

1. Vermerk

Vertretung des Landkreises und der Region in Unternehmen und Einrichtungen;

Angemessenheit von Entschädigungen im Sinne von § 138 Abs. 7 NKomVG

I. Vorbemerkung

Nach § 138 Abs. 7 NKomVG sind Vergütungen aus einer Tätigkeit als Vertreterin oder Vertreter der Kommune in Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts an die Kommune abzuführen, soweit sie über das Maß einer angemessenen Entschädigung hinausgehen. Die Bestimmung ist im Wesentlichen inhaltsgleich mit der bis zum 31.10.2011 gültigen Regelung in § 111 Abs. 7 Satz 1 NGO.

Durch Artikel 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Gemeindehaushaltsrechts und zur Änderung gemeindewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 15. November 2005 (Nds. GVBl. S. 342) waren an die Vorgängernorm in § 111 Abs. 7 NGO zwei Sätze angefügt worden, wonach der Rat über die Höhe der angemessenen Entschädigung einen Beschluss zu fassen hatte, der zu veröffentlichten war. Die Geschäftsstelle des Niedersächsischen Landkreistages hatte hierzu eine Auslegungshilfe mit Vermerk vom 22. Februar 2006 erarbeitet. Diese wurde mit Vermerk vom Dezember 2012 fortgeschrieben und an die leicht geänderten Vorschriften des zum 1.11.2011 in Kraft getretenen § 138 NKomVG angepasst. Die jetzt vorliegende Fassung berücksichtigt den Rechtsstand nach der 15. Änderung des NKomVG durch Gesetz vom 26.10.2016 (Nds. GVBl. S. 226).

Eine rechtliche Notwendigkeit, bestehende Kreistags- bzw. Regionsversammlungsbeschlüsse zu ändern, ergibt sich nicht aus den Rechtsänderungen. Eine Anpassung ist aber in den Fällen notwendig, in denen die Beschlüsse materiell geändert werden müssen, z. B. weil neue Unternehmen oder Einrichtungen in privater Rechtsform hinzutreten.

Im Vergleich zu § 111 Abs. 7 NGO hat der zum 1.11.2011 in Kraft getretene § 138 Abs. 7 NKomVG vor allen Dingen sprachliche Änderungen erfahren. So

wurde der Begriff der Aufwandsentschädigung durch Entschädigung ersetzt. Dabei ist allerdings nicht erkennbar, dass hiermit eine materielle Änderung einhergehen sollte (vgl. hierzu § 44 NKomVG). Weiter wurde die Form der Bekanntmachung in Satz 3 an § 11 NKomVG angepasst. Die kommunalen Anstalten und gemeinsamen kommunalen Anstalten wurden aus § 138 Abs. 8 NKomVG herausgenommen. Die Anwendung der Regelung des § 138 Abs. 7 NKomVG auf die Mitglieder des Verwaltungsrates ergibt sich nunmehr aus § 145 Abs. 8 NKomVG.

Mit Gesetz vom 26.10.2016 (Nds. GVBl. S. 226) wurde § 138 Abs. 7 NKomVG nicht geändert. Es wurde allerdings in Absatz 8 – der Norm, die auf eine entsprechende Anwendung für Organe wie Aufsichtsräte verweist – der Anwendungsbereich auf Abgeordnete der Vertretung beschränkt und gleichzeitig die dort genannten Organe um (sonstige) Gremien erweitert (vgl. LT-Drs. 17/5423 S. 52 f.).

Im Folgenden wird untersucht, welche Entschädigungen von § 138 Abs. 7 NKomVG betroffen sind und wie der unbestimmte Rechtsbegriff der „Angemessenheit“ zu verstehen ist.

II. Anwendungsbereich von § 138 Abs. 7 NKomVG

a) Von der Vorschrift erfasste juristische Personen

Nach § 138 Abs. 7 NKomVG gilt die Vorschrift für Vergütungen aus einer Tätigkeit als Vertreterin oder Vertreter der Kommune in Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform **des privaten Rechts**. Betroffen sind daher sowohl wirtschaftliche als auch nicht wirtschaftliche Tätigkeiten der Kommunen (Unternehmen und Einrichtungen – vgl. § 136 NKomVG), soweit sie von GmbHs, AGs, Genossenschaften aber auch von eingetragenen Vereinen etc. wahrgenommen werden. Gleiches dürfte auch gelten, soweit es sich um **eine Beteiligung** der Kommune an einem Unternehmen oder einer Einrichtung handelt, da § 138 Abs. 7 NKomVG insoweit nicht differenziert und im Absatz 1 auch die Beteiligungen erfasst sind. Nicht erfasst sind hingegen Vertretungen in Tochter- oder Enkelgesellschaften von kommunalen Unternehmen oder Einrichtungen (mittelbare Beteiligungen), weil der Landtag die in einem vorherigen Gesetzgebungsverfahren von der Landesregierung in § 109 NGO vorgesehene entsprechende Anwendung des seinerzeitigen § 111 NGO nicht beschlossen und sich

insoweit hiergegen ausgesprochen hatte (vgl. hierzu § 109 Abs. 1 Nr. 11 des Gesetzentwurfes in LT-Drs. 15/1680 S. 13). Darüber hinaus fehlt es an einer direkten Rechtsbeziehung zwischen der Kommune und der mittelbaren Beteiligung.

Die Vorschrift des § 138 Abs. 7 NKomVG erstreckt sich zwar nach dem Wortlaut **nicht auf juristische Personen des öffentlichen Rechts** der Kommune. Für die Tätigkeit von Abgeordneten als Mitglied im Verwaltungsrat einer **Anstalt** der Kommune gilt nach § 145 Abs. 8 NKomVG aber § 138 Abs. 7 NKomVG entsprechend (für gemeinsame kommunale Anstalten über § 3 Abs. 2 NKomZG).

Auf **Zweckverbände** dürfte die Norm keine Anwendung finden, weil das NKomZG insoweit keine spezielle Regelung enthält. § 18 NKomZG ist nicht einschlägig, weil die Norm ergänzende Vorschriften für den Zweckverband enthält und nicht das Verhältnis zwischen Kommune und ihren Vertreterinnen und Vertretern im Zweckverband regelt.

Für das **Sparkassenwesen** bleibt es bei den besonderen Vorschriften – vgl. § 136 Abs. 6 Satz 2 NKomVG. Der Achte Teil Kommunalwirtschaft ist für die Sparkassen daher nicht einschlägig. Es gilt für sie das Niedersächsische Sparkassengesetz (NSpG) als Sonderregelung.

b) Von der Vorschrift erfasster Personenkreis

§ 138 Abs. 7 NKomVG bezieht sich mit der Formulierung „Vertreterin oder Vertreter der Kommune“ offensichtlich auf Abs. 1, der darauf hinweist, dass die Vertreterinnen und Vertreter der Kommune in der **Gesellschafterversammlung** oder einem der **Gesellschafterversammlung entsprechenden Organ** von der Vertretung gewählt werden. Bei eingetragenen Vereinen könnte dies beispielsweise die Mitgliederversammlung sein. Für diese Gremien ist das angemessene Maß festzulegen. Die Festlegung erstreckt sich auf alle Vertreterinnen und Vertreter der Kommune in der Gesellschafterversammlung, die von der Vertretung gewählt werden; sie erfasst damit auch Personen, die nicht der Vertretung angehören. Ebenfalls erfasst ist die oder der Hauptverwaltungsbeamte, sofern sie oder er nicht verzichtet hat oder zur Geschäftsführerin oder zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt ist (§ 138 Abs. 2 NKomVG).

III. Höhe der Entschädigung nach § 138 Abs. 7 NKomVG

Nach § 138 Abs. 7 Satz 1 NKomVG sind Vergütungen an die Kommune abzuführen, soweit sie über das Maß einer **angemessenen Entschädigung** hinausgehen. Nach Satz 2 setzt die Vertretung für jede Vertretungstätigkeit die Höhe der angemessenen Entschädigung fest.

Die Angemessenheit der Höhe einer Entschädigung hängt einmal vom Aufwand an Zeit und Arbeitsleistung ab; zum anderen ergibt sich aus Satz 2, dass die Höhe der Entschädigung für jede **einzelne** Vertretungstätigkeit unterschiedlich sein dürfte, so dass die angemessene Höhe auch davon abhängig ist, was in den jeweiligen Unternehmen als verkehrsüblich anzusehen ist. Sie dürfte sich insbesondere an der Art des Unternehmens bzw. der Einrichtung orientieren. Hierbei können für Gesellschaften, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Betätigung z. B. auch Gewinne erwirtschaften, höhere Vergütungen angemessen sein als z. B. bei Einrichtungen, bei denen das Kostendeckungsprinzip gilt. Die Höhe dürfte sich nach dem jeweils **in den einzelnen Bereichen** Gebräuchlichen richten. In der Regel dürfte somit die Höhe der von einem Unternehmen oder einer Einrichtung gewährten Entschädigung dem Verkehrsüblichen entsprechen und damit angemessen sein.

Die Angemessenheit hängt nicht davon ab, ob der Vertreter von einer Gemeinde oder einem Landkreis entsandt wurde oder von der Kommune aus der Privatwirtschaft gewonnen wurde. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die angemessene Entschädigung für alle in den entsprechenden Gremien vertretenen Personen gleich hoch ist.

Soweit Unternehmen oder Einrichtungen im Eigentum von mehreren kommunalen Gebietskörperschaften stehen, sollte darauf geachtet werden, dass die Festlegung der angemessenen Vergütung von allen Gebietskörperschaften in der gleichen Höhe vorgesehen wird, da grundsätzlich vom gleichen Aufwand auszugehen ist.

Nicht angemessen ist eine Entschädigung, soweit hierin auch eine **Vergütung zur Abgeltung eines Haftungsrisikos** gewährt wird. Nach § 138 Abs. 6 Satz 1 NKomVG hat die Kommune die Vertreterinnen und die Vertreter von der Schadenersatzverpflichtung freizustellen, es sei denn, dass sie den Schaden **vorsätzlich oder grob fahrlässig** herbeigeführt haben. Insoweit ist der auf die Ab-

deckung eines Haftungsrisikos entfallende Anteil einer Entschädigung nicht angemessen, sondern an die Kommune abzuführen.

IV. Entsprechende Anwendung in den Fällen des § 138 Abs. 8 NKomVG

a) Von der Vorschrift erfasste juristische Personen

Nach § 138 Abs. 8 NKomVG gelten die Absätze 6 und 7 entsprechend für die Tätigkeit von Abgeordneten als Mitglied in einem Aufsichtsrat und in anderen Organen und (seit 1.11.2016) Gremien **der** Unternehmen und Einrichtungen, wenn das Mitglied von der Kommune mit Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zur Vertretung entweder entsandt oder sonst auf ihre Veranlassung bestellt worden ist. Die Vorschrift regelt die Fälle, in denen Mitglieder der Vertretung in andere Organe als die Gesellschafterversammlung (Aufsichtsräte, Vorstand/Geschäftsführung oder entsprechende Leitungsorgane) aber auch Gremien wie z. B. Beiräte von Einrichtungen oder Unternehmen **in privater Rechtsform** tätig werden. Dies lässt sich auch aus dem Gesetzeswortlaut (**der** Unternehmen und Einrichtungen - dies bezieht sich auf die Formulierung in § 138 Abs. 7 NKomVG) entnehmen.

Der Anwendungsbereich von § 138 Abs. 8 NKomVG erstreckt sich somit auf die Tätigkeit von Mitgliedern in Organen von **Unternehmen und Einrichtungen** in einer **Rechtsform des privaten Rechts** (also z. B. GmbH, AG, Genossenschaften oder eingetragene Vereine etc.).

b) Von der Vorschrift erfasste Gremien/Personen

Nach § 138 Abs. 8 NKomVG gilt § 138 Abs. 7 NKomVG entsprechend für die Tätigkeit von Abgeordneten als Mitglied in einem Aufsichtsrat und in anderen Organen der Unternehmen und Einrichtungen sowie der kommunalen Anstalten und gemeinsamen kommunalen Anstalten. Diese Regelung erstreckt sich auf **Aufsichtsräte** aber auch auf **Vorstände**, die **Geschäftsführung** einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH oder diesen **entsprechenden Kontroll- und Leitungsorganen** anderer Privatrechtsformen. Voraussetzung ist jeweils, dass es sich um ein Leitungs- oder Aufsichtsgremium handelt. Seit der Ergänzung um den Begriff der „Gremien“ durch Gesetz vom 26.10.2016 (Nds. GVBl. S 226) dürfte die Vorschrift auch anwendbar auf beratende Gremien wie z. B. Beiräte sein.

§ 138 Abs. 8 NKomVG enthält allerdings in der jetzt gültigen Fassung zwei Einschränkungen. Zum einen findet die Norm nur Anwendung auf Abgeordnete der Vertretung (vgl. § 45 Abs. 1 Satz 2 NKomVG). Die frühere Frage, ob hierunter auch der Hauptverwaltungsbeamte als Mitglied der Vertretung fällt, ist damit spätestens ab der Änderung zum 1.11.2016 zu verneinen (vgl. hierzu auch LT-Drs. 17/5423 S. 52 f.). Zum zweiten gilt die entsprechende Anwendung nur, wenn das Mitglied von der Kommune in diese Organe **mit Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zur Vertretung** entweder entsandt oder sonst auf ihre Veranlassung bestellt worden ist. Hiervon betroffen sind daher grundsätzlich nur Abgeordnete der Vertretung (§ 45 Abs. 1 Satz 2 NKomVG), nicht aber Dritte, die ebenfalls von der Kommune bestimmt werden könnten. Auch bei den Abgeordneten der Vertretung stellt sich die Frage, ob sie in ein entsprechendes Organ oder Gremium mit Rücksicht auf ihre Zugehörigkeit zur Vertretung gewählt worden sind oder ob die Wahl aufgrund von persönlicher Eignung erfolgte. Dies ist im Einzelfall zu entscheiden.

c) Höhe der Entschädigung

Hier gilt dass unter III. ausgeführte entsprechend auch für die Festlegung der Höhe der angemessenen Entschädigung nach § 138 Abs. 8 NKomVG.