



Regierung der Oberpfalz
93039 Regensburg

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
B 306
18.10.2008

Unser Zeichen
IB4-1517.3-35

Telefon / - Fax
089 2192-2712 / -12712

Bearbeiterin
Frau Hahn

Zimmer
160

München
13.10.2008

E-Mail

**Überörtliche Prüfung der Jahresrechnungen 2000 bis 2005 und der Kassen
der Stadt Regensburg;
Einsichtsrecht des überörtlichen Prüfungsorgans in die Anstellungsverträge
des Geschäftsführers städtischer Gesellschaften**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom 18.10.2007 hatten Sie nach dem Einsichtsrecht des überörtlichen Prüfungsorgans in die Anstellungsverträge des Geschäftsführers städtischer Gesellschaften gefragt. Wir bitten um Entschuldigung dafür, dass wir erst jetzt darauf zurückkommen, und weisen auf Folgendes hin:

Nach Art. 106 Abs. 4 GO, Art. 92 Abs.4 LKrO, Art. 88 Abs. 4 BezO ist die Betätigungsprüfung Teil der Rechnungsprüfung. Dabei werden nicht die Betätigung des Unternehmens oder dieses selbst unmittelbar geprüft, sondern die Betätigung der Kommune bei Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts und bei Kommunalunternehmen. Etwas anderes gilt dann, wenn den Rechnungsprüfungsorganen weitergehende oder umfas-

sende Prüfungsrechte eingeräumt sind, so dass der Bereich der eigentlichen Betätigungsprüfung in Richtung auf eine Prüfung des Unternehmens selbst verlassen werden kann.

Wenngleich Prüfungsgegenstand nicht das Unternehmen selbst, sondern die kommunale Einflussnahme („Betätigung“) ist, werden sich die getroffenen Feststellungen ihrer Art nach von denen einer Unternehmensprüfung nicht immer scharf unterscheiden. Die Prüfung kommunaler Betätigung kann auch eine indirekte Prüfung des Unternehmens bedeuten.

Anknüpfungspunkte für die Betätigungsprüfung werden sich vorrangig aus den zwischen der Kommune und dem Unternehmen bestehenden Rechtsverhältnissen, aus dem Verhalten (ggf. auch Unterlassen) kommunaler Mandatsträger und Bediensteter in der Gesellschafterversammlung, in Sitzungen des Aufsichts- oder Verwaltungsrates des Unternehmens und in seinen sonstigen Organen sowie aus ggf. daneben bestehenden vertraglichen Beziehungen kommunaler Mandatsträger oder Bediensteter mit dem Unternehmen ergeben können.

Insbesondere folgende Prüfungsfelder kommen als Gegenstände der Betätigungsprüfung in Frage:

- Allgemeine gesetzliche Zulässigkeitsvoraussetzungen unternehmerischer Betätigung und Beteiligung an Unternehmen (öffentlicher Zweck, finanzielle Leistungsfähigkeit der Kommune, Subsidiarität der Aufgabenerfüllung, Begrenzung der Haftung, Nachschusspflicht, Pflicht zur Übernahme von Verlusten)
- Aufstellen eines Wirtschaftsplans, Bestehen einer (i.d.R. fünfjährigen) Finanzplanung, wobei diese Unterlagen der Kommune in aller Regel gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 7 KommHV-Doppik/§ 2 Abs. 2 Nr. 4 KommHV-Kameralistik ohnehin vorliegen müssten,

- Einhaltung der Vorgaben zu Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts (z.B. Offenlegung, Beachtung des § 53 HGrG, Vorliegen des Abschlussprüfungsberichts bei der Kommune)
- Mitteilung der Bezüge des geschäftsführenden Unternehmensorgans von Unternehmen in Privatrechtsform an den Träger (Art. 94 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 GO, Art. 82 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 LKrO, Art. 80 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BezO)
- Sicherung der gesetzlich vorgesehenen Rechte/Einflussmöglichkeiten der Kommune bei Kommunalunternehmen, Eigen- und Beteiligungsgesellschaften durch entsprechende Ausgestaltung der Satzung, des Gesellschaftsvertrags und ggf. sonstiger vertraglicher Regelungen und ihre sachgerechte Wahrnehmung, insbesondere
 - Einräumen der Befugnisse des § 54 HGrG
 - Weisungsbindung, Berichtspflicht und -erstattung kommunaler Vertreter in den kommunalen Vertretungsorganen
 - Vertretung der Kommune in den Organen des Unternehmens sowie durch die kommunalen Vertreter nach den kommunalgesetzlichen Vorgaben zu veranlassende Einbeziehung der kommunalen Vertretungsgremien in Entscheidungsprozesse (z.B. Gemeinderat, Kreistag, Kreisausschuss)
 - Sachgerechte Gestaltung von Zustimmungskatalogen für Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat (z.B. in Bezug auf Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen, Abschluss und Änderung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, Art. 92 Abs. 1 Satz 2 GO, Art. 80 Abs. 1 Satz 2 LKrO, Art. 78 Abs. 1 Satz 2 BezO)
 - Innere Ordnung des Aufsichtsrats / Verwaltungsrats (Geschäftsordnung) und Wahrnehmung einzelner Aufgaben und (Unterrichtungs- und Prüfungs-)Rechte; Abstimmungsverhalten und geäußerte Auffassungen von Mandatsträgern der Kommune in Gremien des Unternehmens

- Geschäftsordnung für den Geschäftsführer
- *Sonderbestimmungen bei mittelbarer Beteiligung zur Sicherung von Rechten/Einflussmöglichkeiten auch im Rahmen von Konzernstrukturen*
- Beteiligungsverwaltung, Berichtswesen
- Entgeltgestaltung im Verhältnis Kommune – Unternehmen und ihre Auswirkung auf die Bürgerinnen und Bürger
- Angemessene Verteilung von Chancen und Risiken zwischen Kommune und Unternehmen
- Defizitausgleich zwischen Kommune und Unternehmen, Bürgschaften und sonstige Haftungsübernahmen zu Gunsten des Unternehmens, Darlehensverträge zwischen Kommune und Unternehmen
- *Sonstige Prüfungsgegenstände (z.B. erforderliche Sorgfalt und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung; Verträge der Gesellschaft mit Aufsichtsratsmitgliedern (z.B. Beraterverträge), Geschäftsführern / Vorstandsmitgliedern oder mit Gesellschaftern; Angemessenheit (insbesondere im Verhältnis zu Aufgaben und Lage des Unternehmens sowie zu Verantwortung und persönlicher Absicherung) der Bezüge und Sachleistungen für Mitglieder der Geschäftsleitung und Aufsichtsratsmitglieder; Entlastung der Geschäftsführung / des Vorstands und des Aufsichtsrats)*

Zur Durchführung der Betätigungsprüfung hat die geprüfte Kommune dem örtlichen oder überörtlichen Prüfungsorgan die **Unterlagen** vorzulegen, die dieses nach seiner Einschätzung zur Durchführung der Betätigungsprüfung für erforderlich hält (Art. 106 Abs. 6 GO, Art. 92 Abs. 6 LKrO, Art. 88 Abs. 6

BezO). Eine besondere Begründung ist nicht erforderlich. Anhaltspunkte für die Durchführung der Betätigungsprüfung geben die Bundeshaushaltsordnung (BHO) und die Bayerische Haushaltsordnung (BayHO). In den Hinweisen für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen, Bek. des BMF vom 19.10.2001, GMBI 2001, S. 963, ist im Einzelnen aufgeführt, welche Unterlagen dem Bundesrechnungshof zu übersenden sind. In entsprechender Anwendung dieser Bestimmungen kann der Rechnungsprüfer bzw. das Rechnungsprüfungsorgan von der Kommune als Gesellschafterin oder Unternehmensträgerin insbesondere Einsicht in folgende Prüfungsunterlagen verlangen:

- Bericht des Abschlussprüfers (einschließlich der Feststellungen nach § 53 HGrG sowie der Berichte über Zwischen- oder Ergänzungsprüfungen) und die etwaige Stellungnahme der Geschäftsleitung des Unternehmens und des Aufsichtsrats oder eines sonstigen Überwachungsorgans
- Berichte über Zwischen- und Sonderprüfungen
- Vorlagen an den Verwaltungsrat, Aufsichtsrat und seine Ausschüsse sowie Sitzungsniederschriften, die den Gang der Verhandlungen und die Abstimmungsergebnisse wiedergeben sollen
- Berichte der Mitglieder der Überwachungsorgane
- Niederschriften nebst Anlagen über ordentliche und außerordentliche Haupt- oder Gesellschafterversammlungen in dem geprüften Geschäftsjahr
- Gesellschaftsvertrag oder Satzung sowie die Geschäftsanweisung für die Geschäftsführung, den Vorstand, den Verwaltungs- oder Aufsichtsrat und seine Ausschüsse

- Mitteilungen an den Aufsichts- oder Verwaltungsrat oder seinen Vorsitzenden über die Prüfung bestimmter Gebiete (z. B. Organisation, Kasse, Bezüge der Mitglieder der Gesellschaftsorgane)
- Jahresabschlüsse (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Anhang), Lageberichte
- sonstige Berichte an den Aufsichtsrat oder ein sonstiges zur Überwachung zuständiges Organ
- vom Aufsichtsrat oder einem sonstigen Überwachungsorgan zu genehmigende Verträge
- Geschäftsführervertrag
- Betrauungsakte zum Defizitausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinn der Freistellungsentscheidung oder des Gemeinschaftsrahmens (Monti-Paket)
- sonstige Verträge zwischen Kommune und Unternehmen

Im Rahmen der Betätigungsprüfung findet die Rechnungsprüfung zunächst nur bei der Kommune statt. Dabei können Fragen auftreten, die nur beim kommunalen Unternehmen und durch Einsicht in dessen Unterlagen geklärt werden können. Hierzu können sich die Rechnungsprüfungsorgane bei Kommunalunternehmen im Rahmen ihres Prüfungsermessens unmittelbar unterrichten und den Betrieb, die Bücher und die Schriften des Unternehmens einsehen (Art. 91 Abs. 2 GO, Art. 79 Abs. 2 LKrO, Art. 77 Abs. 2 BezO). Für Unternehmen in Privatrechtsform gilt dies, wenn die Befugnisse aus § 54 HGrG durch Satzung/Gesellschaftsvertrag eingeräumt sind. Dabei bestimmt das Rechnungsprüfungsorgan, welche Unterlagen zur Klärung noch offener Fragen erforderlich sind. Eine Vorauswahl durch das Unternehmen ist nicht zulässig. Die Einsicht in die entsprechenden Unter-

lagen und Bücher schließt das Kopieren der entsprechenden Vorgänge ein. Auf die Einräumung der Befugnisse nach § 54 HGrG hat die Kommune hinzuwirken, wenn ihr Anteile an einem Unternehmen in dem in § 53 HGrG bezeichneten Umfang gehören (Art. 94 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GO, Art. 82 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 LKrO, Art. 80 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BezO).

Soweit keine Rechte nach § 54 HGrG eingeräumt wurden und die erforderlichen Unterlagen bei der Kommune nicht vorliegen, darf die Betätigungsprüfung deshalb nicht vereitelt werden. Die Kommune hat alles zu unternehmen, um die gewünschten Unterlagen zu beschaffen. Insbesondere kann sie hierzu nach § 51a GmbHG Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen und Einsicht in Bücher und Schriften des Unternehmens nehmen. Das Ermöglichen von demokratisch legitimierter öffentlicher Finanzkontrolle im Rahmen der überörtlichen Rechnungsprüfung ist dabei kein gesellschaftsfremder Zweck im Sinn des § 51a GmbHG, der eine Verweigerung der Auskunft ausnahmsweise rechtfertigen könnte. Die Kommune kann die Rechnungsprüfungsorgane im Übrigen auch mit der Wahrnehmung der Rechte nach § 51a GmbHG betrauen. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass ein kommunaler Wahlbeamter oder Beamter als gesetzlicher oder sonstiger Vertreter der Kommune in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung Schriftstücke und sonstige Unterlagen im Hauptamt erhält, die daher dienstlichen Charakter haben und auf Verlangen des Dienstherrn herausgegeben werden müssen (Art. 42 KWBG, Art. 71 BayBG). Hinsichtlich der bei der Betätigungsprüfung zur Verfügung zu stellenden Unterlagen besteht auch kein Konflikt zwischen gesellschafts- und kommunalrechtlichen Vorschriften. Zwar unterliegen Aufsichtsratsmitglieder einer Verschwiegenheitspflicht (§ 116 Abs. 1 Satz 2 AktG). Für Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH gilt dies von vornherein nur gegenüber Dritten, also nicht gegenüber der Kommune als Gesellschafterin und den für sie zuständigen Rechnungsprüfungsorganen oder Rechtsaufsichtsbehörden. Die von der Kommune entsandten oder auf ihre Veranlassung gewählten Personen haben die Kommune über wichtige Angelegenheiten möglichst frühzeitig zu unterrichten und auf Verlangen Auskunft zu

erteilen (Art. 93 Abs. 2 Sätze 2 und 3 GO, Art. 81 Abs. 2 Sätze 2 und 3 LKrO, Art. 79 Abs. 2 Sätze 2 und 3 BezO). Bei Aktiengesellschaften unterliegen Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Kommune entsandt oder gewählt worden sind, hinsichtlich der Berichte, die sie der Kommune zu erstatten haben, grundsätzlich keiner Verschwiegenheitspflicht. Etwas anderes gilt nur für vertrauliche Angaben oder Geheimnisse der Gesellschaft, deren Kenntnis für den Berichtszweck unbedeutend ist (§ 394 Satz 2 AktG). Davon zu trennen ist die Frage, ob ein kommunales Unternehmen gegenüber Rechnungsprüfungsorganen die Einsichtnahme mit Verweis auf besondere, vertrauenswürdige und zu schützende Dokumente bzw. Interessen des Unternehmens verweigern darf. Dies ist eindeutig zu verneinen. Die Unternehmen sind durch die auf die Rechnungsprüfer erweiterte Verschwiegenheitspflicht in § 395 AktG ausreichend geschützt (vgl. auch Eibelshäuser/Nowak, Haushaltsrecht, Kommentierung zu § 54 HGrG, Rn 21). Soweit den Rechnungsprüfungsorganen die Befugnisse nach § 54 HGrG eingeräumt sind, wäre diese Argumentation im Übrigen widersprüchlich und offensichtlich unbeachtlich.

Auch die Betätigungsprüfung dient der Kontrolle der Verwendung öffentlicher Mittel im Rahmen der unternehmerischen Betätigung der Kommune. Es ist Aufgabe der Rechtsaufsicht, die Kommune auch bei der unternehmerischen Betätigung beratend zu unterstützen. Wir bitten die Regierung daher insbesondere sicherzustellen, dass die Prüfungsorgane bei der Betätigungsprüfung alle für ihre Prüfung erforderlichen Unterlagen umgehend erhalten, und diese Bitte entsprechend an die Landratsämter weiterzugeben.

Die übrigen Regierungen erhalten Kopie dieses Schreibens.

Mit freundlichen Grüßen

Puhr
Ltd. Ministerialrat