fünf war nicht erkennbar, ob bzw. wann diese abgeschlossen wurden.

4.3.3.2 Form der Zielvereinbarungen

Die Unternehmen 1 und 2 konnten für jeweils ein Jahr keine unterzeichnete Zielvereinbarung mit der Geschäftsführung vorlegen. Im Unternehmen 3 wurden nur – verspätete – Beschlüsse durch den zuständigen Aufsichtsrat gefasst. Ob diese interne Meinungsbildung auch in eine externe Vereinbarung umgesetzt wurde, war nicht dokumentiert (vgl. dazu auch Tz. III. 3.6). Aus Gründen der Rechtssicherheit sollten die Zielvereinbarungen unter Wahrung der Schriftform des § 126 BGB abgeschlossen werden.

4.3.3.3 Zuständigkeit für die Zielvereinbarung

Die betreffenden Anstellungsverträge bzw. die Gesellschaftsverträge sahen in je zwei Fällen vor, dass die Gesellschafterversammlung oder der Aufsichtsrat sowohl für die Festlegung der Ziele, wie auch für die Kontrolle der Zielerreichung zuständig waren. In einem anderen Unternehmen übernahm ein Personalausschuss diese Aufgabe.

Entgegen der nach dem Anstellungsvertrag zuständigen Gesellschafterversammlung schloss im Falle des Unternehmens 1 der Vorsitzende des Aufsichtsrates alleine, ohne entsprechenden Beschluss dieses Gremiums, die Zielvereinbarung ab.

Im Falle des Unternehmens 2 enthielten die Anstellungsverträge eine dem Gesellschaftsvertrag widersprechende Regelung. Während letzterer für die Entscheidung über die Zielvereinbarung den Aufsichtsrat als Entscheidungsorgan vorsah, wurden nach dem Anstellungsvertrag die Ziele zwischen den Personen eines Geschäftsleitungsorgans und dem Vorsitzenden des Aufsichtsrates des Unternehmens 2 vereinbart. Die Kontrolle der Einhaltung der Ziele erfolgte in Abstimmung mit dem Aufsichtsvorsitzenden und der Gesellschafterversammlung. Der zuständige Aufsichtsrat als Gesamtorgan wurde nicht erwähnt.

4.3.3.4 Zielvorgaben

Allgemeine Zielvorgaben in seinem Gesellschaftsvertrag hatte nur das Unternehmen 1, demzufolge die Zielvorgaben der Gesellschafterin beachtet werden sollten. Zielvorgaben im Anstellungsvertrag sah nur das Unternehmen 2 in einem Anstellungsverhältnis vor. Dabei handelte es sich um die Erreichung oder Verbesserung von Haushaltsansätzen und Entlastung durch das Aufsichtsorgan.

Bis auf eine Ausnahme, ein Anstellungsvertrag des Unternehmens 2, wiesen die Zielvereinbarungen zwischen drei und sieben einzelne Ziele auf. Bei mehr als einem vereinbarten Ziel erfolgte eine prozentuale und betragsmäßige Aufteilung der maximal möglichen Gesamtsumme.

Im Rahmen von Zielvereinbarungen ist weiterhin zu beachten, dass die Zielerreichung nur dann eine zusätzliche Vergütung rechtfertigt, wenn diese Ziele auch eine zusätzliche bzw. über den allgemeinen Anforderungen bestehende Leistung der Geschäftsführung betreffen. Ziele, welche zu den allgemeinen Aufgaben³⁸ einer jeden Geschäftsleitung eines kommunalen Unternehmens gehören, können nicht Anlass für eine leistungsbezogene Zusatzvergütung sein, da hier bereits eine Vergütung über die Grundbezüge erfolgt.

Der SRH hat bewertet, ob die vereinbarten Ziele über die Erfüllung der allgemeinen Pflichten einer Geschäftsleitung hinausgingen. Im Ergebnis entsprachen selbst bei wohlwollender Betrachtung deutlich weniger als die Hälfte der Ziele den Anforderungen an eine zusätzliche Leistung. In den überwiegenden Fällen handelte es sich aus Sicht des SRH um Aufgaben, die den Mitgliedern der Geschäftsleitungen im Allgemeinen oblagen und deren ordnungsgemäße Erfüllung bereits mit der Grundvergütung abgegolten war. Beispielsweise wurden folgende Ziele vereinbart:

Tabelle 2: Übersicht über ausgewählte Ziele der geprüften Zielvereinbarungen und Bewertung durch den SRH

Ziel	Bewertung SRH
Erstellung von Wirtschaftsplänen	Als Standardaufgabe der Geschäftsleitung durch die Grundvergütung abgedeckt.
Erreichung des Planergebnisses	Bei vorsichtiger Planung ist die Erreichung des Planergebnisses Grundleistung der Geschäftsleitung.
Erstellung und Umsetzung eines erarbeiteten und vom Aufsichtsrat beschlossenen Strategiekonzeptes	Strategische Planungen gehören zur den Grundaufgaben einer Geschäftsleitung, wenn die Stagnation nicht deren Ziel ist.

³⁸ Die Aufgaben einer Geschäftsleitung sind individuell verschieden. Sie ergeben sich neben den gesetzlich definierten Anforderungen gemäß AktG, GmbHG, HGB insbesondere aus den jeweiligen Gesellschafts- und Anstellungsverträgen sowie Geschäftsordnungen.

Beginn der Erarbeitung eines Personalentwicklungskonzeptes.	Die Frage der Personalentwicklung und der Strategien gehört zu den strategischen Planungen eines Unternehmens und damit zu den Kernaufgaben der Geschäftsleitung.
-------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Von besonderer Bedeutung neben der Definition der Ziele ist auch die Kontrolle der Verwirklichung. Die geprüften Unternehmen führten in der Regel eine Überprüfung der Zielerreichung anhand der Vereinbarungen durch.

Abweichungen hiervon gab es beim Unternehmen 3. Eine konkrete Auseinandersetzung bezüglich der Erreichung der vereinbarten Ziele ergab sich für 75 % der Kriterien im Zeitraum 2018 bis 2020 nicht schlüssig aus den Beschlüssen zur Auszahlung der Tantieme. Es wurde lediglich angegeben, dass diese erreicht wurden.

Ein Anstellungsvertrag des Unternehmens 2 sah vor, dass die Geschäftsleitung eine Jahresgratifikation in Höhe einer Bruttomonatsvergütung erhielt, wenn auf der Grundlage des bestätigten Haushaltsplanes die Zielvorgaben für das abgelaufene Haushaltsjahr entsprechend den Haushaltsansätzen erreicht und verbessert wurden. In der konkreten Umsetzung war nicht definiert, was unter Zielvorgaben entsprechend den Haushaltsansätzen zu verstehen war. Eine Kontrolle der Zielvereinbarungen durch den Aufsichtsrat erfolgte nicht, die Geschäftsleitung zahlte sich nach ihrer Entlastung durch den Aufsichtsrat auch bei einem Ergebnis, das nur unwesentlich über dem Planansatz lag, die vereinbarte Tantieme in voller Höhe selbst aus. Teilweise war die Zahlung deutlich höher, als die Differenz zwischen Planansatz und Ergebnis.

Anstelle einer Kopplung variabler Gehaltsbestandteile an den wirtschaftlichen Erfolg plädiert der SRH für outputorientierte Ziele, bei deren Erreichen eine zusätzliche Vergütung erfolgen kann. Als Beispiel dienen die Ziele „Erhöhung der Kundenzufriedenheit“, „Reduzierung unbesetzter Stellen“ oder „Entwicklung eines Testfelds für digital vernetztes, multimodales und CO₂-effizientes und ggf. automatisiertes Fahren“.

Als problematisch erweisen sich nach den Feststellungen des SRH jedoch häufig bereits die für Zielvereinbarungen gewählten Formulierungen, da sie im Regelfall zu viel Spielraum für Interpretationen enthielten.

Zur Objektivierung empfiehlt der SRH hinsichtlich der Definition und Bewertung der Ziele die „SMART-Methode“. Dabei handelt es sich um ein Mittel zur eindeutigen Klärung von Zielen im Rahmen von Zielvereinbarungen. SMART ist die Abkürzung für ein Raster an Kriterien, welches an definierte Ziele angelegt wird. Ziele müssen danach, um erreichbar und überprüfbar zu sein, spezifisch, messbar, attraktiv, realistisch und terminiert sein.

Tabelle 3: Übersicht über SMART-Kriterien

spezifisch	Der gewünschte, in der Zieldefinition angestrebte Zustand muss genau beschrieben, die entsprechende Formulierung leicht verständlich sein.
messbar	Die Kriterien, anhand derer die Zielerreichung festgestellt werden kann, müssen benannt sein. Um Ziele messbar zu machen, müssen sie als Zustand definiert sein und nicht lediglich als zu erledigende Maßnahme beschrieben werden.
attraktiv	Die vereinbarten Ziele müssen für den Adressaten ansprechend bzw. erstrebenswert sein.
realistisch	Die Ziele müssen ambitioniert, jedoch unter den gegebenen Umständen erreichbar sein.
terminiert	Ein Termin muss festgesetzt sein, zu dem das Ziel erreicht sein muss.

Die Anwendung dieser Kriterien führt weg von Zieldefinitionen, welche als reine "Prosa" daher kommen. Die Methode ermöglicht einen nachvollziehbaren Vergleich der Vorgaben aus der Zielvereinbarung mit dem erreichten Stand und eine Beurteilung, ob und in welchem Maß das Ziel erreicht wurde und daraus der nächste Handlungsschritt entwickelt werden kann. Idealerweise sollte ein sachkundiger Dritter die Zielerreichung zweifelsfrei feststellen können.

Im Prüfungszeitraum wiesen die angetroffenen Zielvereinbarungen in Summe 57 einzelne Ziele auf. Entsprechend der SMART-Methodik hat der SRH diese einzelnen Ziele einer Bewertung unterzogen. Im Ergebnis dieser Auswertung waren lediglich

- rund 60 % der Ziele spezifisch,
- rund 60 % der Ziele messbar,
- rund 50 % der Ziele attraktiv,
- rund 55 % der Ziele realistisch und
- rund 75 % der Ziele terminiert.

Nur rd. 25 % der vereinbarten Ziele erfüllten alle fünf Kriterien. Bei diesen Zielen handelte es sich jedoch überwiegend um solche, deren Erreichung normaler Bestandteil der Aufgabe der Geschäftsleitung war, ohne dass es dazu einer gesonderten Vereinbarung bedurfte.

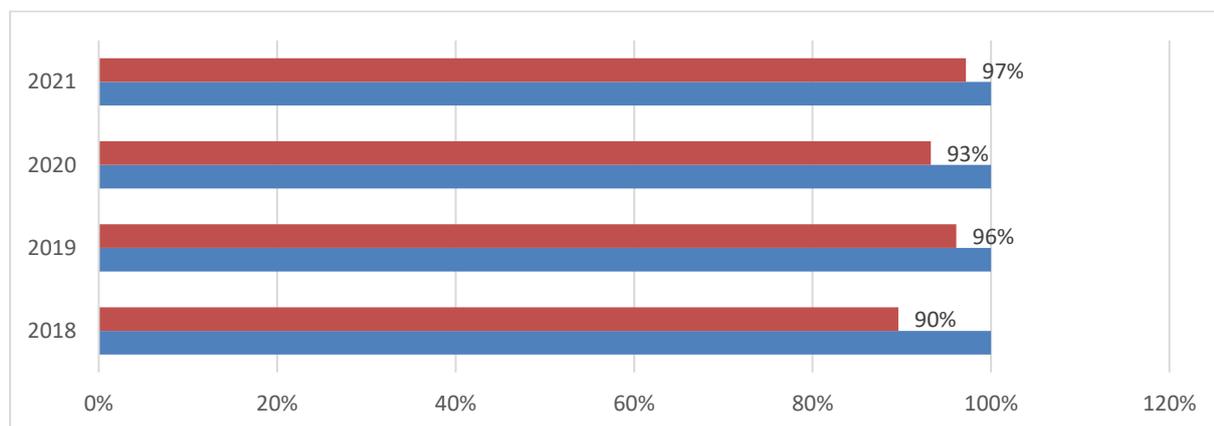
Als problematisch in Anbetracht der Definition von Zielen hat sich insbesondere der Aspekt der Messbarkeit gezeigt. Für eine Vielzahl von vereinbarten Zielen war kein konkreter Wert bestimmt. Diese Frage hat nicht nur für die Geschäftsleitung in Anbetracht der Erfüllung der jeweiligen, spezifischen Aufgabe Bedeutung, sondern ist auch für die Frage der anschließenden Bewertung durch die zuständigen Gremien von essenzieller Bedeutung. Eine effektive Kontrolle (vgl. Tz. III. 6.1) setzt eine genaue Definition ohne die weitgehende Öffnung von Interpretationsspielräumen voraus. An folgenden Beispielen wird die Problematik deutlich:

- Beurteilung der Mitarbeiterzufriedenheit und -motivation im Unternehmen durch die Gesellschafterversammlung (Teilnahme an Belegschaftsversammlungen, Neujahrsempfang, Entwicklung Krankenstand etc.).
- Persönliches Ziel: Die Einschätzung berücksichtigt das persönliche Engagement des Geschäftsleiters das Unternehmen als Teil des Konzerns positiv in der Branche und in der Öffentlichkeit zu vertreten sowie eine wertschätzende Zusammenarbeit mit der Gesellschafterin, der Belegschaft und deren gewählten Vertretern und Vertreterinnen zu befördern. Der Geschäftsleiter wirkt darauf hin, dass Führungskräfte in seinem Verantwortungsbereich einen aktiven Beitrag für die positive Kommunikation der Veränderungsprozesse im Unternehmen leisten und so die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen mitnehmen.

Diese Ziele enthalten keine messbaren Angaben in Bezug auf die Zielerreichung. Die Einschätzung, ob ein Ziel erreicht wurde, bleibt daher im Subjektiven.

Im Prüfungszeitraum³⁹ wurden durchschnittlich 94 % der erreichbaren Tantiemen auch ausbezahlt. Der hohe prozentuale Anteil der Auszahlung verdeutlicht zusätzlich die Wahrnehmung des SRH, dass die Tantiemen – auch mangels Bestimmtheit der zu erreichenden Ziele - ihre Funktion als Leistungsanreiz verloren und sich zu einem festen Vergütungsbestandteil hin entwickelt haben.

Abbildung 4: Übersicht über den Anteil der ausgezahlten Tantiemen im Vergleich zu den Vereinbarungen



Erforderlich wäre daher die Vorgabe möglichst exakter Kriterien, anhand derer die Zielerreichung festgestellt werden kann. Dabei sollte idealerweise auf Kennzahlen zurückgegriffen werden.

³⁹ Der Zeitraum 2018 bis 2020 ist vollständig eingegangen. Für den Zeitraum 2021 wurden nur die bereits ausgezahlten Tantiemen ins Verhältnis gesetzt.

Eine weitere wichtige Komponente für die Kontrolle und Evaluierung von Regelungen zu leistungsbezogenen Vergütungen nimmt die Dokumentation ein. Nur dadurch ist eine genaue und anhand der Zieldefinition durchgeführte Kontrolle der vereinbarten Ziele möglich.

Im Unternehmen 3 wurde überwiegend die Erreichung der Ziele attestiert, ohne dass dies näher erläutert wurde. Ein Soll-Ist-Vergleich war damit nicht möglich.

Die Gesellschafterversammlung des Unternehmens 4 beschloss auf Empfehlung des Aufsichtsrates, die Tantieme für das Jahr 2019 vollständig auszuzahlen. Aus den Sitzungsvorlagen und den Protokollen wurde nicht deutlich, ob und wie sich mit den definierten Zielen und deren Erreichung auseinandergesetzt wurde.

Bezüglich des Unternehmens 2 war für die Jahre 2018 und 2019 keine Befassung der Aufsichtsorgane bezüglich der Zielerreichung ersichtlich.

Im Ergebnis wurde für den Zeitraum 2018 bis 2020 von keinem Unternehmen, welches in diesem Zeitraum eine Zielvereinbarung mit der Geschäftsleitung abgeschlossen hat, eine durchgehende Dokumentation⁴⁰ vorgelegt.

Folgerungen:

- 1. Die kommunalen Gesellschafter und deren Beteiligungen haben darauf zu achten, dass der Abschluss von Zielvereinbarungen durch das zuständige Organ erfolgt und die Regelungen der Anstellungsverträge mit den Gesellschaftsverträgen korrespondieren.**
- 2. Bei der Gewährung von leistungsbezogenen Vergütungsbestandteilen (Tantiemen) ist darauf zu achten, dass diese auf einer vertraglichen Grundlage erfolgen sowie auf konkret vereinbarten Zielen beruhen. Dabei steht die Erfüllung des öffentlichen Zwecks des Unternehmens im Vordergrund.**
- 3. Der SRH empfiehlt dabei die Anwendung der SMART-Methode. Nach dieser müssen Ziele spezifisch, messbar, attraktiv, realistisch und terminiert sein (SMART).**
- 4. Die Leistungsbezogenheit gebietet es, dass die vereinbarten Ziele über das hinausgehen, was zum allgemeinen Aufgabenspektrum der Geschäftsleitung gehört.**
- 5. Die Ziele müssen vor Beginn des Betrachtungszeitraumes vereinbart werden. Sie können auch einen mehrjährigen Betrachtungszeitraum umfassen.**
- 6. Die Grundlagen zur Vereinbarung, Ermittlung und Kontrolle der leistungsbezogenen Vergütung inkl. Berechnungen sind zu dokumentieren und den Beschlussfassungen beizufügen.**

⁴⁰ Da die Beurteilung und Entscheidung über die Zielerreichung für das Jahr 2021 nicht in allen Unternehmen zum Zeitpunkt der Erstellung der Prüfungsniederschrift abgeschlossen war, sind nur die Jahre 2018 bis 2020 in die Beurteilung eingeflossen.

4.3.4 Entscheidung über die Zielerreichung

Zielvereinbarungen dienen u.a. zur Förderung des öffentlichen Zwecks des kommunalen Unternehmens und der Ziele, welche die kommunalen Gesellschafter mit ihrer Beteiligung verfolgen. Da diese Ziele von diesen Gesellschaftern vorgegeben werden sollen, wird empfohlen die Beurteilung der Zielerreichung auch in deren Händen liegen bzw. diese mindestens in die Entscheidung maßgeblich mit einzubinden.

Im Prüfungszeitraum beruhten von 17 Tantiemeregelungen⁴¹ nur zwölf auf einer Zuständigkeitsregelung sowohl hinsichtlich der Festlegung, als auch der Kontrolle der Zielerreichung. In nur drei Fällen war die Gesellschafterversammlung als Hauptorgan zuständig.

Im Fall des Unternehmens 1 war nach der seit der dem Jahr 2018 gültigen Satzung der Aufsichtsrat als Kollektivorgan für den Abschluss und die Auswertung der Zielvereinbarungen mit den Mitgliedern der Geschäftsführung zuständig. Laut den Anstellungsverträgen wurde dies jedoch auf den Vorsitzenden des Aufsichtsrates übertragen.

Auffallend war, dass insbesondere bei der Kopplung der Tantiemen an Jahresergebnis- oder Umsatz keine Zuständigkeiten geregelt und den Protokollen der Haupt- und Überwachungsorgane der Gesellschaften keine Befassung bezüglich der Höhe der auszahlenden Tantieme zu entnehmen waren (Unternehmen 2, 3, 4 und 5).

Folgerung:

Der SRH empfiehlt den kommunalen Gesellschaftern, sich Einflussmöglichkeiten bei der Festsetzung und Kontrolle der Ziele vorzubehalten.

4.4 Zusätzliche Vergütungsbestandteile und Leistungen

4.4.1 Gewährung der Bezüge im Krankheitsfall und in sonstigen Fällen

Die Anstellungsverträge von Geschäftsführungsorganen enthalten typischerweise Regelungen zur Entgeltfortzahlung. Dies hat zwei Gründe. Der Anwendungsbereich des EFZG ist gemäß § 1 Abs. 2 für Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes eröffnet. Vorstände und Geschäftsleitungen inkl. Fremdgeschäftsführer⁴² als Vertretungsorgan der juristischen Person und arbeitgeberähnliche Personen gehören grundsätzlich nicht zu dem Kreis, auf den das EFZG Anwendung findet.⁴³

⁴¹ Tantieme Regelungen in Gesellschaften mit beschränkter Haftung

⁴² LSG BW, Urteil vom 20. Juli 2021 – L 11 KR 714/20 –, juris

⁴³ BAG 21.01.2019, 9 AZB 23/18, BAGE 165, 61; BAG 24.11.2005, 2 AZR 614/04, BAGE 115, 254; BGH, Urteil vom 20.05.2010, II ZR 70/09; Haase, GmbHR 2005, 1260 ff; Mävers, ArbRAktuell 2018, 591/593; Reinhard in Erfurter Kommentar, 21. Aufl. 2021, § 1 EFZG Rn 2; Schmitt/Küfner-Schmitt in Schmitt, EFZG, 8. Aufl. 2018, § 1 Rn 24); LSG BW, aaO.; Scholz GmbHG, § 35, Rn. 435

Aufgrund der Einordnung der Anstellungsverträge als Dienstvertrag ist § 616 BGB als dispositive Vorschrift⁴⁴ anwendbar, nach welchem der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruches auf die Vergütung nicht dadurch verlustig wird, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist. Für die Fremdgeschäftsführer bezieht sich die Rechtsprechung und Literatur bezüglich der Bestimmung des Zeitraumes im Sinne des § 616 BGB als grobe Orientierung auf die Sechswochenfrist des § 3 Abs. 1 Satz EFZG⁴⁵, was teilweise auf Grund des Wortlautes des § 616 BGB als zu weitgehend gesehen wird.⁴⁶

Spätestens über den Zeitrahmen des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG hinausgehende Vereinbarungen der kommunalen Beteiligungen sind damit freiwillige Leistungen, welche dem unter Tz. 4.1 erläuterten Beurteilungsmaßstab und dem Grundsatz der Beachtung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit unterliegen.

Von 23 Anstellungsverträgen enthielten 20 Verträge Regelungen zur Entgeltfortzahlung. Lediglich sechs Vereinbarungen beschränken die Entgeltfortzahlung auf Fälle der Krankheit bzw. Arbeitsunfähigkeit⁴⁷. Die weit überwiegende Anzahl (14) schlossen darüber hinaus auch sonstige Fälle der Dienstverhinderung mit ein. Diesbezüglich sollte eine Überprüfung dieser Regelungen auf Aktualität erfolgen. Da Geschäftsleitungen per se weder an Dienstzeiten noch an einen bestimmten Dienort gebunden sind, sind angesichts der bestehenden digitalen Kommunikations- und Arbeitsmöglichkeiten kaum Fälle von Dienstverhinderung denkbar, die nicht auf einer Erkrankung beruhen. Soweit dies in Einzelfällen eintreten kann, empfehlen wir solche vertraglich zu konkretisieren.

Bei der jeweiligen Dauer der Entgeltfortzahlung war eine große Spanne anzutreffen. Sechs Unternehmen orientierten sich bezüglich des maximalen Zeitraumes an den im EFZG normierten sechs Wochen. Andere Unternehmen vereinbarten Zeiträume von zwei oder drei Monaten. In den Fällen der Abweichung von den Regelungen des EFZG wurde überwiegend ein Zeitraum von bis zu sechs Monaten vereinbart.

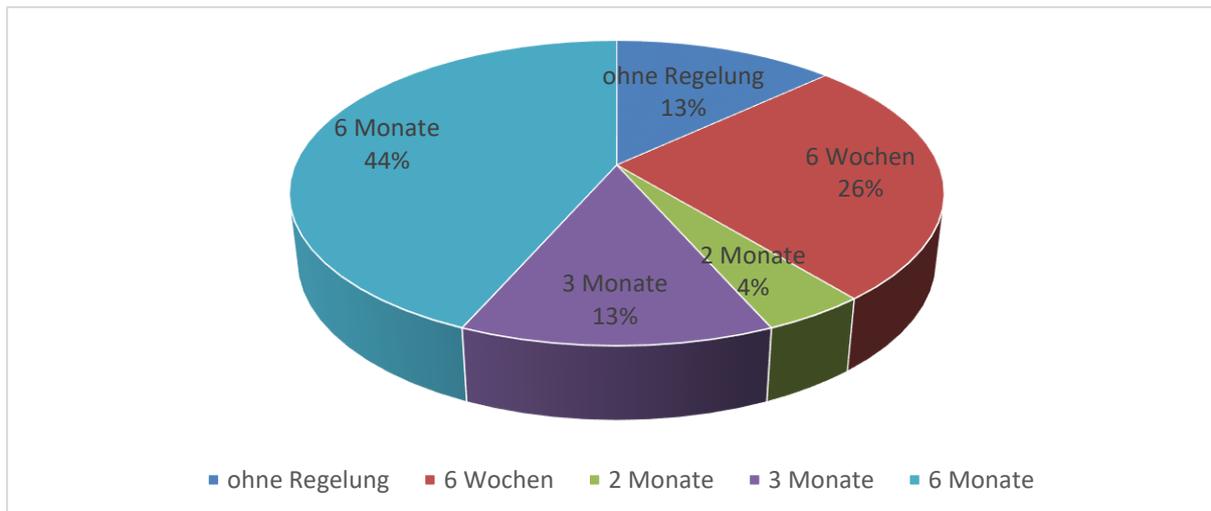
⁴⁴ BAG, Urteil vom 20.06.1995, Az. 3 AZR 857/94; Krause in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 616 BGB, Rn. 49 f.

⁴⁵ Jaeger/Steinbrück in MünchKomm, GmbHG, § 35 Rn. 326; Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 616, Rn. 10a; Haase, GmbHR 2005, 1260, 1266 f.

⁴⁶ Scholz, GmbHG, § 35, Rn. 435

⁴⁷ Arbeitsunfähigkeit ist ein durch Krankheit oder Unfall hervorgerufener Körper- und Geisteszustand, aufgrund dessen der Versicherte seine bisherige Erwerbstätigkeit überhaupt nicht oder nur unter der in absehbar nächster Zeit zu erwartenden Gefahr der Verschlimmerung seines Zustandes weiter ausüben kann (BSGE 19, 179).

Abbildung 5: Übersicht über Dauer der Entgeltfortzahlung bezogen auf die Anzahl der Anstellungsverträge



Die kommunalen Träger und ihre Beteiligungen sollten sich bezüglich der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowohl hinsichtlich des Grundes (Krankheit bzw. Arbeitsunfähigkeit) als auch der Dauer (max. 6 Wochen) an den Regelungen des EFZG orientieren. Die Ausrichtung am EFZG bringt zusätzlich den Vorteil, dass damit auch Wiederholungserkrankungen (§ 3 Abs. 1 S. 2 EFZG) geregelt werden. Lediglich fünf Unternehmen sahen durch die Bezugnahme auf das EFZG bzw. das Unternehmen 1 eine Beschränkung der Entgeltfortzahlung - hier auf maximal drei Monate pro Jahr - vor. Die anderen Unternehmen regelten die Frage der Wiederholungserkrankung nicht. Ob eine Wiederholungserkrankung einzurechnen gewesen wäre, hätte im Einzelfall rechtliche Unsicherheiten ausgelöst.

Zahlungen im Rahmen der Entgeltfortzahlung können bedeutende Dimensionen erreichen, wie das nachfolgende Beispiel im Unternehmen 2 zeigt. Ein Mitglied der Geschäftsleitung war in den Jahren 2018 und 2019 längere Zeit erkrankt. Im Anstellungsvertrag war für die Entgeltfortzahlung ein Zeitraum von 6 Monaten unter Abzug von Krankengeld geregelt.

Tabelle 4: Vergleich der Belastungen durch die Entgeltfortzahlung am Beispiel Unternehmen 2

	2018	2019	Summe
Anteil Lohnfortzahlung an der Gesamtvergütung in %	21,1 %	39,5 %	30,6 %

Häufig wurde auch übersehen, die Entgeltfortzahlung mit dem Krankengeld der gesetzlichen Krankenkasse oder dem Krankentagegeld der privaten Krankenversicherung abzustimmen. Wird z. B. im Anstellungsvertrag eine sechsmonatige Entgeltfortzahlung vereinbart und gleichzeitig besteht bei der gesetzlichen Krankenkasse ein gesetzliches Krankengeld ab der sechsten Woche oder mit der privaten Krankenversicherung ist ein Krankentagegeld ab dem 15.

oder 22. Tag vereinbart, dann kann dies dazu führen, dass das kommunale Unternehmen eine Entgeltfortzahlung gewährt, obwohl die versicherte Person Anspruch auf Krankengeld bzw. -tagegeld hätte. Im Krankheitsfalle läge eine Doppelver- bzw. -absicherung vor, welche zu Lasten des kommunalen Unternehmens ginge. Lediglich neun Unternehmen sahen eine vollständige oder im Falle des Unternehmens 3 für einen konkreten Zeitraum bestimmte Verrechnung vor.

Folgerungen:

- 1. Bei der Ausgestaltung der vertraglichen Regelungen empfiehlt der SRH die Orientierung an den Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes Dies schließt auch den Zeitrahmen von derzeit maximal sechs Wochen mit ein.**
- 2. Fälle „sonstiger“ Dienstunfähigkeit sind zu konkretisieren oder von der Entgeltfortzahlung auszunehmen.**
- 3. Regelungen der Entgeltfortzahlung bedürfen grundsätzlich der Abstimmung mit ggf. bestehenden Ansprüchen der Geschäftsleitung auf Krankengeld/Krankentagegeld aus der gesetzlichen bzw. aus privaten Versicherungen.**

4.4.2 Betriebliche Altersversorgung

Von den 23 Personen eines Geschäftsleitungsorgans, für die im Prüfungszeitraum Anstellungsverträge bestanden, galt für drei dieser Personen keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung. In zwei dieser Fälle wurde im Anstellungsvertrag für die Geschäftsleitung vereinbart, dass das Unternehmen die Beiträge für die freiwillige gesetzliche Rentenversicherung in Höhe des Arbeitgeberanteiles bei einer gesetzlichen Versicherungspflicht zu tragen hatte.

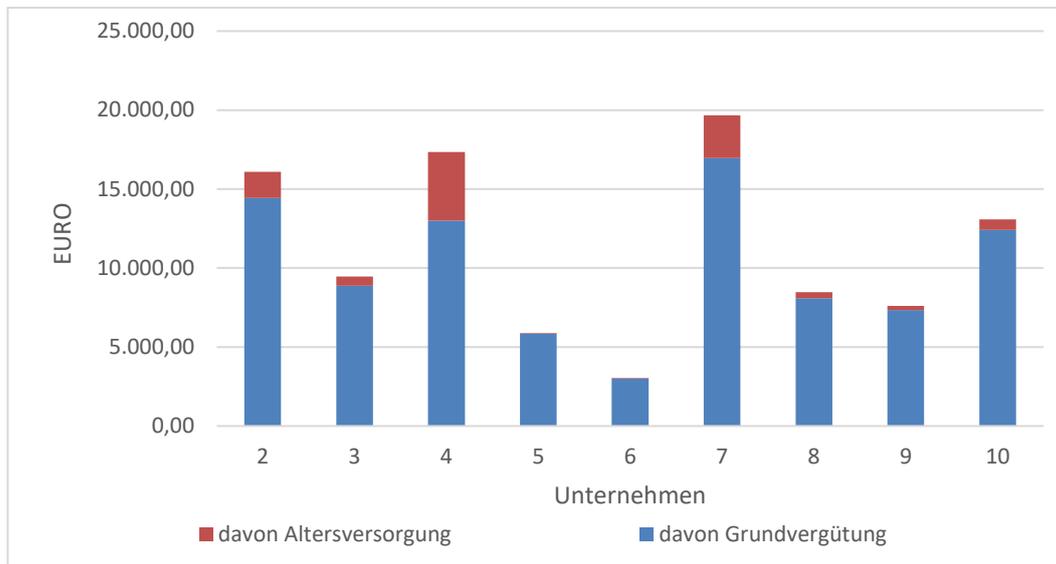
Neunzehn Anstellungsverträge enthielten Regelungen hinsichtlich einer zusätzlichen Altersversorgung über die gesetzliche Rentenversicherung hinaus.

In zwei Anstellungsverträgen waren dies jedoch lediglich klarstellende Angaben ohne Bezug zur arbeitgeberfinanzierten Altersversorgung. In einem Anstellungsvertrag des Unternehmens 1 war geregelt, dass die Festvergütung die Aufwendungen für eine angemessene Altersvorsorge beinhaltet. Mit dieser Regelung wurde die Verantwortung des Ob und Wie der Altersvorsorge allein auf die Person der Geschäftsleitung selbst übertragen.

Sechzehn Anstellungsverträge enthielten Regelungen zu einer arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersvorsorge.

Unternehmen, die Personen eines Geschäftsleitungsorgans zusätzliche Altersversorgungen gewährten, wandten dafür absolut und bezogen auf die Grundvergütungen Mittel in folgendem Umfang auf:

Abbildung 6: Aufwendungen für zusätzliche Altersversorgung (2018 bis 2021) absolut⁴⁸



Folgende Formen zusätzlicher Altersvorsorge wurden in den 16 Anstellungsverträgen festgestellt, wobei in einigen Fällen in ein und demselben Anstellungsvertrag mehrere Altersvorsorgeformen vereinbart waren:

Tabelle 5: Formen der zusätzlichen Altersvorsorge

Formen der zusätzlichen Altersvorsorge	Anzahl
Beiträge für die freiwillige Mitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung	2
Beiträge zur Zusatzversorgungskasse öffentlicher Dienst	5
Bedienung von beitragsbasierten Altersvorsorgeverträgen	13

Beiträge für die freiwillige Mitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung

Das Unternehmen 4 vereinbarte in zwei Anstellungsverträgen neben anderen Formen der Altersvorsorge die Zahlung eines Betrages zur freiwilligen Mitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe der Arbeitgeberanteile.

⁴⁸ Die Abbildung stellt die monatliche Grundvergütung sowie die Aufwendungen für die zusätzliche Altersversorgung dar. Aus Gründen der Anonymisierung wurden diese Vergütungsbestandteile der Jahre 2018 bis 2021 je Unternehmen zusammengefasst und durch die Gesamtmonate der Anstellungsverhältnisse geteilt.

Beiträge zur Zusatzversorgungskasse öffentlicher Dienst

In sechs Anstellungsverträgen (3, 4, 7 und 9) verpflichteten sich die Gesellschaften zur Zahlung monatlicher Zuschüsse zur Beitragszahlung in die Zusatzversorgungskasse Sachsen. Bei der Gesellschaft 3 kam diese Vereinbarung jedoch nicht zum Tragen, weil das Unternehmen nicht Mitglied der Zusatzversorgungskasse Sachsen war. Dies war bei Abschluss des Anstellungsvertrages nicht beachtet worden. Der Vertrag wurde dennoch im Nachhinein nicht angepasst.

Bedienung von beitragsbasierten Altersvorsorgeverträgen

Dreizehn Anstellungsverträge beinhalteten Vereinbarungen, auf deren Grundlage die Unternehmen Beitragszahlungen für Altersvorsorgeverträge der Geschäftsleitungsorgane leisteten. Davon waren in neun Fällen die beschäftigenden Unternehmen gleichzeitig Versicherungsnehmer und Beitragszahler, während die betreffenden Personen des Geschäftsleitungsorgans die vom Vertrag Begünstigten waren. In vier Anstellungsverträgen verpflichtete sich das Unternehmen 7, zusätzlich zur Vergütung jährlich einen festgelegten Betrag in eine Anwartschaft auf Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung gem. § 1b Abs. 2 bis 4 BetrAVG zugunsten der Personen des Geschäftsleitungsorgans umzuwandeln. Die Wahl des Versorgungsträgers im Sinne des BetrAVG und den Vertragsabschluss mit dem Versorgungsträger war hier den Personen des Geschäftsleitungsorgans freigestellt. Diese Vorgehensweise ist geeignet, Personen des Geschäftsleitungsorgans mit vergleichsweise geringem Verwaltungsaufwand eine gesicherte Altersvorsorge zu gewähren und ihnen Freiräume bei der konkreten Ausgestaltung einzuräumen.

In einem Anstellungsvertrag verpflichtete sich die Gesellschaft 3 zur Übernahme der jährlichen Kosten für eine Kapitallebensversicherung für die Dauer der Vertragslaufzeit bis zu einer Höhe von 1.800 € jährlich. Diese Regelung wurde jedoch nicht umgesetzt. Die Gesellschaft zahlte auf der Grundlage ihrer Versorgungsordnung zur betrieblichen Altersvorsorge zugunsten der Person des Geschäftsleitungsorgans jährlich 8.000 € an eine überbetriebliche Unterstützungskasse; im Anstellungsvertrag war dies nicht vereinbart.

Pensionszusagen mit Bildung von Pensionsrückstellungen

Pensionszusagen analog der Beamtenversorgung, die allein durch die Bildung von Pensionsrückstellungen in der Bilanz, d. h. ohne Rückdeckungsversicherung, finanziert werden, bestanden für keine der aktiv beschäftigten Personen eines Geschäftsleitungsorgans. Drei Unternehmen hatten in ihren Bilanzen zum 31.12.2020 folgende Rückstellungen für Pensionszusagen ehemaliger Personen eines Geschäftsleitungsorgans ausgewiesen:

- Unternehmen 2 16 T€,

- Unternehmen 4 3.869 T€,
- Unternehmen 7 7.861 T€.

Solche Pensionszusagen sollten nicht vereinbart verwenden, da diese nur schwer kalkulierbar sind und auch nach dem Ausscheiden aus dem Unternehmen hohe Aufwendungen verursachen können. Der SRH begrüßt, dass die Unternehmen von dieser Art der Versorgung Abstand genommen haben.

Folgerung:

Soweit kommunale Unternehmen den Geschäftsleitungsorganen eine zusätzliche arbeitgeberfinanzierte Altersvorsorge gewähren, empfiehlt der SRH, dass diese auf dem BetrAVG basieren. Übersteigen die Arbeitgeberanteile den gesetzlichen Rahmen des BetrAVG, so sind die übersteigenden Beträge bei der Bewertung der Angemessenheit der Gesamtvergütung mit zu berücksichtigen.

4.4.3 Hinterbliebenenversorgung

Die in die Prüfung einbezogenen Anstellungsverträge enthielten zum Teil Regelungen, wonach beim Tod der Person des Geschäftsleitungsorgans an bestimmte Personen für einen unterschiedlich geregelten Zeitraum dessen Vergütung weitergezahlt wurde. Fünfzehn der 23 geprüften Anstellungsverträge enthielten eine solche Regelung. Bezüglich der begünstigten Personen, der Zeiträume und der Höhe der Zahlungsbeträge gab es – teilweise erhebliche - Unterschiede.

Als begünstigte Personen waren Erben, Ehepartner und Kinder oder eine vom Geschäftsleiter zu benennende Person definiert. Hinsichtlich der Dauer des Anspruchs reichte das Spektrum von einem Monat bis hin zum Sterbemonat und den drei folgenden Monaten. In der Regel wurde auf die Grundvergütung abgestellt. Bei drei Anstellungsverträgen ließ die Regelung auch zu, Tantiemen mit einzubeziehen.

Diese vertraglichen Vereinbarungen weisen Parallelen zum Sterbegeld der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem TVöD und den beamtenrechtlichen Vorschriften auf.

Im Rahmen der gesetzlichen Rentenversicherung gibt es ein sogenanntes Sterbevierteljahr. Zeitlich sind dies die drei Monate, welche auf den Sterbemonat folgen. In dieser Zeit erhalten der Ehe-/Lebenspartner eine Witwerrente in voller Höhe des Rentenanspruches des verstorbenen Partners und es wird kein eigenes Einkommen angerechnet. Mit dieser Leistung unterstützt die gesetzliche Rentenversicherung den Hinterbliebenen, sich beim Tod des Partners auf die veränderten Lebensverhältnisse einzustellen.⁴⁹

⁴⁹ Vgl. Erläuterung der Deutschen Rentenversicherung unter https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Rente/Allgemeine-Informationen/Rentenarten-und-Leistungen/Renten-an-Hinterbliebene/renten-an-hinterbliebene_node.html, abgerufen am 07.02.2023

Nach dem TVöD wird nach § 23 Abs. 3 bei Tod des Beschäftigten dem Ehe- bzw. Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes oder den Kindern ein Sterbegeld gewährt. Dieses besteht aus der restlichen Entlohnung für den Sterbemonat und für zwei weitere Monate aus dem Tabellenentgelt des Verstorbenen. Nach § 20 Abs. 1 SächsBeamtVG erhalten der überlebende Ehegatte und nachrangig die Abkömmlinge einmalig ein Sterbegeld in Höhe des Zweifachen der monatlichen Dienstbezüge. Die Bezüge für den Sterbemonat werden den Erben überlassen.

Kommunale Unternehmen sind Unternehmen der öffentlichen Hand. Sie haben öffentliche Zwecke zu verfolgen (§ 94 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 4 S. 1 SächsGemO). Ihre Tätigkeit ist bei Lichte betrachtet öffentliche Verwaltung und keine echte privatwirtschaftliche Tätigkeit.⁵⁰ Der SRH sieht die Fremdgeschäftsführer und –vorstände näher am TVöD, denn es handelt sich hier auch um zeitlich befristet bzw. kündbare Anstellungsverhältnisse. Daher sollten dessen Grundsätze Anwendung finden.

Daraus folgt, dass Versorgungsregelungen die Grenzen des TVöD einhalten sollten. Das bedeutet, dass

- die Begünstigung auf den Sterbemonat und die zwei folgenden Monate begrenzt ist und
- sich das Sterbegeld maximal am Grundgehalt – ohne zusätzliche Vergütungen wie Tantiemen – orientiert.

In nur vier von 15 Fällen entsprachen die Anstellungsverträge mit entsprechenden Regelungen diesen Grundsätzen.

Folgerung:

- 1. Bei der Gewährung einer Hinterbliebenenversorgung im Rahmen von Anstellungsverträgen empfiehlt der SRH, dass sich die kommunalen Eigner und ihre Beteiligungen bezüglich des Sterbegeldes am TVöD orientieren.**
- 2. Das Sterbegeld wäre damit auf den Sterbemonat und die zwei folgenden Monate begrenzt. Dabei ist auf die Grundvergütung abzustellen.**
- 3. Finanziert das kommunale Unternehmen selbst Lebens- oder Rentenversicherungen, ist zu prüfen, ob das Sterbegeld bereits über diese Regelungen abgedeckt wird, um eine Doppelversicherung zu Lasten des Unternehmens auszuschließen.**

4.4.4 Dienstwagennutzung

Von den 19 geprüften Unternehmen gewährten zehn Unternehmen in insgesamt 17 Fällen den Geschäftsleitungsorganen einen Dienstwagen. Davon nahm eine Person die nach ihrem

⁵⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 23.09.1969, Az. VI ZR 19/68, Rn. 12 - juris

Anstellungsvertrag bestehende Wahlmöglichkeit zur Nutzung des privaten PKW gegen Zahlung einer monatlichen Entschädigung in Anspruch. Drei Unternehmen trafen Vereinbarungen zur Nutzung des privaten PKW gegen Entschädigung analog dem Reisekostenrecht.

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebietet eine Abwägung, ob ein Dienstwagen zur Erfüllung dienstlicher Pflichten der Geschäftsleitung, für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens oder Arbeitsmarkterfordernissen notwendig ist und andere wirtschaftlichere Alternativen ausscheiden. Diese Abwägung ist zu dokumentieren. Ein wichtiger Aspekt ist dabei, ob der Dienstwagen für die dienstliche Tätigkeit der Geschäftsleitung oder für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens erforderlich ist.

Rein repräsentative Zwecke sollten – wenn überhaupt - für die Unternehmen der kommunalen Ebene in der Regel nur eine untergeordnete Rolle spielen. Eine Orientierung der kommunalen öffentlichen Unternehmen an der privaten Wirtschaft kann aufgrund ihrer Zweckbestimmung und Ausrichtung nicht erfolgen.

So sollte angesichts des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit die Zumutbarkeit der Nutzung von Alternativen wie z. B. Poolfahrzeugen, Carsharing oder ÖPNV geprüft und in die Abwägung mit einbezogen werden. Auch die Nutzung des privaten PKW gegen Reisekostenerstattung kann eine wirtschaftliche Alternative sein. In den Ballungsräumen, die über eng getakteten ÖPNV verfügen, ist zudem nicht erkennbar, aus welchem Grund die Geschäftsleitungen der für den Nahverkehr verantwortlichen Unternehmen selbigen nicht vorrangig nutzen sollten. Eine solche Lösung würde für die Unternehmen keine zusätzlichen Kosten verursachen und zudem die Wertschätzung des eigenen Produktes unterstreichen.

In die Abwägung kann auch ein erwünschter Beitrag der Kommunen und deren Beteiligungen zum Klimaschutz als gemeinsame Aufgabe⁵¹ einbezogen werden.

Spricht die durchzuführende Abwägung für die Erforderlichkeit eines Fahrzeuges, so bestimmt sich nicht automatisch eine bestimmte Fahrzeugklasse. Auch das bedarf der Abwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Gleichwohl wurde in den Unternehmen 1, 2 und 3 bereits die Gestellung von Fahrzeugen der oberen Mittelklasse in den Anstellungsverträgen fixiert⁵², ohne dass eine entsprechende Abwägung dokumentiert wurde.

4.4.4.1 Selbstverpflichtung in Anstellungsverträgen

Regelungen in Anstellungsverträgen zur Gewährung eines Dienstwagens ohne Alternativen bzw. die Definition einer Fahrzeugklasse schränken die kommunalen Beteiligungen zu sehr ein, denn diese können auf sich ändernde Sachverhalte während der Laufzeit der Verträge

⁵¹ Vgl. dazu das Energie- und Klimaprogramm Sachsen 2021, S. 31

⁵² Die Geschäftsleitung des Unternehmens C nahm zum Prüfungszeitpunkt keinen Dienstwagen in Anspruch.

nicht reagieren. Sie sind auf die Zustimmung der Geschäftsleitungsorgane im Wege der Vertragsänderung angewiesen. Daher sollten die kommunalen Beteiligungen in Anstellungsverträgen – soweit ein Bedürfnis zur Regelung überhaupt besteht – weitreichende Rechte zur Anpassung und zu Alternativen vorsehen. Im Rahmen der Prüfung war dies nur im Falle eines Unternehmens gegeben.

4.4.4.2 private Nutzung

In allen Fällen der Inanspruchnahme eines Dienstwagens sahen die Anstellungsverträge neben der dienstlichen auch die private Nutzung der Fahrzeuge durch die Geschäftsleitung vor. In acht Fällen (47 %) war es auch Dritten, wie dem Ehe-/Lebenspartner (Unternehmen 1, 2, 3) und darüber hinaus in zwei Fällen (Unternehmen 4 und 5) auch weiteren Familienangehörigen⁵³ der Geschäftsleitungen erlaubt, das Dienstfahrzeug privat zu nutzen.

Die private Nutzung eines Dienstwagens stellt einen zusätzlichen Vergütungsbestandteil dar, welcher in die Gesamtbetrachtung bezüglich der Angemessenheit der Vergütung mit einzubeziehen ist. Dabei sind die tatsächlich anfallenden bzw. die hinreichend geschätzten Kosten für das Fahrzeug (Anschaffungs- wie Unterhaltungskosten), bezogen auf den Anteil der privaten Nutzung, maßgeblich. Dabei ist zu beachten, dass die Regelung zur Besteuerung des geldwerten Vorteils für die private Dienstwagennutzung gem. § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG der pauschalen Ermittlung der betreffenden Einkommensteuer dient

In allen Fällen, in denen die private Nutzung der Dienstwagen erfolgte, trugen die Unternehmen die gesamten Kosten für die private Fahrzeugnutzung einschließlich der Kraftstoffe. Nur die Unternehmen 3 und 5 sahen für private Auslandsfahrten – welche beim Unternehmen 3 unter dem Zustimmungsvorbehalt des Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung standen – vor, dass die im Ausland anfallenden Kraftstoffkosten vom Nutzer zu tragen waren.

Lediglich drei nicht vorgenannte Unternehmen konnten die für private Zwecke zurückgelegten Wegstrecken zumindest im Wege einer groben Schätzung beziffern. Die Kenntnis der für private Zwecke zurückgelegten Wegstrecken ist aber hilfreich, um die anteiligen Kosten für die private Dienstwagennutzung und die daraus resultierenden Kosten für das kommunale Unternehmen ermitteln zu können.

⁵³ Als Familie ist verfassungsrechtlich (GG Art. 6 I) die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft von Eltern mit Kindern geschützt (BVerfG FamRZ 89, 255; 03; 816; 13, 521/5). Der Grundrechtsschutz umfasst nicht nur die auf eine Ehe gegründete Familie und setzt den Bestand einer rechtlichen Verwandtschaft nicht voraus (BVerfG aaO), schließt daher nichteheliche Familien (BVerfG FamRZ 03, 816) und die aus gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und einem Kind bestehende, dauerhaft angelegte sozial-familiäre Gemeinschaft ein (BVerfG FamRZ 13, 521/5). Diese Definition findet auch im Zivilrecht Anwendung (vgl. Grüneberg, BGB, Einl. Vor § 1297 Rn. 7)

Zum Teil waren nicht einmal die für die jeweiligen Fahrzeuge anfallenden Gesamtkosten bekannt (Unternehmen 3) bzw. wurden sie nicht benannt (Unternehmen 4). Bestehende erhebliche Zweifel an der Beachtung des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, der die Kommunen auch im Fall der wirtschaftlichen Betätigung bindet, konnten nicht ausgeräumt werden.

4.4.4.3 Haftungsbeschränkungen

In den Fällen der Eröffnung der privaten Nutzung über die Person der Geschäftsleitung hinaus beschränkten die Unternehmen 1, 2 und 3 die Haftung bei Schäden am Fahrzeug grundsätzlich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und schlossen berechnigte Dritte in diese Regelung ein. Damit trug das kommunale Unternehmen auch bei Privatfahrten des Ehe-/Lebenspartners sowie im Falle der Unternehmen 2 und 4 auch der Kinder immer die Selbstbeteiligung - unterstellt, eine Vollkaskoversicherung bestand und trat im Schadensfall ein – sowie ggf. eine Erhöhung der Versicherungsbeiträge, ohne dass in irgendeiner Art und Weise ein Bezug zu den Dienstgeschäften und der Zweckbestimmung des Fahrzeuges bestand. Diese Verfahrensweise ist mit den Grundsätzen der wirtschaftlichen Betätigung kommunaler Unternehmen nicht zu vereinbaren.

Folgerung:

- 1. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfordert eine Abwägung, ob ein Dienstwagen angezeigt ist. In die Abwägung für die Überlassung sind dabei Faktoren wie Wirtschaftlichkeit des Dienstwagens, bestehende Alternativen sowie Unternehmens- und Arbeitsmarkterfordernisse ebenso einzubeziehen wie die Bedeutung des Dienstwagens für die Gewinnung des Kandidaten sowie die Gesamtvergütung. Diese Abwägung ist zu dokumentieren.**
- 2. Der SRH empfiehlt, dass die Geschäftsleitungen im Falle der privaten Nutzung angemessene Ausgleichszahlungen für Privatfahrten an das jeweilige Unternehmen leisten, soweit nicht bereits die private Nutzung des Dienstwagens bei der Ermittlung der angemessenen Gesamtvergütung berücksichtigt geworden ist (vgl. dazu TZ III 4.1).**
- 3. Haftungsbeschränkungen – insbesondere im Rahmen der privaten Nutzung – sind nicht zu erteilen.**

4.4.5 Abfindungen bei ordentlicher Beendigung von Anstellungsverhältnissen

Ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Anstellungsvertrag eines Unternehmens sah im Falle einer durch die Gesellschaft erfolgten ordentlichen Kündigung für die Geschäftsleitung eine Abfindung in Höhe eines Monatsgehaltes⁵⁴ pro vollem Beschäftigungsjahr vor. Der Vertrag konnte von beiden Parteien mit einer Frist von sechs Monaten zum Quartalsende gekündigt werden.

Der SRH sieht kein Bedürfnis für eine solche Regelung. Der Anstellungsvertrag eines Geschäftsleitungsorgans ist ein Dienstvertrag und mithin ein Dauerschuldverhältnis. Einem solchen ist immanent, dass zur Beendigung eine Kündigung erforderlich und dabei die ordentliche Kündigung der regelmäßige Weg ist, zumal diese unter Einhaltung einer Kündigungsfrist erfolgt. Dies ist das Schicksal jedes angemessen geregelten Dauerschuldverhältnisses. Vereinbaren die Parteien einen solchen Vertrag, so gehen diese davon aus, dass dieser beidseitig beendet werden kann. Die arbeitsrechtlichen Normen wie z.B. Kündigungsschutzgesetz, Betriebsverfassungsgesetz sind nicht anwendbar. Daher besteht für eine Abfindung im Falle der ordentlichen Kündigung von Seiten der kommunalen Beteiligung kein Raum.

Im Gegenteil: Eine vereinbarte Abfindung könnte die Gesellschaft zu einer Abwägung in dem Sinne verleiten, dass diese ihre Entscheidung zur Kündigung überdenkt, um der Zahlung einer Abfindung zu entgehen. In Anbetracht der gegenständigen Regelung wird mit jedem Anstellungsjahr die Gefahr einer solchen Abwägung größer. Zudem widerspricht eine solche Regelung dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

Folgerung:

Abfindungen bei ordentlicher Beendigung des Anstellungsverhältnisses sind zu vermeiden.

4.5 Anstellungsverträge in mehreren Unternehmen

Kommunale Beteiligungen unterliegen Veränderungen. Diese können u.a. im Verkauf bzw. einer Übertragung von Geschäftsanteilen und damit einem Übergang auf einen anderen Träger liegen. Dies ist im Falle eines Unternehmens erfolgt. Damit hatte sich auch ein Bedürfnis bezüglich der Anpassung der Anstellungsverträge ergeben. Der Geschäftsleiter des veräußerten Unternehmens hatte seine volle Arbeitskraft dieser Gesellschaft einschließlich ihrer verbundenen Gesellschaften, deren Geschäftsleiter er ebenfalls war, zu widmen. Mit der Veräußerung dieser Anteile am Unternehmen entfiel diese Verbindung. Eine Änderung erfolgte nicht, so dass die Anstellungsverträge widersprüchlich waren.

⁵⁴ Monatsdurchschnitt bezogenes Bruttomonatsgehalt

Folgerung:

Bei Veränderungen in der Gesellschafterstruktur sind die Anstellungsverträge hinsichtlich des Anpassungsbedarfes zu prüfen und, soweit erforderlich, die Änderung vorzunehmen.

4.6 Ausgestaltung bei fehlenden Anstellungsverträgen

Da fünf Unternehmen die Geschäftsleitung vollständig bzw. eine Gesellschaft einzelne Mitglieder nur organschaftlich bestellt, jedoch keine Anstellungsverträge geschlossen hatten, vereinbarten die Beteiligungen Geschäftsbesorgungs- bzw. Dienstleistungsverträge mit Dritt- bzw. den Mutterunternehmen, welche auch die Tätigkeit der Geschäftsleitung beinhalteten.

4.6.1 Geschäftsbesorgungsverträge

Die Unternehmen 1 und 2 schlossen einen Dienstleistungsvertrag zur Gestellung einer Geschäftsleitung ab. Als Vergütung waren monatlich 800 € netto vereinbart. Die Geschäftsleitung des Unternehmens 2 erhielt auf Grund dieser Bestellung eine zusätzliche Vergütung in Höhe von 800 € brutto. Damit waren zumindest teilweise die auf diese zusätzliche Vergütung entfallenden Arbeitgeberanteile für die gesetzliche Sozialversicherung nicht von den Einnahmen abgedeckt. Ferner blieben auch die weiteren Kosten der Geschäftsleitung, wie z. B. die anteiligen Kosten des im Rahmen der Tätigkeit für das Unternehmen 1 genutzten Dienstwagens unberücksichtigt.

In einigen Fällen lagen den vereinbarten pauschalen Entgelten für die Gestellung der Geschäftsleitungen keine Kalkulationen zugrunde bzw. konnte deren Angemessenheit mit den Leistungen nicht in Kontext gebracht werden. Dies betraf die Unternehmen 3, 4 und 5 jeweils zu deren Muttergesellschaften.

Sofern sich die Leistungen im Rahmen der Gestellung der Geschäftsleitung nicht konkret bestimmen lassen bzw. der zeitliche Anteil in den Abrechnungsperioden differiert, sollte der zeitliche Aufwand über längere Zeiträume ermittelt und anschließend ein Durchschnittswert berechnet werden, der dann eine Basis für die Bemessung von Pauschalen sein kann. Insbesondere im Verhältnis Mutterunternehmen-Tochterunternehmen kann ein überhöhtes Entgelt zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führen.

Ein Teil der Geschäftsbesorgungsverträge enthielt haftungsbeschränkende Regelungen.

Im Fall des Unternehmens 3 haftete das Mutterunternehmen nur im Falle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit auf Schadensersatz. Das Unternehmen 4 hatte mit seinen Töchtern 6 und 7 die Haftung gänzlich zu seinen Gunsten ausgeschlossen und geregelt, dass die Haftung ausschließlich zwischen den Töchtern und der jeweiligen Geschäftsleitung zu klären war.

Zunächst sollten die Unternehmen den Bedarf für haftungsbegrenzende Regelungen überprüfen, da in der Regel eine D&O-Versicherung abgeschlossen war. Zudem sollte im Falle des Unternehmens 3 vorsorglich klargestellt werden, dass die Organhaftung der gestellten Geschäftsleitung nicht begrenzt wird (vgl. dazu Tz. III. 5.4). Im dargestellten Fall der Unternehmen 4, 6 und 7 wird auf die gesetzlichen Beschränkungen verwiesen. So kann die Haftung für Vorsatz nach § 276 Abs. 3 BGB dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden. Werden die Vereinbarungen mehrfach gleichartig angewandt, können diese der Inhaltskontrolle der § 305 ff. BGB unterfallen. § 309 Nr. 7 BGB sieht diesbezüglich weitere Einschränkungen vor, welche die Unwirksamkeit von Teilen der Vereinbarung nach sich ziehen können.

Folgerungen:

- 1. Entgelte aus Geschäftsbesorgungsverträgen müssen kalkuliert sein, mit der erbrachten Leistung korrespondieren und alle erbrachten Leistungen berücksichtigen.**
- 2. Der Bedarf von haftungseinschränkenden Regelungen ist – insbesondere im Verhältnis Mutterunternehmen-Tochterunternehmen – bei bestehenden D&O-Versicherungen zu überprüfen. Der SRH empfiehlt, den gesetzlich geregelten Haftungsmaßstab nicht anzutasten.**

4.6.2 Klarstellende Regelungen

Fehlt es an ausdrücklichen Regelungen der Anstellungsbedingungen in der Satzung und ist auch kein Anstellungsvertrag abgeschlossen, können die Anstellungsbedingungen aus dem organisationsrechtlichen Bestellungsverhältnis abgeleitet werden.⁵⁵ § 52 GmbHG i.V.m. § 113 Abs. 1 AktG trifft eine solche Regelung zur Vergütung von Aufsichtsräten. Der Rechtsgedanke dieser Vorschrift lässt sich auch auf die Fallgestaltungen der Geschäftsleitung bei einer fehlenden Regelung zur Vergütung übertragen. Es kann nicht erwartet werden, dass eine Person zwar für die Gesellschaft tätig wird, aber keine Vergütung erhält.⁵⁶ Mögliches Konfliktpotential lässt sich durch klarstellende Regelungen vermeiden.

Folgerung:

Um nachträgliche Auseinandersetzungen zu vermeiden, empfiehlt es sich, dass die kommunalen Beteiligungen konkrete und verbindliche Regelungen mit den Geschäftsleitungen treffen. Dies betrifft insbesondere auch die Fallgestaltungen, in denen angestellte Geschäftsleitungen des Geschäftsbesorgers oder der Mutterunternehmen bei

⁵⁵ Scholz, GmbHG, § 35 Rn. 258

⁵⁶ Scholz, aaO.

Dritt- oder Tochterunternehmen bestellt sind. Soweit beabsichtigt ist, im Rahmen einer Bestellung keine zusätzliche Vergütung zu gewähren, ist dies ausdrücklich zu vereinbaren.

4.7 Kontrolle der Einhaltung vertraglicher Regelungen

Anstellungsverträge bedürfen insbesondere hinsichtlich der Vergütung eindeutiger und widerspruchsfreier Regelungen. Im Rahmen eines Vertragsverhältnisses war der Anstellungsvertrag hinsichtlich der Regelung zur Tantieme nicht auf die Systematik der Jahresabschlüsse abgestimmt. Daraus ergaben sich Schwierigkeiten bezüglich der Basis für deren Berechnung. Ferner wurden in diesem Unternehmen Vergütungsbestandteile ausgezahlt, welche so nicht vereinbart waren. In den Jahren 2018 bis 2021 wurde im Rahmen der Berechnung der Tantieme zum jeweiligen Jahresergebnis jeweils die gebildete Rücklage für die Tantieme hinzuaddiert und damit die Berechnungsbasis unzutreffend erhöht. Dies hatte zur Folge, dass im vorbenannten Zeitraum 8.384 € (10,3 %) zu viel ausgezahlt wurden. Die Auszahlungsanordnung nahm das Geschäftsführungsorgan selbst vor. Eine Kontrolle durch den Aufsichtsrat und die Gesellschafterversammlung erfolgte dabei nicht.

Der Umstand, dass diese Berechnung selbst dem Wirtschaftsprüfungsunternehmen bei der Prüfung der Jahresabschlüsse nicht auffiel, obwohl dieses im Rahmen einer von der Gebietskörperschaft CC beauftragten Begutachtung zuvor zu dem Schluss kam, dass die Tantieme zu hoch war und die Auszahlung durch den Geschäftsleiter ohne Kontrolle erfolgte, lässt Zweifel an der Belastbarkeit der im Bericht des Wirtschaftsprüfers getroffenen Aussagen aufkommen. Dieser Vorgang zeigt, dass sich die Überwachungs- und Kontrollorgane nicht allumfassend auf die Ergebnisse der Prüfung der Wirtschaftsprüfungsunternehmen verlassen dürfen und mithin zum Erfüllen ihrer Verpflichtung eine eigenständige Kontrolle durch sie erforderlich ist.

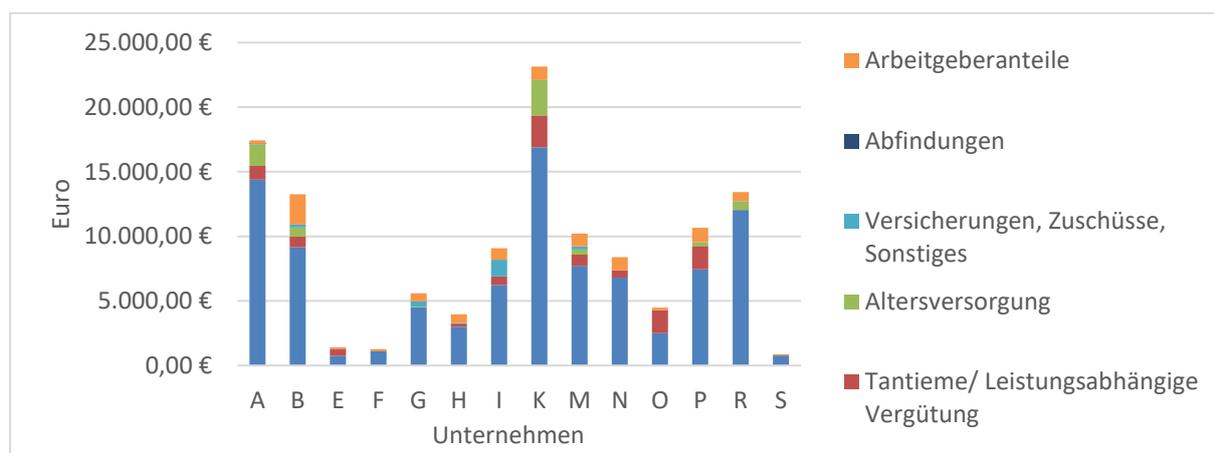
Folgerungen:

- 1. Vergütungsbestimmungen in Anstellungsverträgen müssen eindeutig und insbesondere bezüglich der Berechnung widerspruchsfrei sein.**
- 2. Die Auszahlung der Vergütung bedarf hinsichtlich Grund und Höhe einer Kontrolle durch die Überwachungsorgane. Die kommunalen Beteiligungen haben Maßnahmen zu ergreifen, durch die Entscheidungen der Geschäftsführung in eigener Sache zu Berechnung und Auszahlung der Vergütung vermieden werden.**
- 3. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfordert die Rückforderung einer nicht gerechtfertigt gezahlten Vergütung.**
- 4. Die Überwachungs- und Kontrollorgane müssen ihren Prüfungspflichten eigenständig nachkommen.**

4.8 Vergütungsbestandteile und Vergütungshöhen - Gesamtüberblick

Die durchschnittliche monatliche Gesamtvergütung (brutto) je Unternehmen einschließlich der wesentlichen Bestandteile inkl. Arbeitgeberanteile wird nachfolgend für die Jahre 2018 bis 2020 dargestellt, soweit Anstellungsverhältnisse mit Pflicht zur Gewährung einer Vergütung bestanden.⁵⁷

Abbildung 7: durchschnittliche monatliche Gesamtvergütung pro Mitglied der Geschäftsleitung je Unternehmen 2018 bis 2020⁵⁸

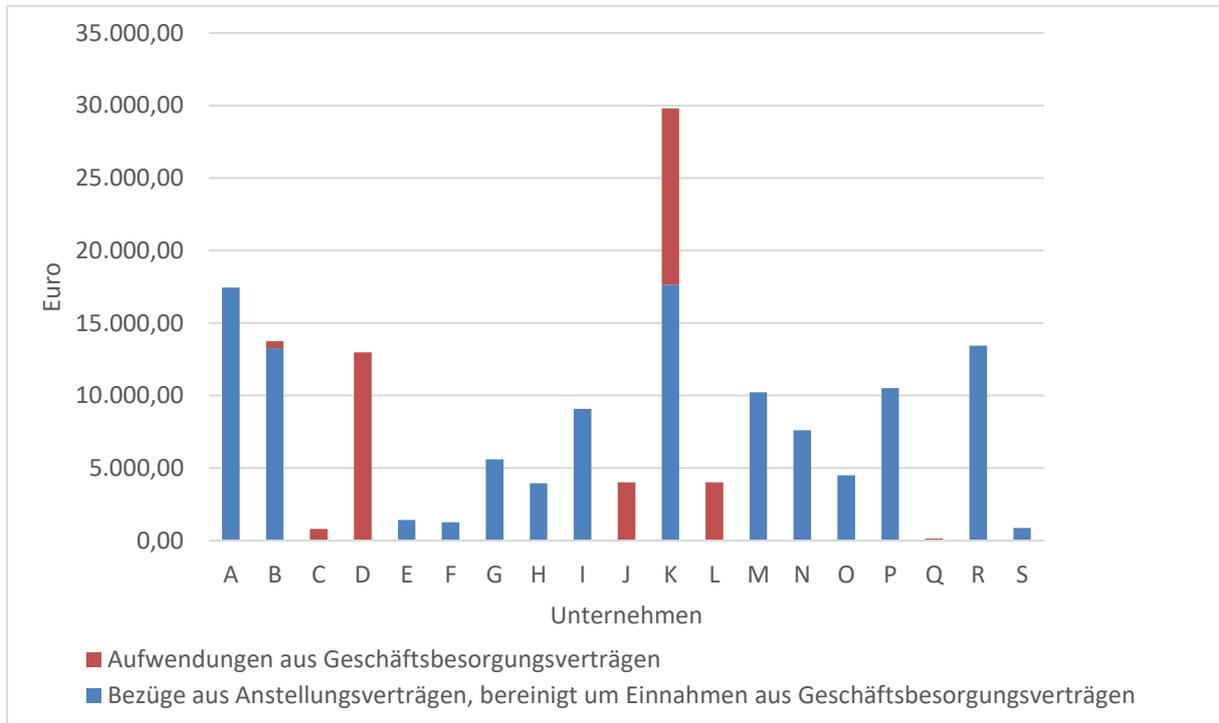


Teilweise waren in den Unternehmen Geschäftsleitungsorgane bestellt, ohne dass ein Anstellungsvertrag abgeschlossen wurde. An dessen Stelle vereinbarten die Unternehmen Geschäftsbesorgungsverträge über Managementleistungen, welche vergütet wurden (vgl. dazu auch Tz. III. 4.5). Diese Aufwendungen fließen in die nachfolgende Übersicht mit ein. Diese stellt mithin die Gesamtaufwendungen der geprüften Unternehmen hinsichtlich der Vergütung der Geschäftsleitung dar.

⁵⁷ Da die Tantiemen bei den geprüften Unternehmen im Folgejahr und abhängig von der Bestätigung der Jahresabschlüsse ausgezahlt werden, wurde das Jahr 2021 in der Abbildung nicht berücksichtigt, da die Jahresabschlüsse diesbezüglich noch nicht vorlagen.

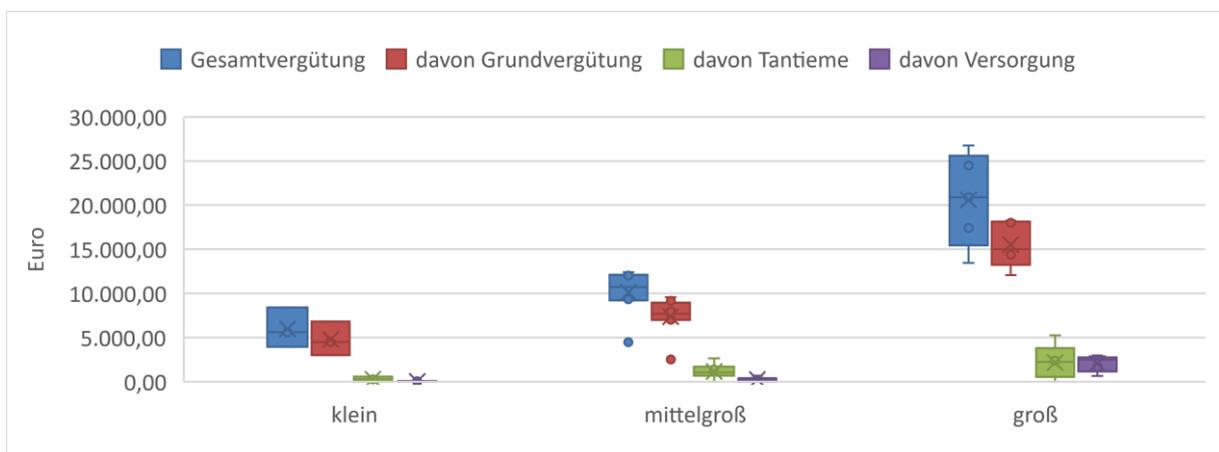
⁵⁸ Aus Gründen der Anonymisierung wurden die Vergütungen und die Bestandteile der Jahre 2018 bis 2020 je Unternehmen zusammengefasst und durch die Gesamtmonate der Anstellungsverhältnisse geteilt. Der weitere Vergütungsbestandteil „Überlassung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung“ konnte nicht berücksichtigt werden, da die Unternehmen überwiegend nicht in der Lage waren, die auf die private Nutzung entfallenden Kosten zumindest grob zu beziffern. Soweit keine Vergütung ausgewiesen ist, waren bezogen die Geschäftsleitungen von den geprüften Unternehmen keine Vergütung. In diesen Fällen schlossen die Unternehmen Geschäftsbesorgungsverträge ab. Die entsprechenden Aufwendungen erschließen sich aus Abbildung 8.

Abbildung 8: Übersicht über die durchschnittlichen monatlichen Aufwendungen der Unternehmen im Zeitraum 2018 bis 2020 je Person der Geschäftsleitung aus den Anstellungsverträgen und Geschäftsbesorgungsverträgen



Im Rahmen der gegenständlichen Prüfung wurde untersucht, welchen Einfluss die Größe der einbezogenen Unternehmen auf die Vergütung und deren Bestandteile hat. Hinsichtlich der Einordnung wurde dabei auf die Größenklassen nach § 267 HGB zurückgegriffen. Dabei wurde deutlich, dass die Vergütung und deren Bestandteile deutlich mit der Größenklasse steigen obgleich Arbeitsaufwand und Verantwortung nicht zwingend mit der Unternehmensgröße korrespondieren.

Abbildung 9: Vergütungsübersicht je Monat nach Größenklassen



Signifikat stiegen bei großen Kapitalgesellschaften die Anteile hinsichtlich der Altersversorgung. Gerade in Anbetracht der gezahlten Grundvergütungen sollten sich die kommunalen Beteiligungen die Frage stellen, ob die Versorgungsanteile in einem angemessenen Verhältnis zur Grund- und Gesamtvergütung stehen.

Die Vergütungen gehen über die Gemeinkosten auch in die Kalkulationen der zu erhebenden Entgelte ein und können diese damit beeinflussen.

Die Höhe der Vergütung der Geschäftsleitung hat Einfluss auf das Unternehmensergebnis und damit auch auf die Höhe der Ausschüttung von Erträgen an die kommunalen Haushalte nach § 94a Abs. 4 SächsGemO. Ist die kommunale Beteiligung auf Zuschüsse angewiesen, so beeinflusst die Vergütung auch deren Bedarf.

Folgerung:

Aus Sicht des SRH haben die kommunalen Anteilseigner auf ein ausgewogenes Verhältnis der Vergütung der Geschäftsleitungsorgane in Bezug auf die Erreichung des öffentlichen Zwecks ihrer Betätigung, deren Erträgen und Entgelten zu achten.

4.9 Vergütungsoffenlegung

4.9.1 Allgemeine Betrachtung

Während für börsennotierte Kapitalgesellschaften die personenbezogene Offenlegung bereits seit 2005 gesetzlich verpflichtend geregelt ist, schreibt § 285 Satz 1 Nr. 9a HGB für andere Gesellschaften vor, die gewährten Gesamtbezüge für die Mitglieder des Geschäftsführungsorgans und des Aufsichtsrats bzw. einer vergleichbaren Einrichtung für jede Personengruppe im Anhang des Jahresabschlusses anzugeben. § 286 Abs. 4 HGB räumt allen nicht kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften sowohl bei der Aufstellung als auch bei der Offenlegung eine Verzichtsklausel ein. Kleine Kapitalgesellschaften müssen die Angabe nach § 288 Abs. 1 HGB zu Organbezügen nicht offenlegen.

In elf Bundesländern existieren speziell für öffentliche kommunale Unternehmen in Privatrechtsform einschlägige Regelungen, die eine Offenlegung der Managementvergütung gesetzlich vorsehen. Diese sind jedoch unterschiedlich ausgestaltet. Zehn Flächenländer bzw. Stadtstaaten sehen eine Verpflichtung zur Offenlegung vor, ein Bundesland normiert eine Hinwirkungspflicht. In zwei Bundesländern bleibt die die Vorschrift des § 286 Abs. 4 HGB unberührt. Der Freistaat Sachsen gehört zu den drei Bundesländern, welche keine entsprechende gesetzliche Regelung getroffen haben.

Die bereits für die Kernhaushalte der Kommunen durch die Kommunalbesoldungs-Verordnung sowie den Stellenplan bestehende Transparenz, die zum sparsamen und wirtschaftlichen Ein-

satz von öffentlichen Mitteln beiträgt, sollte nicht durch die Auslagerung auf kommunale Unternehmen in privater Rechtsform umgangen werden. Nur zwei geprüfte Gebietskörperschaften haben sich eine solche Selbstverpflichtung auferlegt.

Folgerung:

Der SRH empfiehlt den kommunalen Trägern die Offenlegung der Vergütung von Geschäftsführungsorganen kommunaler Unternehmen.

4.9.2 Vergütungsoffenlegung im Einzelnen

Zwei geprüfte Unternehmen veröffentlichten in ihren Jahresabschlüssen die der Geschäftsleitung gewährten Bezüge im jeweiligen Geschäftsjahr, unterteilt in einzelne Kategorien. Im Rahmen seiner Prüfung musste der SRH bei einem Unternehmen feststellen, dass in den Jahren 2018 bis 2021 bezüglich der Altersversorgung in Summe 24.000 € zu wenig an gezahlten Aufwendungen des Unternehmens in den Veröffentlichungen ausgewiesen wurden. Zudem wurden im Jahr 2020 bezüglich der Tantiemen eines Mitglieds der Geschäftsleitung Beträge ausgewiesen, welche sich sowohl auf 2018 und 2019 beziehen sollten, tatsächlich aber nur auf 2019 bezogen.

Selbst auferlegte Transparenzregelungen können nur dann ihre Funktion erfüllen, wenn die veröffentlichten Werte real die an die Geschäftsleitung gewährten Bezüge darstellen.

Folgerung:

Entscheiden sich die kommunalen Anteilseigner und ihre Beteiligungen für die Offenlegung der Vergütung, so hat diese das tatsächliche Bild widerzuspiegeln.

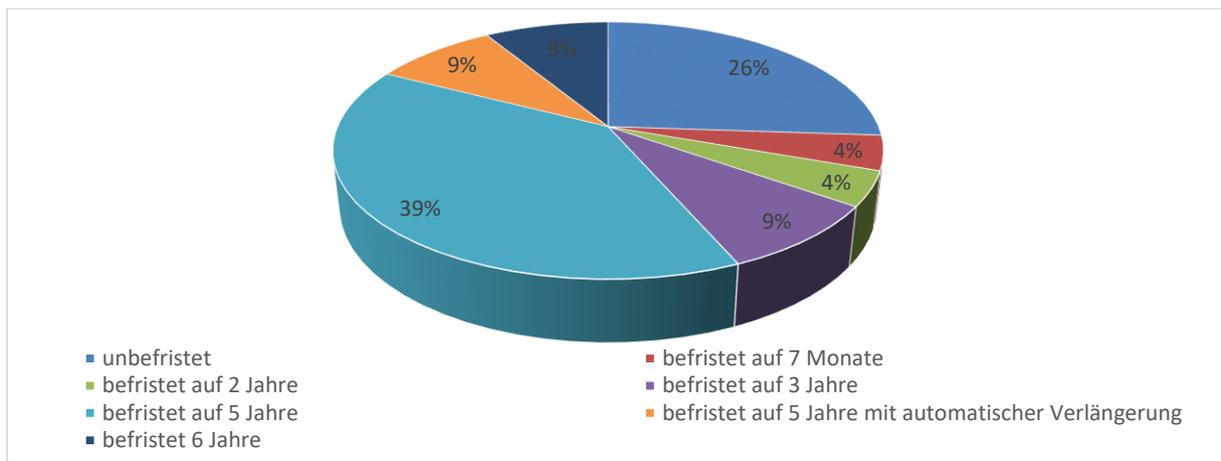
5 Ausgestaltung der Anstellungsverträge

5.1 Dauer und Beendigung der Anstellungsverträge

5.1.1 Laufzeit und Kündigung von Anstellungsverträgen

Überwiegend vereinbarten die Gesellschaften befristete Anstellungsverträge. Eine Befristung mit automatischer Verlängerung um jeweils fünf Jahre, soweit keine Kündigung erfolgt, sahen nur zwei Gesellschaften vor. Die Befristungen reichten im Prüfungszeitraum von sieben Monaten bis zu sechs Jahren. Befristete Verträge enthielten überwiegend Regelungen, wonach die zuständigen Gesellschaftsorgane vor Ablauf der Anstellungsverträge über Verlängerungen verhandeln und entscheiden konnten, ohne dass dadurch ein Anspruch auf Verlängerung bestand.

Abbildung 10: Übersicht über die Laufzeiten der Anstellungsverhältnisse



Hinsichtlich der Laufzeit von Anstellungsverträgen besteht ein Spannungsfeld. Auf der einen Seite führen längerfristige Verträge zur Bindung von geeignetem Personal. Die kommunalen Beteiligungen sind jedoch bei Veränderungsbedarf an die Laufzeit der Verträge gebunden, soweit keine Gründe für eine außerordentliche Kündigung der Anstellungsverhältnisse vorliegen und weitergehende Kündigungsrechte vereinbart sind. Erfolgt dennoch eine Freistellung von Personen der Geschäftsführung oder eine vorzeitige Beendigung der Verträge, so kann sich eine finanzielle Belastung für die Beteiligungen durch Fortzahlung der Bezüge ergeben. Dies lässt sich zwar durch kürzere oder unbefristete Vertragslaufzeiten vermeiden, jedoch führen diese nicht zu einer Personalbindung, die gerade in Zeiten der Knappheit von qualifizierten personellen Ressourcen an Bedeutung gewinnt.

Grundsätzlich besteht eine gesetzliche Verpflichtung zur Befristung von Anstellungsverträgen auf maximal 5 Jahre nur für die Aktiengesellschaft nach § 84 Abs. 1 S. 1, 5 AktG und die mitbestimmte GmbH gem. § 31 Abs. 1 MitbestG. Die GmbH sollten sich ebenfalls an dieser Frist orientieren.

Geschäftsleitungen sind für den operativen Bereich und damit maßgeblich für die Erreichung der Ziele und die Verwirklichung des öffentlichen Zwecks des Unternehmens sowie – diesem untergeordnet – den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens verantwortlich. Die Kontrolle der Erreichung der Ziele obliegt dem kommunalen Gesellschafter und den von ihm in die Überwachungsorgane entsandten Personen. Dazu sollte turnusmäßig eine Kontrolle und Auswertung der Leistung und Ergebnisse der Tätigkeit der Geschäftsleitungsorgane erfolgen. Werden die Anforderungen nicht erfüllt, so müssen die kommunalen Gesellschafter in der Lage sein, kurzfristige Veränderungen vornehmen zu können. Zwar steht es dem kommunalen Gesellschafter jederzeit frei, das Geschäftsleitungsorgan abzubestellen. Von diesem organschaftli-

chen Vorgang ist jedoch der rechtsgeschäftlich zu behandelnde Anstellungsvertrag zu trennen. Ist der Anstellungsvertrag befristet, kann er nicht ordentlich gekündigt werden (vgl. § 620 Abs. 2 BGB), soweit nicht die Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung vereinbart ist.⁵⁹

Es bedarf vielmehr eines außerordentlichen Grundes, um das Dienstverhältnis zu beenden. Liegt ein solcher nicht vor bzw. wird im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung nicht anerkannt, so hat dies in der Regel Schadensersatzansprüche des vormaligen Geschäftsleitungsorgans zur Folge. Durch kürzere Vertragslaufzeiten bzw. den unbefristeten Abschluss der Anstellungsverträge kann dieses Risiko verringert werden und der kommunale Gesellschafter behält die Entscheidungsfreiheit. Die Laufzeit der Befristung kann sich auch an den Zeiträumen der dem Geschäftsführungsorgan auferlegten Ziele orientieren, wenn diese einen mehrjährigen Zeitraum umfassen. Gleichzeitig kann dies die Motivation zur Zielerreichung jenseits der Gewährung einer Tantieme fördern.

In Betracht kommen Klauseln (sog. Kopplungsklauseln), nach denen in der Abberufung zugleich eine Kündigung des Anstellungsvertrages zum nächsten zulässigen Zeitpunkt liegt. Diese sind rechtlich nicht zu beanstanden.⁶⁰ In Anstellungsverträgen, die für die Dauer ihrer Befristung nur außerordentlich gekündigt werden können, bedarf es allerdings einer Klarstellung, dass diese Beschränkung im Fall einer Beendigung der Organstellung nicht gelten soll.⁶¹ Anderenfalls ergibt die Auslegung, dass die Kopplungsklausel nur greifen kann, wenn die Voraussetzungen gemäß § 626 Abs. 1 BGB vorliegen.⁶² Gerade bei länger befristeten Anstellungsverhältnissen könnten solche Regelungen eine kurzfristige Beendigung der Anstellungsverhältnisse ermöglichen.

Folgerungen:

- 1. Bei befristeten Anstellungsverträgen empfiehlt der SRH, dass sich die kommunalen Beteiligungen ordentliche Kündigungsrechte vorbehalten.**
- 2. Befristungen über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren sieht der SRH kritisch.**

5.1.2 Aufhebungsverträge

Auch Aufhebungsverträge können Risiken bergen. Ein Unternehmen schloss mit einem Mitglied der Geschäftsleitung auf dessen Bitte einen Aufhebungsvertrag ab. In diesem war u.a. eine Ausgleichsklausel mit dem Inhalt vereinbart, dass mit vollständiger Erfüllung aller Ansprüche aus dieser Aufhebungsvereinbarung, sämtliche beiderseitigen Ansprüche, insbesondere finanzielle Ansprüche des Mitglieds der Geschäftsleitung aus und im Zusammenhang mit dem

⁵⁹ Zur Zulässigkeit bei Dienstverträgen: Grüneberg, BGB, § 620, Rn. 10

⁶⁰ LG Frankfurt a.M., Urteil vom 11.12.2013, Az. 3-03 O 156/12; für die AG: BGH, Urteil vom 29.05.1989, Az. II ZR 220/88

⁶¹ Scholz, GmbHG, § 35, Rn. 462; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, Anh. Zu § 6, Rn. 44; vgl. Lohr, NZG 2001, 826, 832

⁶² BGH, Urteil vom 21.06.1990, Az. II ZR 27/98

Anstellungsvertrag und dessen Beendigung, gleich aus welchem Rechtsgrund, abschließend und umfassend erledigt und abgegolten waren.

Neben der Absicherung vor Ansprüchen eines ausscheidenden Mitglieds der Geschäftsleitung schmälert eine solche Regelung auch die Rechtsposition des kommunalen Unternehmens, denn durch die Wechselseitigkeit verzichtet dieses auch auf ggf. noch unbekannte Ansprüche, welche gegen ausscheidende Personen bestehen könnten

Folgerung:

Kommunale Beteiligungen und deren Gesellschafter haben vor Abschluss von Aufhebungsverträgen prüfen, ob sie auf Ansprüche gegen Geschäftsleitungsorgane verzichten. Im Zweifel ist von einem solchen Verzicht Abstand zu nehmen bzw. vorher zumindest eine Abstimmung mit der D&O-Versicherung hinsichtlich negativer Auswirkungen auf ggf. bestehende Versicherungsansprüche vorzunehmen.

5.2 Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot

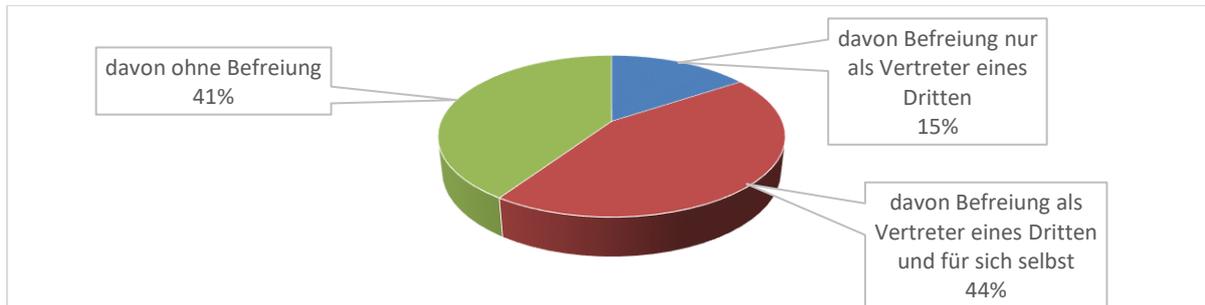
Nach § 181 BGB kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen (Selbstkontrahieren) oder als Vertreter eines Dritten (Doppelvertretung) ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Die Norm beruht auf dem Gedanken, dass die Mitwirkung derselben Person auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes die Gefahr eines Interessenkonfliktes und damit die mögliche Schädigung eines Teils in sich birgt.⁶³

Bis auf die Unternehmen 1 und 2 räumten alle geprüften Gesellschaften in ihren Gesellschaftsverträgen die Möglichkeit ein, per Entscheidung des jeweils zuständigen Organs die Geschäftsleitung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien. Das Unternehmen 2 hob bereits im Gesellschaftsvertrag diese Beschränkung vollständig auf. Zwölf Unternehmen machten von der eingeräumten Möglichkeit bezüglich der Befreiung Gebrauch. Diese erfolgte unbefristet und war nicht auf Einzelfälle beschränkt.

Von den 32 geprüften organschaftlichen Bestellungen waren 14 nicht nur als Vertreter eines Dritten vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit, sondern auch dazu ermächtigt, im Namen der von ihnen vertretenen kommunalen Gesellschaften mit sich auch im eigenen Namen Rechtsgeschäfte abzuschließen.

⁶³ Grüneberg, BGB, § 181 Rn. 18; BGHZ 51, 210; BGHZ 56, 101

Abbildung 11: Übersicht über Befreiungen vom Selbstkontrahierungsverbot der organschaftlichen Bestellungen



Den Fällen des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung ist die Gefahr von Interessenkonflikten immanent. Wenn die Mitglieder der Geschäftsleitung als Vertreter der Gesellschaft mit sich als Vertreter eines Dritten Geschäfte abschließen, besteht zumindest die Möglichkeit, dass nicht die Interessen der Gesellschaft im Vordergrund stehen. Während ihrer Tätigkeit sind die Mitglieder der Geschäftsführung den Unternehmensinteressen der Beteiligungen verpflichtet. Zwischen einzelnen und verbundenen Unternehmen sind die Interessenlagen oft unterschiedlich. Um für die Gesellschaften nachteilige Vertragsabschlüsse zu vermeiden, sollte die Geschäftsführung nur bei Vorliegen besonderer Gründe von den Verboten des § 181 BGB befreit werden. Für erforderliche Einzelfälle bleibt die Möglichkeit, der Geschäftsleitung ausnahmsweise eine Befreiung vom Verbot zu erteilen.⁶⁴

Der SRH verkennt nicht, dass gerade im Verhältnis Mutter-Tochter-Unternehmen die organschaftliche Bestellung ein und derselben Person zu Einsparungen und Synergieeffekten führen kann. Bei 10 von 19 Unternehmen bestanden solche Wechselbeziehungen durch die gleichzeitige Bestellung oder Erfüllung von Geschäftsbesorgungsverträgen, die eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB im Einzelfall rechtfertigen. Solche Konstellationen erfordern jedoch die Installation interner Kontrollsysteme und die Überwachung durch die Überwachungsorgane (vgl. dazu Tz. III. 6.1 und 6.2).

Soweit die Geschäftsleitung diese Funktion nur in einem Unternehmen innehat, sieht der SRH grundsätzlich kein Bedürfnis für eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB.

Beim Unternehmen 3 war bereits vor Beginn und während des Prüfungszeitraumes die vorgenannte Konstellation durch Aufgabe der Gründung einer weiteren kommunalen Beteiligung entfallen. Die erteilte Befreiung bestand weiter. Ein restriktiver Umgang mit Befreiungen erfordert, dass diese widerrufen werden, sobald kein Bedarf mehr besteht.

⁶⁴ Vgl. dazu den Leitfaden „Beteiligungsmanagement im kommunalen Bereich“ des SMI, SSG und SLKT vom November 2014

Das Unternehmen 2 befreite seine Geschäftsleitung hinsichtlich aller Beschränkungen des § 181 BGB bereits im Gesellschaftsvertrag. Das Unternehmen 4 nahm dies in gleicher Weise in den Anstellungsverträgen vor, ohne dass ein Bedürfnis für eine Befreiung bestand.

Der SRH hält solche Regelungen in Anbetracht des Ausnahmecharakters der Befreiung von § 181 BGB für bedenklich, zumal für eine Änderung die Anpassung des Gesellschaftsvertrages und im Fall des Anstellungsvertrages die Zustimmung der Geschäftsleitung während der Laufzeit des Vertrages erforderlich sind. Entscheidungen über Befreiungen von den Beschränkungen des § 181 BGB sollten daher unter Beachtung der vorbeschriebenen Grundsätze durch Beschlüsse der zuständigen Gremien erfolgen.

Neun Unternehmen befreien ihre Geschäftsleitung in insgesamt 14 Fällen auch von den Beschränkungen des § 181 BGB für Rechtsgeschäfte mit sich selbst. Dabei trat im Unternehmen 5 die Besonderheit auf, dass der entsprechende Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 25.06.2018 zwar nur die Befreiung eines Mitglieds der Geschäftsleitung als Vertreter eines Dritten vorsah, dieses jedoch im Vollzug im Handelsregister vollständig von den Beschränkungen befreit wurde.

Für die Einräumung der Befreiung im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen und damit in eigenen Angelegenheiten der Geschäftsführung selbst sieht der SRH grundsätzlich keinen Raum. Lediglich das Unternehmen 6 setzte sich im Rahmen der Beschlussfassung des Aufsichtsrates mit den Gründen für diese Befreiung nachvollziehbar auseinander.

Folgerung:

- 1. Eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB kommt grundsätzlich nur in den Fällen der Vertretung eines Dritten in Betracht. Für die Einräumung der Befreiung im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen sieht der SRH keinen Raum.**
- 2. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB hat grundsätzlich durch Beschlüsse der zuständigen Gremien zu erfolgen. Pauschale Befreiungen in Gesellschafts- wie Anstellungsverträgen sind zu vermeiden.**
- 3. Die Befreiungen sind unverzüglich nach Wegfall der Gründe zu widerrufen. Dies setzt eine regelmäßige Kontrolle durch das Aufsichtsorgan voraus.**

5.3 Haftungsbeschränkungen

§ 43 Abs. 1 GmbHG bestimmt, dass Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden haben. Gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen

und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Pflichtverletzungen im Sinne der vorgeannten Vorschriften können sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begangen werden. Die Haftung basiert unabhängig vom Bestand eines Anstellungsverhältnisses⁶⁵ auf einer ähnlich der Vertragshaftung auf privatautonomer Grundlage der Organstellung beruhenden Verantwortlichkeit.⁶⁶ Haftungsbeschränkungen in Anstellungsverträgen wirken lediglich im Innenverhältnis und zulasten des Gesellschaftsvermögens. Insbesondere im Anwendungsbereich des § 43 Abs. 3 GmbHG steht die Geschäftsführerhaftung generell nicht zur freien Disposition der Gesellschafter.⁶⁷

In drei Fällen war der Sorgfaltsmaßstab und damit die Haftung der Geschäftsleitung im Innenverhältnis begrenzt.

Das Unternehmen 1 regelte in einem Anstellungsvertrag, dass außer im Fall von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit die Verantwortung der Geschäftsleitung betragsmäßig auf die einfache jährliche Deckungssumme der D&O-Versicherung in Höhe von 2,5 Mio. € begrenzt war. Dabei wurde übersehen, dass bereits bei Abschluss des Anstellungsvertrages mit der haftungsbeschränkenden Regelung eine D&O-Versicherung mit der Deckungssumme von 3 Mio. € bestand.

In einem Anstellungsvertrag des Unternehmens 2 war die Befreiung der Geschäftsleitung von der Haftung für leichte Fahrlässigkeit geregelt. Dies beruhte nach Angaben der Geschäftsleitung darauf, dass der Standardvertrag des Hauptgesellschafters für von ihm verwaltete öffentliche GmbH-Unternehmen es so vorsah.

Während der Anstellungsvertrag des Unternehmens 3 mit dessen Geschäftsleitung keine Regelungen hinsichtlich der Einschränkung der Haftung enthielt, sah die allein vom Gesellschafter erlassene Geschäftsordnung für das Geschäftsleitungsorgan eine Beschränkung der Haftung gegenüber der Gesellschaft auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vor.

Mit dem in § 43 GmbHG, § 93 AktG normierten Sorgfaltsmaßstab schuldet die Geschäftsleitung die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbstständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zu beachten hat. Die Geschäftsleitung eines Kommunalunternehmens ist Fremdgeschäftsleitung. Damit obliegt ihr die Verwaltung von Vermögen und die Wahrnehmung von Interessen Dritter, hier von kommunalen Gesellschaftern, und damit insoweit von öffentlichem Vermögen und Interessen.

⁶⁵ Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 2; BGH NJW 1994, 2027; BGHZ 41, 282, 287 (für AG); OLG Frankfurt am Main, BeckRS 2008, 12856 (für unentgeltliche Geschäftsführung); BGH NZG, 2002, 1170,1171

⁶⁶ BGH NJW-RR, 1992, 800,801; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 4

⁶⁷ Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 46

Der durch den Anstellungsvertrag im Falle des Unternehmens 3 reduzierte Haftungsmaßstab blieb hinter dem gesetzlich bestimmten Pflichtenstandard zurück. Das Risiko der Geschäftsleitung, für eigene Sorgfaltspflichtverletzungen in Anspruch genommen zu werden, verminderte sich dadurch erheblich. Da das unternehmerische Risiko ein Grund dafür ist, dass Geschäftsleitungen privatrechtlich organisierter Unternehmen der Kommune eine höhere Vergütung gezahlt wird als Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, sollte die Verantwortlichkeit nicht durch vertragliche Regelungen abgeschwächt werden. Anderenfalls wirkt sich ein im Anstellungsvertrag reduzierter Sorgfaltsmaßstab negativ auf die Angemessenheit der Vergütung aus. In den zwei vorbeschriebenen Fällen war eine solche Anpassung der Vergütung auf Grund des verringerten Haftungsmaßstabes nicht erkennbar.

Haftungsbeschränkende Regelungen können dazu führen, dass die Gesamtvergütung nicht mehr als angemessen angesehen werden kann.

Folgerung:

Abweichungen vom gesetzlichen Maßstab der geschuldeten Sorgfalt (§ 43 Abs. 1 GmbHG bzw. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG) sieht der SRH kritisch. Dies gilt insbesondere für haftungsbeschränkende Regelungen.

5.4 D&O-Versicherung

Die D&O-Versicherung ist eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, welche ein Unternehmen für seine Organe und leitenden Angestellten abschließt. Es handelt sich um eine Versicherung zugunsten Dritter, welche nach ihrer Art zu den Berufshaftpflichtversicherungen zählt. Eine D&O-Versicherung kann sowohl zugunsten der Mitglieder der Geschäftsleitung, wie auch des Aufsichtsrates oder diesem gleichgestellten Organen abgeschlossen werden. Sie schützt die kommunale Beteiligung so vor dem Ausfall von Ansprüchen gegen Mitglieder dieser Organe, wenn diese durch pflichtwidrige Handlungen dem Unternehmen einen Schaden zufügen, insbesondere dann, wenn die zum Schadensersatz Verpflichteten nicht in der Lage sind, die Ansprüche des Unternehmens zu erfüllen.

Mit Ausnahme von zwei Unternehmen hatten alle geprüften Beteiligungen eine D&O-Versicherung abgeschlossen bzw. bestand Versicherungsschutz im Konzern.

5.4.1 Erforderlichkeit einer D&O-Versicherung

Es ist stets eine Frage des Einzelfalles, ob und in welchen Umfang eine D&O-Versicherung erforderlich ist. Dabei muss eine Analyse über den Bedarf und eine Abwägung über Vor- und Nachteile vorgenommen werden, in deren Rahmen u.a. folgende Aspekte einfließen können:

- unternehmerische Risiken und die Möglichkeit des Eintrittes von Schadensereignissen,
- mögliche Höhe der Ansprüche und Gefahr des Ausfalls der Forderungen,
- Aufwendungen für die D&O-Versicherung,
- Höhe der Vorstands- bzw. Geschäftsführervergütung.

Eine maßgebende Größe in der Gesamtbetrachtung ist dabei die Frage, welchen unternehmerischen Risiken die Unternehmensorgane ausgesetzt sind. Grundsätzlich wird empfohlen eine D&O-Versicherung nur bei einem erhöhten unternehmerischen Risiko abzuschließen. Das Ergebnis der Analyse ist zu dokumentieren. Dies dient auch dazu, Änderungsbedarf zu erkennen und daraufhin Änderungen vornehmen zu können.

5.4.2 Interessenkonflikte bei Abschluss einer D&O-Versicherung

Um Interessenkonflikten in Form der Versicherung in eigener Sache entgegenzuwirken, darf die Entscheidung über Abschluss, Änderung und Kündigung einer D&O-Versicherung nicht in den Händen der Geschäftsleitung liegen. In der Regel werden auch die Mitglieder des Aufsichtsrates als Überwachungsorgan mit von diesem Versicherungsschutz erfasst. Teilweise wurde im Rahmen der Prüfung festgestellt, dass die Initiative für den Abschluss einer solchen Versicherung vom Überwachungsorgan selbst zum Schutz seiner Mitglieder ausging. Damit wurden die Organe in eigener Sache tätig, eine ergebnisoffene Analyse hinsichtlich der Notwendigkeit des Abschlusses erfolgte nicht. Eine Überversicherung zum Nachteil der Gesellschaft kann nicht ausgeschlossen werden. Um dieses Konfliktpotential zu vermeiden und auch die Interessen der kommunalen Gesellschafter mit zu berücksichtigen, bedarf der Abschluss einer solchen Versicherung aus Sicht des SRH der Zustimmung der Gesellschafterversammlung unter Einbeziehung des Beteiligungsmanagements der kommunalen Anteilseigner.

Im Rahmen der Prüfung wurde festgestellt, dass in der Regel die Geschäftsleitung die Entscheidungen über die D&O-Versicherung, die sie begünstigte, getroffen hatte. Teilweise erfolgte dies unter Beteiligung des Aufsichtsrates. Lediglich bei drei der geprüften Gebietskörperschaften war das Beteiligungsmanagement in den Abschluss von D&O-Verträgen eingebunden. Eine turnusmäßige Überprüfung wurde nur in einem Fall von dem kommunalen Träger selbst vorgenommen. Soweit eine laufende Überprüfung bestehender Verträge stattfand, erfolgte diese durch das Unternehmen selbst bzw. konzernintern. Lediglich drei Körperschaften lagen die Unterlagen zur D&O-Versicherung selbst vor.

5.4.3 Verpflichtungen aus Anstellungsverträgen

Die Anstellungsverträge von acht Unternehmen sahen Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber der Geschäftsleitung zum Abschluss bzw. Unterhaltung einer entsprechenden Versicherung vor; in einem Fall zusätzlich mit der Vereinbarung einer Mindestdeckungssumme.

Der SRH hält solche Regelungen für bedenklich, da sie sowohl die Handlungsmöglichkeiten der kommunalen Beteiligung, wie auch des Gesellschafters einschränken. Entscheidungen über das Ob einer D&O-Versicherung und im Fall der Vereinbarung einer Mindestdeckungssumme über eine geringere Höhe waren ohne Zustimmung der Geschäftsleitungsorgane so nicht möglich.

5.4.4 Selbstbehalt

§ 93 Abs. 2 S. 3 AktG normiert für die Vorstände einer AG, dass mindestens 10 % des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung selbst zu tragen sind. Diesen sogenannten Selbstbehalt setzten die zwei in die Prüfung einbezogenen AG in den Anstellungsverträgen um. Für die GmbH ist kein Selbstbehalt normiert. Er kann daher nur im Rahmen von Individualvereinbarungen in den Anstellungsverträgen festgelegt werden. Entsprechende Regelungen waren in den Unternehmen 1 und 2 anzutreffen.

Im Anstellungsvertrag des Unternehmens 1 war vorgesehen, dass die Parteien einen angemessenen Selbstbehalt vereinbaren, was aber tatsächlich seit dem Jahr 2010 nicht umgesetzt wurde.

Das Regelwerk einer Gebietskörperschaft sah vor, dass ein Selbstbehalt analog § 93 Abs. 2 S. 3 Akt vereinbart werden soll, wenn ihre Gesellschaft für die Mitglieder der Geschäftsleitung eine D&O-Versicherung abschließt. Die Eckpunkte der Versicherungsbedingungen waren dem Aufsichtsrat zur Kenntnis zu geben. Die Anstellungsverträge des Unternehmens 2, dessen mittelbare Gesellschafterin diese Kommune ist, wiesen darauf hin, dass das Regelwerk einen Selbstbehalt vorsah, dieser Selbstbehalt aber nur vereinbart war, soweit die D&O-Versicherung selbst einen Selbstbehalt vorsah, was jedoch nicht der Fall war. Damit war ein Selbstbehalt nicht zu tragen. Über die Versicherung entschied das Mutterunternehmens des Unternehmens 2. Teile der Geschäftsleitung des Unternehmens 2 sind in gleicher Funktion beim Mutterunternehmen bestellt.

Der Fall zeigt, dass die Entscheidung über die Modalitäten der D&O-Versicherung vom Beteiligungsmanagement als unabhängige Stelle getroffen und überwacht werden sollten. Der Gesellschafter legte jedoch die Entscheidungsgewalt in die Hände der Geschäftsleitung des Mutterunternehmens.

Durch den Schutz einer D&O-Versicherung minimiert sich das Risiko für das Geschäftsleitungsorgan hinsichtlich einer direkten Inanspruchnahme aus dem eigenen Vermögen deutlich. Daher muss der Abschluss einer D&O-Versicherung und insbesondere das Fehlen einer Vereinbarung über den Selbstbehalt bei der Ermittlung der Vergütung des Geschäftsleitungsorgans mindernd berücksichtigt werden. In keinem der geprüften Unternehmens war dies ersichtlich.

Sofern sich die Gebietskörperschaften für ihre Beteiligungen ein Regelwerk geben, hat das Beteiligungsmanagement auf dessen tatsächliche Umsetzung zu achten.

5.4.5 Zusätzliche Strafrechtsschutzversicherung

Die Anstellungsverträge der Unternehmen 1 und 2 sahen die Verpflichtung des Unternehmens zum Abschluss einer zusätzlichen Strafrechtsschutzversicherung vor.

Das Unternehmen 3 schloss eine Universal-Straf-Rechtsschutz-Versicherung für Mittelstand und Großunternehmen einschließlich U-Haft-Package-Versicherung zugunsten von im Konzernverbund tätigen Personen. Davon waren die Geschäftsleitungen der Unternehmen 1, 2, und 3 erfasst. Da bereits die für die Gesellschaften 1 und 3 bestehende D&O-Versicherung u.a. die Kosten für den Rechtsschutz u.a. in Straf-, Steuer und Zivilsachen übernahm, bestand kein Bedürfnis für diese zusätzliche Versicherung.

Da die D&O-Versicherung primär dem Schutz des Unternehmens dient, sollte sichergestellt sein, dass diese nur Ansprüche des Unternehmens und nicht des Geschäftsleitungsorgans selbst abdeckt. Sofern diese Leistungen aus dem Versicherungsvertrag trennbar sind, sollten solche Leistungen getrennt von den Mitgliedern der Geschäftsleitung beauftragt werden oder – sofern diese nicht trennbar sind – eine angemessene finanzielle Beteiligung von deren Seite erfolgen.

5.4.6 Turnusmäßige Prüfung

Ist die Entscheidung für den Abschluss einer D&O-Versicherung gefallen, so bedarf es einer wiederkehrenden Prüfung über deren Erforderlichkeit und der Höhe des Deckungsschutzes. Diese Prüfung sollte dokumentiert werden.

Nur bei 10 von 17 der geprüften Unternehmen, welche eine D&O-Versicherung abgeschlossen haben, war dokumentiert, dass deren Aufsichtsgremien regelmäßig über die Bedingungen der D&O-Versicherung informiert wurden. Dass im Falle des Unternehmens 1 dabei kein Selbstbehalt vereinbart war, obwohl das Regelwerk der Gebietskörperschaft dies vorsah, wurde nicht weiterverfolgt.

Nur eine Beteiligungsverwaltung war in die Turnusprüfung integriert. In den übrigen Fällen überließen die kommunalen Gesellschafter diese ihren Beteiligungen selbst. In den betroffenen Unternehmen lag die Prüfung in der Zuständigkeit der Geschäftsleitung.

Folgerungen:

- 1. Ob eine D&O-Versicherung notwendig ist, bedarf einer Analyse und Abwägung der Vor- und Nachteile.**
- 2. Um Interessenkonflikte zu vermeiden, empfiehlt es sich, dass die Entscheidung durch den Gesellschafter getroffen, zumindest seine Zustimmung nach dessen vorheriger Kontrolle eingeholt wird.**
- 3. Der SRH sieht es kritisch, wenn kommunale Beteiligungen in Anstellungsverträgen sie verpflichtende Regelungen zu einer D&O-Versicherung eingehen.**
- 4. Wird kein Selbstbehalt vereinbart, ist dies mindernd bei der Bemessung der Vergütung der Geschäftsleitungsorgane zu berücksichtigen.**
- 5. Entscheidungen zum Abschluss, Änderung und Prüfung der D&O-Versicherung sind zu dokumentieren.**

5.5 Wettbewerbsverbote

Aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht resultierend darf ein Geschäftsleitungsmitglied zur Gesellschaft auch ohne ausdrückliche Vereinbarung für die Dauer seiner Tätigkeit grundsätzlich nicht in Wettbewerb treten.⁶⁸ Sieben der geprüften Unternehmen regelten in den Anstellungsverträgen selbst ein Wettbewerbsverbot während der Vertragslaufzeit. Zwei Unternehmen vereinbarten darüber hinaus nachvertragliche Wettbewerbsverbote.

In einem Anstellungsvertrag wurde die Geschäftsleitung für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Vertrages verpflichtet, ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung weder in selbständiger oder unselbständiger Stellung noch in sonstiger Weise für Unternehmen im Gebiet des BRD tätig zu werden, die in direktem oder indirektem Wettbewerb zu der Gesellschaft stehen bzw. ein Konkurrenzunternehmen zu errichten, zu erwerben oder sich hieran mittelbar oder unmittelbar zu beteiligen. Im Falle des Verstoßes wäre die Geschäftsleitung zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 10.000 € an die Gesellschaft verpflichtet gewesen; bei fortgesetzter Tätigkeit monatlich.

Die Rechtsprechung begrenzt ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot auf das notwendige Maß, damit ein ausgeschiedener Geschäftsführer bzw. Vorstand wirtschaftlich handlungsfähig

⁶⁸ Verse, in Scholz, GmbHG, § 43, Rn. 186

bleibt und seine Berufsfreiheit nach Art. 12 GG nicht über Gebühr eingeschränkt wird. Folglich müssen nachvertragliche Wettbewerbsverbote in zeitlicher, örtlicher und gegenständlicher Hinsicht auf das notwendige Maß beschränkt bleiben.⁶⁹ Die Ausweitung auf das Gebiet der BRD ruft bereits in Anbetracht der Örtlichkeit der Erfüllung der Aufgaben des kommunalen Gesellschafters nach § 94a Abs. 1 S. 1 SächsGemO Bedenken hervor.

Zwar kann sich nach der Rechtsprechung des BGH ein Anspruch auf Karenzentschädigung nur dann ergeben, wenn diese ausdrücklich vertraglich vereinbart ist. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass im Einzelfall die Frage der Gewährung einer Entschädigung in die Interessenabwägung zur Wirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes einfließen könnte, zumal im Falle des geprüften Unternehmens nicht nur die Geschäftsleitungstätigkeit, sondern jedwede Tätigkeit erfasst war.

Folgerung:

Halten die kommunalen Gesellschafter und ihre Beteiligungen ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für erforderlich, erachtet der SRH eine Auseinandersetzung mit den Anforderungen an solche Vereinbarungen als erforderlich.

5.6 Regelungen zur Geschäftsverteilung

Sind mehr als eine Person als Geschäftsführer bzw. Vorstand im Unternehmen gleichzeitig bestellt, sollten die Aufgaben zwischen den Mitgliedern der Geschäftsleitung aufgeteilt werden. In fünf Unternehmen wurde diese Konstellation vorgefunden. In der Regel erfolgt die Aufteilung in Geschäftsordnungen.

Obwohl im Unternehmen 1 bereits seit Juli 2018 zwei Mitglieder der Geschäftsleitung bestellt waren, wurde eine Geschäftsverteilung im Rahmen der Geschäftsordnung für die Geschäftsleitung erst im August 2021 erlassen.

Das Unternehmen 2 verfügte bis einschließlich 2012 über zwei Mitglieder der Geschäftsleitung, deren Aufgaben im Rahmen eines Geschäftsverteilungsplans definiert wurden. Seit 2013 war nur noch eine Person als Geschäftsleitung bestellt. Deren Anstellungsvertrag verweist bezüglich ihrer Aufgaben im Unternehmen nach wie vor auf diesen Geschäftsverteilungsplan. Eine Anpassung des zwei Personen umfassenden Geschäftsverteilungsplans sowie des Anstellungsvertrages erfolgte bislang nicht.

Folgerung:

Sind mehrere Personen als Geschäftsleitungsorgan bestellt, so empfehlen sich Regelungen zur Abgrenzung der Aufgabenzuordnung. Geschäftsverteilungspläne sind anzupassen, sobald sich Änderungen ergeben.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 04.03.2002 - II ZR 77/00; BGH Urteil vom 14.07.1997 - II ZR 238/96

6 Überwachungsaufgaben in den Organen der Gesellschaften

6.1 Überwachung der Geschäftsleitung

Mit Ausnahme von fünf Unternehmen war im Prüfungszeitraum in allen Beteiligungen ein Aufsichtsrat oder Beirat installiert. Zwei Unternehmen richteten einen Aufsichtsrat erst im Prüfungszeitraum ein. Auf diese Organe waren im Wesentlichen die Überwachung und Beratung der Geschäftsleitung übertragen. Lediglich in einem Unternehmen hatte dieses Organ nur beratende Funktion.

Einzelne Unternehmen hatten den Aufsichtsrat mit der Zustimmung für bestimmte Geschäfte betraut. Die Gesellschaften 1 und 2 waren dabei Beteiligungen in 3. bzw. das Unternehmen 3 in 4. Ebene, jeweils von einer Gebietskörperschaft als Gesellschafter aus betrachtet. Zwar waren in den Muttergesellschaften Aufsichtsräte installiert, jedoch wurde die Überwachungsfunktion in den vorbenannten Tochterunternehmen weitgehend durch die Geschäftsleitung der Muttergesellschaften vorgenommen.

Die Betätigung von Kommunen in Unternehmen in Privatrechtsform setzt nach § 96 Abs. 1 Nr. 2 SächsGemO u.a. voraus, dass diese einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhalten. Sind die Gesellschafterversammlungen mittelbarer Beteiligungen mit Personen der Geschäftsleitung der Mutterunternehmen besetzt, stellt dieses Gremium keinen adäquaten Ersatz zur Sicherstellung des kommunalen Einflusses dar. Denn während die Aufsichtsratsmitglieder vorbehaltlich von Weisungen der Kommune allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind⁷⁰, vertreten diese Vertreter in der Gesellschafterversammlung in der Regel die Interessen des Mutterunternehmens, welche von den kommunalen Zielstellungen abweichen können.

Folgerung:

Zur Sicherstellung des kommunalen Einflusses sind insbesondere bei mittelbaren Beteiligungen Aufsichtsräte zu installieren.

6.2 Berichterstattung der Geschäftsleitung

Zur Sicherstellung der dargestellten Überwachungsfunktion stellt die Berichtspflicht der Geschäftsleitungsorgane eine wesentliche Grundlage dar. Ohne Kenntnis der Vorgänge im Unternehmen und dessen wirtschaftlicher Lage kann eine effektive Ausübung dieser Funktion nicht gewährleistet werden. Zur Erfüllung seiner Aufgaben bedarf der Aufsichtsrat umfassender Information.⁷¹ Daher sind neben der Informationsbeschaffungspflicht seiner Mitglieder entsprechende Berichtspflichten erforderlich, welche für die AG per leges in § 90 AktG normiert

⁷⁰ Sollondz, in Spöner/Jacob/Musall, SächsGemO, § 98, Nr. 2.4

⁷¹ Altmeyden, GmbHG, § 52, Rn. 31

werden. Für die GmbH besteht mangels gesetzlicher Auskunftspflichten das Erfordernis, diese verbindlich zu regeln. Zur Begründung der Berichtspflichten bieten sich Gesellschaftsverträge oder Anstellungsverträge an. Durch Verweis sollte die konkrete Ausgestaltung einseitig abänderbaren Regelwerken wie z.B. Geschäftsordnungen vorbehalten sein. Aus Sicht des SRH stellen quartalsweise Berichterstattungen zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens, den Gang der Geschäfte und Plan-Ist-Vergleiche den Mindeststandard dar. Die Orientierung an § 90 AktG Abs. 1, 2 und 4 AktG sollte angestrebt werden.

Die geprüften Unternehmen in der Rechtsform der GmbH wiesen deutliche Unterschiede bezüglich der geregelten Berichtspflichten auf. Das Unternehmen 1 hatte in seinem Gesellschaftsvertrag geregelt, dass nur bei wesentlichen Abweichungen vom Wirtschaftsplan unverzüglich eine Information durch die Geschäftsleitung zu erfolgen hatte.

Das Unternehmen 2 hatte in seinem Gesellschaftsvertrag nur die monatliche Vorlage der Erfolgsrechnung an den Gesellschafter, jedoch keine Berichtspflicht an dessen Aufsichtsrat geregelt.

Des Weiteren wurde festgestellt, dass die in Gesellschaftsverträgen, Anstellungsverträgen und Geschäftsordnungen geregelten Berichtspflichten nicht in allen Fällen umgesetzt wurden. Obwohl in den Unternehmen 3 und 4 eine quartalsmäßige Berichterstattung vorgesehen war, wurde nur in den Sitzungen des Aufsichtsrates informiert, der jedoch nicht in jedem Quartal getagt hatte.

Das Unternehmen 1 hatte die Gesellschaft 5 mit der Geschäftsbesorgung beauftragt (vgl. dazu III. 4.5). Dessen Geschäftsleiter war auch als Geschäftsleiter des Unternehmens 1 bestellt. Dessen Gesellschafterversammlung tagte jährlich zweimal; ein Aufsichtsrat war nicht eingerichtet

Der gemeinsame Geschäftsleiter erstattete seine Berichte zum Unternehmen 1 nur an dessen Gesellschafterversammlung und den Aufsichtsrat des Unternehmens 5. Die Berichterstattung an den Aufsichtsrat konnte die Berichtserstattung an die Gesellschafterversammlung des Unternehmens 1 nicht kompensieren, da die Unternehmen 1 und 5 unterschiedliche Gesellschafter hatten und die Aufsichtsratsmitglieder des Unternehmens 5 auch nicht der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft 1 angehörten.

Die Wahrnehmung der Überwachungsfunktion setzt voraus, dass die Mitglieder von Überwachungsorganen die Berichte der Geschäftsleitung zur Kenntnis nehmen und auswerten. So stellte die Geschäftsleitung des Unternehmens 6 zwar Quartalsberichte zur Einsicht bereit, jedoch nahmen die Mitglieder des Aufsichtsrates hiervor keine Kenntnis. Mitglieder von Aufsichtsorganen sind gehalten, sich umfassend über die Angelegenheiten, die im Aufsichtsrat

behandelt werden, zu informieren.⁷² Sie haben eine aktive Informationsbeschaffungspflicht.⁷³ Pflichtverletzungen können zur Haftung von Mitgliedern des Aufsichtsrates führen.

Eine Auswertung des Fragenkatalogs zu § 53 HGrG im Rahmen der Prüfung der Jahresabschlüsse 2018 bis 2020 (vgl. Frage Nr. 10 d des Fragenkatalogs zu § 53 HGrG⁷⁴) ergab, dass in diesen Jahren nur bei drei Unternehmen die Aufsichtsgremien in jedem Jahr Berichte abgefordert hatten. Bei vier Unternehmen erfolgte dies nicht jährlich. Weit überwiegend (zwölf Unternehmen) erfolgte keine Abforderung von zusätzlichen Informationen nach § 93 Abs. 3 AktG.⁷⁵

Werden die Geschäftsleitungsorgane in zulässiger Weise (vgl. dazu Tz. III 5.2) von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, so besteht korrespondierend eine vertiefte Überwachungsaufgabe der Aufsichtsgremien. Nach den Ausführungen zu Frage 10 g) des Fragenkatalogs zu § 53 HGrG für die Jahre 2018 bis 2020 waren keine Interessenkonflikte zu verzeichnen. Weder den Jahresabschlüssen des vorgenannten Zeitraumes, noch den Protokollen der Gesellschafterversammlung bzw. des Aufsichtsrates waren Ausführungen zu Insichgeschäften bzw. einer Doppelvertretung zu entnehmen. Es war nicht erkennbar, ob die Geschäftsleitungsorgane die Fälle, in denen sie von ihrer erteilten Befreiung Gebrauch gemacht hatten, dem Überwachungsorgan mitgeteilt hatten.

Der Hinweis des Unternehmens 2 im Rahmen der örtlichen Erhebungen auf eine Prüfung durch die Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Jahresabschlüsse – hier speziell auf den Fragenkatalog zu § 53 HGrG, Frage 10 g) - vermag dabei nicht zu überzeugen. Sämtliche Jahresabschlüsse der betroffenen Unternehmen 2 bis 14 enthielten keine Ausführungen über die getätigten Geschäfte der Geschäftsleitungsorgane unter Anwendung der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Die Frage zu Interessenkonflikten im Rahmen des Kataloges zu § 53 HGrG wurde damit beantwortet, dass Interessenkonflikte nicht gemeldet wurden. Dies stellt aber lediglich die ungeprüfte Sichtweise der Geschäftsleitungen dar. Der SRH sieht hier die geforderte vertiefende Überwachung durch die Aufsichtsorgane bei Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB als nicht erfolgt an.

Laut dem Fragenkatalog zur Prüfung nach § 53 HGrG (vgl. Frage Nr. 10 d) wurden im Prüfungszeitraum durch die Aufsichtsräte von der Geschäftsleitung keine weiteren Berichte abgefordert. Insbesondere wenn die geregelten Berichtspflichten nicht eingehalten werden, sollten die Aufsichtsräte die erforderliche Information aktiv einfordern.

⁷² Scholz, GmbHG, § 52, Rn. 564; BGH, Urteil vom 11.12.2006, Az. II ZR 243/05

⁷³ Scholz, a.a.O.

⁷⁴ Vgl. IDW Prüfungsstandard 720; Berichterstattung über die Erweiterung der Abschlussprüfung nach § 53 HGrG

⁷⁵ Für die GmbH analog.

In der Geschäftsordnung des Unternehmens 15 war geregelt, dass sich dessen Aufsichtsrat zur Erfüllung seiner Überwachungsaufgaben der Ergebnisse der erweiterten Jahresabschlussprüfung nach § 53 Abs. 1 und 2 HGrG sowie der von anderen Prüfungsunternehmen in seinem Auftrag vorgenommenen Überwachungsprüfungen bediente. Diesbezüglich weist der SRH darauf hin, dass die Prüfergebnisse Dritter die Überwachungspflichten des Aufsichtsrates nicht ersetzen können. Diese bleiben unverändert daneben bestehen.

Folgerungen:

- 1. Der SRH empfiehlt den kommunalen Anteilseignern bereits, in den Satzungen und den Anstellungsverträgen detaillierte Berichtspflichten für die Geschäftsleitungsorgane als eine Grundlage für das strategische und operative Controlling festzulegen. Bezüglich des Umfanges der Berichtspflichten empfiehlt sich auch bei GmbH eine Orientierung an § 90 Abs. 1, 2 und 4 AktG.**
- 2. Berichtspflichten sind von der Geschäftsleitung zu beachten und durch die Vertreter der kommunalen Anteilseigner in den Haupt- und Überwachungsorganen aktiv einzufordern.**
- 3. Die zulässige Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB (Tz. III. 5.2) setzt entsprechende zusätzliche Berichtspflichten der Geschäftsleitung zwecks Kontrolle durch die Aufsichtsorgane voraus.**

6.3 Berichtspflicht versus Verschwiegenheitspflicht

Die Gemeindeordnung sieht in § 98 Abs. 3 SächsGemO Berichtspflichten der Mitglieder des Aufsichtsrates bzw. eines gleichgestellten Organs vor. Um dabei nicht gegen die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit zu verstoßen, sehen die Regelungen der §§ 96a Abs. 1 Nr. 4 SächsGemO, 394 AktG grundsätzlich eine Entbindung von diesem Grundsatz vor. Die Gesellschaftsverträge der geprüften Unternehmen enthielten jeweils eine solche Regelung. In den Geschäftsordnungen von drei Unternehmen war jedoch explizit die Verschwiegenheit geregelt, ohne dass auf § 394 AktG Bezug genommen wurde. Damit bestand die Unsicherheit, ob entgegen § 96a Abs. 1 Nr. 4 SächsGemO die Anwendung von § 394 AktG in der Geschäftsordnung ausgeschlossen wurde. Sofern in den Geschäftsordnungen Verschwiegenheitspflichten für die von den Kommunen entsandten Mitglieder geregelt werden, sollte auch eine Regelung zur Anwendung von § 394 AktG getroffen werden.

Folgerung:

Geschäftsordnungen dürfen keine die Berichtspflicht des § 98 Abs. 3 SächsGemO einschränkende Regelungen enthalten.

6.4 Selbstentlastung von Überwachungsorganen

Der Spitzenbeamte einer Gebietskörperschaft erteilte als Vertreter der Gesellschafterin in der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft 1 dem Aufsichtsrat, dessen Vorsitzender er war, für die Jahre 2019 und 2020 die Entlastung und unterzeichnete die jeweiligen Beschlüsse.

In den Tochtergesellschaften 2 und 3 waren die Geschäftsleitungsorgane der Muttergesellschaft auch Mitglieder des Aufsichtsrates. In der Gesellschafterversammlung der Unternehmen 2 und 3 vertraten diese die Anteile der Muttergesellschaft und erteilten auch die Entlastung für den Aufsichtsrat für die Jahre 2017 bis 2020.

In den Unternehmen 3 und 4 waren Gebietskörperschaften Mit- bzw. vollständig deren Gesellschafter und deren jeweilige Spitzenbeamte Mitglied des betreffenden Aufsichtsrates. In den Gesellschafterversammlungen dieser Unternehmen wurden in den Jahren 2017 bis 2021 die Gebietskörperschaften durch die Spitzenbeamten bzw. in einem Jahr durch einen Bevollmächtigten vertreten, welcher selbst Mitglied des Aufsichtsorgans war.

Die Mitglieder des Aufsichtsrates des Unternehmens 5 waren personenidentisch mit den Mitgliedern der Gesellschafterversammlung. Sie entlasteten sich damit bei der Beschlussfassung über die Entlastung des Aufsichtsrates selbst.

In allen dargestellten Fällen wurden Entlastungsbeschlüsse unter dem Stimmrechtsverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG gefasst.

Der Stimmrechtsausschluss im Falle einer Interessenkollision folgt aus dem Gesellschaftsrecht. Die Entlastung in eigener Angelegenheit ist nach § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG ausgeschlossen.⁷⁶ Darunter ist jede Beschlussfassung zu verstehen, mit der die Tätigkeit eines Gesellschaftsorgans, insbesondere des Aufsichtsrats inhaltlich gebilligt wird.⁷⁷ Die Vorschrift ist auch auf Sachverhalte anwendbar, in denen die Interessenkollision nicht in der Person des Gesellschafters, sondern in der Person des Vertreters des Gesellschafters liegt.⁷⁸ Ein in der Berücksichtigung der unwirksamen Stimme liegender Fehler kann durch Anfechtungsklage geltend gemacht werden und zur Nichtigkeit führen.⁷⁹ Zur Vermeidung sollte auf Vertretungsmöglichkeiten zurückgegriffen werden.

Folgerungen:

Es ist sicherzustellen, dass sich Mitglieder von Aufsichtsorganen nicht selbst entlasten.

⁷⁶ Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47, Rn. 76

⁷⁷ Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47, Rn. 77; Michalski/Römermann, GmbHG, § 47 Rn. 175; vgl. auch OLG München, Urteil vom 27.08.2009, Az. 23 U 4138/08, Rn. 104 nach juris

⁷⁸ Schmidt, in Scholz, GmbHG, § 47 R. 155 (8. Auflage);

⁷⁹ OLG Koblenz, Urteil vom 24.09.2007, Az. 12 U 1437/04, Rn. 87 ff. nach juris; Schmidt, in Scholz, GmbHG, § 47 Rn. 175

6.5 Interessenkollisionen und Verstoß gegen Dienstpflichten

Die Geschäftsleitung des Unternehmens 1 nahm diese Funktion auch im Tochterunternehmen 2 wahr, nach dessen Statut die Gesellschafterversammlung für die Entlastung seiner Geschäftsleitung zuständig war. Um dem Stimmrechtsausschluss nach § 47 Abs. 4 GmbH zu entgehen, wurden durch die Geschäftsleitung zwei Angestellte des Mutterunternehmens, welche gleichzeitig als Prokuristen bestellt waren, bezüglich der Entlastung der Geschäftsleitung in der Gesellschafterversammlung bevollmächtigt, die in den Jahren 2017 bis 2020 die Entlastung erteilten.

Der SRH sieht hier erhebliches Potential für Interessenkonflikte. Prokuristen sind Angestellte des Unternehmens und unterliegen damit dem arbeitsrechtlichen Direktionsrecht, welches durch die entlastete Geschäftsleitung wahrgenommen wird. Diese Konstellation birgt die Gefahr, dass die freie Entscheidung durch dieses Verhältnis beeinflusst wird. Durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag oder durch andere Bevollmächtigungen können solche Fallgestaltungen vermieden werden.

Ein kommunaler Spitzenbeamter war im Zeitraum IV. Quartal 2016 bis IV. Quartal 2018 gleichzeitig zur alleinigen Geschäftsleitung des Unternehmens 3, einer 100 %igen Tochtergesellschaft der Gebietskörperschaft, bestellt. In den Gesellschafterversammlungen im Juli 2018 wurde die Bestellung einer weiteren Person zur Geschäftsleitung und im August 2018 die Abberufung des Spitzenbeamten aus der Geschäftsleitung beschlossen. Als Vertreter im Sinne des § 98 Abs. 1 S. 1 SächsGemO handelte dabei der Spitzenbeamte selbst.

Mit dieser Handlung in der Gesellschafterversammlung hat der Spitzenbeamte gegen seine Dienstpflichten verstoßen⁸⁰. Er darf er weder beratend noch entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung ihm selbst einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann. Zweck des Mitwirkungsverbot es ist es, die auf einem Ausgleich öffentlicher und privater Interessen beruhenden Entscheidungen von individuellen Sonderinteressen freizuhalten und dabei jeden Anschein einer Interessenkollision zu vermeiden.⁸¹ Dabei kann dahingestellt bleiben, dass der Rat vorher einen entsprechenden Beschluss zur Abberufung gefasst hatte, denn die §§ 20 SächsGemO, 18 SächsLKrO gelten auch beim Vollzug dieser Beschlüsse im Außenverhältnis.⁸²

Weiterhin ist nach § 147 i. V. m. § 104 Abs. 1 Nr. 2 SächsBG eine Nebentätigkeit ganz oder teilweise zu untersagen, soweit sie geeignet ist, dienstliche Interessen zu beeinträchtigen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Nebentätigkeit den Beamten in einen Widerstreit mit seinen dienstlichen Pflichten bringen kann. Die Tätigkeit eines kommunalen Spitzenbeamten

⁸⁰ Vgl. für den Bürgermeister §§ 58, 20 Abs. 1 SächsGemO, für den Landrat § 18 SächsLKrO und für den Vorstandsvorsitzenden eines Zweckverbandes § 56 Abs. 2 S. 4 SächsKomZG i.V.m. § 20 SächsGemO

⁸¹ SächsOVG, Urteil vom 04.06.2008, Az.: 5 B 65/06, Rn. 92 -juris

⁸² Quecke/Schmid, SächsGemO, § 20 Rn. 6

als Geschäftsleitung eines von der Gemeinde beherrschten Unternehmens steht wegen der möglichen Interessenkollision dem Nebentätigkeitsrecht entgegen. Da ein kommunaler Spitzenbeamter die Interessen der Kommune vertreten muss, die Geschäftsleitung eines kommunalen Unternehmens aber die Interessen dieses Unternehmens zu vertreten hat, und die Interessen beider nicht zwingend deckungsgleich sind, ist für eine solche Tätigkeit eine Nebentätigkeitsgenehmigung zu versagen.⁸³ Daneben bestehen auch in zeitlicher Hinsicht Bedenken, denn nach dem Anstellungsvertrag musste der kommunale Spitzenbeamte seine Arbeitskraft nur dem Unternehmen widmen, soweit dies seine Tätigkeit als Beamter erlaubt.

Folgerungen:

Die kommunalen Vertreter haben die Befangenheitsregelungen des Kommunalrechts zu beachten. Im Rahmen des internen Verwaltungshandelns und insbesondere im Rahmen der Vorbereitung von Entscheidungen sind Interessenkollisionen zu vermeiden.

6.6 Haftungsbegrenzung der Überwachungsorgane

Der Gesellschaftsvertrag eines Unternehmens sah eine Beschränkung der Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates auf die Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, im Rahmen letzterer zusätzlich auf einen Betrag von max. 10.000 €, vor.

Nach § 98 Abs. 4 S. 1 SächsGemO hat der kommunale Gesellschafter seinen Vertretern den Schaden zu ersetzen, wenn diese wegen ihrer Tätigkeit im Organ eines Unternehmens haftbar gemacht werden. Im Falle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gilt dies auch, wenn nach Weisungen der Kommune gehandelt wurde (§ 98 Abs. 4 S. 2 SächsGemO).

Der SRH sieht aufgrund dieser gesetzlichen Regelungen kein Bedürfnis für haftungsbegrenzende Regelungen für die Mitglieder von Aufsichtsorganen. Schadensverursachende Handlungen können zudem vermieden werden, indem den entsandten Personen Gelegenheit gegeben wird, regelmäßig an Fortbildungsveranstaltungen teilzunehmen, die der Wahrnehmung ihrer Aufgaben dienen. Damit würde zusätzlich der gesetzlichen Forderung des § 98 Abs. 5 SächsGemO entsprochen. Einen Ausgleich bietet auch die im Falle dieses Unternehmens abgeschlossene D&O-Versicherung (vgl. Tz. III 5.4).

Folgerung:

Haftungsbegrenzende Regelungen zugunsten der Mitglieder von Aufsichtsorganen sieht der SRH kritisch. Er empfiehlt hierauf zu verzichten.

⁸³ Vgl. Quecke/Schmid § 20, Rn. 61f., Urteil des OVG Thüringen vom 09.06.2010, Az.: 2 KO 437/09, RN. 32, www.juris.de.

6.7 Einbeziehung von Mitgliedern der Überwachungsorgane in die D&O-Versicherung

Eine besondere Betrachtung bezüglich der Mitglieder des Aufsichtsrates und vergleichbaren Organen erfordert die Regelung des § 98 Abs. 4 SächsGemO. Wird ein Vertreter der Gemeinde wegen seiner Tätigkeit im Organ eines Unternehmens haftbar gemacht, hat ihm die Gemeinde den Schaden zu ersetzen. Dies gilt zunächst nicht, wenn der Vertreter vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat; jedoch ist der Schaden auch in diesem Fall zu ersetzen, wenn das Aufsichtsratsmitglied nach Weisung der Gemeinde gehandelt hat. Durch diesen Freistellungsanspruch sind die Mitglieder durch die kommunalen Gesellschafter geschützt. Das Risiko verlagert sich aber insoweit auf die Kommunen. Daher sind deren Interessen in die vorgenannte Abwägung mit einzubeziehen. Dies erfordert generell eine Einbindung der Beteiligungsverwaltung der unmittelbaren bzw. mittelbaren kommunalen Gesellschafter hinsichtlich der Frage der Mitversicherung der Mitglieder der Aufsichtsgremien.

Die Einbindung der Beteiligungsverwaltung in die Abwägung konnte nur in einem von 23 Fällen festgestellt werden.

In diesem Zusammenhang ist auch die Regelung des § 86 Abs. 1 S. 1 VVG zu beachten. Steht dem Versicherungsnehmer ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zu, geht dieser Anspruch auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. Der kommunale Freistellungsanspruch des Mandatsträgers nach § 98 Abs. 4 SächsGemO geht auf den Versicherer über und dieser könnte aufgrund des Erstattungsanspruches Regress bei der entsendenden Kommune nehmen. Der vermeintliche Schutz der D&O-Versicherung würde – bezogen auf die Kommune – ins Leere laufen. Die Rechtsprechung hat bislang nur bei beamteten⁸⁴- und arbeitsrechtlichen⁸⁵ Freistellungsansprüchen einen Übergang auf den Versicherer abgelehnt. Ob dies auch für die Konstellationen des § 98 Abs. 4 SächsGemO gilt, ist offen. Dieser Problematik kann begegnet werden, in dem die Versicherungsbedingungen zur D&O Versicherung entsprechend angepasst werden. Lediglich ein Unternehmen hatte eine entsprechende Regelung getroffen.

Folgerung:

Der Einschluss von Aufsichtsgremien in eine D&O-Versicherung bedarf einer Analyse und Abwägung der Vor- und Nachteile. Dabei müssen die haftungsrechtlichen Besonderheiten des § 98 Abs. 4 SächsGemO in die Betrachtung mit einfließen.

⁸⁴ Vgl. OVG Münster, Urteil vom 05.03.1965, Az.: VI A 356/63; BVerwG, Urteil vom 14.02.1968, Az.: VI C 53.65. Die Entscheidungen beziehen sich zwar auf § 67 VVG a. F., dieser ist jedoch inhaltsgleich mit dem seit 01.01.2008 geltenden § 86 VVG.

⁸⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 08.12.1971, Az.: IV ZR 102/70. Die Entscheidung bezieht sich zwar auf § 67 VVG a. F., dieser ist jedoch inhaltsgleich mit dem seit 01.01.2008 geltenden § 86 VVG.

7 Rolle des kommunalen Beteiligungsmanagements bei der Bestellung der Geschäftsleitungsorgane

7.1 Public Corporate Governance Kodex und Beteiligungsführung

Grundlage für eine verantwortungsvolle Führung der Beteiligungen der Gebietskörperschaften an Unternehmen in privater Rechtsform bilden die Grundsätze guter Unternehmens- und aktiver Beteiligungsführung. Tragende Elemente sind ein Public Corporate Governance Kodex (PCGK) bzw. eine Beteiligungsrichtlinie. Im Gegensatz zu den in der Privatwirtschaft üblichen Corporate-Governance-Regeln bezweckt ein PCGK, insbesondere den öffentlichen Zweck der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zu berücksichtigen und zu den wirtschaftlichen Zielen in Beziehung zu setzen.

Der PCGK, der sich an die Unternehmen selbst richtet, enthält vorrangig Empfehlungen zur Verbesserung von Prozessen und Arbeitsstrukturen der Unternehmensorgane Vorstand/Geschäftsführung, Aufsichts-/Verwaltungsrat.

Demgegenüber ist eine aktive Beteiligungsführung an den kommunalen Gesellschafter gerichtet, um die mit der Betätigung in privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen zwingend verbundene Erreichung der verfolgten öffentlichen Zwecke sicherzustellen. Dazu ist eine Beteiligungsführung nach einheitlichen Kriterien hilfreich, welche einer ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Interessen des Kommune dienen und die Kontrolle der Beteiligungen erleichtern soll. Diese Anforderungen werden in der Regel durch eine Beteiligungsrichtlinie präzisiert. Im Unterschied zu den im Regelfall als kommunale Satzung verfassten PCGK kann eine Beteiligungsrichtlinie auch als verwaltungsinterne Dienstanweisung ausgestaltet sein.

Eine Beteiligungsrichtlinie oder ein PCGK kann hinsichtlich der Anstellungsverträge auch Regelungen und Verfahren zur Bemessung der Vergütung von Geschäftsleitungsorganen beinhalten.⁸⁶

Lediglich in acht Fällen waren bei den kommunalen Trägern Regelungen zum Verfahren zur Suche, Auswahl und Bestellung von Geschäftsleitungsorganen anzutreffen.

Im Fall einer Gebietskörperschaft war unter anderem die Ausarbeitung von Gesellschaftsverträgen und Geschäftsordnungen und die „Unterstützung in Geschäftsführerangelegenheiten“ als Aufgabe des Beteiligungsmanagements in der durch das Hauptorgan verabschiedeten Regelung festgelegt. De facto war die Aufgabe jedoch vollständig an eine Tochtergesellschaft in der Rechtsform der GmbH ausgelagert, die Organisationseinheit „Beteiligungsverwaltung“ der Gebietskörperschaft war lediglich mit strategischen Fragen betraut. Während diese Gebietskörperschaft es zur Entfaltung der Wirksamkeit als erforderlich ansieht, dass alle beteiligten Akteure ihr Handeln an diesen Grundsätzen und Standards ausrichten, wurde das Regelwerk

⁸⁶ Vgl. dazu Richtlinien für eine aktive Beteiligungsführung bei Unternehmen mit Bundesbeteiligung, Ziffern ,.5, 5.2 und 5.3

von Seiten der geprüften Beteiligungen auch bezüglich zwingender Vorschriften nur als Empfehlung verstanden und in einem nicht zu vernachlässigenden Umfang davon abgewichen.

Auch eine andere Gebietskörperschaft verstieß gegen das eigene Regelwerk in Form einer Verwaltungsanweisung. Das Beteiligungsmanagement überließ in diesem Fall alle ihm übertragenen Aufgaben einer Holding.

Folgerungen:

- 1. Den kommunalen Trägern wird empfohlen, für sich und ihre Beteiligungen einheitliche Verfahren zur Auswahl und Besetzung von Geschäftsleitungsorganen einschließlich der Bemessung der Vergütung aufzustellen.**
- 2. Auf die Einhaltung der festgelegten Regularien ist zu achten.**

7.2 Einbeziehung des kommunalen Hauptorgans in die Bestellung von Geschäftsleitungen

Eine Beschlussfassung des jeweiligen kommunalen Hauptorgans⁸⁷ zur Bestellung von Geschäftsleitungsorganen fand lediglich bei den Gesellschaften B, hier jedoch nur durch einen der beiden beteiligten Gesellschafter, und N statt. Nach dem Gesellschaftsvertrag des Unternehmens N war zur Bestellung der Geschäftsleitung die Zustimmung der kommunalen Hauptorgane aller Gesellschafter erforderlich. Umgesetzt wurde dies lediglich von zwei der sechs beteiligten Gebietskörperschaften.

Die übrigen kommunalen Träger verwiesen auf das Fehlen eines gesetzlichen Erfordernisses. Aus Sicht des SRH nahmen sich die jeweiligen kommunalen Hauptorgane damit ein wesentliches Instrument der Beteiligungssteuerung, da die Personen, die mit der Geschäftsleitung kommunaler Unternehmen betraut sind nicht nur wesentlichen Einfluss auf deren Erfolg haben, sondern im Gesamtgefüge des kommunalen „Konzerns“ maßgeblichen Anteil an der Umsetzung langfristiger Strategien und politischer Ziele haben. Eine Aufnahme des Gebots zur Beschlussfassung über die Bestellung könnte auch unproblematisch in den Gesellschaftsverträgen oder der jeweiligen kommunalen Hauptsatzung erfolgen. Die Hauptorgane würden dadurch keine wesentliche Mehrbelastung erfahren, da die Bestellung einer Geschäftsleitung kein regelmäßig wiederkehrender Vorgang ist.

Folgerung:

Der SRH empfiehlt die Einbeziehung des kommunalen Hauptorgans in die Bestellung von Geschäftsleitungen.

⁸⁷ Vgl. § 27 Abs. 1 SächsGemO; § 23 SächsLKrO; § 53 S. 1 SächsKomZG

7.3 Einbindung des kommunalen Teilteilungsmanagements beim Abschluss von Anstellungsverträgen der Geschäftsleitungen

Die geprüften Unternehmen befanden sich mit einer Ausnahme vollständig in kommunalem Eigentum.⁸⁸ Die Teilteilungssteuerung umfasst alle Grundsatzfragen der wirtschaftlichen Betätigung der Gebietskörperschaft einschließlich der Entwicklung strategischer Unternehmensziele unter Berücksichtigung der kommunalen Ziele. Auswahl und Aufgabenbeschreibung der jeweiligen Leitungsorgane haben entscheidenden Einfluss auf den Unternehmenserfolg. Zu den Aufgaben des kommunalen Teilteilungsmanagements gehört daher die Beratung der Unternehmensgremien bei der Bestellung von Geschäftsleitungsorganen sowie der Ausarbeitung der Anstellungsverträge und der Suche nach geeignetem Personal.⁸⁹

Geschäftsleitungsverträge sind ein Instrument zur Durchsetzung der gemeinsamen Ziele im kommunalen Konzern. In diesen Verträgen können sehr detailliert die jahresbezogenen Ziele formuliert und die entsprechenden Prämien auf das Erreichen dieser Ziele vereinbart werden. Der Gesetzgeber hat die Organisation der Teilteilungsverwaltung im Einzelfall bewusst offengelassen, da die Erfordernisse je nach Gemeindegröße sowie Art und Umfang der Teilteilungen stark voneinander abweichen. Insbesondere bedarf es bei kleineren Gebietskörperschaften naturgemäß keiner eigenen Organisationseinheit. Vielmehr ist auf die Erledigung der in § 99 Abs. 1 SächsGemO definierten Aufgaben abzustellen, die z. B. in der Kämmerei oder an anderer Stelle erfolgen kann. Im Rahmen der vorliegenden Querschnittsprüfung wurde festgestellt, dass diese Aufgaben in 16 von 23 Fällen bezüglich der prüfungsgegenständlichen Unternehmen nicht oder nur unzureichend wahrgenommen wurden.

Von 23 geprüften kommunalen Trägern hielten nur zehn die Anstellungsverträge der Geschäftsleitung vor, wobei kommunale Träger, die an mehreren Unternehmen beteiligt waren z.T. unterschiedliche Verfahrensweisen zeigten. Insbesondere war in drei Fällen festzustellen, dass lediglich die Verträge betreffend die Töchter erster Ordnung vorgehalten wurden, die mittelbaren Teilteilungen jedoch von deren jeweiligen Gesellschaftern verwaltet wurden.

In Fällen, in denen mehrere kommunale Träger an einer Gesellschaft beteiligt waren, lagen die Verträge z. T. nur beim jeweiligen Haupt- bzw. Mehrheitsgesellschafter.

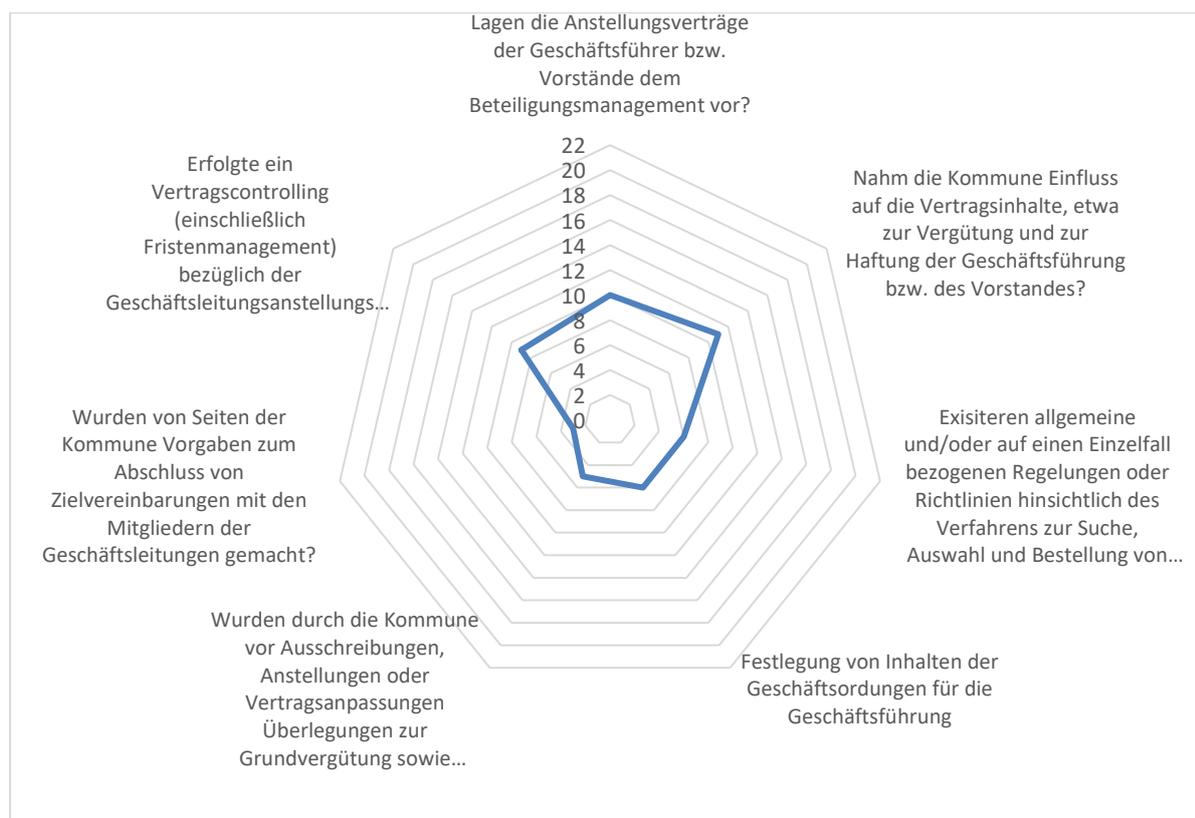
In einem Fall lagen keiner Teilteilungsverwaltung der unmittelbaren Gesellschafter die Geschäftsleitungsverträge vor. Im Fall dieses Unternehmens, dessen Geschäftsleitung über einen Dienstleistungsvertrag mit einem anderen Verkehrsunternehmen in abweichender Trägerschaft tätig ist, erfolgte von keinem der vier beteiligten kommunalen Träger eine Steuerung oder Überwachung der Gesellschaft. Man überließ dies dem Aufsichtsrat des mit der Geschäftsbesorgung beauftragten Unternehmens. Darin lag ein erhebliches Risiko, da

⁸⁸ Der Anteil privater Miteigentümer an einem geprüften Unternehmen betrug 38,67 %

⁸⁹ Quecke-Schmid: Kommentar zur Sächsischen Gemeindeordnung, § 99, Rz. 13

nicht sichergestellt war, dass das Unternehmen, das Zuschüsse von seinen Gesellschaftern erhielt, im Rahmen der Gesamtstrategie der jeweiligen Gebietskörperschaft tätig wurde. Eine Steuerung im Sinne des § 99 Abs. 1 SächsGemO war nicht erkennbar. Im Beteiligungsbericht einer der genannten Gebietskörperschaften waren zudem die Finanzbeziehungen zur Gesellschaft widersprüchlich und fehlerhaft dargestellt, was zusätzlich belegt, dass keine Auseinandersetzung mit den Belangen der Beteiligung stattfand.

Abbildung 12: Übersicht über Ergebnisse aus der Befragung zum Beteiligungsmanagement



Im Prüfungszeitraum erfolgte lediglich in vier Fällen eine Neubestellung von Geschäftsleitungsorganen, jedoch war bei zwei Gebietskörperschaften auch kein Vertragscontrolling hinsichtlich der Anpassungsbedarfe bei der Verlängerung befristeter Verträge erkennbar.

Folgerungen:

1. **Die kommunalen Träger haben auch bei Minderheitsbeteiligungen die Voraussetzungen zu schaffen, ihre Unternehmen zu steuern und zu überwachen.**
2. **Hinsichtlich Vorgaben und Entscheidungen zu den Modalitäten von Geschäftsleitungsanstellungsverträgen empfiehlt der SRH, dass diese nicht unternehmensintern, sondern auf Gesellschafterebene erarbeitet bzw. getroffen werden.**

8 Leitfaden Beteiligungsmanagement

Der von SMI, SLKT und SSG im November 2014 veröffentlichte Leitfaden „Beteiligungsmanagement im kommunalen Bereich“ enthält eine Reihe von Empfehlungen für die kommunale Praxis zur Ausgestaltung des in § 99 Abs. 1 SächsGemO geforderten Beteiligungsmanagements. Im Rahmen einer kritischen Durchsicht hat der SRH Anpassungsbedarf insbesondere in folgenden Punkten ermittelt:

- Von dem im Leitfaden dargestellten Modell einer leistungsabhängigen Vergütung als Prozentsatz einer Bezugsgröße ist nach Auffassung des SRH Abstand zu nehmen (vgl. Tz. III 4.3.2).
- Vielmehr sind Zielvereinbarungen zu treffen, bei denen die Erfüllung des öffentlichen Zwecks des Unternehmens im Vordergrund steht und die Leistungen der Geschäftsleitung umfassen, welche über die ohnehin durch sie geschuldeten Aufgaben hinausgehen (vgl. Tz. III 4.3.3).
- Entgegen dem Leitfaden, der die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Zielerreichung grundsätzlich beim Aufsichtsrat sieht, vertritt der SRH die Auffassung, dass der kommunale Gesellschafter – dessen Ziele umzusetzen sind – zur Entscheidung hinsichtlich Festsetzung und Kontrolle zu berufen ist (vgl. Tz. III 4.3.4).
- Der Darstellung im Leitfaden, wonach unbefristete Anstellungsverträge einen Wegfall des wirtschaftlichen Risikos für die Geschäftsleitung bedeuten und damit einen Abschlag bei der Grundvergütung rechtfertigen, kann nicht vollumfänglich gefolgt werden. Sind entsprechende Kündigungsrechte vereinbart, bzw. der Anstellungsvertrag an die Bestellung gekoppelt, bleibt das wirtschaftliche Risiko unverändert bestehen (vgl. Tz. III 5.1).
- Ergänzend zur Auslagerung von Aufgaben des Beteiligungsmanagements auf Stellen außerhalb der Kernverwaltung merkt der SRH an, dass eine regelmäßige und vertiefte Kontrolle innerhalb der Kernverwaltung erforderlich ist, um das Entstehen von sich selbstständigenden Strukturen zu verhindern (vgl. Tz. III 7.3).

Obgleich der Leitfaden keine Bindungswirkung entfaltet, stellt er im kommunalen Bereich eine vielbeachtete Handreichung dar, was der SRH im Interesse der Vereinheitlichung von kommunalem Verwaltungshandeln auch grundsätzlich begrüßt. Eine Aktualisierung erscheint daher angezeigt.

Folgerung:

Der SRH empfiehlt den kommunalen Gebietskörperschaften, über ihre jeweiligen Spitzenverbände auf eine Aktualisierung des Leitfadens „Beteiligungsmanagement im kommunalen Bereich“ unter Berücksichtigung der genannten Punkte hinzuwirken.