

ALPMANN FRÖHLICH Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Postfach 1260, 48002 Münster

An die Präsidentin des Landtags NRW
Frau Carina Gödecke
Platz des Landtags 1
40221 Düsseldorf

Mail: anhoerung@landtag.nrw.de

Ansprechpartner: Katharina Neuroth, LL.M.
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Horst Wüstenbecker
Rechtsanwalt
Büroanschrift: Verspoel 12
48143 Münster
Telefon: 0251 / 41701-37
Telefax: 0251 / 41701-60
E-Mail: neuroth@alpmann-froehlich.de
Internet: www.alpmann-froehlich.de
D3/48-14 NR/tu

Unser Zeichen: 10910/14 NR05

Ihr Zeichen: I.1/A11-V.22

Datum: 03.10.2014

Änderung GO – Anhörung AKo – 24.10.2014

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/2146

A11

Sehr geehrte Frau Landtagspräsidentin Gödecke,

gerne nehmen wir Stellung zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung der Gemeindeordnung für das Land NRW.

1. Neufassung des § 108 a GO

a) § 108 a Abs. 1 GO

Es soll weiterhin möglich sein, Arbeitnehmervertreter von der Gemeinde in den fakultativen Aufsichtsrat entsenden zu lassen. Allerdings wird im aktuellen Entwurf erst im letzten Satz des neuen § 108 a Abs. 1 darauf verwiesen, welche Arbeitnehmergruppe überhaupt für eine Vertretung in Frage kommt. Erst am Ende dieses Absatzes wird formuliert, dass ein angemessener Einfluss der Gemeinde dann gegeben sei, wenn „... nicht mehr als 1/3 der Aufsichtsratsmandate durch Arbeitnehmervertreter *des Unternehmens oder der Einrichtung*“ [Hervorhebung durch die Unterzeichnerin] besetzt werden. Dies ließe vermuten, dass Arbeitnehmervertreter auch aus anderer Richtung - nämlich aus der Arbeitnehmerschaft der Gemeinde - von dieser in den zu bildenden Aufsichtsrat entsandt werden können.

Der Klarheit halber sollte an früherer Stelle im Text aufgenommen werden, um welche Arbeitnehmervertreter es konkret gehen soll.

b) § 108 a Abs. 2 GO

Die Möglichkeit Arbeitnehmer-Aufsichtsratsmandate auch mit Dritten zu besetzen, wird an dieser Stelle lediglich mittelbar aber nicht ausdrücklich eröffnet. Nach Begründung des Gesetzesentwurfs soll auf diese Art und Weise mehr Sachverstand Externer eingebunden werden.

Die Zweckmäßigkeit an dieser Stelle Dritte einzubinden, steht jedoch in Frage. Dies insbesondere deshalb, weil diese nach dem Gesetzesentwurf weder Bindungen zum Unternehmen bzw. der Einrichtung noch zur Gemeinde haben müssen. Die Sicherstellung eines angemessenen Einflusses, wie ihn § 108 Abs. 1 Ziff. 6 GO verlangt, wird dadurch erschwert.

Zumindest der Gemeindebezug der zu entsendenden Dritten ist zu wahren, da auch die Gemeinde selbst sich auf ihren örtlichen Bezug verweisen lassen muss. Dies zeigte bereits die Diskussion um deren überörtliche Betätigung bei der Einführung des § 107 Abs. 3 GO.

Dieser erforderliche Gemeindebezug ließe sich durch die Merkmale Wohnort, Geburtsort oder eine langjährige Verbundenheit durch mehrjährige Ansässigkeit und/oder Tätigkeit vor Ort darstellen. Möglich wäre es auch, auf den Zweck des Unternehmens/der Einrichtung abzustellen.

Ferner wird nicht definiert, auf welche Art Sachverstand der Gesetzgeber vorliegend Wert legt.

Dies erscheint allerdings umso mehr notwendig, als der Rat der Gemeinde aus einer von den Beschäftigten des Unternehmens oder der Einrichtung erstellten Vorschlagsliste die zu entsendenden Arbeitnehmervertreter bestellen muss. Damit läge es allein in der Hand der Arbeitnehmer, den vom Gesetzgeber gewünschten zusätzlichen Sachverstand festzulegen. Dies kann mit der gesetzlichen Vorgabe des § 113 Abs. 1 GO kollidieren, dass die entsandten Aufsichtsratsmitglieder stets die Interessen der Kommune zu vertreten haben.

Da bereits bei Einführung der Drittelbeteiligung in der Diskussion auf das Sparkassengesetz NRW verwiesen wurde, wäre es sinnvoll, sich daran auch weiterhin zu orientieren.

Auch in jenem Gesetz ist die Beteiligung von Arbeitnehmern auf Unternehmensebene vorgesehen. In den Regelungen in § 10 Abs. 1 u. 2. SparkassenG über die Zusammensetzung des Verwaltungsrates wird allerdings unterschieden zwischen „sachkundigen Mitgliedern“ und „Dienstkräften der Sparkasse“. § 12 Abs. 1 SpkG NRW stellt ab auf wählbare sachkundige Bürger. Die erforderliche Sachkunde hat der Träger vor der Wahl zu prüfen und sicherzustellen. „Sachkunde“ bedeutet dabei den Nachweis einer fachlichen Eignung zum Verständnis der wirtschaftlichen und rechtlichen Abläufe im Tagesgeschehen einer Sparkasse (vgl. § 12 Abs. 1, S. 1, 2. HS, S. 2 und S. 3 SpkG NRW). Im weiteren Text jener Regelung wird darauf eingegangen, dass auch u. a. Dienstkräfte des Trägers zu Mitgliedern des Verwaltungsrats gewählt werden können. Von diesen wird offensichtlich angenommen, ebenfalls über die erforderliche Sachkunde zu verfügen.

Der Gesetzgeber muss hier den ihm zustehenden Regelungsspielraum zur Wahrung der Interessen der Gemeinden nutzen und die Anforderungen an die externen Arbeitnehmervertreter konkretisieren.

c) § 108 a Abs. 4 GO

Bei Verlust der Beschäftigteneigenschaft muss der Rat den bzw. die Betroffene aus seinem/ihrer Amt abberufen.

Das ist auch in dem für die Privatwirtschaft geltenden Drittelbeteiligungsgesetz sowie im Mitbestimmungsgesetz so geregelt. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. des Beschäftigungsverhältnisses führt dort automatisch zum Ausscheiden aus dem Amt. Zu begründen ist dies damit, dass das Band zwischen Arbeitnehmer und Unternehmen in jenen Fällen nicht mehr ausreichend eng geknüpft ist.

Werden jedoch auch nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf Externe in der Arbeitnehmervertretung zugelassen, kann allein das Argument der fehlenden Bindung zum mitbestimmten Unternehmen bzw. der mitbestimmten Einrichtung die Abberufungspflicht nicht mehr ausreichend stützen.

Der Landesgesetzgeber sollte daher auch aus diesem Grunde festlegen, welchen Anforderungen externe Arbeitnehmervertreter zu genügen haben.

d) § 108 a Abs. 5 GO

Weiterhin bleibt das Anforderungsprofil der Arbeitnehmervertreter darauf beschränkt, dass es sich um Personen handeln muss, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Eine Bindung zum Unternehmen oder der Einrichtung, wie es z.B. das für die Privatwirtschaft geltende Drittelbeteiligungsgesetz mit der Unternehmensangehörigkeit von einem Jahr formuliert, wird hier nicht aufgegriffen, obwohl der Verlust der Beschäftigteneigenschaft auch zum Verlust des Aufsichtsratsmandates führen soll. Dies ist nicht konsequent.

Zwar soll das für Inneres zuständige Ministerium durch Rechtsverordnung das Verfahren für die Wahl der Vorschlagsliste, insbesondere Vorbereitung der Wahl und Aufstellung der Wählerlisten etc. regeln. Diese Verordnung kann sich nur innerhalb des gesetzlichen Rahmens bewegen, so dass Abhilfe allein auf Ebene des Gesetzes geschaffen werden könnte.

Eine Orientierung bieten die Regelungen zur zwingenden Mitbestimmung, die eine mindestens einjährige Unternehmenszugehörigkeit festlegen (vgl. § 4 Abs. 3 DrittelbG, § 7 Abs. 1 MitbestG).

e) § 108 a Abs. 9 Ziff. 1 GO

Hier sollen die bisherigen Regelungen des § 108 a Abs. 6 neu gefasst wiedergegeben werden. Grundsätzlich sollen damit die Regelungen, die für die Beteiligung lediglich einer Gemeinde gelten, entsprechend angewandt werden, wenn eine Gemeinde mit mindestens einer anderen gemeinsam eine über 50%ige Beteiligung innehat. Dann sind die Arbeitnehmervertreter aus Vorschlagslisten der Beschäftigten der in Rede stehenden Unternehmen/Einrichtungen zu bestellen.

Der neue Gesetzestext gibt dies allerdings nicht wider. Denn „...kommen solche übereinstimmenden Beschlüsse [Anm. der Unterzeichnerin: gemeint sind die Beschlüsse der Gemeinde] nicht oder nicht im erforderlichen Umfang zustande, kann eine neue *Vorschlagsliste* gewählt werden...“ [Hervorhebung durch die Unterzeichnerin].

Dieser Wortlaut ist zumindest missverständlich, denn gemeint kann damit sein, den Gemeinderäten selbst das Recht zur Erstellung einer Vorschlagsliste zu erteilen.

Das wäre nicht konsequent.

Anders allerdings, wenn dadurch dem Problem begegnet werden soll, einer Verminderung des Einflusses der Gemeinden vorzubeugen. Eine derartige Regelung wäre sicherlich ein adäquates Mittel, um die Interessen aller beteiligten Gemeinden und deren Durchsetzung zu wahren. Denn die Notwendigkeit in allen beteiligten Gemeinderäten nach bestimmten Vorgaben Mehrheiten für die eine oder andere Bestellungspersonalie zu erreichen, ist eine hohe Hürde. Dies kann leicht zur Beeinträchtigung des zu erhaltenden angemessenen Einfluss der Gemeinde führen. In diesem Fall allerdings sollte die Regelung genauer ausgestaltet werden, um Anforderungen an die wählbaren Personen zu definieren.

Will der Gesetzgeber allein eine den Regelungen des § 108 Abs. 1 bis 8 GO entsprechende Regelung schaffen, könnte formuliert werden: *„... Kommen übereinstimmende Beschlüsse nicht oder nicht in ausreichendem Umfang zustande, gilt dies als Zurückweisung der Vorschlagsliste. Die Beschäftigten können eine neue Vorschlagsliste wählen. ...“*

2. Einführung des § 108 b GO**a) § 108 b Abs.1 GO**

Erstmals wird an dieser Stelle von „kommunal beherrschter“ Gesellschaft gesprochen. Dieser konzernrechtliche Begriff der Beherrschung kann jedoch auch so verstanden werden, dass nicht allein die Beteiligung durch das Halten von mehr als 50 % der Anteile damit gemeint ist, sondern auch eine beherrschende Stellung im Sinne des Konzernrechts durch Ausübung von Stimmrechten erfasst, die eben nicht mit entsprechenden Anteilen unterlegt sind, sondern sich z.B. aus

vertraglichen Bindungen ergeben. Welchem Zweck die Formulierung im vorliegenden Gesetz dienen soll, ist nicht klar.

Eine einheitliche Formulierung würde entsprechende Missverständnisse beseitigen. Dabei ist an dieser Stelle ein Verweis auf Beherrschungsverhältnisse nicht notwendig, da es ohnehin ausschließlich um die im vorstehenden § 108a GO definierten fakultativen Aufsichtsräte geht.

Damit könnte die Formulierung lauten: *„Nach Maßgabe der folgenden Regelungen kann für fakultativen Aufsichtsräte, die von den bis zum 31. Oktober 2020 amtierenden kommunalen Vertretungen zu bestellen sind, auf Antrag eine Ausnahme von der in § 108a geregelten Drittelparität zugelassen werden.“*

b) § 108 b Abs. 2 GO

Auch hier wird der Begriff der Beherrschung ohne Not verwendet. Erst aus der Formulierung des Satz 2, mit dem die Antragsbefugnis nur den Gemeinden zusammen zusteht, wird deutlich, dass es dem Gesetzgeber um die tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse geht.

Um die Antragsberechtigung zu definieren, genügt die Bezeichnung als Gemeinde, die mit mehr als 50 % der Anteile beteiligt ist. Die gemeinsame Antragsberechtigung könnte dann formuliert werden: *„Sind an der Gesellschaft oder Einrichtung zwei oder mehrere Gemeinden zusammen mit mehr als 50 % der Anteile beteiligt, muss der Antrag von sämtlichen an der Gesellschaft beteiligten Gemeinden unter Beifügung der entsprechenden Ratsbeschlüsse gestellt werden.“*

c) § 108 b Abs. 3 GO

Die beantragte Ausnahme muss von der zuständigen Aufsichtsbehörde zugelassen werden wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen. Es soll sich damit um eine gebundene Entscheidung ohne Ermessen handeln. Zusätzlich ist die Zulassung der Ausnahme vor ihrem Wirksamwerden vom für Inneres zuständigen Ministerium zu genehmigen.

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll hier keine präventive Gesetzmäßigkeitskontrolle im Sinne einer „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ erfolgen. Das ist konsequent. Denn diese obliegt bereits der Aufsichtsbehörde.

Durch die Genehmigung soll nach der Begründung des Gesetzesentwurfs lediglich sichergestellt werden, dass das zuständige Ministerium eine aktuelle landesweite Übersicht über sämtliche insoweit erteilten Ausnahmen führen kann. Dieses Ziel ließe sich mit einer Anzeigepflicht gegenüber dem Ministerium ebenfalls erreichen.

Wird eine Anzeigepflicht als nicht ausreichend empfunden, sollte der Gesetzgeber genauer festlegen, worum es ihm geht.

Denn ohne jegliche weitere Voraussetzungen zu definieren, stellt eine Verwaltungsentscheidung, die von Gemeindeorganen und staatlicher Behörde zusammen getroffen wird und nur wirksam werden kann, wenn beide eine positive Entscheidung treffen, einen Fall des sogenannten „Kondominiums“ dar. Die Gemeinde hätte dann nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung.

Das Kondominium wurde früher insbesondere für bestimmte haushaltsrechtliche Genehmigungstatbestände angenommen (vgl. z. B. OVG NRW DVBl 1988, 796 zu § 64 GO a. F.), ist allerdings weitgehend abgeschafft (Ausnahmen z. B. in §§ 82 Abs. 2, 86 Abs. 3 GO NRW).

Werden jedoch keine weiteren Voraussetzungen definiert und zeigt sich, dass auch andere, insbesondere außergemeindliche und überörtliche Interessen bei der Genehmigungserteilung berücksichtigt werden dürfen, kann sich daraus ein Ermessen des Ministeriums ergeben.

Der Gesetzgeber sollte hier klarstellen, ob hier ein Kondominium eingeführt werden soll oder aber festlegen, welche genauen Voraussetzungen zu erfüllen wären, damit die Genehmigung erteilt werden muss.

d) § 108 b Abs. 4 GO

aa) Durch Ermöglichung einer umfassenderen Beteiligung von Arbeitnehmervertretern, kann - insbesondere gepaart mit der Möglichkeit, auch Externe als Arbeitnehmervertreter zuzulassen - zweifelhaft sein, ob ein angemessener Einfluss der Gemeinde im Sinne des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GO noch gegeben ist.

Auch wenn die vorzusehenden gesellschaftsrechtlichen Stimmverhältnisse eine ausschlaggebende Stimme der Arbeitnehmervertreter verwehren sollen, wird der unmittelbare Einfluss der Gemeinde dadurch deutlich geschwächt. Dem Gesetzgeber geht es nach der Begründung darum, auf diese Art und Weise den „bestimmenden Einfluss“ der Gemeinde zu erhalten. Dies, obwohl die Arbeitnehmervertreter auch den Weisungen der Gemeinderäte nach § 108 Abs. 5 Ziff. 2 GO unterliegen.

Ob der gewünschte „bestimmende Einfluss“ der Gemeinde den Vorgaben des „angemessenen Einflusses“ im Sinne des § 108 Abs. 1 Ziff. 6 GO entspricht, erklärt der Gesetzgeber nicht.

bb) Ein Verlust der unmittelbaren Einflussnahme der Gemeinde ergibt sich auch, wenn sich die Gemeinderäte trotz nachgebesserter Vorschlagsliste nicht auf eine Bestellung einigen können. Dann bleiben Arbeitnehmeraufsichtsratsmandate unbesetzt. Auch damit wird die Möglichkeit der angemessenen Einflussnahme beschränkt, vom Gesetzgeber aber nicht weiter geregelt.

Soweit es sich um Gesellschaften und Einrichtungen handelt, die zu 100 % unmittelbar in der Hand der Kommune sind, wird diese ihren Willen auch dann umsetzen können. Gleichwohl sollte eine klarstellende Regelung geschaffen werden.

cc) Im Sinne einer handhabbaren gesetzlichen Regelung muss der Gesetzgeber klären, ob der und wie der angemessene Einfluss der Gemeinde gewahrt bleibt.

e) § 108 b Abs. 5

aa) In allen Fällen der Public-Private-Partnership-Modelle (nachfolgend PPP-Modelle) „muss“ der Gesellschaftsvertrag vorsehen, dass die Mehrzahl der auf die Gemeinde entfallenden Aufsichtsratsmandate mit Personen besetzt wird, die nicht von der Arbeitnehmerseite vorgeschlagen werden. Mit der Wortwahl „ Mehrzahl“ ist offensichtlich nicht gemeint: „Alle“.

Es ist offen, mit welchen Personen die verbleibenden Aufsichtsratsmandate zu besetzen sind. Da andere Besetzungsmodalitäten nicht vorhabenden sind, „müssten“ im Umkehrschluss die verbleibenden Aufsichtsratsmandate mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden.

Abgesehen davon, dass dies im Widerspruch zur gesetzlichen Vorgabe steht, Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat aufnehmen zu „können“ (vgl. Text in § 108 a Abs. A Satz 2 GO), scheint der Gesetzgeber davon auszugehen, dass Arbeitnehmervertreter die verbleibenden Aufsichtsratsmandate erhalten. Denn immerhin rechtfertigt er die Einschränkung wortidentisch mit der Begründung zu § 108 b Abs. 4 GO damit, auf diese Art und Weise den „bestimmenden Einfluss“ der Gemeinde zu sichern.

Dazu ist die Gemeinde zwar ohnehin selbst bei entgegenstehenden Stimmverhältnissen verpflichtet. Denn sie hat auch in diesen Fällen die Pflicht „alles in ihrer Macht stehende zu tun, um den Bindungen des Unternehmens oder der Einrichtung zur Durchsetzung zu verhelfen.“ (vgl. „Fraport-Entscheidung“ des BVerfG Urt. v. 22.02.2011 – 1 BvR 699/06 – juris).

Dennoch sollte der Gesetzgeber hier festlegen, wann der erforderliche angemessene Einfluss der Gemeinde noch gegeben ist und unter welchen Voraussetzungen er diesen als gefährdet ansieht.

bb) Soweit Sinn und Zweck der Regelung auch darin liegt, eine etwaig unerwünschte Allianz von Interessen des privaten Anteilseigners und Arbeitnehmerinteressen zu verhindern, hat der Gesetzgeber sich noch weiter zu erklären. Derlei Situationen ergeben sich nämlich ebenso im Zusammenhang mit der Drittelbeteiligung im Sinne des § 108 a GO.

Dort wird bei Beachtung der Besetzungsvorgaben der angemessene Einfluss der Gemeinde allerdings ausdrücklich bejaht.

Diesen Widerspruch muss der Gesetzgeber auflösen, nicht zuletzt, weil dies die einzige Regelung zu PPP-Modellen im Zusammenhang mit Arbeitnehmermitbestimmung ist. Eine Auslegung als Spezialregelung auch im Verhältnis zu den vorangegangenen Regelungen ist im Zuge dessen zu klären.

3. Befristungsregelung § 134 Satz 2 GO

Eine Befristung erscheint sinnvoll. Auf diese Art und Weise kann ein zukünftiger Gesetzgeber neu entscheiden. Durch rechtzeitige Aufsichtsratswahlen können die jeweiligen Zustände in den mitbestimmten Gesellschaften und Einrichtungen noch eine Zeit lang darüber hinaus bewahrt werden.

Mit freundlichen Grüßen

ALPMANN FRÖHLICH Rechtsanwaltsgesellschaft mbH



ppa. Katharina Neuroth, LL.M.
Rechtsanwältin

gez. Wüstenbecker

ppa. Horst Wüstenbecker
Rechtsanwalt

Pflichtangaben nach § 35a GmbHG

ALPMANN FRÖHLICH Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Rechtsform: GmbH

Sitz: 48282 Emsdetten

Registergericht: AG Steinfurt HRB 6891

Geschäftsführer: Hans-Georg Fühner, Horst Wüstenbecker, Dr. Christian Klöver

Vertraulichkeit | Eilbedürftigkeit

Diese Email hat eine Rechtsanwaltsgesellschaft aufgegeben. Sie enthält vertrauliche Informationen. Sind Sie nicht der bestimmungsgemäße Empfänger, dürfen Sie die Email in keiner Form verwenden. Emails an unsere Rechtsanwaltsgesellschaft haben keine fristwahrende Wirkung. Eilbedürftige Mitteilungen senden Sie bitte zusätzlich per Telefax.

Standorte

Verspoel 12
48143 Münster
Telefon: +49 (251) 41701 - 0
Telefax: +49 (251) 41701 - 60
E-Mail: muenster@alpmann-froehlich.de

Bonhoefferstraße 10
48282 Emsdetten
Telefon: +49 (2572) 875 - 0
Telefax: +49 (2572) 875 - 33
E-Mail: emsdetten@alpmann-froehlich.de

Alter Fischmarkt 8
48143 Münster
Telefon: +49 (251) 98109 - 0
Telefax: +49 (251) 98109 - 60
E-Mail: muenster@alpmann-froehlich.de

Mühlenstraße 4
48431 Rheine
Telefon: +49 (5971) 80161 - 0
Telefax: +49 (5971) 80161 - 33
E-Mail: rheine@alpmann-froehlich.de