

Wolter Hoppenberg | Postfach 2773 | 59017 Hamm

Hamm, 27.01.2023

Per E-Mail: L.Wittler@edg.de

Marc Dewald

Rechtsanwalt

EDG Holding GmbH
Recht / Liegenschaften / Versicherungen
Frau Lisa Wittler
Sunderweg 98
44147 Dortmund

DE/KC
Sekretariat: Christina Kannchen
Telefon: +49 2381 92122-470
Telefax: +49 2381 92122-7051
dewald@wolter-hoppenberg.de

Unser Zeichen: 5354/22
(bitte immer angeben)

Anpassung Gesellschaftsverträge hier: Einwände des Finanzausschusses

Sehr geehrte Frau Wittler,

ich nehme Bezug auf Ihre heutige E-Mail, mit der Sie mich über Einwände des Finanzausschusses gegen die von mir formulierten Änderungen beider Gesellschaftsverträge (EDG Holding GmbH und EDG Entsorgung GmbH) informiert haben. Sie baten hierzu um Prüfung und ggf. Anpassung der Vertragsentwürfe.

Soweit ich der ursprünglichen E-Mail von Herrn Kollmann über die gestrige Sitzung des Finanzausschusses entnehmen kann, richten sich die Einwände im Kern dagegen, dass die geänderten Fassungen des jeweiligen § 8 der Gesellschaftsverträge keine Direktwahl der Aufsichtsratsmitglieder durch den Rat der Stadt Dortmund vorsehen.

Grund hierfür ist die notwendige Berücksichtigung der hier geltenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern bei einer GmbH, die unter das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) fällt. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG gelten für Aufsichtsräte bei drittelbeteiligten GmbHs diverse Bestimmungen des Aktiengesetzes (AktG), u. a. § 101 AktG.

Nach § 101 Abs. 1 AktG werden die Aufsichtsratsmitglieder – mit Ausnahme der nach Mitbestimmungsrecht zu wählenden Arbeitnehmervertreter – grundsätzlich von der Hauptversammlung gewählt. Bei GmbHs entspricht dies der Wahl durch die Gesellschafterversammlung.

Eine Ausnahme von der Notwendigkeit einer Bestellung durch die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung ist nach § 101 Abs. 1 Satz 1 AktG nur vorgesehen, wenn Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen von Entsendungsrechten einzelner Gesellschafter bestimmt werden. § 101 Abs. 2 Satz 4 AktG lässt die Einräumung solcher Entsendungsrechte aber für höchstens ein Drittel der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat zu. Der Stadt Dortmund sollen aber insgesamt neun von den 12 Aufsichtsratssitzen der Anteilseigner zustehen. Selbst wenn man nur die sechs Aufsichtsratsmandate, über welche der Rat der Stadt in jedem Fall frei entscheiden kann, zugrunde legt, ist dies immer noch die Hälfte der Anteilseignersitze. Ein Entsendungsrecht für alle diese Sitze widerspräche damit dem Wortlaut von § 101 Abs. 2 Satz 4 AktG i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG.

Zwar wird teilweise die Auffassung vertreten, dass diese Beschränkung der Entsendungsrechte bei einer drittelbeteiligten GmbH – entgegen dem umfassenden Verweis auf § 101 AktG in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG – nicht gelten soll (*Habersack in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 5. Aufl. 2019, § 101 AktG Rn. 3*). Diese vom ausdrücklichen Gesetzeswortlaut abweichende Auslegung wird aber von der wohl herrschenden Meinung in der Rechtsliteratur abgelehnt (*Oetker in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 1 DrittelbG Rn. 22; Veil in: Raiser/Veil/Jacobs, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 6. Aufl. 2016, § 1 DrittelbG Rn. 23; Kleinsorge in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 1 DrittelbG Rn. 27*) und ist daher aus meiner Sicht keine tragfähige Grundlage für eine rechtssichere Gestaltung der Gesellschaftsverträge.

Da nach dem zuvor Gesagten eine rechtswirksame Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder, die nicht nach dem DrittelbG von den Arbeitnehmern zu wählen sind, formal nur durch die

Gesellschafterversammlung möglich ist, musste die Neuregelung in § 8 der Gesellschaftsverträge dem Rechnung tragen. Um den Ratsbeschluss vom 15.12.2022 gleichwohl effektiv umzusetzen, wurde das jeweils bereits in § 8 Abs. 2 beider Gesellschaftsverträge vorgesehene Vorschlagsrecht der Gesellschafter an den Inhalt des Ratsbeschlusses angepasst. Die Bindung an den Vorschlag des Gesellschafters bedeutet dabei jeweils, dass die Gesellschafterversammlung nur die vom jeweiligen Gesellschafter vorgeschlagenen Personen wählen rechtmäßig wählen. Die insoweit irreführende bisherige Formulierung, dass die Anteilseignervertreter „frei“ von der Gesellschafterversammlung gewählt werden, wurde dabei entfernt.

Die Formulierung in Ziffer 4 Satz 1 des Ratsbeschlusses vom 15.12.2022, dass die von der Stadt zu bestimmenden Aufsichtsratsmitglieder „auf Vorschlag der Gesellschafterin Stadt Dortmund vom Rat der Stadt gewählt“ werden, wurde nicht in den Wortlaut des Gesellschaftsvertrags übernommen, weil es hierbei um eine vorgelagerte interne Entscheidungsfindung beim Gesellschafter Stadt Dortmund geht. Solche internen Entscheidungsfindungsprozesse können auf der Ebene des Gesellschaftsvertrags nicht wirksam geregelt werden, sondern bleiben notwendigerweise in der eigenen Entscheidungsautonomie des Gesellschafters. Dies gilt insbesondere für kommunalrechtlich festgelegte Entscheidungskompetenzen bei einer Stadt als Gesellschafterin. Da aber der Rat der Stadt Dortmund nach § 41 Abs. 1 Satz 1 GO NRW als oberstes Entscheidungsgremium der Stadt Dortmund für alle Angelegenheiten der Stadtverwaltung letztzuständig ist, obliegt ihm auch die Ausübung des Vorschlagsrechts für die städtischen Aufsichtsratsmitglieder bei der EDG Holding GmbH und der EDG Entsorgung GmbH, solange er die entsprechende Zuständigkeit nicht auf einen Ratsausschuss überträgt.

Im Ergebnis stellt die gewählte Neuformulierung der Gesellschaftsverträge damit sicher, dass die im Ratsbeschluss vom 15.12.2022 vorgesehene Entscheidungsbefugnis des Rates über die Besetzung der städtischen Aufsichtsratsmandate bei der EDG unter Beachtung der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben effektiv erreicht wird.

Ich hoffe, dass meine vorstehenden Erläuterungen die im Finanzausschuss der Stadt geäußerten Einwände beseitigen. Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Marc Dewald
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Partner i. S. d. PartGG:

Michael Hoppenberg
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Matthias Brockmeier
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Steuerrecht

Dr. Frank Baumann, LL.M.
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Claus Meiners
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Martin Brück von Oertzen
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Wirtschaftsmediator

Marc Dewald
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Till Elgeti
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Martin Graf
Notar mit Amtssitz in Hamm
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Schlichter/Schiedsrichter (SOBau)
Baumediator
Sachverständiger für Architektenhonore (IFBau der AKBW)

Dr. Marc Dinkhoff
Rechtsanwalt | Partner

Bastian Hensel
Notar mit Amtssitz in Hamm
Rechtsanwalt | Partner

Gerald Lückemeier
Notar mit Amtssitz in Hamm
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Agrarrecht

Susanne Tyczewski
Rechtsanwältin | Partnerin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Dr. Christian Lucas
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Versicherungsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Lisa M. Lückemeier
Rechtsanwältin | Partnerin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Markus Heinrich
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Informationstechnologierecht
Zert. DSB (TÜV*)

Dr. Anja Baars
Rechtsanwältin | Partnerin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

David Garthoff
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Vergaberecht

Dr. Martin Schröder
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Nadine Bethge
Notarin mit Amtssitz in Münster
Rechtsanwältin | Partnerin
Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht

Lena Kreggenfeld
Rechtsanwältin | Partnerin
Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht

Keine Partner i. S. d. PartGG:

Ulrich Schäfer (Partner bis 31.12.2019)
Rechtsanwalt
Notar a. D.
Of Counsel

Dr. Henning Wolter
Rechtsanwalt (Partner bis 31.12.2015)
Fachanwalt für Erbrecht
Fachanwalt für Agrarrecht
Of Counsel

Hans-Jürgen Thies
Rechtsanwalt (Partner bis 31.12.2018)
Of Counsel

Dr. Lars Dietrich, LL.M.
Rechtsanwalt

Frank-Joachim Lamp
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Günter Kozlowski
Rechtsanwalt

Dr. Ramazan Uslubaş
Rechtsanwalt | Salary Partner
Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Sebastian Lucenti
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Gordon von Bardeleben
Rechtsanwalt | Salary Partner
Fachanwalt für Agrarrecht

Francesca Kerkloh, LL.M.
Rechtsanwältin

Dr. Jörn-Michael Bartels
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Lena Dirksen
Rechtsanwältin | Salary Partnerin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Denise Dressler-Niesler, LL.M.
Rechtsanwältin

Marie-Louise Steffens
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Jens Deyerling, LL.M.
Diplom-Kaufmann, Steuerberater

Miriam Bösker, LL.M.
Rechtsanwältin

Prof. Dr. Bernd Andrick
Rechtsanwalt
Vorsitzender Richter am VG a. D.
Of Counsel

Dr. Corinna Durinke
Rechtsanwältin

Dr. Peter Durinke
Rechtsanwalt

Laura Czychowski
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Susanna Wittenstein, LL.M.
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht

Marcus Sundermann
Rechtsanwalt

Carlo Wiese
Rechtsanwalt

Jonas Döring
Rechtsanwalt

Dr. Stephan Gatz
Rechtsanwalt
Richter am BVerwG a. D.
Of Counsel

Rainer Christian Beutel
Rechtsanwalt
Of Counsel

Christian Vedder, M. B. L.-HSG.
Rechtsanwalt

Thomas Fock
Rechtsanwalt

Christoph Heinrich
Rechtsanwalt

Alexander Waltermann
Rechtsanwalt

Frank Beckehoff
Rechtsanwalt
Of Counsel

Dr. Stefan Bischoff
Rechtsanwalt
Zert. DSB (TÜV*)

Christian Eickeler
Rechtsanwalt

Dr. Karsten Keller
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Maximilian Decker
Rechtsanwalt
Compliance Officer (TÜV)

Robin Alexander Kumbrink
Rechtsanwalt

Theresa Pohl
Rechtsanwältin

Nora Noemi Spöttel
Rechtsanwältin

Pia Brandsch-Böhm
Rechtsanwältin

Franziska Kohl, LL.M.
Rechtsanwältin
Zert. Compliance Officer (HdWM*)

Tobias Rietmann
Rechtsanwalt

Alexander Harfousch, LL.M.
Rechtsanwalt