

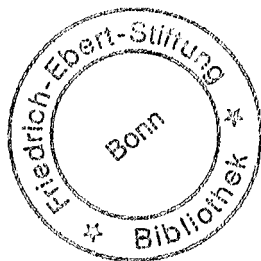
Roland Schäfer / Bernd Roreger

Kommunale Aufsichtsratsmitglieder: Rechte, Pflichten, Haftung, Strafbarkeit

**Rechtsstellung kommunaler Vertreter in
Aufsichtsräten privater Unternehmen**



Kommunalpolitische Texte
Band 17



A 98 - 00081

Vorwort des Herausgebers

Mit dem vorliegenden Band über die Rechte, die Pflichten, die Haftung und im äußersten Fall auch die Strafbarkeit bei Aktivitäten kommunaler Aufsichtsratsmitglieder legen wir den an praktischer Kommunalpolitik interessierten Lesern Band 17 unserer „Kommunalpolitischen Texte“ vor.

Diese Broschürenreihe ist vor allem für die ehrenamtlichen Kommunalpolitikerinnen und Kommunalpolitiker gedacht. Sie alle haben ein Zeitproblem. Wann neben der beruflichen Inanspruchnahme und der Zeit für die Familie, hat dieser Personenkreis die Zeit, sich mit Themen, die kommunalpolitisch nicht nur tagesaktuell sind, etwas intensiver und konzentrierter zu beschäftigen?

Hier wollen wir mit methodisch-didaktisch aufbereiteten Texten helfen und einen Sachverhalt in der gebotenen Kürze darstellen. Kommunalpolitikerinnen und Kommunalpolitiker sollen sich im jeweils vorgegebenen Themenfeld zurechtfinden, auch wenn ihnen der unmittelbare Zugang zu vertiefender Fachliteratur fehlt.

Die einzelnen Themen- und Fragestellungen gehen auf die vielen Gespräche zurück, die am Rande von Fachkonferenzen oder Gesprächskreisveranstaltungen geführt werden. Dort wird gelegentlich deutlich, daß das Problem in einer Kommune oder in einem Landkreis nicht ein spezielles Einzelproblem ist, sondern ein allgemeines Problem, das auch andere betrifft. Dies ist in der Regel der Anstoß, vertiefenden und länderübergreifenden Fragestellungen nachzugehen.

So war es auch bei dem nun vorgelegten Thema der Fall. Die Darstellung der Gesamtmaterie ist sicherlich sehr umfangreich. In der Komplexität der Darstellung wird es sich für viele Leser um noch „Unbekanntes Land“ handeln.

Dies liegt daran, daß es um ein Rechtsgebiet geht, in dem sich Bundes- und Landesrecht genauso überschneiden, wie Zivil- und öffentliches

ISBN 3-86077-649-5

Herausgegeben von der Friedrich-Ebert-Stiftung
Arbeitsgruppe Kommunalpolitik

Copyright © 1998 by Friedrich-Ebert-Stiftung
Godesberger Allee 149, D-53170 Bonn
Alle Rechte vorbehalten

Umschlag: Karl Debus, Bonn
Druck: satz + druck gmbh, Düsseldorf
Printed in Germany 1998

Recht. Vor allem muß aber die einzelne Person, die sich der Aufgabe der Vertretung der Kommune im Aufsichtsrat einer Gesellschaft stellt, dieses Terrain erkunden.

Siegbert Heid

Leiter der Arbeitsgruppe Kommunalpolitik

Vorwort

Fast alle Gemeinden und Gemeindeverbände der Bundesrepublik bedienen sich in geringerem oder größerem Umfang zur Erfüllung ihrer Aufgaben Unternehmen in Form des Privatrechts, wie Aktiengesellschaften, Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung; seltener werden auch Stiftungen und eingetragene Vereine eingesetzt.

Bei den kommunalen Vertretern in den Aufsichtsgremien derartiger Gesellschaften und Einrichtungen ist häufig eine erhebliche Unkenntnis und Unsicherheit insbesondere hinsichtlich der Rechte und Pflichten, wie auch des Risikos der Haftung oder Strafbarkeit bei der Wahrnehmung ihrer Funktionen zu verzeichnen. Auch in den jeweiligen Kommunalverwaltungen ist nicht in jedem Fall eine kompetente Auskunft und Hilfe zu erwarten. Das Rechtsgebiet ist weitgehend ein „Unbekanntes Land“.

Die bestehende Unsicherheit beruht u.a. auf einer sehr komplizierten Rechtslage, die selbst für Juristen, die sich nicht regelmäßig mit der Materie befassen, nur schwer zu durchschauen ist. Die Rechtsstellung von kommunalen Mitgliedern in Aufsichtsgremien privatrechtlich organisierter Unternehmen steht in einem Spannungsfeld zwischen zivilrechtlichem Gesellschaftsrecht und öffentlichrechtlichem Kommunalrecht. Ersteres ist zudem Bundesrecht, zweiteres dagegen höchst unterschiedlich ausgestaltetes Landesrecht. Hinzu kommt, daß die Gesetzeslage zum Teil lückenhaft und in sich widersprüchlich ist und daß zu einigen wichtigen Problemfragen bislang eine höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt.

Die vorliegende Veröffentlichung will eine rechtlich fundierte und zugleich praxisorientierte Hilfestellung für Rat und Verwaltung der Gemeinden und insbesondere für das einzelne Mitglied im Aufsichtsrat eines kommunalen Unternehmens zu den sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Fragen und Problemen leisten, ohne allerdings einen Ersatz für die u. U. notwendige professionelle Beratung in einem konkreten Streitfall zu bieten.

Dazu wird zunächst als bundesweit geltender Ausgangspunkt die gesellschaftsrechtliche Rechtslage für die Aktiengesellschaft, die GmbH, sowie für die Genossenschaft dargestellt und - wegen der geringeren Bedeutung verkürzt - für die Stiftung und den eingetragenen Verein. Auf die Behandlung anderer, verwandter Regelungen - gesellschaftsrechtlich z.B. für die Kommanditgesellschaft, öffentlich-rechtlich z.B. für Sparkassen, Eigenbetriebe, die in Niedersachsen zu findenden Regiebetriebe mit kaufmännischer Buchführung oder die in Bayern vorgesehenen selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts - mußte verzichtet werden. Der zweite Schwerpunkt der Abhandlung liegt auf den einschlägigen Bestimmungen des Kommunalverfassungsrechts, die von Bundesland zu Bundesland erhebliche Unterschiede aufweisen. Dabei bleiben die Stadtstaaten unberücksichtigt, weil die Einbeziehung von Berlin, Bremen und Hamburg auch eine Betrachtung sonstiger Regelungen für Landes- und Bundesbeteiligungen erforderlich gemacht hätte.

Nicht jede einzelne Rechtsfrage kann umfassend dargestellt und abschließend ausdiskutiert werden. Für den, der sich vertiefend mit einem Einzelproblem beschäftigen möchte oder muß, finden sich weiterführende Hinweise in den Fußnoten und in dem beigelegten Verzeichnis der zugrunde gelegten Literatur. In der Anlage befinden sich ferner Textauszüge aus den Anwendung findenden Gesetzen, Schemata zur Verdeutlichung einiger Problemzusammenhänge sowie eine Übersicht in Matrixform zu den kommunalrechtlichen Vorschriften der Bundesländer.

Bergkamen, im Juli 1997

*Roland Schäfer
Bernd Roreger*

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	19
------------------------------	----

A. Einführung

1.	Steuerungsichte und Organisationsform	24
2.	Doppelte Doppelstellung kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat von Gesellschaften	27
3.	Kritik am Aufsichtsrat als Überwachungsorgan	28

B. Aufsichtsrat der AG

1.	Aufsichtsrat und Mitglied	30
1.1	Bestellung	31
1.2	Persönliche Voraussetzungen	31
1.3	Nebenamt	32
1.4	Ordnung im Aufsichtsrat	33
1.5	Verhältnis Organ-Mitglied	34
1.5.1	Rechtswidrige Beschlüsse des Aufsichtsrats	34
1.5.2	Überstimmtes Aufsichtsratsmitglied	35
1.6	Ausschüsse des Aufsichtsrates	37
2	Pflichten des Aufsichtsrats	37
2.1	Sorgfaltspflicht	37
2.1.1	Überwachung des Vorstandes	39
2.1.1.1	Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit	39
2.1.1.2	Art und Intensität - Beziehung zur Berichtspflicht	40
2.1.1.3	Beratung des Vorstandes als Überwachungsaufgabe	41
2.1.1.4	Ermessen oder Pflicht zum Einschreiten	41

2.1.2	Einberufung der Hauptversammlung	45
2.1.3	Ernennung und Abberufung des Vorstandes	45
2.1.4	Prüfung des Jahresabschlusses	46
2.1.5	Ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter	46
2.2	Treuepflicht	48
2.2.1	Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied	48
2.2.2	Treuepflicht außerhalb der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied	49
2.2.3	Abgrenzung	49
2.3	Verschwiegenheitspflicht	51
2.3.1	Geheimnis/vertrauliche Angabe	51
2.3.2	Sitzungen des Aufsichtsrats	52
2.3.3	Allgemeine Grenzen der Verschwiegenheitspflicht	53
2.3.4	Besondere Grenzen der Verschwiegenheitspflicht im Verhältnis zur Kommune	53
2.3.5	Pflichten nach Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat	55
3.	Rechte des Aufsichtsrats	55
3.1	Beanstandung	55
3.2	Rechte im Spiegel von Pflichten	55
3.3	Einsicht in Unterlagen	55
3.4	Zustimmungsvorbehalt	56
3.4.1	Geschäft	56
3.4.2	Anordnung	57
3.4.3	Innenwirkung	57
3.4.4	Einvernehmen oder Genehmigung	58
3.4.5	Pauschal vorab erklärtes Einvernehmen	59
3.4.6	Ermessen oder Pflicht zur Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts	59
3.4.7	Entscheidung der Hauptversammlung bei Verweigerung der Zustimmung	59
3.5	Vertretung gegenüber dem Vorstand	60
4.	Vergütung	61

5.	Haftung	62
5.1	Pflichtverletzung	62
5.2	Verschulden	62
5.3	Schaden	62
5.4	Gesamtschuldnerische Haftung	63
5.5	Darlegungs- und Beweislast	63
5.6	Haftungsausschluß	63
5.7	Inanspruchnahme durch Gläubiger der Gesellschaft	64
5.8	Verjährung	64
5.9	Anspruch gegen die Kommune ?	64
6.	Entlastung des Aufsichtsrats	65
7.	Abberufung	65
7.1	Allgemeine Voraussetzungen	65
7.2	Abberufung aus wichtigem Grund	65
8.	Strafbarkeit	66

C. Aufsichtsrat in der GmbH

1.	Pflicht zur Einrichtung des Aufsichtsrats bei kommunaler Beteiligung ?	71
2.	Abgrenzung zum Beirat	72
3.	Aufsichtsrat und Mitglied	73
3.1	Persönliche Voraussetzungen	73
3.1.1	Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglied ?	74
3.1.2	Juristische Person als Aufsichtsratsmitglied ?	74
3.1.3	Zahl der Mandate	75
3.2	Bestellung	75
3.3	Ordnung im Aufsichtsrat	76

3.3.1	Bestellung eines Aufsichtsratsvorsitzenden nicht erforderlich	76
3.3.2	Teilnahme von Gästen an der Sitzung	77
3.3.3	Geheime Abstimmung	78
3.4	Verhältnis Organ-Mitglied	78
4.	Pflichten des Aufsichtsrats	78
4.1	Sorgfaltspflicht	78
4.1.1	Überwachung	78
4.1.1.1	Unentziehbare Aufgabe eines Aufsichtsrates	78
4.1.1.2	Bericht als Holschuld	79
4.1.2	Einberufung der Hauptversammlung	79
4.1.3	Verhältnis zur Geschäftsführung	79
4.1.4	Prüfung des Jahresabschlusses	79
4.2	Treuepflicht	80
4.3	Verschwiegenheitspflicht	81
5.	Rechte des Aufsichtsrats	82
5.1	Verweis auf das AktG	82
5.2	Zustimmungsvorbehalt	83
5.3	Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben	83
5.4	Konkurrenz Gesellschafterversammlung-Aufsichtsrat	84
6.	Vergütung	85
7.	Haftung	86
7.1	Vertragliche Haftungsmilderung ?	86
7.2	Verzicht durch Entlastung ?	86
7.3	Verkürzung der Verjährungsfrist ?	87
8.	Abberufung	88
9.	Strafbarkeit	88

D. Aufsichtsrat in der Genossenschaft, im eingetragenen Verein und in der Stiftung

<i>I. Aufsichtsrat in der Genossenschaft</i>	89
1. Aufsichtsrat und Mitglied	90
1.1 Bestellung	90
1.2 Persönliche Voraussetzungen	90
1.3 Verhältnis Organ-Mitglied	91
1.4 Regelungen zur Sitzung des Aufsichtsrats	91
2. Pflichten des Aufsichtsrats	92
2.1 Einschaltung von Sachverständigen	92
2.2 Berichtspflicht des Vorstands	92
2.3 Prüfung des Jahresberichts	92
2.4 Bestellung des Vorstandes	92
2.5 Zuweisung besonderer Obliegenheiten	93
2.6 Verschwiegenheitspflicht	93
3. Rechte des Aufsichtsrates	93
4. Vergütung	94
5. Haftung	94
6. Entlastung	94
7. Abberufung	95
8. Strafbarkeit	95
<i>II. Aufsichtsrat im eingetragenen Verein</i>	95
<i>III. Aufsichtsrat in der Stiftung</i>	96

E. Kommunalrechtliche Bestimmungen

1.	Befangenheit	98	7.1	Bindung an haupt- oder ehrenamtliche Tätigkeit - Befristung bei der Bestellung	111
1.1	Bei Wahl zum Aufsichtsratsmitglied oder der Abberufung	99	7.2	Sonderregelung Bayern und Hessen	112
1.2	Geschäfte, die der AG oder GmbH einen Vor- oder Nachteil bringen	99	7.3	Regelung im Statut der Genossenschaft oder im Gesellschaftsvertrag der GmbH	112
1.3	Bei Beschlußfassung über eine Weisung	100	8.	Minderheitenschutz	113
1.4	Sonderregelung für Bayern und Hessen	101	8.1	Verhältniswahl und Weisungsrecht	113
2.	Kommunalrechtliche Verpflichtung zur Einrichtung eines Aufsichtsrats bei einer GmbH ?	101	8.2	Verhältniswahl und einheitliches Stimmrecht	113
3.	Direkter Einfluß der Kommune auf die Gesellschaft ?	102	8.3	Teilnahme an Sitzungen	114
4.	Vertretung durch Verwaltung oder Politik	103	9.	Weisung	115
4.1	Sonderregelung für Bayern und Hessen	103	9.1	Regelung des Weisungsrechts in den Ländern	116
4.2	Sonderregelung für Thüringen ?	104	9.1.1	Allgemeine Geltung des Weisungsrechts	116
4.3	Mischlösungen	104	9.1.2	Sonderregelung Niedersachsen	118
4.4	Kurze Stellungnahme	105	9.1.3	Zweifelsfälle Baden-Württemberg und Sachsen	119
5.	Vertretung in der Hauptversammlung - Repräsentanz im Aufsichtsrat	106	9.2	Art der Weisung	120
6.	Bestellung	107	9.2.1	Richtlinie und Weisung	120
6.1	Geborene Aufsichtsratsmitglieder in der GmbH	107	9.2.2	Allgemeine und besondere Weisung	120
6.1.1	Bürgermeister	107	9.2.3	Zustimmung zur Kreditaufnahme/Unterbeteiligung	121
6.1.2	Sonderregelung Niedersachsen und NRW	107	9.3	Anweisender	122
6.1.3	Sonstige geborene Aufsichtsratsmitglieder	108	9.4	Beanstandung einer gesellschaftswidrigen Weisung ?	123
6.2	Hauptamtlicher Bürgermeister	108	9.5	Weisung an Aufsichtsratsmitglieder der AG	125
6.3	Entsendung, Bestellung oder Bestimmung	109	9.5.1	Allgemeinwohl zu Gesellschaftsinteresse	126
6.4	Verhältnis- oder Mehrheitswahl	110	9.5.2	Berücksichtigung des Verwaltungsprivatrechts ?	127
7.	Befristung	111	9.5.3	Weisung im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Beurteilungsspielraums ?	127
			9.5.4	Sonderregelung für Bayern und Hessen ?	128
			9.6	Weisung an Aufsichtsratsmitglieder der Genossenschaft	128
			9.7	Weisung an Aufsichtsratsmitglieder der GmbH	128
			9.7.1	Vertragliche Regelung in Anlehnung an die Weisung an Geschäftsführer ?	129
			9.7.2	Weisungsbefugnis bei Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat ?	130

9.8	Weisung an Aufsichtsratsmitglieder in Verein oder Stiftung	130
9.9	Gesellschaftsrechtliche Umgehungsmöglichkeiten	131
9.9.1	Parallelweisung	131
9.9.1.1	In der AG	131
9.9.1.2	In der GmbH	131
9.9.2	Konzern/Holding	132
9.9.2.1	Konzern Stadt	132
9.9.2.2	GmbH als Holding	132
9.9.2.3	Ausgleich des Steuerungsverlustes in einer Holding	133
10.	Verschwiegenheit	133
10.1	Verschwiegenheitspflicht in der AG - §§ 394, 395 AktG im Bezug zu den kommunalrechtlichen Vorschriften	136
10.1.1	Veranlassung durch die Gebietskörperschaft	136
10.1.2	Gesetzliche Berichtspflicht ?	137
10.1.3	Art der Berichterstattung	139
10.1.4	Berichtsempfänger	139
10.1.4.1	Hauptamtlicher Bürgermeister	140
10.1.4.2	Rat	141
10.1.4.3	Hauptausschuß	141
10.1.4.4	Beschließende Ausschüsse	142
10.1.4.5	Fraktionen	142
10.1.4.6	Rechnungsprüfungsamt	144
10.1.4.7	Beteiligungsverwaltung	144
10.1.4.8	Auswirkung der Sonderregelung für Bayern und Hessen	144
10.1.5	Sachliche Grenzen der Berichterstattung	145
10.1.6	Erstreckung der Verschwiegenheit auf Berichtsempfänger	145
10.1.7	Verbot der Veröffentlichung	146
10.2	Verschwiegenheitspflicht in der Genossenschaft	146
10.3	Verschwiegenheitspflicht in der GmbH	146
10.3.1	Vertragliche Abbedingung	146
10.3.2	Analoge Anwendung der §§ 394, 395 AktG ?	147
10.3.3	Vertragliche Verschärfung	148
10.4	Verschwiegenheitspflicht in Verein und Stiftung	148

11.	Abberufung	149
11.1	Abberufung auf Betreiben der Gesellschaft - wichtiger Grund	149
11.2	Abberufung auf Betreiben der Gemeinde	150
11.2.1	Hauptamtlicher Bürgermeister	151
11.2.2	Erfordernis einer gesetzlichen Regelung in der GO ?	151
11.3	Sonderregelung Niedersachsen	153
11.4	Abberufung auf Betreiben der Gemeinde bei entsandten Aufsichtsratsmitgliedern	153
11.4.1	Schutz vor Mißbrauch - insbesondere Änderung der Mehrheitsverhältnisse	153
11.4.2	Abberufung bei Nichtbeachtung von Weisungen	154
11.5	Vertragliche Regelung zur Abberufung vorgeschlagener Aufsichtsratsmitglieder in der GmbH ?	154
12.	Vergütung	155
13.	Haftung	156
13.1	Direktanspruch gegen die Gemeinde ?	156
13.2	Freistellungsanspruch bei leichter Fahrlässigkeit	157
13.3	Freistellungsanspruch bei Befolgung einer Weisung	158
13.4	Eigenschadenversicherung	159
14.	Strafbarkeit	159
14.1	Übernahme einer Geldstrafe als Strafvereitelung ?	160
14.2	Aufgabe der ständigen Rechtsprechung durch den BGH	160
14.3	Übernahme einer Geldstrafe als Untreue	160
	Literaturverzeichnis	161

Anlage 1

Gesetzliche Bestimmungen	169
1. Auszug aus dem Aktiengesetz	169
2. Auszug aus dem Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften	181
3. Auszug aus dem Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	184
4. Auszug aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch	184
5. Auszug aus dem Strafgesetzbuch	185
6. Auszug aus den gemeinderechtlichen Vorschriften der Flächenstaaten ¹	186
- Baden-Württemberg	186
- Bayern	186
- Brandenburg	187
- Hessen	188
- Mecklenburg-Vorpommern	189
- Niedersachsen	190
- Nordrhein-Westfalen	191
- Rheinland-Pfalz	192
- Saarland	193
- Sachsen	194
- Sachsen-Anhalt	195
- Schleswig-Holstein	196
- Thüringen	197

¹ Während die meisten Flächenstaaten Gemeindeordnungen haben, gibt es im Saarland ein Kommunal selbstverwaltungsgesetz, in Mecklenburg-Vorpommern seine Kommunalverfassung und in Thüringen eine Kommunalordnung. Dies ist ein rein sprachlicher Unterschied, der darauf zurückzuführen ist, daß in diesen drei Bundesländern die Gemeinde- und Kreisordnung in einem Gesetz zusammengefaßt wurden.

Anlage 2

1. Übersicht zur Abhängigkeit der Steuerungsichte von der Organisationsform	198
2. Übersicht zur doppelten Doppelstellung kommunaler Aufsichtsratsmitglieder	199
3. Übersicht zur Organisation einer Aktiengesellschaft aus kommunaler Sicht	200
4. Übersicht zur Organisation einer GmbH aus kommunaler Sicht	201

Anlage 3

Matrix zu den kommunalrechtlichen Vorschriften nach Bundesländern	202
---	-----

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AG	bei Literatur: Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AR	Aufsichtsrat
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Brand.	Brandenburg
BW	Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DVBt	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
entspr.	entsprechend
Erl.	Erlaß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GF	Geschäftsführung
GG	Grundgesetz
GHH	Gemeindehaushalt (Zeitschrift)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHRR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GO	Gemeindeordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
KG	Kommanditgesellschaft
KGSt	Kommunale Gemeinsschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung (in Köln)
KO	Kommunalordnung
KSVG	Kommunales Selbstverwaltungsgesetz
KV M-V	Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern
Mio	Million
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NVwZ-RR	Rechtsprechungsreport NVwZ (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Rechtsprechungsreport der NJW Zivilrecht (Zeitschrift)
NW	Nordrhein-Westfalen
NWVBI	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdErl	Runderlaß
Rh-Pf	Rheinland-Pfalz
Rspr	Rechtsprechung
Saar.	Saarland
Sa.-An.	Sachsen-Anhalt

SächsGO	Sächsische Gemeindeordnung
SächsVBI	Sächsische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
Schl-H	Schleswig-Holstein
StuGR	Städte- und Gemeinderat (Zeitschrift)
u. a.	und andere
ThürKO	Thüringische Kommunalordnung
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VG	Verwaltungsgericht
Vgl	vergleiche
VR	Verwaltungsrundschau (Zeitschrift)
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Insolvenzpraxis (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift, Beilage zur NJW)
z.B.	zum Beispiel

A) Einführung

Alte Rechtsfragen verschwinden nicht, sondern warten nur auf schlechte Zeiten, um wieder aus der Versenkung aufzutauchen². Die allseits bestehende finanzielle Belastung der Kommunen führt verstärkt zur Frage der privatwirtschaftlichen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, sei es, daß privates know-how eingeschaltet, private Finanzressourcen aktiviert oder die Aufgabe nur effektiver wahrgenommen werden soll. So haben Bestrebungen, Privatfirmen in althergebrachte hoheitliche Aufgabengebiete stärker einzuschalten, zu Ansätzen im am 7.10.96 in Kraft getretenen Kreislaufwirtschafts- und Abfallbeseitigungsgesetz, aber auch in dem seit dem 19.11.96 geltenden geänderten Wasserhaushaltsgesetz geführt³, die die Einschaltung Privater im Auftrag der öffentlichen Hand ermöglichen bzw. regeln sollen.

In vielen Fällen werden nicht Firmen eingeschaltet, sondern die Aufgabe wird von der Kommune selbst in privatwirtschaftlicher Form wahrgenommen. Auch hier sind Abfall- und Abwasserentsorgung derzeit typische Bereiche kommunaler Verwaltung, die in privatwirtschaftlicher Form wahrgenommen werden⁴. Dabei findet sich aber privatwirtschaftliche Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nicht nur im Bereich der Daseinsvorsorge im klassischen Sinn, sondern z.B. auch in sozialen oder kulturellen Bereichen⁵.

² Daß sich diese Probleme schon lange stellen, zeigen nicht nur die vier Berichte der KGSt aus den Jahren 1985, 1986, sondern u.a. auch die Abhandlungen von Nesselmtüller, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde auf ihre Eigengesellschaften, 1977, Quack DVBl 65, 345 ff und Klüver, Kommunalwirtschaft 1966, 99 ff.

³ Vgl. Kummer/Giesebergs NVwZ 96, 1166 ff; Vgl. zu der aber auch schon zuvor geführten Diskussion gerade für diese beiden Bereiche Schoch DVBl 94, 1 ff

⁴ zur Zulässigkeit vgl. generell Boysen VR 96, 73 ff, zur Daseinsvorsorge nach sächs. GO Kumanoff/Schwarzkopf SächsVBl 94, 249, zur Zulässigkeit nach der neuen GO NW Oebbecke StuGR 95, 387 ff, mit speziellem Bezug den Folgeproblemen zur GO Hessen Janitschek VR 93, 115 ff und zur GO Baden-Württemberg Treder GHH 86, 145 ff, zur sog. wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde Schönershausen/Bender-Fricke VR 97, 109 ff kritisch zu dieser Entwicklung Ehlers DVBl 97, 137 ff

⁵ Vgl. insofern nur die auf Seite 38 ff des KGSt-Berichts 7/86 angeführten Bereiche, vgl. auch z.B. zur Kapitalgesellschaft bei Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen Rochold SächsVBl 95, 279 ff

Fakt ist, daß der moderne Begriff der Kommunalverwaltung nicht mehr nur die strikte Hierarchie mit Dezernat und Ämtern, sondern auch mehr oder minder selbständige Organisationsformen kennt. Neben optimierten Regiebetrieb, Eigenbetrieb und Zweckverbände sind Vereine, Stiftungen und Kapitalgesellschaften getreten, die als Einrichtungen der Kommune Aufgaben der Verwaltung erfüllen⁶.

Die Gemeinden dürfen nach den jeweiligen Gemeindeordnungen nur in einer Rechtsform privatwirtschaftlich tätig werden, bei der die Haftung begrenzt ist⁷. In Betracht kommt dabei als Kapitalgesellschaft insbesondere die Gesellschaft mit beschränkter Haftung - im folgenden GmbH. Gelegentlich finden sich auch Aktiengesellschaften - im folgenden AG - oder Genossenschaften.

Kapitalgesellschaften als juristische Personen handeln wie die Kommunen - juristische Personen des öffentlichen Rechts - durch ihre Organe sowohl nach außen, als auch innerhalb der Kapitalgesellschaft. Die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft - in der Gemeinde Aufgabe des Gemeindedirektors oder hauptamtliche Bürgermeisters und der Beigeordnete/Dezernenten - wird von dem/den Geschäftsführern oder dem Vorstand wahrgenommen. Hauptbeschlußorgan ist die Haupt-, Gesellschafts- oder Generalversammlung, die anders als der Rat einer Gemeinde aber in der Regel nur ein- bis zweimal jährlich tagt. Deshalb wird als Kontrollorgan entweder durch das Gesetz - AktG und GenG - oder durch Vertrag - GmbHG - der Aufsichtsrat eingeschaltet. Hier werden Überwachungsfunktionen wahrgenommen, die sich Rat, vor allem aber auch Ausschüsse und Fraktionen, auf Gemeindeebene teilen.

1. Steuerungsichte und Organisationsform

Gemäß Art. 20 (3) GG ist es die Aufgabe der Gemeinde als Teil der Verwaltung, die erlassenen Gesetze zu vollziehen. Allgemein wird der Gemeinde - im Rahmen der entsprechenden Vorschriften der jeweiligen

⁶ Boysen VR 96, 73 ff, 74

⁷ § 122 (1) 2 HessGO, § 69 (1) 5 KV M-V, § 108 (1) 3 GO NW, § 117 (1) 4 GO Sa.-An., § 103 (1) 4 GO BW, Art. 91 (1) 4 BayGO, § 102 Nr. 3 GO Brand., § 109 (1) NdsGO, § 109 (1) 2 KSVG Saar., § 96 (1) 3 SächsGO, § 102 (1) 2 GO Schl.-H., § 87 (1) GO Rh-Pf und § 73 (1) 3 ThürKO.

Gemeindeordnung - zwar bezüglich der Organisationsform, in der sie diese Aufgaben wahrnimmt, ein Auswahlmessen eingeräumt. Die sich aus den Gesetzen ergebenden Pflichten treffen die Gemeinde aber unabhängig von der Organisationsform, die sie zur Aufgabenerfüllung wählt. Gleich in welcher Form eine Gemeinde eine Aufgabe wahrnimmt, bleibt sie verpflichtet, für deren Erfüllung einzustehen.

Die Mittel, die der Gemeinde dabei zur Verfügung stehen, sind in Abhängigkeit zu sehen zur jeweiligen Organisationform⁸. Regie-, optimierter Regie- und Eigenbetrieb sind wie die Ämter und Dezernate Teile der juristischen Person Gemeinde. Der Bürgermeister als Verwaltungschef, aber auch Rat, Ausschüsse und Fraktionen haben hier direkte Steuerungsmöglichkeiten, vor allem nach dem Kommunal-, Beamten- oder Arbeitsrecht. Bei der öffentlich-rechtlichen Aufgabenwahrnehmung innerhalb der Gemeinde ist die Steuerungsmöglichkeit sehr hoch.

Schwächer wird die Steuerung schon bei der Sparkasse. Diese ist in der Regel eine eigenständige Körperschaft des öffentlichen Rechts. Da die Gemeinde Gewährsträger der Sparkasse ist, werden ihr durch Gesetz besondere Einflußmöglichkeiten eingeräumt, wobei aber als rein praktische Erfahrung eine Verselbständigung der Sparkassen nicht zu leugnen ist.

Bei der Einschaltung Privater im Wege des Auftrages kommt es hinsichtlich der Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde wesentlich auf die Abfassung des Vertrages an. Ähnlich verhält es sich mit der Stiftung als zur „juristischen Person“ verselbständigten Vermögen. Im Rahmen dessen, was die Stiftungsaufsicht zuläßt, kann die Gemeinde sich durch die Stiftungssatzung Steuerungsmöglichkeiten sichern.

Gründet die Gemeinde juristische Personen des Privatrechts oder beteiligt sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben an diesen, erfolgt die Einflußnahme nur noch indirekt. Die AG, GmbH oder Genossenschaft ist eine selbständige Rechtspersönlichkeit, bei der durch das Gesellschafts-

⁸ Vgl. z.B. das Schaubild Seite 9 im KGSt-Bericht 9/86, wobei natürlich auch eine Rolle spielt, inwieweit eine Kooperation mit anderen Kommunen oder Privaten vorliegt oder eine „Ein-Mann-Gesellschaft“ der Kommune

recht⁹ den Einflußmöglichkeiten der Gesellschafter - hier der Gemeinde - Grenzen gesetzt sind. Eine Möglichkeit der Einflußnahme durch die Gemeinde zur Sicherung der von ihr zu erfüllenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben besteht bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrages. Aber auch hier sind die durch das Gesellschaftsrecht gezogenen Grenzen zu beachten. Eine andere Möglichkeit der Einflußnahme findet durch die Vertretung der Gemeinde in den Organen der Gesellschaft statt. Bürgermeister, Dezernenten bzw. Gemeindevorstand, Rat, Ausschüsse und Fraktionen haben in diesen Funktionen keinen Einfluß mehr auf die Aufgabenwahrnehmung. Ihnen bleibt nur die Möglichkeit, als Person eine Stellung in einem Organ der Gesellschaft zu übernehmen. Hinzu tritt ein Zielkonflikt. „Ziel privatwirtschaftlichen Handelns bleibt allemal die Gewinnerzielung und Gewinnoptimierung. Demgegenüber ist Ziel des Verwaltungshandelns die Gemeinwohlkonkretisierung durch Aufgabenerfüllung“¹⁰.

Die Gemeinde - und damit ihre Organe - ist, wenn die Aufgabe privatwirtschaftlich wahrgenommen wird, aber Garant¹¹ für die Erfüllung der Aufgabe und nach den Vorschriften der jeweiligen Gemeindeordnung deshalb verpflichtet, im Rahmen, den das Privatrecht zuläßt, Sorge für

⁹ Gesellschaftsrecht ist der Oberbegriff, unter den die §§ 21 ff BGB für den Verein, §§ 705 ff BGB für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die §§ 105 ff HGB für die OHG und KG, das GmbHG, AktG und das GenG fallen. Auf Grund der unbeschränkten Haftung kommen die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und die OHG für eine Gemeinde nicht in Betracht. Die KG haben wir hier nicht mit in die Betrachtung einbezogen, weil sie zumindest einen unbegrenzt haftenden Gesellschafter voraussetzt und bei den Aufgaben der Kommunen damit oftmals nicht in Betracht kommt.

¹⁰ Schoch DVBl 94, 962 ff, 968; vor allem im sozialen Bereich finden sich vielfach auch sog. gemeinnützige GmbH's, d.h. GmbH's, die gemeinnützige Zwecke im Sinne des Steuerrechts verfolgen. Wir haben diese hier nicht ausdrücklich mit in die Betrachtung einbezogen. Sicherlich wird man bei der Formulierung des Gesellschaftszweckes die unterschiedlichen Zielsetzungen berücksichtigen können. Trotzdem sind die privatrechtlichen Gesellschaften gesetzlich vom Ansatz her - „allemaal“ - auf Gewinnerzielung angelegt, was hier allein von Bedeutung ist.

¹¹ Der Begriff des Garanten kommt aus dem Strafrecht und bedeutet gemäß § 13 StGB, daß man für bestimmte Dinge einzustehen hat. Im Zusammenhang mit der privatwirtschaftlichen Aufgabenwahrnehmung von öffentlichen Aufgaben wird von einer „Ingerenz“ des Aufgabenträgers gesprochen, was nicht mehr bedeutet, als daß die Verpflichtung aus dem öffentlichen Recht besteht, für die Erfüllung der Aufgabe einzustehen. Zur sog. Ingerenz der Kommune aus öffentlich-rechtlicher Sicht Spannowsky ZGR 96, 400 ff und aus gesellschaftsrechtlicher Sicht Schön ZGR 96, 429 ff, aber auch Ehlers DVBl 97, 137 ff

die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben zu treffen¹². So heißt es in den meisten Gemeindeordnungen¹³:

„Die Gemeinde darf Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts nur gründen oder sich daran beteiligen, wenn

6. *die Gemeinde einen angemessenen Einfluß insbesondere in einem Überwachungsorgan, erhält und dieser durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise gesichert wird,“.*

Dies Überwachungsorgan ist der Aufsichtsrat. Die Gemeinde muß im Rahmen des Gesellschaftsrechts Einfluß auf ihre Vertreter im Aufsichtsrat nehmen.

2. Doppelte Doppelstellung kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat von Gesellschaften

Mit dieser Einflußnahme der Gemeinde können auf die Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat Probleme zukommen. Die Tätigkeit im Aufsichtsrat ist nur ein „Anhängsel“ für den kommunalen Vertreter, der zugleich hauptamtlicher Bürgermeister bzw. Gemeindedirektor, Verwaltungsbeamter oder - in vielen Fällen - Ratsmitglied ist. Viele der Ratsmitglieder haben noch eine hauptberufliche Tätigkeit. Dabei darf auch nicht außer Betracht bleiben, daß der hauptamtliche Bürgermeister - man kann das gerade in Nordrhein-Westfalen lebendig spüren¹⁴ - als Verwaltungschef und oftmals Ratsvorsitzender, ggf. stimmberechtigt im Rat - auch schon ein recht weites Betätigungsfeld außerhalb des Aufsichtsratsmandats mitbringt.

¹² Vgl. z.B. BVerfG Beschluß v. 16.5.89 in NJW 90, 1783 und Boysen VR 96, 73 ff, 74

¹³ hier § 108 (1) 6 GO NW, vgl. aber auch § 103 (1) 3 GO BW, Art. 91 (1) 3 BayGO, § 102 Nr.2 GO Brand., § 109 (1) 6 NdsGO, § 109 (1) 3 KSVG Saar., § 96 (1) 2 SächsGO, § 102 (1) 3 GO Schl.-H., § 122 (1) 3 HessGO, § 117 (1) 3 GO Sa.-An., § 69 (1) 3 KV M-V. Die Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz enthält nach den uns vorliegenden Unterlagen keine entsprechende Regelung, hier dürfte das Prinzip aber ebenfalls als allgemeiner Grundsatz anwendbar sein.

¹⁴ Vgl. dazu allgemein Schäfer NWVBl 94, 448 ff, und speziell zu § 113 (2) GO in diesem Zusammenhang Meier StuGR 97, 16 ff und für den Städte- und Gemeindebund Paal StuGR 97, 16 ff

Im Rahmen dieses Anhängsels sollen sich die Vertreter - zum Ausgleich für den durch die Formenwahl bedingten Steuerungsverlust - ggf. in die Brennesseln setzen. Der Konflikt zwischen Gewinnerzielung als Zweck der Gesellschaft - dem sie als Aufsichtsratsmitglied persönlich verpflichtet sind - und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben - dem sie als Bürgermeister, Verwaltungsbeamter oder Ratsmitglied verpflichtet sind - kann hier voll durchschlagen. Daneben kann ein persönlicher Konflikt treten. In der Regel führt erst die Stellung als Bürgermeister, Verwaltungsbeamter oder Ratsmitglied zu dem Aufsichtsratsmandat. Bei dem Abstimmungsverhalten im Aufsichtsrat sollen kommunale Vertreter aber ggf. dem genau entgegengesetzt dem Gesellschaftsinteresse den Vorzug geben. Gewinnstreben gegen Allgemeinwohl und Ratsmitglied oder Bürgermeister gegen Aufsichtsratsmitglied können zu Interessenkonflikten führen, die man als doppelte Doppelstellung kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat von Gesellschaften bezeichnen kann.

3. Kritik am Aufsichtsrat als Überwachungsorgan

Dazu ist aber auch fraglich, ob die Einflußnahme auf den Aufsichtsrat das gewünschte Ergebnis zeigen kann, denn die Rolle des Aufsichtsrats als Überwachungsorgan ist zivilrechtlich in die Kritik geraten. Genannt werden hier u.a. die Fälle der Metallgesellschaft, von Klöckner oder vor allem immer wieder coop¹⁵. Die Aufsichtsrats-Mängelliste ist lang¹⁶. Neben Kritik an der Zahl und Dauer der Sitzungen, den Zustimmungskatalogen, der Verbindung zur Geschäftsführungsebene, der Zahl der Mandate wird hier vor allem der Aufsichtsratsprofi - d.h. Aufgabe der Neben- oder Ehrenamtlichkeit und Ersetzung durch beauftragte Personen, die nur einer Tätigkeit in Aufsichtsräten nachgehen - diskutiert¹⁷. Die Diskussion, ob der Aufsichtsrat in seiner jetzigen Form Überwachungsaufgaben überhaupt effektiv nachkommen kann¹⁸, kann hier nicht geführt werden.

Die Vertretung der Kommune im Aufsichtsrat einer Gesellschaft steht im Zentrum einer Reihe von Fragenkomplexen. Sicherlich ist die Betrachtung der Rechte und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern wichtig für die Frage, ob eine öffentliche Aufgabe in privatrechtlicher Form wahrgenommen werden soll. Wir wollen hier aber weder in die Diskussion des Für und Wider privatwirtschaftlicher Aufgabenwahrnehmung einsteigen, noch uns mit der Frage der Kontrolle kommunaler Beteiligungen an Gesellschaften auseinandersetzen. Für uns maßgeblich ist die Betrachtung aus Sicht des Aufsichtsratsmitgliedes. Gesellschafts- und Kommunalrecht überschneiden sich, was es schon nicht leicht macht, die für einzelne Fragen geltenden Rechtsvorschriften herauszufinden. Dazu tritt die oben aufgezeigte doppelte Doppelstellung in einem Organ, daß im gesellschaftsrechtlichen Bereich ziemlich in der Kritik steht. Wir wollen niemanden von der Übernahme des Mandates abhalten. Vielmehr erscheint uns die Gesamtbetrachtung der Rechte und Pflichten kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat eine Leitlinie, um Wege durch dies für viele „Unbekannte Land“ zu finden.

¹⁵ Vgl. Lutter NJW 95, 1133 f, der auch zu Recht darauf hinweist, daß diese Fälle in der Öffentlichkeit überraschenderweise mehr Fragen nach der Kompetenz der jeweiligen Aufsichtsratsmitglieder, als nach der Kompetenz der Vorstandsmitglieder aufgeworfen haben.

¹⁶ Lutter ZHR 95, 287 ff und Bernhardt ZHR 95, 310 ff

¹⁷ Lutter NJW 95, 1133 f und Bernhardt ZHR 95, 310 ff, 315

¹⁸ Lutter NJW 95, 1133 f, Hoerdemann ZRP 97, 44 ff, Thümmel DB 97, 261 ff

B. Aufsichtsrat der AG

Im Vordergrund steht bei der Diskussion um die privatwirtschaftliche Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben die GmbH. Dabei haben viele Kommunen durchaus Beteiligungen und Aufsichtsratsmandate in AG's¹⁹. § 52 (1) GmbHG verweist für den Aufsichtsrat der GmbH auf das Recht der AG. Das Recht der AG gilt zum Teil als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch ohne diesen Verweis für den Aufsichtsrat der GmbH. Und da, wo sich GmbH und AG unterscheiden, wird die Bedeutung dieses Unterschiedes nur deutlich, wenn man sich vorher mit der Stellung des Aufsichtsrats in der AG beschäftigt hat. Das dann noch zu betrachtende Kommunalrecht ist Landesrecht. Gemäß Art. 31 GG kann das Gesellschaftsrecht als Bundesrecht dieses Landesrecht verdrängen.

Wer hier also mit dem GmbHG oder dem Landesrecht beginnt, muß immer wieder zurückblättern zum AktG. Das mag innerhalb der im Literaturverzeichnis genannten Aufsätze, die spezifische Einzelthemen herausgreifen, ein gangbarer Weg sein. Für eine Gesamtbetrachtung der Rechte und Pflichten kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat würde der Leser hin- und hergeschossen, wie einen Ball beim Tischtennis. Deshalb beginnen wir mit der Stellung von Aufsichtsratsmitgliedern in der AG. Allerdings haben wir da, wo das Problem nur bei Betrachtung aller Rechtsgebiete verständlich wird, im Gesellschaftsrecht das Problem nur angerissen und werden es bei den kommunalrechtlichen Vorschriften vertiefend diskutieren.

1. Aufsichtsrat und Mitglied

Eine natürliche Person kann - in der Regel im Nebenamt - Mitglied im Aufsichtsrat einer AG werden, wobei die Aufgaben - und damit die Rechte und Pflichten - grundsätzlich dem gesamten Aufsichtsrat obliegen, die Folgen von Pflichtverletzungen - Haftung, Abberufung und Strafbarkeit - aber das einzelne Mitglied treffen.

¹⁹ Beispiele hierfür sind unter anderem die Energieversorgungskonzerne, wie z.B. die RWE oder VEW.

1.1 Die Mitglieder des Aufsichtsrates werden nach § 101 (1) AktG von der Hauptversammlung gewählt, wobei der Gemeinde ein Vorschlagsrecht zustehen kann. Gemäß § 101 (2) AktG kann in der Satzung auch für bestimmte Aktionäre das Recht vorgesehen werden, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Die Art der Bestellung beeinflusst die Einflußnahme auf die Mitglieder im Aufsichtsrat. Die Entsendung ist sicherlich die für die Gemeinde in vielen Fällen angebrachtere Form, weil die Gemeinde sich Einfluß sichern muß, um ihren öffentlich-rechtlichen Pflichten nachkommen zu können²⁰ und bei der Entsendung die Einflußmöglichkeiten, wie man ohne weiteres im weiteren Verlauf der Abhandlung erkennen kann, größer sind. Nicht verwechseln darf man diesen Akt mit der nach dem Gemeinderecht vorgesehenen Bestimmung der Aufsichtsratsmitglieder. Die Mitglieder im Aufsichtsrat werden in der Regel durch den Gemeinderat gewählt und - je nachdem, was der Gesellschaftsvertrag zuläßt - dann entweder der Hauptversammlung zur Wahl vorgeschlagen oder von der Gemeinde in den Aufsichtsrat entsandt.

Nach dem Gesellschaftsrecht endet das Amt automatisch mit der Hauptversammlung, die über die Entlastung für das vierte Jahr der Amtszeit beschließt, § 102 (1) AktG. Gewählte Aufsichtsratsmitglieder können, worauf noch näher einzugehen sein wird, abgewählt, entsandte Mitglieder vom Entsender abberufen werden, § 103 AktG.

Der Aufsichtsrat besteht gemäß § 95 AktG aus mindestens drei Mitgliedern; soweit die Satzung eine höhere Zahl festsetzt, muß diese durch drei teilbar sein. Der Aufsichtsrat ist, wenn keine andere Regelung vorgesehen ist, mit 50 % seiner Mitglieder beschlußfähig, § 108 (2) AktG.

1.2 Mitglied des Aufsichtsrats kann nach § 100 (1) 1 AktG nur eine natürliche Person sein. Damit stellt das Gesetz klar, daß die Gemeinde als juristische Person nicht Mitglied des Aufsichtsrates werden kann. Die Gemeinde ist als Aktionärin zwar Mitglied in der Hauptversammlung. Der dorthin entsandte Vertreter ist echter Vertreter der Gemeinde. Er stimmt namens der Gemeinde ab und unterliegt selbstverständlich auch

²⁰ Boysen a.a.O., S. 75, Spannowsky ZGR 96, 400 ff und Schön ZGR 96, 429 ff zur Pflicht der Kommune, sich einen Einfluß auf Eigengesellschaften zu sichern; §§ 111 (3) NdsGO und 113 (3) GO NW verpflichten die Gemeinde, sich im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit zur Entsendung einräumen zu lassen.

Weisungen der Gemeinde. Dagegen ist derjenige, der auf Vorschlag der Gemeinde in den Aufsichtsrat gewählt oder hierhin entsandt wird, im eigentlichen Sinne nicht Vertreter der Gemeinde, sondern höchstpersönlich Mitglied in diesem Organ der Gesellschaft²¹. Der kommunale Vertreter im Aufsichtsrat stimmt dort also nicht „im Namen“ der jeweiligen Gemeinde, sondern im eigenen Namen ab. So läßt sich zum einen erklären, daß ihn die Folgen des Abstimmungsverhaltens wie z.B. Haftung oder Strafbarkeit als Person treffen, zum anderen aber auch, daß Weisungen der Gemeinde an „ihre Vertreter im Aufsichtsrat“ als problematisch anzusehen sind²². Wenn wir im folgenden von den Rechten und Pflichten „kommunaler Vertreter“ im Aufsichtsrat sprechen, dann nur, weil sich dieser Begriff so eingebürgert hat.

Mitglied im Aufsichtsrat kann nach § 100 (2) 1 AktG nicht werden, wer bereits 10 Aufsichtsratsmandate hat. Ebenso kann grundsätzlich ein Mitglied des Vorstandes nicht Mitglied des Aufsichtsrates werden - § 105 (1) AktG. Der Vertreter der Gemeinde in der Hauptversammlung - in vielen GO's der hauptamtliche Bürgermeister - kann aber die Gemeinde ebenso im Aufsichtsrat vertreten.

Einen weitergehenden Ausschluß, der verhindern soll, daß Haupt- und Nebentätigkeit miteinander kollidieren, wie ihn z.B. § 13 KWahlG NW für die Wahl zum Rat vorsieht, gibt es grundsätzlich nicht. Selbst Vertreter eines Konkurrenzunternehmens sind vom Gesetz her nicht als Aufsichtsratsmitglieder ausgeschlossen. Häufig stellen sich auch Probleme hinsichtlich der Banken, die mehrere Unternehmen betreuen²³.

1.3 Wenn § 100 (2) 1 AktG bis zu 10 Aufsichtsratsmandate zuläßt und ein Aufsichtsratsmitglied, wie § 114 AktG zeigt, einen Dienst- oder Werkvertrag mit der Aktiengesellschaft schließen kann²⁴, zeigt dies ziemlich deutlich, daß die Stellung als Aufsichtsratsmitglied als „nebenamt-

liche“ Tätigkeit neben einer normalen Erwerbstätigkeit konzipiert ist²⁵. Dort, wo, wie z.B. in § 116 AktG hinsichtlich der Sorgfaltspflicht des Aufsichtsratsmitglieds auf § 93 (1) 1 AktG, also die Sorgfaltspflicht des Vorstandsmitgliedes, verwiesen wird, ist dies nicht so zu verstehen, daß für die Mitglieder in beiden Organen die gleiche Sorgfaltspflicht gilt. Neben den unterschiedlichen Aufgaben beider Organe ist in diesem Rahmen auch zu berücksichtigen, daß das Vorstandsmitglied hauptberuflich und das Aufsichtsratsmitglied nur nebenamtlich tätig ist.

Da das AktG 10 Aufsichtsratsmandate zuläßt und das GmbHG insofern gar keine Beschränkung enthält, Aufsichtsratsmitglieder aber z.T. auch ehemalige Vorstandsmitglieder sind, gibt es sicherlich auch „Aufsichtsratsprofis“. Für die kommunalen Vertreter - sei es Bürgermeister, Verwaltungsmitarbeiter oder Ratsmitglied - handelt es sich in der Regel um ein echtes Nebenamt.

1.4 Der Aufsichtsrat wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und mindestens einen Vertreter, § 107 AktG. Der Vorsitzende hat grundsätzlich die Sitzungen des Aufsichtsrates einzuberufen - § 110 AktG - und - in der Regel gemäß der Ordnung für den Aufsichtsrat - die Tagesordnung festzusetzen. Eine wichtige Aufgabe des Vorsitzenden bestimmt § 107 (2) AktG, wonach der Vorsitzende mit seiner Unterschrift die Verantwortung für die Niederschrift der Aufsichtsratssitzungen übernimmt.

Wie noch darzustellen sein wird, hat der Aufsichtsrat einen sehr engen Kontakt zum Vorstand zu halten. Nun können oftmals nicht alle Aufsichtsratsmitglieder immer mit allen Vorstandsmitgliedern engen Kontakt halten. In der Praxis findet der enge Kontakt auf der Ebene Vorstand/bzw. Vorstandsvorsitzender zu Aufsichtsratsvorsitzender statt. Auch inhaltlich treffen den Aufsichtsratsvorsitzenden deshalb besondere Rechte und Pflichten²⁶.

²¹ Vgl. OVG Münster Urteil v. 28.10.83 in GHJ 83, 287 ff, 288 und Hansen GHJ 90, 270ff, 271

²² Wie sich die Stellung der Aufsichtsratsmitglieder bei Weisungen der Gemeinde auswirkt, wird im Rahmen der gesellschaftlichen Treuepflicht und in einem eigenen Kapitel unter E 9 dieser Abhandlung besprochen.

²³ Vgl. zum Konflikt bei der Auseinandersetzung Thyssen-Krupp den Artikel „Dallas an der Ruhr“ im Focus Nr. 13 vom 24.3.97, S. 231 ff.

²⁴ Grds. unter Ausnahme einer Tätigkeit als Vorstandsmitglied - Vgl. 105 AktG

²⁵ Mertens 18 zu § 116; Hüffer, 1 zu § 116; BFH Urteil v. 4.5.94 BB 94, 1844

²⁶ Vergrößert kann man sagen, daß seine Pflichten eher an dem Maßstab für den Vorstand zu messen sind. Oftmals wird gerade der Aufsichtsratsvorsitz von verschiedenen Vorstandsmitgliedern wahrgenommen. Vgl. Mertens 21 zu § 116, Hüffer, 3 zu § 116

Allerdings kann der Aufsichtsratsvorsitzende ohne besondere Bestimmung nicht den Aufsichtsrat vertreten²⁷.

1.5 Nach dem Aktiengesetz gibt es grundsätzlich Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates als Organ. So hat z.B. nach § 111 (1) AktG der Aufsichtsrat die Pflicht, den Vorstand zu überwachen. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied wirkt im wesentlichen durch die Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen und der Beschlußfassung in diesen Sitzungen mit²⁸. Die Folgen der Tätigkeit treffen dagegen das einzelne Aufsichtsratsmitglied als Person. Das Aufsichtsratsmitglied erhält eine Vergütung, kann aber auch abberufen oder haftbar gemacht werden, erleidet im schlimmsten Fall eine Strafverfolgung.

1.5.1 Verstößt ein Beschluß des Aufsichtsrates gegen die Bestimmungen des Gesetzes oder die Satzung der AG, stellt sich die Frage, ob er nichtig - also allgemein nicht zu beachten - oder nur anfechtbar ist. Die Literatur hat lange daran festgehalten, daß ein derartiger Beschluß immer nichtig sei. In der Rechtsprechung konnte man deutlich ein Vordringen der Meinung feststellen, daß hier §§ 241 ff AktG analog anzuwenden seien. Das OLG Hamburg²⁹ hat dies wie folgt zum Ausdruck gebracht:

„Das Bedürfnis nach einer stärkeren Berücksichtigung der Belange der Rechtssicherheit legt es nahe, Aufsichtsratsbeschlüsse daher nur in den Fällen als nichtig anzusehen, in denen sie als so grob fehlerhaft einzuordnen sind, daß nur die Nichtigkeitsfolge als angemessene Sanktion erscheint, d.h. also in den Fällen des § 241 AktG ..., in allen anderen Fällen sind sie nur anfechtbar... Gemäß § 246 Abs. 1 AktG ist eine Klage nur innerhalb einer kurz bemessenen Frist möglich... Damit wird

²⁷ Vgl. OLG Karlsruhe Urteil v. 13.10.95 WM 96, 161 ff

²⁸ Vgl. das Urteil des OLG Frankfurt v. 22.1.88 in WM 88, 330 ff, 332. Das einzelne Mitglied hat z.B. das Recht zur Einberufung des Aufsichtsrates, § 110 AktG, eine Abschrift der Niederschrift der Sitzung des Aufsichtsrates zu verlangen, § 107 (2) AktG, ein Verfahren nach § 98 AktG einzuleiten, die Vorlagen zum Jahresabschluß ausgehändigt zu erhalten, § 170 (3) AktG, und vor allem einen Bericht des Vorstandes an den Aufsichtsrat zu verlangen, § 90 (3) 2 AktG, wobei allerdings bei Weigerung des Vorstandes ein weiteres Mitglied des Aufsichtsrates dieses Begehren stützen muß. Dagegen kann der Aufsichtsrat das einzelne Mitglied nicht von der Teilnahme an der Sitzung ausschließen - Vgl. dazu LG Mühlhausen Urteil v. 15.8.96 in ZIP 96, 1660 f

²⁹ Vgl. Urteil des OLG Hamburg v. 6.3.92 AG 92, 197 ff

vermeiden, daß noch Jahre in der Vergangenheit zurückliegende Beschlüsse als unwirksam angegriffen werden können, es sei denn, es handelt sich wirklich einmal um den Fall eines entsprechend § 241 AktG nichtigen Beschlusses. Weiter ist in diesem Zusammenhang anzuführen, daß eindeutig ist, wer klagen kann (Vgl. § 245 AktG) und wer zu verklagen ist (§ 246 Abs. 1 S.2 AktG)“.

Der BGH hat diese Entscheidung des OLG Hamburg aufgehoben und die Geltung der §§ 241 ff AktG für den Aufsichtsrat verneint³⁰. Die Übertragung der Rechtsgedanken der §§ 241 ff AktG auf den Aufsichtsrat sei nicht gerechtfertigt, grundsätzlich seien Beschlüsse nichtig. Zwar sei ein Bedürfnis an Rechtssicherheit anzuerkennen, diesem Bedürfnis könne aber flexibler durch die Anwendung der Grundsätze des Rechtsschutzinteresses und der Verwirkung Rechnung getragen werden.

An der Art der Darstellung mag man erkennen, daß wir mit der Argumentation des BGH nicht ganz glücklich werden konnten. Rechtsschutzinteresse und Verwirkung sind uns zu auslegungsfähig, um hier als Korrektiv zu dienen. Eine Orientierung an aus dem Gesetz ablesbaren Regelungen wäre der Funktion des Aufsichtsrates und den Erwartungen, die ein Aufsichtsrat im Rechtsverkehr auslöst, unserer Meinung nach angemessener. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber hier eine Änderung schafft.

1.5.2 Sicherlich eine nicht ganz einfache Frage in diesem Zusammenhang ist die, was ein überstimmtes Mitglied machen kann. Wichtig ist insofern § 107 (2) AktG:

„(2) Über die Sitzungen des Aufsichtsrats ist eine Niederschrift anzufertigen, die der Vorsitzende zu unterzeichnen hat. In der Niederschrift sind der Ort und der Tag der Sitzung, die Teilnehmer, die Gegenstände der Tagesordnung, der wesentliche Inhalt der Verhandlungen und die Beschlüsse des Aufsichtsrats anzugeben... Jedem Mitglied des Aufsichtsrats ist auf Verlangen eine Abschrift der Sitzungsniederschrift auszuhändigen“.

³⁰ Vgl. BGH Urteil v. 17.5.93 in ZIP 93, 1079 ff

In der Regel dürfte es genügen, wenn das überstimmte Mitglied Gegenvorstellungen in gebotener Form zu Protokoll erhebt³¹ und sich, was von eminenter Bedeutung ist, das Protokoll aushändigen läßt³². Nur in schwerwiegenden Fällen wird das Aufsichtsratsmitglied sein Mandat niederlegen³³. Dies hat jedoch mehr die Wirkung, die Ernsthaftigkeit der Lage gegenüber den anderen Mitgliedern zu demonstrieren, denn das überstimmte Mitglied, das seine Vorhaltungen durch das Protokoll nachweisen kann³⁴, wird in der Regel keine haftungs- oder strafrechtlichen Folgen fürchten müssen.

Es ist dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied wegen seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung aber davon abzuraten, sich, wenn er überstimmt wird, an Behörden³⁵ zu wenden oder die Flucht in die Öffentlichkeit³⁵ anzutreten. Gerade dann drohen ihm nämlich Haftung - Verletzung der Verschwiegenheitspflicht als Haftungsgrund nach §§ 116, 93 (2) AktG - und Strafbarkeit - § 404 AktG³⁷. Konflikte zwischen Mehrheit und Minderheit in Gesellschaftsorganen sollen grundsätzlich gesellschaftsintern ausgetragen werden³⁸. Die hier zu ziehenden Grenzen sind sehr eng:

„So kann es gerade im Interesse des Unternehmens notwendig werden, eine im Aufsichtsrat besprochene Angelegenheit anderweit in einem geschlossenen Kreis oder öffentlich zu erörtern, um Mißverständnisse auszuräumen, Gerüchten entgegenzutreten und das Bild der Gesellschaft nach innen und außen günstig zu beeinflussen; wann das der

Fall ist, läßt sich nicht nach starren Regeln, sondern nur für den Einzelfall entscheiden“³⁹.

Dies bedeutet nichts anderes, als das derjenige, der sich an Behörde oder Öffentlichkeit wendet, z.B. erst durch ein anschließendes Strafverfahren oder einen Haftungsprozeß erfährt, ob er dies im konkreten Fall durfte oder nicht.

1.6 Der Aufsichtsrat kann nach § 107 (3) AktG aus seiner Mitte Ausschüsse bestellen, die vor allem seine Beschlüsse vorbereiten und ihre Ausführung überwachen sollen⁴⁰. Diesen Ausschüssen können auch Entscheidungsbefugnisse übertragen werden, wobei allerdings das Gesetz gewisse Ausnahmen - insbesondere Bestellung und Abberufung des Vorstandes sowie Anordnung des Zustimmungsvorbehaltes⁴¹ - vorsieht.

2. Pflichten des Aufsichtsrats

Wesentliche Pflichten im Rahmen der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied einer AG sind die allgemeine Sorgfalts-, die Treue- und die Verschwiegenheitspflicht.

2.1 Sorgfaltspflicht

Die Aufsichtsratsmitglieder haben bei der „Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden“ - §§ 116, 93 (1) 1 AktG. Das heißt in der Regel nichts anderes, als daß die Mitglieder bei ihrer Mitwirkung an den Aufgaben des Aufsichtsrates

³¹ Mertens 38 zu § 77, Peltzer WM 81, 346 ff, 352 und OLG Frankfurt Urteil v. 22.1.88 in WM 88, 330 ff, 332

³² Gemäß § 93 (2) 2 AktG muß im Streit das einzelne Aufsichtsratsmitglied darlegen und beweisen, daß er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat.

³³ Mertens a.a.O., Peltzer a.a.O.

³⁴ Auf Grund der Regelung des § 93 (2) AktG ist auch das Aufsichtsratsmitglied im Rahmen des bei der Haftung zu prüfenden Verschulden verpflichtet, darzulegen und zu beweisen, daß er dem Maßstab des sorgfältigen und ordentlichen Geschäftsleiters genügt hat. Zur Frage, ob dies auch bezüglich der Pflichtverletzung gilt, vgl. Gehrlein NJW 97, 1905 f

³⁵ Vgl. dazu Mertens a.a.O. und Säcker DVB1 86, 803 ff

³⁶ Vgl. Mertens a.a.O. und Noack StuGR 95, 379 ff, 386

³⁷ Vgl. Noack a.a.O.

³⁸ Vgl. die Grundsätze zu Auseinandersetzungen im Aufsichtsrat BGH Urteil v. 28.11.88 in NJW 89, 929 ff

³⁹ BGH Urteil v. 5.6.75 in BGHZ 65, 325 ff, 331

⁴⁰ Zu Besetzungsfragen vgl. OLG Hamburg v. 25.5.84 in AG 84, 248 ff und Urteil v. 6.3.92, a.a.O. Die hierinsbesondere zu Arbeitnehmervertreter gemachten Ausführungen weisen auch auf ein Problem kommunaler Vertreter mit Ausschüssen hin. Die kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat stellen, worauf noch einzugehen sein wird, in der Regel ein Spiegelbild der im Rat vertretenen Parteien dar. Hier können sich durch Ausschüsse Verschiebungen entweder zu Lasten der Kommune oder nur einer Partei ergeben.

⁴¹ Die Ausübung des Zustimmungsvorbehaltes im Einzelfall soll nach dem Urteil des OLG Hamburg v. 15.9.95 ZIP 95, 1673 ff ohne Verstoß gegen § 107 (3) 2 AktG auf einen Ausschuß übertragbar sein.

als Organ diesen Sorgfaltsmaßstab beachten müssen. Hier verbindet sich also wieder die Aufgabenstellung des Organs Aufsichtsrat mit den Rechten und Pflichten des einzelnen Mitglieds. Als erstes ist also die Aufgabenstellung des Organs Aufsichtsrat zu betrachten.

Das OLG Düsseldorf hat in seinem Urteil vom 22.06.95 die Stellung des Aufsichtsrats in einer Aktiengesellschaft⁴² wie folgt beschrieben:

„Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft hat zahlreiche Aufgaben wahrzunehmen. Beispielsweise sind ihm eine Reihe unternehmerischer Führungsentscheidungen zugewiesen, so etwa die Bestellung und Anstellung sowie die Abberufung von Vorstandsmitgliedern (§§ 84, 87 AktG), die Gestaltung der Vorstandsorganisation (§ 77 II 1 AktG), die Mitwirkung bei der Bilanzfeststellung (§§ 170 ff. AktG), die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder (§ 89 AktG) sowie die Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern (§ 112 AktG), ...Darüber hinaus hat der Aufsichtsrat bestimmte Zuständigkeiten und Aufgaben in bezug auf die Hauptversammlung zu erfüllen, so etwa die Einberufung der Hauptversammlung (§ 111 III AktG), die Erarbeitung von Beschlußvorschlägen (§ 124 III AktG), die Erstellung von Berichten (§§ 171 II, 314 AktG), die Teilnahme an der Hauptversammlung (§ 118 AktG) sowie ggf. die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§ 245 Nr. 5 AktG). Im Zentrum der Aufgaben und Kompetenzen des Aufsichtsrats steht jedoch nach § 111 I AktG die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung Bei der Bewältigung sämtlicher dieser Aufgaben haben die Aufsichtsratsmitglieder gem. § 116 AktG i. V mit § 93 AktG die Sorgfalt und Verantwortung eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds anzuwenden. Maßgeblicher Orientierungspunkt ist dabei das Gesellschafts- bzw. Unternehmensinteresse, an dem der Aufsichtsrat sein Handeln insgesamt auszurichten hat und das insb. auch den entscheidenden Maßstab für die verantwortungsbewußte Überwachung der Leitungsmaßnahmen des Vorstands darstellt ..., wobei der Aufsichtsrat nicht auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle zu beschränken, sondern neben der Ordnungs- auch die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leitungsentscheidungen des Vorstands zu überwachen hat“

⁴² abgedruckt in NJW-RR 95, 1371 ff

2.1.1 Dreh und Angelpunkt der Aufgabenstellung des Aufsichtsrates ist also die Überwachung der Geschäftsführung durch den Vorstand, § 111 (1) AktG.

2.1.1.1 Gegenstand der Überwachung ist Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung. Der Aufsichtsrat wacht darüber, daß der Vorstand seine Pflichten einhält, er muß den Vorstand zur Pflichterfüllung anhalten, ggf. muß er den Vorstand in schwerwiegenden Fällen abberufen⁴³. Allerdings darf der Aufsichtsrat dabei nicht mittelbar die Geschäftsführung an sich ziehen - § 111 (4) S. 1 AktG. Er muß das unternehmerische Ermessen des Vorstandes respektieren⁴⁴. Der Aufsichtsrat kann insbesondere dem Vorstand keine Weisungen erteilen⁴⁵.

Eine Streitfrage ist dabei, ob sich die Überwachung nur auf den Vorstand erstreckt oder auch Angestellte, die mit wesentlichen Aufgaben der Geschäftsführung betraut sind, zu überwachen sind⁴⁶. Die AG ist nach §§ 3 AktG, 6 (1) HGB „Kaufmann“⁴⁷. Sie kann also Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte bestellen, die dann auch das Recht haben können, ganz wesentliche Geschäfte für die Gesellschaft zu tätigen. Der theoretische Streit um die Frage, ob der Aufsichtsrat z.B. auch den Prokuristen überwachen muß, soll hier dahingestellt bleiben. Die Kontrolle, ob der Vorstand seinerseits der Pflicht zur sachgerechten Auswahl und zur gebotenen Überprüfung von Angestellten nachgekommen ist, ist unstreitig Aufgabe des Aufsichtsrates⁴⁸. Es spricht viel dafür, daß sich der Aufsichtsrat bezüglich des Verhaltens z.B. des Prokuristen mit der mittelbaren Überwachung über den Vorstand begnügen muß. Dies erscheint auch wegen der durch die Nebenamtlichkeit bedingten zeitlichen Einschränkung der Betätigungsmöglichkeiten des Aufsichtsratsmitgliedes angemessener, als den Aufsichtsrat auch noch zum Wächter über Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte zu bestimmen.

⁴³ Mertens 11 zu § 111

⁴⁴ Mertens a.a.O., so hat z.B. das LG Darmstadt in seinem Urteil v. 6.5.86 ZIP 86, 1389 ff entschieden, daß die Ausglieder eines Geschäftsbereichs - hier der Datenverarbeitung - allein Sache der Geschäftsführung sei.

⁴⁵ Mertens a.a.O.

⁴⁶ Mertens 21 zu § 111

⁴⁷ Das gleiche gilt nach §§ 11 (3) GmbHG, 6 (1) HGB für die GmbH.

⁴⁸ Mertens a.a.O.

2.1.1.2 Art und Intensität der Überwachung richten sich nach der jeweiligen Lage der Gesellschaft. Einen Anhalt dafür liefert die Wechselbeziehung zu § 90 (1) AktG. Nach dieser Vorschrift hat der Vorstand dem Aufsichtsrat innerhalb bestimmter Fristen zu folgenden Themen Bericht zu erstatten:

„(1) Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat zu berichten über

- 1 die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftsführung;
- 2 die Rentabilität der Gesellschaft, insbesondere die Rentabilität des Eigenkapitals;
- 3 den Gang der Geschäfte, insbesondere den Umsatz, und die Lage der Gesellschaft;
- 4 Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können.

Außerdem ist dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats aus sonstigen wichtigen Anlässen zu berichten; als wichtiger Anlaß ist auch ein dem Vorstand bekanntgewordener geschäftlicher Vorgang bei einem verbundenen Unternehmen anzusehen, der auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluß sein kann.

(2) Die Berichte nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 sind wie folgt zu erstatten:

- 1 die Berichte nach Nummer 1 mindestens einmal jährlich, wenn nicht Änderungen der Lage oder neue Fragen eine unverzügliche Berichterstattung gebieten;
- 2 die Berichte nach Nummer 2 in der Sitzung des Aufsichtsrats, in der über den Jahresabschluß verhandelt wird;
- 3 die Berichte nach Nummer 3 regelmäßig, mindestens vierteljährlich;
- 4 die Berichte nach Nummer 4 möglichst so rechtzeitig, daß der Aufsichtsrat vor Vornahme der Geschäfte Gelegenheit hat, zu ihnen Stellung zu nehmen.“

Diese Bericht hat der Aufsichtsrat inhaltlich zu prüfen. Ebenso hat er über die Einhaltung der Berichtspflicht nach § 90 (1) AktG zu wachen⁴⁹ - „Fristenkontrolle“.

⁴⁹ Mertens 16 zu § 111

Daneben kann der Aufsichtsrat jederzeit nach § 90 (3) AktG einen Bericht über Angelegenheiten, die auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluß sein können, verlangen.

2.1.1.3 Die Überwachung ist - entgegen ihrem Wortlaut - keine nur auf die Vergangenheit gerichtete Aufgabe. Ziel des Aufsichtsrates muß es vielmehr sein, möglichst prophylaktisch tätig zu werden⁵⁰. Deshalb ist es Teil der Überwachung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat, daß der Aufsichtsrat sich mit dem Vorstand berät. Der BGH⁵¹ begründet die Beratungsfunktion als Teil der Überwachung in seinem Urteil vom 25.3.91 wie folgt:

„Nach § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat in erster Linie die Geschäftsführung zu überwachen. Diese Kontrolle bezieht sich nicht nur auf abgeschlossene Sachverhalte, sondern erstreckt sich auch auf grundsätzliche Fragen der Geschäftspolitik; sie ist nicht auf eine Rechtmäßigkeitsprüfung beschränkt, sondern muß die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung einbeziehen. Eines so verstandene Kontrolle kann wirksam nur durch ständige Diskussion mit dem Vorstand und insofern durch dessen laufende Beratung ausgeübt werden; die Beratung ist deshalb das vorrangige Mittel der in die Zukunft gerichteten Kontrolle des Vorstands ...“.

Recht- und Zweckmäßigkeit als Gegenstand bilden also die eine Grenze, ein auf die Zukunft gerichtetes, schadensverhütendes Tätigwerden die andere.

2.1.1.4 Was ist nun, wenn im Rahmen der Überwachung Hinweise auftauchen, die auf eine Pflichtverletzung des Vorstandes hindeuten? Für die weitere Betrachtung ist dies sicherlich eine immens wichtige Frage, bestimmt sich doch hiernach, ab wann sich das Aufsichtsratsmitglied selbst haftbar machen oder wegen Verstoßes gegen § 266 StGB einer Strafverfolgung unterzogen werden kann.

Das OLG Düsseldorf hat in seinem o.g. Urteil entschieden, daß die Frage, ob der Aufsichtsrat einschreitet oder nicht, in seinem Ermessen

⁵⁰ Mertens 34 zu § 211

⁵¹ BGH v. 25.3.91 in BGHZ 114, 127 ff, 130, Vgl. auch Jäger DStR 96, 671 ff

stehe. Nur wenn, wie bei einer Ermessensreduzierung auf Null nur ein Einschreiten in Betracht komme, sei eine Verpflichtung zum Einschreiten gegeben⁵². Eine Pflichtverletzung der Aufsichtsratsmitglieder, die zur eigenen Haftung oder sogar Strafverfolgung führen kann, kommt auf der Basis dieser Ansicht nur in Betracht, wenn entweder eine Ermessensverdringung auf Null eingetreten ist oder die angestellte Abwägung unsachgemäß erfolgte. Auf der Basis der Gegenansicht verletzen dagegen die Aufsichtsratsmitglieder ihre haftungs- und strafrechtlichen Pflichten bereits dann, wenn sie gegen den Vorstand bei Feststellung eines Mißstandes nicht einschreiten.

Dabei hat das OLG Düsseldorf angenommen, daß das Ermessen es erlaube, von der Verfolgung eines Schadensersatzanspruches in Höhe von 80 bis 125 Mio. DM abzusehen⁵³. Neben der Höhe des Schadens hat das Gericht das Risiko des Ausgangs eines Prozesses berücksichtigt⁵⁴, wobei sich auch die Frage stellt, ob eine solche Summe von den Vorstandsmitgliedern überhaupt hätte beigetrieben werden können. Es sei aber auch der Grad des Verschuldens zu berücksichtigen⁵⁵, was im Ergebnis dann richtig ist, wenn der Gesellschaftszweck den Vorstand quasi zwingt, Risiken einzugehen, die sich bei dem fehlgeschlagenen Geschäft konkretisiert haben. Letztlich wurde das Interesse der Gesellschaft an der Fortsetzung der Geschäftsbeziehung mit den Vorstandsmitgliedern herangezogen⁵⁶.

⁵² OLG Düsseldorf a.a.O., NJW-RR 95, 1371, 1375 ff, zur Kritik in der Literatur vgl. Raiser NJW 96, 552 ff und Fischer BB 96, 225 ff

⁵³ Wobei in der Literatur vor allem die Höhe des Schadens als Anlaß zur Urteilschelte genommen wurde.

⁵⁴ Geschätzte Gerichtskosten und Kosten des eigenen Anwalts - Vorschußpflicht besteht auch gegenüber dem eigenen Anwalt und auch die siegreiche Partei kann Zweitschuldner sein - zwischen 1,4 - bei 80 Mio DM Streitwert - und 2,2 Mio. DM - bei 125 Mio DM - für eine Instanz.

⁵⁵ Soweit das OLG die Grundsätze zur gefahrgeneigten Arbeit heranzieht, kann das Mißverständnisse begründen. Wie noch bei den Haftungsgrundsätzen darzulegen sein wird, ist die Gesellschaft vielmehr oft auch genötigt, riskante Geschäfte zu machen, woraus man dem Vorstand dann keinen Vorwurf machen kann. Also ist weniger auf den Grundsatz der gefahrgeneigten Arbeit zurückzugreifen, als vom Gesellschaftszweck aus zu definieren, inwieweit die Eingehung eines Risikos notwendig war.

⁵⁶ Bei anderen Geschäften kann die Gesellschaft z.B. auf die Vorstandsmitglieder angewiesen sein. Bei einem Schaden von 80 bis 125 Mio. DM ist dies ggf. das schwächste Argument.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 21.4.97 die Betrachtung präzisiert und betont den Aspekt der Abwägung im Rahmen der Entscheidung über das Vorgehen⁵⁷. So heißt es:

„Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß den Aufsichtsrat die Pflicht trifft, eigenverantwortlich das Bestehen von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern zu prüfen und, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, solche unter Beachtung des Gesetzes- und Satzungsrechtes ... zu verfolgen. Diese Verpflichtung ergibt sich einmal aus der Aufgabe des Aufsichtsrates, die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen ..., zum anderen daraus, daß der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich vertritt...

Die Entscheidung des Aufsichtsrates, ob ein Vorstandsmitglied wegen Verletzung seiner Geschäftsführungspflichten auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden soll, erfordert zunächst die Feststellung des zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestandes in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht sowie eine Analyse des Prozeßrisikos und der Beitreibbarkeit der Forderung. Bei seiner Beurteilung ... hat der Aufsichtsrat zu berücksichtigen, daß dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muß, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. Dazu gehört neben dem bewußten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen... Gewinnt der Aufsichtsrat, den Eindruck, daß ... er (Anm. der Vorstand) also keine „glückliche Hand“ bei der Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe hat, kann ihm das Veranlassung geben, auf dessen Ablösung hinzuwirken. Eine Schadensersatzpflicht des Vorstandes kann daraus nicht hergeleitet werden. Diese kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist

⁵⁷ BGH Urteil v. 21.4.97 NJW 97, 1926 ff

oder das Verhalten des Vorstandes aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß“.

Soweit sich auf dieser Basis ein Schadensersatzanspruch ergibt, hat der BGH den Aufsichtsrat auch grundsätzlich für verpflichtet angesehen, diesen zu verfolgen. Ein Absehen von der Verfolgung sei nur gerechtfertigt,

„wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft dafür sprechen, den ihr entstandenen Schaden ersatzlos hinzunehmen. Diese Voraussetzung wird im allgemeinen nur erfüllt sein, wenn die Gesellschaftsinteressen und -belange, die es geraten erscheinen lassen, keinen Ersatz des der Gesellschaft durch den Vorstand zugefügten Schadens zu verlangen, die Gesichtspunkte, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest annähernd gleichwertig sind.“

Die Verfolgung der Ansprüche müsse dabei die Regel und das Absehen von der Verfolgung die Ausnahme sein.

Der BGH hat die Entscheidung in der Sache an das OLG Düsseldorf zurückverwiesen.

Was bedeutet dies nun praktisch für die Frage, ob der Aufsichtsrat einschreiten muß oder nicht⁵⁸ ? Die erste Frage ist die nach der Pflichtverletzung des Vorstandes. Liegt eine Verletzung der Gesetzes oder der Satzung der AG vor, wird man diese bejahen müssen. Hat der Vorstand bei einem riskanten Geschäft schlichtweg Pech gehabt, kann der Aufsichtsrat, soweit ein wichtiger Grund nach § 84 (3) AktG vorliegt, den Vorstand abberufen, eine Pflichtverletzung liegt aber nur unter den vom BGH genannten eingeschränkten Voraussetzungen vor. Die zweite Frage ist die, ob bei einer Pflichtverletzung von einer Verfolgung abgesehen werden kann. Auch hier wird man wiederum der konkreten Pflichtverletzung die gegen eine Verfolgung sprechenden Umstände entgegenstellen müssen. Allerdings werden gewichtige, ganz erhebliche Umstände anzuführen sein, wenn man bei dem im o.g. Fall im Raum stehenden Schaden von 80 bis 125 Mio. DM z.B. von einer Verfolgung absehen will.

⁵⁸ Vgl. Horn ZIP 97, 1129 ff, 1136 ff und Thümmel DB 97, 1117 ff

2.1.2 Der Aufsichtsrat hat, soweit das Wohl der Gesellschaft es erfordert, durch Beschluß mit einfacher Mehrheit die Hauptversammlung einzuberufen, § 111 (3) AktG.

2.1.3 Nach § 84 AktG ist es Aufgabe des Aufsichtsrates, den Vorstand zu bestellen und ggf. Vorstandsmitglieder oder den Vorstandsvorsitzenden abzuberufen. Gemäß § 87 AktG „überwacht“ der Aufsichtsrat die Bezüge der Vorstandsmitglieder. Der Aufsichtsrat, der nach § 112 AktG die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand vertritt, hat als Annex zu diesen Vorschriften auch die Aufgabe, den Anstellungsvertrag mit den Vorstandsmitglieder zu schließen bzw. zu kündigen.

Wesentlich für die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats ist die Möglichkeit, Vorstandsmitglieder abzuberufen. Als Voraussetzung einer Abberufung bestimmt § 84 (3) AktG:

„Der Aufsichtsrat kann die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstands widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund ist namentlich grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung oder Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung, es sei denn, daß das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist.“

Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalles. Als grobe Pflichtverletzung gelten u.a. strafbare Handlungen - auch im privaten Bereich -, mangelnde Offenheit gegenüber dem Aufsichtsrat, Aneignung von Gesellschaftsvermögen, hohe Verschuldung, insbesondere Konkurs oder Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung⁵⁹. Als Unfähigkeit gelten fehlende Kenntnisse oder Unverträglichkeit, die kollegiale Zusammenarbeit ausschließt⁶⁰. Die Hauptversammlung repräsentiert die Gesellschafter. Mit der Möglichkeit, eine Abberufung durch die Hauptversammlung zu erwirken, wird dem Umstand Rechnung getragen,

⁵⁹ Vgl. insgesamt Hüffer 28 zu § 84 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung. Bei der Verschuldung könnte aber auch ein Fall des Vertrauensentzuges vorliegen, der nur die Hauptversammlung zur Abberufung berechtigt.

⁶⁰ Hüffer a.a.O.

daß der Macht des Vorstandes ein Vertrauen der Gesellschafter gegenüberstehen muß⁶¹.

Allerdings kann die Abberufung dann zum Eigentor werden, wenn der Anstellungsvertrag des Vorstandes „weiterläuft“, weil man dann den Betreffenden „belohnt“, indem er fürs Nichtstun bezahlt wird⁶². In vielen Fällen wird mit dem wichtigen Grund für die Abberufung zugleich ein Grund für die Kündigung des Anstellungsvertrages nach § 626 BGB vorliegen. Es wird aber auch für zulässig gehalten, daß der Anstellungsvertrag insofern bedingt wird, daß mit der Abberufung der Anstellungsvertrag endet⁶³. Bei der Entscheidung, ob ein Aufsichtsrat die Abberufung von Vorstandsmitgliedern ins Auge faßt, wird er sich mit diesen Fragen auseinandersetzen müssen.

2.1.4 Nach § 171 (1) AktG hat der Aufsichtsrat den Jahresabschluß, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns zu prüfen. Gemäß § 171 (2) AktG hat der Aufsichtsrat über das Ergebnis der Prüfung nach Abs. 1 schriftlich an die Hauptversammlung zu berichten, wobei er auch mitteilen muß, in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung während des Jahres geprüft hat⁶⁴. Der Aufsichtsrat setzt grds. gemäß § 172 AktG den Jahresabschluß mit dem Vorstand fest.

2.1.5 Bei all den vorgenannten Aufgaben müssen die Aufsichtsratsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters wahren, §§ 116, 93 (1) 1 AktG⁶⁵. Grundsätzlich handelt es sich um einen objektiven Pflichtenmaßstab. Zwar kann der Verweis auf § 93 (1) 1 AktG nicht bedeuten, daß die inhaltlichen Anforderungen an das

hauptamtlich tätige Vorstandsmitglied auf die Anforderungen des nebenamtlich tätigen Aufsichtsratsmitglieds übertragen werden. Das Aufsichtsratsmitglied muß aber in der Lage sein, z.B. die ihm obliegende Überwachungsaufgabe zu erfüllen.

Insofern heißt es in dem Urteil des BGH⁶⁶ vom 15.11.82:

„Danach (gemeint ist § 111 Abs. 5 AktG) können die Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen. Mit diesem Gebot persönlicher und eigenverantwortlicher Amtsausübung ist vorausgesetzt, daß ein Aufsichtsratsmitglied diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen muß, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können... Andererseits ist nicht zu erwarten, daß jedes Aufsichtsratsmitglied auf sämtlichen Gebieten, auf denen der Aufsichtsrat tätig wird, umfassende Spezialkenntnisse besitzt. Auch können im Aufsichtsrat Fragen auftauchen oder Maßnahmen durchzuführen sein, die über die Fachkunde oder die zeitlichen und technischen Möglichkeiten seiner Mitglieder hinausgehen. Deshalb gibt das Gesetz dem Aufsichtsrat die Befugnisse, Sachverständige zur Beratung über „einzelne“ Gegenstände zuzuziehen (§ 109 Abs. 1 Satz 2 AktG) oder sie für „bestimmte“ Prüfungsaufgaben zu beauftragen (§ 111 Abs. 2 Satz 2 AktG).“

Zusätzlich wird ein also ein subjektives Korrektiv eingeführt, der sich je nach den Voraussetzungen des jeweiligen Mitgliedes unterschiedlich auswirken kann. So kann von einem Hauptverwaltungsbeamten oder Beigeordneten, soweit er nach den Vorschriften der jeweiligen Gemeindeordnung die Befähigung zum Richteramt besitzen muß, in rechtlichen Fragen sicherlich ein anderes Verhalten erwartet werden als von dem entsandten Ratsmitglied, dem diese Vorbildung fehlt, bei dem aber z.B. in technischer Hinsicht ggf. Vorkenntnisse zu berücksichtigen sein können.

Dieses Risiko kann nur im Einzelfall durch die Einschaltung externer Berater beschränkt werden, §§ 109 (1), 111 (2) AktG⁶⁷.

⁶¹ Hüffer a.a.O.

⁶² Vgl. z.B. den Fall des BGH im Urteil v. 28.10.96 in NJW-RR 97, 537 f

⁶³ Vgl. Rellermeyer ZGR 93, 77 ff, 81 ff

⁶⁴ Zur Frage, wie intensiv geprüft werden muß, kann hier nichts gesagt werden. Es handelt sich um eine Einzelfrage, die z.B. vom Gesellschaftszweck, den anstehenden Geschäften und der Lage der Gesellschaft abhängt. Insofern können wir nur darauf hinweisen, daß in dem Kommentar „Zeiß, Das Recht der Eigenbetriebe“ unter Anhang 6 bis 9 die Grundsätze abgedruckt sind, die insofern für Wirtschaftsprüfer gelten. Das nebenamtliche Aufsichtsratsmitglied muß nun sicherlich so prüfen wie ein Wirtschaftsprüfer. Auf der anderen Seite können diese Grundsätze auch Aufsichtsratsmitgliedern insofern wichtige Anhaltspunkte liefern.

⁶⁵ Mertens 6 zu § 93, Hüffer 3 zu § 93

⁶⁶ BGH v. 15.11.82 in BHGZ 85, 293 ff

⁶⁷ BGH v. 15.11.82 a.a.O.

2.2 Treuepflicht

Das Aufsichtsratsmitglied unterliegt als Mitglied des Organes einer Gesellschaft der Treuepflicht. Er ist der Gesellschaft zur Loyalität verpflichtet. Man kann die allgemeine Treuepflicht auch als „Mutter aller Pflichten“ verstehen, ließen sich doch bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung die Sorgfalts- und auch die Verschwiegenheitspflicht aus ihr ableiten⁶⁸. Aus dem Schatten der spezialgesetzlichen Verpflichtungen tritt die allgemeine Treuepflicht als Auffangtatbestand insbesondere bei Interessenkollisionen der Aufsichtsratsmitglieder hervor⁶⁹.

2.2.1 Als Amtsträger hat das Aufsichtsratsmitglied sich allein am Gesellschaftsinteresse zu orientieren, auch wenn das nebenamtliche Aufsichtsratsmitglied in seiner Haupttätigkeit andere Interessen verfolgen muß. Die Berufung auf einen Interessenkonflikt kann nicht entlasten⁷⁰. Dabei sind Interessenkollisionen kein spezifisches Problem kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat⁷¹. Ein Beispiel ist hier der Fall, den der BGH in seinem Urteil vom 21.12.79 zu entscheiden hatte. Ein von einer Bank bestelltes Aufsichtsratsmitglied veranlaßte den Vorstand für die mittlerweile notleidende Bank ohne rechtliche oder kaufmännische Rechtfertigung eine Sicherung in Höhe von rund 1 Mio. DM zu übernehmen, aus der die AG in Anspruch genommen wurde. Der BGH führte dazu aus:

„Veranlaßt ein Aufsichtsratsmitglied, wie es hier der Fall war, seine Gesellschaft zum Abschluß eines für sie schädlichen Geschäfts mit einem Unternehmen, dem er selbst interessenmäßig verbunden ist und dessen vertretungsberechtigtes Organ er ist, so ist das trotz der gegenläufigen Interessen und Pflichten in seiner Person gegenüber jener Gesellschaft pflichtwidrig und von ihm zu vertreten.“

Mag dies noch ohne weiteres einleuchten, wenn es wie hier um finanzielle Interessen geht, wird der kommunale Vertreter im Aufsichtsrat

einwenden, daß es einer Kommune um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, um Steuergelder, schlichtweg um das Gemeinwohl geht. Hat das Interesse der Gesellschaft auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht auch Vorrang vor dem Gemeinwohl, zumal die Gemeinde nach den kommunalrechtlichen Vorschriften ja gerade über den Aufsichtsrat Einfluß nehmen soll? Wegen der engen Beziehung zu den kommunalrechtlichen Vorschriften wollen wir die vertiefende Diskussion des Problems auf den Bereich der Erörterung der kommunalrechtlichen Vorschriften verschieben.

Das Aufsichtsratsmitglied kann sich in der oben beschriebenen Situation ggf. der Stimme bzw. der Einflußnahme auf die Entscheidung des Aufsichtsrats enthalten⁷². Bei einem dauernden Interessenkonflikt kann sich die Frage stellen, ob er sein Amt niederlegen muß⁷³. Grundsätzlich diesem Konflikt aus dem Weg gehen, kann ein kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat einer AG nicht.

2.2.2 Auch außerhalb der Wahrnehmung der Stellung im Aufsichtsrat unterliegen die Mitglieder einer Treuepflicht, die ihnen aber nicht gebietet, die Verfolgung eigener Interessen oder Interessen Dritter zu unterlassen, weil dies der Gesellschaft Nachteile zufügen könnte⁷⁴. Die Treuepflicht außerhalb der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied ist also wesentlich schwächer ausgestaltet. Sie kann aber bei grob illoyalem Verhalten, z.B. dem Ausschachten von Insiderwissen oder der Annahme einer Belohnung für ein bestimmtes Abstimmungsverhalten⁷⁵ verletzt sein.

2.2.3 Nun führt aber nicht automatisch jeder Interessengegensatz zu einer Treuepflichtverletzung. Der Aufsichtsrat wird in vielen Fällen von Repräsentanten unterschiedlichster Gruppen besetzt. Er kann und soll deshalb auch durchaus unterschiedliche Meinungen zusammenführen und aufeinander prallen lassen, soweit der einzelne Standpunkt nicht unter dem Gesichtspunkt des Unternehmenswohles unhaltbar ist⁷⁶. Aufsichtsratsmitglieder können mit ihrer Tätigkeit als Gewerkschaftsfunk-

⁶⁸ Vgl. auch Scholz/Schneider 341 zu § 52

⁶⁹ Vgl. aber auch zur Diskussion um das Wettbewerbsverbot Scholz/Schneider 350 zu § 52 GmbHG, aber auch zu Arbeitnehmervertretern während eines Arbeitskamps - 356 zu § 52 GmbHG.

⁷⁰ Mertens 23 zu § 116; BGH v. 29.1.62 in BGHZ 36, 296 ff, 306; BGH Urteil vom 21.12.79 in NJW 80, 1629 ff

⁷¹ vgl. Heuking/Jasper DStR 92, 1435 ff und Deckert DZWIR 96, 406 ff

⁷² Mertens a.a.O., Decher ZIP 90, 277 ff, 279

⁷³ Vgl. Decher ZIP 90, 277 ff, 279

⁷⁴ Heuking/Jasper nennen hier z.B. das Aufsichtsratsmitglied, das als Vertreter der Hausbank Einfluß auf Kredite der Gesellschaft nehmen kann.

⁷⁵ Vgl. Mertens a.a.O., 29 zu § 116

⁷⁶ Vgl. Mertens a.a.O., 28 zu § 116

tionär, Mitarbeiter einer Hausbank oder Manager einer anderen Gesellschaft - letztendlich bei 10 zulässigen Mandaten auch mit anderen Aufsichtsratsstätigkeiten - in einen Interessenkonflikt⁷⁷ geraten. Für die öffentliche Hand als Aktionär hat der BGH ausgeführt⁷⁸:

„Denn anders als bei privaten Aktionären ist bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Regelfall davon auszugehen, daß sie sich bei der Ausübung ihres Einflusses ... nicht nur von typischen Aktionärsinteressen, sondern auch von anderen Interessen leiten lassen, nämlich solchen, die aus ihrer öffentlichen Aufgabenstellung herrühren“.

Bei der Frage nach der Abgrenzung stößt man fast unweigerlich auf HEW/Janssen. Im Fall HEW/Janssen ging es um die Teilnahme eines schleswig-holsteinischen Ministers, dessen Regierung sich für den Ausstieg aus dem Atomstrom einsetzte, an Sitzungen des Aufsichtsrates eines Energiekonzernes, der auch Atomstrom nutzte. Während man dem Minister allein wegen der Tatsache, daß er als Mitglied einer Partei und einer Regierung sich für den Ausstieg aus dem Atomenergie einsetzte, keinen Vorwurf machen konnte - keine Verletzung der Treuepflicht außerhalb der Stellung im Aufsichtsrat -, konnte ihm ein entsprechendes Abstimmungsverhalten im Aufsichtsrat einer AG, die durch den Ausstieg aus der Atomenergie einen hohen wirtschaftlichen Schaden erlitten hätte, sehr wohl zum Vorwurf gereichen⁷⁹. Genauso wird man dem Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat - unbeschadet der Frage, ob er nach den jeweiligen gemeinderechtlichen Vorschriften sich nicht wegen Befangenheit einer Teilnahme an einem Entscheidungsprozeß zu enthalten hat - nun nicht verwehren können, im Rat oder seinen Ausschüssen bzw. in der Partei Ziele zu verfolgen, die ggf. nicht den Zielen der Aktiengesellschaft entsprechen. Kritisch wird - von Ausnahmefällen abgesehen - es nur, wenn diese kommunalen oder parteipolitischen Ziele auf sein Abstimmungsverhalten im Aufsichtsrat durchschlagen⁸⁰.

⁷⁷ Vgl. z.B. Heuking/Jasper DStR 92, 1438 ff, 1438

⁷⁸ BGH Beschluß v. 17.3.97 ZIP 97, 887 ff

⁷⁹ Beschluß des OLG Hamburg vom 23.1.90 in ZIP 90, 311 ff; auf die Frage, ob der Schwerpunkt auf der Fremdbestimmtheit des Verhaltens oder der Schädigung der Gesellschaft liegt, werden wir im Rahmen der Fragen zur Abberufung noch eingehen.

⁸⁰ Vgl. hierzu die weitergehende Diskussion insbesondere zum kommunalen Weisungsrecht

2.3 Verschwiegenheitspflicht

Gemäß §§ 116, 93 (1) 2 AktG haben auch die Aufsichtsratsmitglieder über vertrauliche Angaben und Geschäftsgeheimnisse Stillschweigen zu bewahren - Verschwiegenheitspflicht. Die Pflicht zur Verschwiegenheit besteht insoweit nicht innerhalb der Gesellschaft - z.B. gegenüber Vorstand und Abschlußprüfer⁸¹ -, soweit dies zur Wahrnehmung der gesellschaftsrechtlichen Aufgaben erforderlich ist. Insbesondere kann sich auf Grund der Aufgabe des Aufsichtsrates auch der Vorstand ihm gegenüber nicht auf die Verschwiegenheitspflicht berufen⁸². Als Dritter, dem gegenüber die Verschwiegenheit zu wahren ist, ist für den Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat aber unstreitig die Gemeinde als Aktionär anzusehen⁸³. Der Gemeinde steht wie jedem Aktionär nach dem AktG grundsätzlich nur der Auskunftsanspruch gegen den Vorstand in der Hauptversammlung nach § 131 AktG zu. Sonderregelungen zur Erfüllung landesrechtlicher Berichtspflichten gegenüber Kommunen stellen §§ 394, 395 AktG auf.

2.3.1 Insgesamt ist bei der Frage, was als „Geheimnis“ oder „vertrauliche Angabe“ Gegenstand der Verschwiegenheitspflicht sein kann, ein objektiver Maßstab anzulegen⁸⁴. Daß der Vorstand eine Information als geheim bezeichnet, mag für die Aufsichtsratsmitglieder darauf hindeuten, daß diese der Verschwiegenheitspflicht unterliegt. Der Vorstand kann aber keine Information für den Aufsichtsrat verbindlich als Geheimnis festlegen⁸⁵.

Der BGH⁸⁶ hat dies in seinem Urteil vom 5.6.75 so charakterisiert:

⁸¹ Mertens 53 zu § 116, Hüffer 8 zu § 93

⁸² Hüffer 8 zu § 93

⁸³ Vgl. §§ 394, 395 AktG, Mertens 52 zu § 116; wenn hier zwischen der Gemeinde und ihrem Vertreter in der Hauptversammlung unterschieden wird - Vgl. z.B. Harder/Ruter GmbH 95, 813 ff, 816 - würde dies letztendlich zu einer Umgehung der Verschwiegenheitspflicht führen. Der Vertreter in der Hauptversammlung ist echter Vertreter der Gemeinde und voll informationspflichtig. Man kann hier also nicht vertreten, daß er zu behandeln ist, wie Vorstand oder Abschlußprüfer.

⁸⁴ BGHZ 65, 325 ff, 329

⁸⁵ Mertens 43 zu § 116, Hüffer 7 zu § 93

⁸⁶ BGH Urteil v. 5.6.75 in BGHZ 65, 325 ff, 329

„Dabei mag davon ausgegangen werden, daß die Begriffe „vertrauliche Angaben“ und „Geheimnisse“ in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG insofern auch ein subjektives Moment enthalten, als sich die Vertraulichkeit einer Angabe unter Umständen erst aus einem ausdrücklichen Hinweis ergeben kann und zu jenem Geheimnis der (geäußerte oder mutmaßliche) Wille zur Geheimhaltung gehört. Was bewußt jedermann offenbart wird, ist kein Geheimnis mehr. Das entscheidende Merkmal für die Beurteilung der Schweigepflicht ist aber ein objektives, nämlich das Bedürfnis der Geheimhaltung im Interesse des Unternehmens.“

Als Geheimnis ist jede Information anzusehen, die nur einem beschränkten Kreis von Personen bekannt ist und deren Verbreitung darüber hinaus dem Interesse der Gesellschaft abträglich sein könnte⁸⁷. Als Beispiele werden in § 93 (1) 2 AktG namentlich Betriebs- (technischer Bereich) und Geschäftsgeheimnisse (kaufmännischer Bereich) genannt. Darunter können Herstellungsverfahren, Produktionsvorhaben, Kundenstamm, Finanzpläne, aber auch wesentliche Personalentscheidungen fallen.

Vertrauliche Angaben können alle Informationen sein, an deren Nichterörterung die Gesellschaft ein Interesse hat⁸⁸. Es wird sogar die Meinung vertreten, daß der Begriff ein Auffangtatbestand sei, damit auch Angaben, die einem größeren Kreis bekannt, also kein Geheimnis mehr sind, nicht zum Schaden der Gesellschaft über diesen Kreis hinaus weiterverbreitet werden können⁸⁹.

2.3.2 Besonderes Augenmerk auf die Verschwiegenheitspflicht ist hinsichtlich der Sitzungen des Aufsichtsrates zu legen. Nach § 109 AktG dürfen an den Sitzungen des Aufsichtsrates grundsätzlich nur Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder teilnehmen. Aus dem Gebot der vertrau-

⁸⁷ Mertens 43 zu § 116, Hüffer 7 zu § 93

⁸⁸ Mertens 45 zu § 116, Hüffer 7 zu § 93

⁸⁹ Gaul GHJ 86, 296 ff, 298; Hintergedanke ist hier gerade beim Aufsichtsrat, daß er durch den ständigen Kontakt mit dem Vorstand sehr viele Dinge erfährt, die er ggf. auch Organen der Kommune, deren Vertreter er ist, gemäß § 394 AktG - auf den noch eingegangen wird - mitteilt, es aber der Gesellschaft sehr wohl schaden könnte, wenn diese Dinge z.B. in die Presse gerieten.

envollen Zusammenarbeit der Aufsichtsratsmitglieder folgt, daß die Beratung und Abstimmung durchweg als geheim zu behandeln ist⁹⁰.

2.3.3 Die Verschwiegenheitspflicht gilt nicht grenzenlos. Die AG kann auch nicht anordnen, daß „alle Kenntnisse“, die ein Aufsichtsratsmitglied erlangt, geheim zu halten sind. Dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied verbleibt auch insofern ein Spielraum zur eigenverantwortlichen Beurteilung:

„Denn die Größe der Verantwortung bedingt auch ein gewisses Maß an Freiheit, im Einzelfall mit der gebotenen Sorgfalt selber zu prüfen und zu entscheiden, wie die übernommenen Aufgaben am besten zu erfüllen sind. Dazu kann auch ein abgewogenes Urteil darüber gehören, wann Schweigen Pflicht und wann es erlaubt oder vielleicht sogar nötig, über eine bestimmte Angelegenheit zu reden“⁹¹.

So macht sich nach § 404 AktG z.B. nur strafbar, wer ein Geheimnis unbefugt offenbart. So sind Aufsichtsratsmitglieder im Strafprozeß aussagepflichtig⁹². Wird also gegen den Vorstand oder den Aufsichtsratsvorsitzenden ein Strafverfahren betrieben, kann sich das einzelne Aufsichtsratsmitglied als Zeuge nicht auf die Verschwiegenheitspflicht berufen. Für den Zivilprozeß - Gläubiger verklagt die AG und benennt ein Aufsichtsratsmitglied als Zeuge - ist dies zumindest streitig⁹³. Klar ist insofern nur, daß das Aufsichtsratsmitglied bestimmte „Gewerbegeheimnisse“ - z.B. Produktionsverfahren - nach § 384 (3) ZPO nicht zu offenbaren braucht.

2.3.4 Problematisch ist die Frage der Offenbarungsbefugnis dort, wo sie nicht aus Bundes-, sondern aus Landesrecht, wie z.B. der Gemeindeordnung, hergeleitet wird. Gemäß Art. 31 GG geht das AktG als Bundesrecht kommunalrechtlichen Vorschriften vor. Während die Gemeinde ihn als „ihren Vertreter“ sieht und - teilweise sogar gestützt auf Vorschriften der jeweiligen Gemeindeordnung - Berichte erwartet, verpflichtet ihn §§ 116, 93 (1) 2 AktG - sogar unter Androhung einer Strafverfolgung - zur

⁹⁰ Mertens 49 zu § 116; Gaul, a.a.O., 299; BGHZ 65, 325 ff, 331 f, sehr detailliert Sacker DVBl 86, 803 ff, 806 ff

⁹¹ BGH v. 5.6.75 BGHZ 65, 325 ff, 327

⁹² Mertens 37 zu § 116, Hüffer 9 zu § 93

⁹³ Vgl. § 383 (1) 6 ZPO, Mertens 37 zu § 116, Hüffer 9 zu 93

Verschwiegenheit. Um diesen Konflikt zu lösen, wurden die Bestimmungen der §§ 394 und 395 ins Aktiengesetz⁹⁴ eingeführt.

Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung der Gemeinde - Vorschlagsrecht - gewählt oder von ihr in den Aufsichtsrat entsandt wurden, unterliegen hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, grds. keiner Verschwiegenheitspflicht, § 394 (1) 1 AktG. Die gesetzliche Regelung läßt sicherlich immer noch viele Fragen offen. Es gibt z.B. nur in wenigen Fällen auf der Ebene der kommunalrechtlichen Vorschriften Berichtspflichten. Da aber auch hier die Vertreter im Aufsichtsrat oftmals Weisungen⁹⁵ unterliegen, bestehen Zweifel, ob für den Fall, daß ohne die ausdrückliche gesetzliche Regelung eine Berichtspflicht durch Weisung begründet wird, § 394 AktG Anwendung finden kann⁹⁶.

Sehr umstritten ist im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum aber auch die Frage, ob es eine Berichtspflicht gegenüber dem Rat oder den Fraktionen geben kann, weil es vielfach als Erfahrung berichtet wird, daß trotz z.B. nichtöffentlicher Sitzung über die Information des Rates oder der Fraktion Informationen an die Öffentlichkeit gelangen⁹⁷.

Wegen des Einflusses der kommunalrechtlichen Vorschriften wollen wir die vertiefte Diskussion der - nicht nur der hier angerissenen - Probleme in dem späteren Abschnitt vornehmen.

Das Aktienrecht schränkt die Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht gleich selbst wieder ein. Nach § 394 (1) 2 AktG dürfen insbesondere Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse nicht offenbart werden, wenn ihre Kenntnis für den Zweck der Berichte nicht von Bedeutung ist. Das Aufsichtsratsmitglied muß also im Einzelfall prüfen, ob eine Bekanntgabe gegenüber der Gemeinde diese - zum Selbstschutz der AG wohl un-

erläßliche - Grenze überschreitet. § 395 AktG zieht eine weitere Grenze zum Schutz der AG, indem er die Empfänger der Berichte bei der Gemeinde - Rat oder Ausschuß, aber auch Ämter wie Kämmerei und Rechnungsprüfungsamt - einer eigenständigen Verschwiegenheitspflicht unterwirft⁹⁸.

2.3.5 Die Verschwiegenheitspflicht endet nicht mit dem Ausscheiden aus dem Amt⁹⁹. Sie besteht nach dem Ausscheiden aus dem Amt fort.

3. Rechte des Aufsichtsrats

Den Pflichten des Aufsichtsrats korrespondieren selbstverständlich Rechte.

3.1 Wird dem Aufsichtsrat eine Pflichtwidrigkeit des Vorstandes bekannt, kann er diese beanstanden und seine Bedenken äußern. Er kann namens der Gesellschaft Beseitigung und Schadensersatz vom Vorstand verlangen¹⁰⁰.

3.2 Auch wenn die Einberufung zur Hauptversammlung - § 113 (3) AktG - oder die Einstellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder - § 84 AktG - bei den Pflichten des Aufsichtsrates zu behandeln sind, kann man insofern eine „ambivalente“ Einordnung nicht leugnen.

3.3 Gemäß § 111 (2) AktG kann der Aufsichtsrat Bücher, Schriften und Vermögensgegenstände, insbesondere die Kasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einsehen.

⁹⁴ §§ 53, 54 HGrG regelt die mit der Prüfung der Abschlüsse der Gesellschaft verbundenen Fragen. Insbesondere kann nach § 54 (1) HGrG mit einer qualifizierten Mehrheit dem Rechnungsprüfungsamt ein Anspruch auf direkte Unterrichtung eingeräumt werden.

⁹⁵ § 119 (1) S. 3 GO Sachsen-Anhalt, § 98 (1) S. 4 GO

⁹⁶ Kropff/Semmler/Grunewald 19 ff zu § 394 f, ablehnend Meier/Wieseler GHJ 93, 174 ff, 176

⁹⁷ Vgl. Schmidt-Aßmann/Ulmer, BB-Beilage 13/88, 9

⁹⁸ Kropff/Semmler/Grunewald 36 ff zu § 394 f; zur Diskussion um die möglichen Berichtsempfänger kommen wir noch. Hier haben wir das Ergebnis vorweggenommen und z.B. die Fraktionen bereits ausgeschlossen. Dies ist kein Affront gegen die Arbeit der Fraktionen, sondern hat mit den kommunalrechtlichen Bestimmungen zu deren Arbeit zu tun.

⁹⁹ Hüffer 7 zu § 93

¹⁰⁰ Mertens 31 zu § 111, Str. ist die Frage, ob der Aufsichtsrat den Vorstand auf Unterlassung verklagen darf oder mit einer solchen Klage unzulässig in die Geschäftsführung eingreift vgl. OLG Hamburg AG 92, 197, mißverständlich OLG Celle AG 90, 264, das eigentlich nur die Klage des einzelnen Mitgliedes ablehnen will.

Fraglich ist, ob diesbezüglich dem Aufsichtsrat auch das Recht zusteht, einzelne Vorstandsmitglieder oder Angestellte zu befragen¹⁰¹, wobei noch einmal darauf hinzuweisen ist, daß die AG als Angestellte z.B. Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte mit weitgehenden Vollmachten haben kann. Nicht nur auf Grund der Pflicht zum kooperativen Verhalten wird man dies, soweit es sich auf Einzelfälle beschränkt, bejahen müssen. Der Aufsichtsrat kann nach § 111 (2) AktG Sachverständige zu Einzelfragen beiziehen, d.h. einen Externen hinzuziehen. Die Befragung einzelner Vorstandsmitglieder oder von Angestellten dürfte in diesem Rahmen effektiver, wesentlich kostengünstiger, aber auch von der Vertraulichkeit her vorzuziehen sein. Allerdings muß der Aufsichtsrat hier auch berücksichtigen, daß er eng mit dem Vorstand zusammenarbeiten soll. Diese Zusammenarbeit kann es sicherlich belasten, wenn er an dem Vorstand vorbei sich an z.B. den Prokuristen wendet.

Mit der Einsicht in die Bücher kann der Aufsichtsrat einzelne Mitglieder - z.B. wegen ihrer Vorbildung - beauftragen - § 111 (2) AktG.

3.4 Ganz wesentlich ist für den Aufsichtsrat die Möglichkeit des Zustimmungsvorbehalts¹⁰², § 111 (4) AktG.

Die Satzung oder der Aufsichtsrat können gemäß § 111 (4) 2 AktG vorsehen, daß bestimmte Arten von Geschäften vom Vorstand nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden dürfen. Verweigert der Aufsichtsrat diese Zustimmung, kann der Vorstand von dem Geschäft absehen oder die Hauptversammlung anrufen, die gemäß § 111 (4) 3 AktG, soweit die Satzung nichts anderes vorsieht, mit 3/4 Mehrheit die Zustimmung des Aufsichtsrates ersetzen kann.

3.4.1 Unter den Begriff des Geschäftes fallen sowohl Rechtsgeschäfte der AG, als auch unternehmensinterne Maßnahmen - z.B. Investitions- und Organisationsentscheidungen¹⁰³.

Es müssen bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften bezeichnet werden. Eine Generalklausel der Art „alle Geschäfte, die über die gewöhnlichen Geschäftsbeziehungen hinausgehen“ ist wegen Unbestimmtheit nichtig¹⁰⁴.

3.4.2 Der Zustimmungsvorbehalt kann in der Satzung vorgesehen werden. Der Aufsichtsrat kann den Zustimmungsvorbehalt aber auch durch Beschluß begründen. Dies kann z.B. aus Anlaß einer konkreten Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstandes erfolgen¹⁰⁵. Der BGH¹⁰⁶ hat dazu in seinem Urteil vom 15.11.93 ausgeführt:

„Nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG kann der Aufsichtsrat durch Beschluß anordnen, daß bestimmte Arten von Rechtsgeschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Ein derartiger Zustimmungsvorbehalt kann auch ad hoc beschlossen werden Ob der Aufsichtsrat von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, unterliegt grundsätzlich seinem pflichtgemäßem Ermessen. Sein Ermessen kann sich jedoch zu einer Pflicht verdichten, wenn er eine gesetzwidrige Geschäftsführungsmaßnahme nur durch eine Anordnung eines Zustimmungsvorbehaltes verhindern kann ...“.

Allerdings muß nach § 111 (4) 1 AktG eine Grenze insofern gewahrt werden, als der Aufsichtsrat nicht zum Geschäftsführer werden darf¹⁰⁷. Streitig ist insofern insbesondere die Frage, inwiefern der Aufsichtsrat zu Personalentscheidungen Zustimmungsvorbehalte anordnen kann¹⁰⁸.

3.4.3 Die Zustimmungspflicht erlangt keine Außenwirkung, da die Vertretungsmacht des Vorstandes im Außenverhältnis nach § 82 (1) AktG nicht beschränkt werden kann. Etwas anderes kann gelten, wenn die Grundsätze des Mißbrauchs der Vertretungsmacht eingreifen¹⁰⁹, weil z.B. der Dritte und der Vorstand bewußt zur Ausschaltung des Zustimmungsvorbehaltes des Aufsichtsrates zusammenwirken.

¹⁰¹ Mertens 45 zu § 111

¹⁰² Generell zum Zustimmungsvorbehalt und den damit verbundenen Problemen: Götz ZGR 90, 633 ff

¹⁰³ Mertens, 61 zu § 111

¹⁰⁴ Götz a.a.O., 640

¹⁰⁵ Mertens 65 zu § 111

¹⁰⁶ BGH v. 15.11.93 in BGHZ 124, 111 ff, 127

¹⁰⁷ Götz a.a.O., 640

¹⁰⁸ Mertens 69 zu § 111; die weitere Erörterung dieser Frage würde von dem eigentlichen Thema der Stellung kommunaler Vertreter zu weit wegführen.

¹⁰⁹ Mertens 86 zu § 111

3.4.4 Der Begriff Zustimmung läßt für den Juristen offen, ob die Zustimmung vor dem Abschluß des Geschäftes - sog. „Einwilligung“ - eingeholt werden muß oder ob auch eine nachträgliche Zustimmung - sog. „Genehmigung“ - reicht. Im Zweifel sind Zustimmungsvorbehalte als Einwilligungsvorbehalte zu verstehen¹¹⁰. Die Zustimmungsvorbehalte ergänzen die sonstigen Möglichkeiten zur Überwachung, insbesondere die kontinuierliche Berichtspflicht bzw. die Berichtspflicht auf Verlangen. Deshalb dürften Zustimmungsvorbehalte nach § 114 (4) 2 AktG - unbeschadet der Tatsache, daß man bei der Formulierung mit etwas Genauigkeit hier Streit vermeiden kann - Einwilligungsvorbehalte sein.

Problematisch ist allerdings die Frage, wie bei einer Auslegung als Einwilligungsvorbehalt mit Notfällen zu verfahren ist. § 114 (4) AktG sieht nicht - wie z.B. die meisten Gemeindeordnungen - die Möglichkeit der Herbeiführung einer Dringlichkeitsentscheidung vor. Hier bietet es sich sicherlich an, für Dringlichkeitsfälle gleich bei der Anordnung des Zustimmungsvorbehaltes eine Regelung mitzutreffen¹¹¹, etwa der Art, daß in solchen Fällen die Einwilligung des Aufsichtsratsvorsitzenden, die Entscheidung eines Ausschusses, soweit dieser schneller entscheiden kann, oder eine nachträgliche Genehmigung durch den Aufsichtsrat einzuholen ist.

Wenn z.B. Maschinen oder Geräte, die für den „Produktionsvorgang“ unerlässlich sind, ausfallen, kann der Vorstand oft, wenn er massiven Schaden von der Gesellschaft abwenden will, nicht auf den Beschluß des Aufsichtsrates über die Zustimmung warten, obwohl er ihn wegen der mit der Anschaffung verbundenen Kosten einholen müßte. Soweit die Satzung hier aber keine Regelung enthält, wird man zumindest in den Fällen, in denen die Verweigerung der Zustimmung durch den Aufsichtsrat wegen der Bedeutung der Angelegenheit für die AG pflichtwidrig wäre, dem Vorstand das Recht zusprechen müssen, ausnahmsweise nachträglich die Genehmigung des Aufsichtsrates einzuholen¹¹².

3.4.5 Streitig ist, inwieweit der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu bestimmten Geschäften vorab pauschal erklären kann¹¹³, etwa, daß z.B. alle Grundstücksgeschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen, aber bis zu einem Wert von 50.000 DM die Zustimmung als erteilt gilt. Man kann zwar auch von vornherein den Zustimmungsvorbehalt an eine Wertgrenze binden, so daß z.B. nur Grundstücksgeschäfte ab einem Wert von 50.000 DM der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen. Die Formulierung mit der pauschal vorab erklärten Zustimmung hat aber den Vorteil, daß alle Geschäfte zustimmungsbedürftig sind, der Aufsichtsrat sich mit bestimmten Geschäften grundsätzlich nicht zu beschäftigen braucht, die Entscheidung über z.B. ein bestimmtes Grundstücksgeschäfte mit einem Wert unter 50.000 DM aber wieder an sich ziehen könnte. Wir wollen auch hier die Diskussion, insbesondere ob zwischen durch Satzung oder Aufsichtsratsbeschluß angeordnete Zustimmungsvorbehalte zu unterscheiden ist, dahingestellt sein lassen. Da der Aufsichtsrat auch ein einzelnes Geschäft zum Anlaß für die Einführung des Zustimmungsvorbehalts nehmen kann, scheint uns diese Konstruktion überflüssig.

3.4.6 Nach dem Gesetz „kann“ der Aufsichtsrat ein Geschäft der Zustimmung unterwerfen. Insbesondere, wenn der Aufsichtsrat konkreten Anlaß zur Befürchtung haben muß, daß der Vorstand bestimmte Geschäfte von erheblicher Bedeutung für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft abschließen könnte oder wenn ein Eingreifen nur in Form eines Zustimmungsvorbehaltes Erfolg verspricht, kann sich dies Ermessen zu einem „muß“ verdichten¹¹⁴.

3.4.7 Soweit ein Zustimmungsvorbehalt besteht und der Aufsichtsrat die Zustimmung verweigert, ist das Geschäft damit nicht „gestorben“. Die Zustimmung des Aufsichtsrates kann gemäß § 111 (4) S. 3 bis 5 AktG ersetzt werden:

„Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand verlangen, daß die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Der Beschluß, durch den die Hauptversammlung zustimmt, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel der abgegebenen

¹¹⁰ Mertens 80 zu § 111

¹¹¹ Vgl. zur Zulässigkeit einer derartigen Regelung OLG Hamburg Urteil v. 15.9.95 ZIP 95, 1673 ff

¹¹² Götz a.a.O., 643 f

¹¹³ Mertens 62 zu § 111

¹¹⁴ Mertens 79 zu § 111, BGH in BGHZ 124, 111 ff, 127

Stimmen umfaßt. Die Satzung kann weder eine andere Mehrheit noch weitere Erfordernisse bestimmen."

3.5 Gemäß § 112 AktG vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand gerichtlich und außergerichtlich - vgl. auch z.B. § 404 (3) AktG zur Stellung eines Strafantrages gegen ein Vorstandsmitglied. Mit dieser gesetzlichen Bestimmung wird dem Interessenkonflikt Rechnung getragen, der entstehen würde, wenn der Vorstand die Gesellschaft den Vorstandsmitgliedern gegenüber vertreten müßte. In der Rechtsprechung lange problematisch war die Frage, ob die Vertretung durch den Aufsichtsrat auch im Falle von Verfahren gegen ausscheidende oder ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder gilt. Das ausgeschiedene Mitglied könne die Geschäftspolitik nicht mehr so beeinflussen wie das aktive. Vielfach sind auch Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat gewechselt, so daß gerade die vorgenannte Regelung dazu führt, daß sie nun über Verfahren gegen sich selbst zu entscheiden hätten. Insofern tendiert die Rechtsprechung dahin, auch solche Verfahren dem Aufsichtsrat zuzuweisen¹¹⁵. Hierfür wird maßgeblich die Einheitlichkeit der Regelung angeführt.

Die Vertretung des Aufsichtsrates muß sich allerdings im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Aufgabenverteilung halten. Da der Aufsichtsrat die Geschäftsführung nicht an sich ziehen darf - § 111 (4) S. 1 AktG -, ist es ihm auch untersagt, den Vorstand auf Unterlassung bestimmter Maßnahmen zu verklagen¹¹⁶.

Auch hier gilt grundsätzlich, daß der Aufsichtsrat die Gesellschaft vertritt. Heftig diskutiert wird die Frage, ob es nicht auch eine sog. Organklage - Aufsichtsrat als Kläger gegen den Vorstand als Beklagten - zulässig ist¹¹⁷. Diese Diskussion mag interessant sein, steht aber in vielen

Fällen im Gegensatz zu den praktischen Auswirkungen. Von einer weiteren Erörterung soll hier abgesehen werden. Im Normalfall ermöglicht die Klage namens der Gesellschaft eine hinreichende Rechtsverfolgung. Dabei vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft. In vielen Bereichen des Gesellschaftsrechts wird für Gesellschaftsorgane eine sog. actio pro socio vertreten, d.h. daß das einzelne Mitglied im Klagewege Rechte des Organs geltend macht. Für den Aufsichtsrat der AG wird dies abgelehnt¹¹⁸. Zwar wird der Rechtsschutz dadurch zeitlich aufwendiger, denn derjenige, der der Meinung ist, daß der Aufsichtsrat zu Unrecht ein gerichtliches Tätigwerden gegen den Vorstand abgelehnt hat, muß zuerst eine Änderung oder gerichtliche Überprüfung des Aufsichtsratsbeschlusses herbeiführen. Letztendlich ist es aber Ausfluß der Treuepflicht innerhalb der Gesellschaft, Konflikte zwischen Mehrheit und Minderheit in einem Organ der Gesellschaft gesellschaftsintern auszutragen¹¹⁹.

4. Vergütung

Die Aufsichtsratsmitglieder erhalten nach § 113 AktG eine Vergütung. Zur Höhe der Vergütung heißt es im Gesetz:

„Sie soll in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen.“

Der doppelte Bezug im Gesetz, zum einen zu den Aufgaben, zum anderen aber auch zur Lage der Gesellschaft, zeigt, daß es sich nicht um einen Aufwendersatz handelt, sondern daß wirklich eine Vergütung gemeint ist¹²⁰. Da die Aufsichtsratsmitglieder, wie oben erwähnt, nebenamtlich tätig sind, wird ggf. nur ein Sitzungsgeld und eine Aufwandsent-

Folgeproblemen auf: Wer bezahlt Anwalt und Gericht? Wie soll vollstreckt werden? u.s.w.

¹¹⁵ Vgl. Raiser ZGR 89, 44 ff und BGH Urteil v. 28.11.88 a.a.O. S. 981, OLG Frankfurt Urteil v. 22.1.88 WM 88, 330 ff und OLG Celle Urteil vom 9.10.89 in AG 90, 264 ff; konsequenterweise muß die Klage des Aufsichtsratsmitglieds auf Zulassung eines Sachverständigen zur Sitzung des Aufsichtsrats, die vom Vorsitzenden verweigert wird, nicht gegen den Vorsitzenden, sondern die AG gerichtet werden BGH Urteil v. 15.11.82 in NJW 83, 991 f

¹¹⁹ BGH Urteil v. 28.11.88 a.a.O.

¹²⁰ Vgl. BFH Ur. v. 4.5.94 in BB 94, 1844, v. 9.10.96 in GmbHR 97, 374 f und zur GmbH Zöllner in Baumbach/Hueck, 37 zu § 52

¹¹⁵ Rellenmeyer ZGR 93, 77 ff, 79 ff, BGH Urteil v. 8.2.88 in NJW 88, 1384, Urteil v. 13.2.89 in NJW 89, 2055 ff, Urteil v. 5.3.90 in NJW-RR 90, 739 f, vor allem aber Urteil v. 26.6.95 in NJW 95, 2559 ff, 2560, bei dem der BGH für den Fall einer Genossenschaft auf die Grundsätze der AG Bezug nimmt und Urteil v. 28.4.97 in ZIP 97, 1108 f für Verfahren gegen ehemalige Geschäftsführer einer in eine AG umgewandelten GmbH

¹¹⁶ Zu einem Grenzfall aus dem Konzernbereich OLG Koblenz Urteil v. 9.8.90 in NJW-RR 91, 487 ff

¹¹⁷ Vgl. Bork ZGR 89, 1 ff, Poseck DB 96, 2165 ff und m.w.N. BGH Urteil v. 28.11.88 in NJW 89, 979 ff, 980; die sog. Organklage wirft dann eine Reihe von

schädigung gewährt. Allerdings ist auch hier der Umfang der mit z.B. der Überwachung verbundenen Tätigkeiten zu berücksichtigen.

Auch um auszuschließen, daß diese Vergütung hintenherum aufgewertet wird, begründet § 114 AktG die Verpflichtung, für Dienst- und Werkverträge mit der AG die Zustimmung des Aufsichtsrates einzuholen, wobei ansonsten die so gewährte Vergütung zurückzugewähren ist.

5. Haftung

Die Aufsichtsratsmitglieder können nach §§ 116, 93 (2) AktG für einen Schaden der Gesellschaft haftbar gemacht werden.

5.1 Zur Pflichtverletzung kann auf den Abschnitt „Pflichten des Aufsichtsrats“ verwiesen werden.

5.2 Das Aufsichtsratsmitglied muß schuldhaft gehandelt haben. Der Verschuldensmaßstab ergibt sich auch aus § 93 (1) 1 AktG¹²¹. Dem Begriff des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführer kommt insofern eine Doppelfunktion zu.

5.3 Der Gesellschaft muß ein Schaden entstanden sein. Nicht jede Vermögensminderung ist gleich Schaden. Die Gesellschaft ist auf einen gewerblichen Zweck ausgerichtet. Sie muß in vielen Fällen das Risiko von Vermögensminderungen eingehen. Deshalb kann nur eine dem Unternehmenszweck widersprechende Vermögensbeeinträchtigung als Schaden angesehen werden¹²². Die Gesellschaften - gleich ob AG oder GmbH - sind auf Gewinnerzielung ausgelegt. Daß das nicht ohne Risiko geht, haben wir schon oben dargestellt. In einem weiteren Fall hat das OLG Düsseldorf¹²³ zur Frage der Schmiergeldzahlung durch die Geschäftsführung Stellung genommen. Das OLG hat sich auf den - sicherlich etwas rigiden - Standpunkt gestellt, daß ein Schaden für die Gesell-

schaft nicht durch die Zahlung des Schmiergeldes, sondern nur dann eintrete, wenn das Schmiergeld nutzlos gezahlt werde, weil die Gesellschaft den entsprechenden Bauauftrag doch nicht erhalten habe. Dies Beispiel ist sicherlich etwas überzogen, verdeutlicht aber das Problem. Wer Gewinn erzielen will, muß Risiken eingehen, so daß nicht ohne weiteres ein Schaden vorliegt.

5.4 Die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder haften gesamtschuldnerisch für den Ersatz des Schadens¹²⁴. D.h. der volle Betrag von jedem verlangt werden, muß aber nur einmal gezahlt werden, wobei sich z.B. besondere Vorkenntnisse oder Fähigkeiten und somit ein anderer Grad des Verschuldens nur beim sog. Ausgleich im Innenverhältnis berücksichtigt werden¹²⁵.

5.5 Grundsätzlich liegt die Darlegungs- und Beweislast bei der AG als Anspruchstellerin. Gemäß § 93 (2) 2 AktG trifft das Aufsichtsratsmitglied die Darlegungs- und Beweislast, daß es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gewahrt hat¹²⁶. Besondere Probleme können hier sicherlich für überstimmte Aufsichtsratsmitglieder eintreten. Hier ist wieder § 107 (2) AktG von Bedeutung.

5.6 Gemäß § 93 (4) AktG entfällt die Haftung für den Vorstand, wenn die Handlung, die als Pflichtverletzung gerügt wird, auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht. Die nachträgliche Billigung durch die Hauptversammlung reicht dagegen nicht, vielmehr kann nach drei Jahren ein Verzicht herbeigeführt werden. Gemäß § 116 AktG gilt diese Regelung auch für den Aufsichtsrat, spielt aber eher eine untergeordnete Rolle, da der Aufsichtsrat grds. nicht an Beschlüsse der Hauptversammlung gebunden ist¹²⁷.

Wesentlicher ist da schon die Frage, wie es sich für die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates auswirkt, wenn der Vorstand auf Grund eines

¹²¹ Mertens 18 zu § 93, Hüffer 14 zu § 93

¹²² Mertens 23 zu § 93, Hüffer 15 zu § 93, vgl. aber auch

¹²³ Urteil v. 26.1.96 in BauR 97, 122 allerdings im Zusammenhang mit einem möglichen Anspruch nach §§ 823 (2) StGB, 266 StGB

¹²⁴ Mertens 21 zu § 93, Hüffer 18 zu § 93

¹²⁵ Mertens 21 zu § 93. Die Gesellschaft kann jedes Aufsichtsratsmitglied nach den §§ 422 ff BGB auf den ganzen Betrag oder einen Teil in Anspruch nehmen. Die inanspruchgenommenen Aufsichtsratsmitglieder können je nach Grad z.B. des Verschuldens von den anderen einen Ausgleich verlangen, § 426 (1) BGB.

¹²⁶ Vgl. Gehrlein NJW 97, 1906 f

¹²⁷ Hüffer 8 zu § 116

Beschlusses der Hauptversammlung gehandelt hat oder einen solchen nachträglich herbeiführt. Der Aufsichtsrat hat den Vorstand zu überwachen. Eine Überwachung der Hauptversammlung steht ihm nicht zu. Wenn der Vorstand auf Grund eines gesetzmäßigen Beschlusses der Hauptversammlung gehandelt hat, würde der Aufsichtsrat mit Überwachungsmaßnahmen gegen den Vorstand auch mittelbar die Hauptversammlung überwachen. Nach unserer Ansicht dürfte es mittelbar auch den Aufsichtsrat entlasten, wenn der Vorstand auf Grund eines Beschlusses der Hauptversammlung gehandelt hat. Die nachträgliche Billigung entlastet dagegen nicht. Ein entsprechendes Verfahren könnte in jedem Fall eingeleitet werden. Die Arbeit des Aufsichtsrates würde ineffektiv.

5.7 Soweit ein Gläubiger der AG von dieser keine Befriedigung erlangen kann, kann er sich nach §§ 116, 93 (5) AktG ggf. auch an das Aufsichtsratsmitglied halten¹²⁸.

5.8 Die Schadensersatzpflicht verjährt nach §§ 116, 93 (5) AktG in fünf Jahren.

5.9 Neben dem Aufsichtsratsmitglied kann die Gemeinde gemäß § 117 (1) AktG haften, wenn sie das Aufsichtsratsmitglied vorsätzlich unter Benutzung ihres Einflusses dazu bestimmt hat, die Gesellschaft oder ihre Aktionäre zu schädigen. Dies wird sich wohl nur selten nachweisen lassen.

Die Frage¹²⁹, ob nicht generell auch die Gemeinde haftbar gemacht werden kann - wenn z.B. das Aufsichtsratsmitglied auf Grund einer Weisung der Gemeinde gehandelt hat -, soll im Zusammenhang mit den entsprechenden gemeinderechtlichen Bestimmungen zur Haftung behandelt werden.

¹²⁸ Hüffer a.a.O.

¹²⁹ Hüffer 8 zu § 116, verneinend Beschluß des BGH v. 28.6.84 in NVwZ 84, 749 f

6. Entlastung

Der Aufsichtsrat hat nach § 120 (1) AktG einen Anspruch darauf, daß die Hauptversammlung über die Entlastung seiner Mitglieder beschließt. Die Entlastung hat eine doppelte Bedeutung, indem die bisherige Verwaltung gebilligt und zugleich dem Aufsichtsrat das Vertrauen für die Zukunft ausgesprochen wird¹³⁰. Aber für Vorstand und Aufsichtsrat der AG bedeutet nach der Vorschrift des § 120 (2) 2 AktG die Entlastung keinen Verzicht auf Schadensersatzansprüche der Gesellschaft. § 120 (3) AktG zeigt die enge Verbindung zwischen dem Recht der Entlastung und der Pflicht zur Berichterstattung nach § 171 (2) AktG.

7. Abberufung

7.1 Das Aufsichtsratsmitglied kann nach § 103 AktG abberufen werden. Ist der Vertreter der Gemeinde auf ihren Vorschlag von der Hauptversammlung gewählt worden, kann auch nur diese ihn mit einer Mehrheit von 3/4 der Stimmen abberufen - § 103 (1) AktG. Etwas anderes gilt für den entsandten Vertreter. Dieser kann nach § 103 (2) AktG von dem Entsendungsberechtigten - hier der Gemeinde - im Verhältnis zu AG jederzeit abberufen und durch eine anderes Aufsichtsratsmitglied ersetzt werden. Eine andere, nach den jeweiligen kommunalrechtlichen Vorschriften zu beurteilende Frage ist, ob dies auch im Verhältnis der Gemeinde zum Aufsichtsratsmitglied gilt. Dies hat damit zu tun, daß neben der Entsendung in der Regel in der Gemeinde die Bestimmung des zu entsendenden Mitglieds durch Verhältniswahl vorgesehen ist. Auch auf diesen Aspekt wollen wir im Zusammenhang mit den kommunalrechtlichen Vorschriften eingehen. Das AktG steht der Abberufung eines entsandten Vertreters der Gemeinde auf jeden Fall nicht entgegen.

7.2 Aber auch bei einem gewählten oder entsandten Vertreter der Gemeinde kann die Abberufung durch die Aktiengesellschaft gemäß § 103 (3) AktG - durch das Gericht auf Antrag des Aufsichtsrates oder von Aktionären, die 10 % des Kapitals repräsentieren - bei Vorliegen eines wichtigen Grundes betrieben werden¹³¹. Bei HEW/Janssen wurde die

¹³⁰ Vgl. Hüffer 2 zu § 120

¹³¹ HEW/Janssen - Beschluß des OLG Hamburg vom 23.1.90 in ZIP 90, 311 ff

Abberufung des Ministers, der in Folge landespolitischer Vorgaben immer wieder gegen den Atomstrom votiert hatte, von einer Vereinigung betrieben, die eine entsprechende Mehrheit des Kapitals hinter sich brachte.

Wann ein solcher wichtiger Grund vorliegt ist streitig¹³². Nach einer Auffassung soll ein wichtiger Grund für die Abberufung nur dann vorliegen, wenn ein kraß gesellschaftswidriges Verhalten des Aufsichtsratsmitglieds vorliegt oder wenn dieses Verhalten für die Gesellschaft schlechthin untragbar ist¹³³. Wesentlich weiter wird der Begriff von der Gegenmeinung gefaßt, die - in Anlehnung an andere zivilrechtliche Regelungen - es ausreichen läßt, wenn ein weiteres Verbleiben des Aufsichtsratsmitglieds bis zur Beendigung der Amtszeit für die Gesellschaft nicht zumutbar ist¹³⁴. Gerade für den o.g. Fall ist diese Unterscheidung wichtig, heißt es doch in dem Beschluß des LG Frankfurt vom 14.10.86, daß das Abwarten der Gesellschaft nicht zumutbar sei, weil eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit mit einem fremdbestimmten Aufsichtsratsmitglied unmöglich sei. Reicht es also aus, daß ein Aufsichtsratsmitglied sich von der Gemeinde in seinem Abstimmungsverhalten maßgeblich beeinflussen läßt oder muß der Gesellschaft durch das Abstimmungsverhalten ein Nachteil bzw. Schaden erwachsen? Das OLG Hamburg¹³⁵ konnte diesen Streit dahinstehen lassen. Wegen des Zusammenhanges mit den kommunalrechtlichen Vorschriften wollen wir den Streit hier ebenfalls dahinstehen lassen.

8. Strafbarkeit

Aufsichtsratsmitglieder können sich strafbar machen. Im Rahmen ihrer Tätigkeit können die allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften zur Anwendung kommen, z.B. § 266 StGB -sog. Untreue -, wenn die Gesellschaft in finanzieller Hinsicht einen Schaden erleidet, wobei keine eigene Bereicherung vorausgesetzt wird¹³⁶. Einen recht kuriosen Fall hatte das

OLG Hamm in seinem Beschluß v. 21.6.85¹³⁷ zu beurteilen. Die Geschäftsführung einer Stadtwerke GmbH hatte einen sehr hohen Repräsentationsaufwand betrieben und wurde diesbezüglich gemäß § 266 StGB belangt. Zur Frage, ob eine Zustimmung des Aufsichtsrats die Geschäftsführung hätte rechtfertigen können, finden sich Aussagen des OLG, die zeigen, daß sich der Aufsichtsrat hier mit der Zustimmung selbst nach § 266 StGB strafbar gemacht hätte:

„Im Falle vorheriger Zustimmung der Aufsichtsratsmitglieder wird im übrigen zu untersuchen sein, ob diese nicht selbst als ungetreu, weil mit den Zwecken der Gesellschaft und den oben beschriebenen Wirtschaftsgrundsätzen unvereinbar zu qualifizieren ist“.

§ 266 StGB kommt immer dann in Betracht, wenn der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Der Aufsichtsratsvorsitzende muß insbesondere wegen der als Teil der Überwachung gebotenen Beratung einen besonders engen Kontakt zum Vorstand halten. Dies ist wohl maßgeblich dafür, daß nach unseren Erkenntnissen das Risiko der Strafverfolgung insofern für den Aufsichtsratsvorsitzenden ungleich höher ist als für die sonstigen Mitglieder des Aufsichtsrates.

Das AktG - wie im übrigen auch das GenG und das GmbHG - enthält aber gegenüber dem StGB auch besondere Straftatbestände. Hier sind insbesondere die Strafbarkeit bei unrichtiger Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse in der Hauptversammlung - § 400 AktG - und die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht - § 404 AktG - zu nennen. Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht wird nur auf Antrag verfolgt, den bei den Aufsichtsratsmitgliedern der Vorstand oder die Abwickler stellen können, § 404 (3) AktG.

¹³² Decher ZIP 90, 277 ff, 281

¹³³ BGH in BGHZ 39, 116 ff, 123

¹³⁴ LG Frankfurt Beschluß vom 14.10.86 in NJW 87, 505 f, 506

¹³⁵ HEW/Janssen OLG Hamburg ZIP 90, 311 ff, 313, wobei allerdings das OLG eine deutliche Tendenz für die weite Auffassung des LG Frankfurt erkennen läßt

¹³⁶ Lenckner in Schönke/Schröder Rdnr. 25 zu § 266

¹³⁷ OLG Hamm Beschluß v. 21.6.85 NSTZ 86, 119 f

C. Aufsichtsrat in der GmbH

Wie bereits angedeutet, findet sich bei der privatwirtschaftlichen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben wesentlich häufiger als die AG oder die Genossenschaft die GmbH. Die Genossenschaft ist auf bestimmte Zwecke beschränkt. Die AG unterliegt wesentlich starrer Regeln als die GmbH.

Anders als für die AG sieht das Gesetz für die GmbH grundsätzlich keinen Aufsichtsrat vor. Die GmbH wird nach § 35 GmbHG durch die Geschäftsführer vertreten. Die Kontrolle der Geschäftsführer erfolgt durch die Gesellschafterversammlung - Vgl. § 46 Ziff. 5 GmbHG - und die Gesellschafter - Vgl. § 51a GmbHG. In vielen Fällen wäre diese Kontrolle auf Zufälligkeiten angewiesen und käme zu spät¹³⁸, unabhängig von der Frage, inwieweit die Kommunen nach der jeweiligen GO als verpflichtet anzusehen sind, auf die Einrichtung eines besonderen Überwachungsorgan hinzuwirken¹³⁹. Berücksichtigt man die z.B. in der Abfall- und Abwasserentsorgung bewegten Werte¹⁴⁰ kann man sich vorstellen, daß die Bestellung eines Aufsichtsrates zur Überwachung der Geschäftsführer heutzutage zum Normalfall geworden ist.

Die Rechtsstellung des Aufsichtsrates der GmbH¹⁴¹ wird zum einen durch die Anlehnung an die Regelungen des AktG bestimmt, sei es daß auf den Verweis des § 52 (1) GmbHG zurückgegriffen werden kann, sei es daß bestimmte Regelung auch ohne Verweis gelten, weil sie so eng mit einem Aufsichtsrat verbunden sind, daß ohne ihre Geltung die Bestellung eines Aufsichtsrates keinen Sinn machen würde. Diese Regeln-

¹³⁸ Zumal nach § 37 GmbHG zwar die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer eingeschränkt werden kann, dies die Vertretungsbefugnis - außer bei Rechtsmißbrauch - aber nicht berührt.

¹³⁹ Vgl. die oben dargestellte Regelung des § 108 (1) Ziff. 6 GO NW

¹⁴⁰ Allein das Volumen der jedes Jahr auf den Bürger umzulegenden Gebühren für die Abwasser- und Abfallbeseitigung erreichen in einer mittleren oder großen kreisangehörigen Gemeinde nach GO NW - über 20.000 Einwohner - oft einen zweistelligen Millionenbetrag. Krankenhäuser und Altenheime z.B. können sich ebenfalls in dieser Größenordnung bewegen.

¹⁴¹ Zur Organisationsstruktur einer GmbH aus kommunaler Sicht vergleiche die Abbildung 2 in Anlage 1.

gen sind dann automatisch mit der Bestellung zur Anwendung zu bringen.

Da nach § 52 (1) GmbHG der Verweis auf das Aktienrecht nur da gilt, wo der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, bestimmt zum anderen der Gesellschaftsvertrag ganz wesentlich die Stellung des Aufsichtsrats. Auch hier ist wieder eine Sonderstellung für die Regelungen gegeben, die so eng mit dem Aufsichtsrat verbunden sind, daß dessen Bestellung ohne ihre Geltung keinen Sinn macht. Diese Regelungen sind durch den Gesellschaftsvertrag nicht abdingbar.

Man kann hier schon erkennen, daß der Aufsichtsrat in der GmbH nicht das klar umrissene Bild aufweist, wie der sehr stark gesetzlich festgelegte Aufsichtsrat in der AG. Dabei muß man sich vor Augen halten, daß z.B. der Mindestnennbetrag des Grundkapitals der AG nach § 7 AktG 100.000 DM, das Stammkapital der GmbH 50.000 DM beträgt. Die AG ist für ein anderes Geschäftsvolumen gedacht und deshalb starrer strukturiert, als die GmbH, bei der die Bandbreite der Geschäfte, für die die Gesellschaftsform gedacht ist, größer ist. So finden sich kommunale GmbH's, um nur einige Beispiele zu nennen, sowohl im Bereich der Abfall- oder Abwasserentsorgung, des ÖPNV, der Wirtschaftsförderung, im kulturellen und auch sozialen Bereich wie auch der Stadtwerbung¹⁴². Neu in die Betrachtung mit einbezogen wird auch der Bereich der Telekommunikation¹⁴³. Auch in Hinblick auf z.B. die Zahl der Gesellschafter gibt es eine große Variationsbreite. Es gibt die sog. Ein-Mann-GmbH - eine GmbH mit nur einem Gesellschafter - ebenso wie die sog. Publikumsgesellschaft - eine GmbH, die auf die Aufnahme einer unbestimmten Vielzahl von Gesellschaftern ausgerichtet ist. Wenn in einer Ein-Mann-GmbH Stadtwerbung mit einem relativ niedrigen finanziellen Volumen betrieben wird, kann man sicherlich auf einen Aufsichtsrat verzichten. Wird dagegen - z.B. auch als Kooperationsmodell mit privaten Betreibern als Mitgesellschaftern - die Abfallbeseitigung einer GmbH übertragen, kommt man kaum an der Bildung eines Aufsichtsrats vorbei. Deshalb überläßt das GmbHG diese Entscheidung den Vertragspartnern, die mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages auch den Geschäftszweck festlegen.

¹⁴² Vgl. KGSt-Bericht 7/86 S. 38 ff und Schoch DVB1 94, 962 ff, 963

¹⁴³ Vgl. z.B. § 109 (4) 1 NdsGO

Die Möglichkeiten, die das GmbHG eröffnet, sind aber nicht nur für die Bandbreite der Geschäftszwecke von Bedeutung¹⁴⁴. Die Gesellschafter können auch wesentlich stärkeren Einfluß auf die Gesellschaft nehmen. Dies macht die GmbH gerade für die Kommune, die sich ja einen angemessenen Einfluß auf die Gesellschaft sichern muß, so interessant. Abweichend von der AG kann in der GmbH

- durch Abfassung des Gesellschaftsvertrages den Gesellschafter ein maßgeblicher Einfluß gesichert werden,
- gemäß § 37 (1) GmbHG den Geschäftsführern von den Gesellschaftern eine Weisung erteilt, was nach § 76 (1) AktG ausgeschlossen ist, und
- gemäß § 51a (1) GmbHG von jedem Gesellschafter Auskunft und Einsicht in Bücher und Schriften verlangt werden, was bei der AG bezüglich der Auskunft auf die Hauptversammlung und bezüglich der Einsicht auf den Aufsichtsrat beschränkt ist.

Allerdings sind diese Möglichkeiten oft „reaktiver“ Art, d.h. die betreffenden Gemeindeorgane müssen i.d.R. erst einmal erfahren, was ansteht, um z.B. Auskunft von der Geschäftsführung zu verlangen oder eine Weisung zu erteilen. Diese Möglichkeiten sind also nur dann von Nutzen, wenn die Geschäftsführung effektiv überwacht wird, was die Gesellschafterversammlung, der diese Aufgabe kraft Gesetzes obliegt, oft nicht leisten kann. Damit kommt man auch hier zu der Frage, ob ein Aufsichtsrat gebildet werden soll.

Es wird im folgenden nicht möglich sein, jede mögliche Ausgestaltung des Aufsichtsrates einer GmbH zu erörtern, vielmehr muß hier eine Eingrenzung auf typische Problemstellungen erfolgen.

¹⁴⁴ So kann eine GmbH als gemeinnützig ausgestaltet werden, d.h. daß sich nicht auf Gewinnerzielung ausgelegt ist, obwohl dies eigentlich Ziel einer GmbH ist.

1. Pflicht zur Einrichtung des Aufsichtsrats bei kommunaler Beteiligung ?

Eine Frage sei vorweggeschickt, die hier aber dann nicht weiter vertieft werden soll. Für die Bildung einer GmbH stellt sich für die Kommunen die Frage, ob nicht die Bestimmungen der jeweiligen GO nur eine Beteiligung zulassen, wenn ein Aufsichtsrat gebildet wurde. Dieser Gedanke ist hergeleitet worden aus der Bestimmung, daß die Kommune Einfluß über ein Überwachungsorgan nehmen muß. Als Rückschluß wurde die Verbindung gezogen, daß sie sich nur an Gesellschaften mit Überwachungsorganen beteiligen dürfe.

Gerade bei GmbHs mit öffentlich-rechtlichem Anteilseigner wird - unbeschadet der Regelung in der jeweiligen GO - die Einrichtung eines Aufsichtsrates zur Überwachung der Geschäftsführer angeraten¹⁴⁵. Die Gesellschafter haben bei der GmbH zwar mehr direkte Einflußmöglichkeiten, als bei der AG - Vgl. §§ 37 (1), 51 a GmbHG. Diese Möglichkeiten machen eine dauernde, institutionalisierte Kontrolle durch den Aufsichtsrat nicht entbehrlich, sondern sind rein tatsächlich von einer effektiven Überwachung abhängig¹⁴⁶.

Die Kritik, die sich z.T. an der Effektivität der Tätigkeit von Aufsichtsräten entzündet, ist zum einen kein spezifisch Problem kommunaler GmbHs. Hier kann nur noch einmal auf die Fälle der Metallgesellschaft oder coop¹⁴⁷ hingewiesen werden, d.h. kommunale Vertreter im Aufsichtsrat werden in etwa das gleiche „zu hören kriegen“, wie z.B. die Vertreter von Großbanken. Es gibt aber zum andern keine jeden Schaden

¹⁴⁵ Koppensteiner 11 zu § 52, Zöllner 59 zu § 52, Vgl. auch die Beispiele speziell zu Fällen öffentlich-rechtlicher Anteilseigner bei Harder/Ruter GmbH 95, 813 ff, 815 f - ggf. erhöhte Überwachung bei politisch motivierter Auswahl des Geschäftsführers, wegen drohender Überschreitung eines Finanzrahmens, Beschränkung von z.B. Reisen der Geschäftsführer auf das für die Gesellschaft notwendige Maß, Kontrolle bei Gehaltsforderungen der Geschäftsleitung - was eine Sonderregelung im Gesellschaftsvertrag voraussetzt - und hinsichtlich der Beantragung von Fördermitteln.

¹⁴⁶ Insbesondere der Auskunftsanspruch gegenüber der Geschäftsführung kann, was etwaige Fehler der Geschäftsführung anbetrifft, die Unterrichtung durch die Aufsichtsratsmitglieder nicht ersetzen - zu Auskunft und Unterrichtung durch die Aufsichtsratsmitglieder vgl. Kapitel E Punkt 10 dieser Abhandlung. Diese Information kann dann den Anlaß für eine Weisung an die Geschäftsführung geben.

¹⁴⁷ Lutter NJW 95, 1133 f

ausschließende Überwachung - genauso wenig, wie bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Ämter und Dezernat.

2. Abgrenzung zum Beirat

In vielen Fällen verfügt die GmbH über ein „Überwachungsorgan“, das z.B. als Beirat oder Gesellschafterausschuß bezeichnet wird¹⁴⁸. Dies ist für unsere Thematik ist von Bedeutung, weil dann, wenn der Beirat nicht § 52 GmbHG unterliegt, die Gemeinde als juristische Person Mitglied sein kann. Wie noch auszuführen sein wird, wird zwar auch für den Aufsichtsrat der GmbH diskutiert, ob die Kommune nicht selbst Mitglied sein kann. Dies ist jedoch vor allem vom BGH abgelehnt worden¹⁴⁹. Mit der Einrichtung eines Beirates wäre es möglich, daß der Vertreter der Kommune im Namen der Gemeinde handelt, die Folgen also auch wie bei dem Vertreter in der Hauptversammlung - vor allem in haftungsrechtlicher Hinsicht - diese und nicht den Vertreter als Person treffen. Aber auch Weisungen der Gemeinde an ihren Vertreter im Beirat sind gesellschaftsrechtlich zulässig.

Neben dem beratenden Beirat gibt es auch den kontrollierenden Beirat¹⁵⁰. Dabei ist aber weniger der Name des Organs, als seine Funktion maßgeblich für die Frage, ob § 52 GmbHG zur Anwendung kommt. Wenn dem Beirat in der Hauptsache die Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführung übertragen wird, wird in der zivilrechtlichen Literatur darüber gestritten, ob es sich um einen Aufsichtsrat mit falschen Namen handelt¹⁵¹ oder § 52 GmbHG analog auch auf den Beirat zur Anwendung gebracht werden muß¹⁵². Hier wird zu Bedenken gegeben, daß „an

¹⁴⁸ Vgl. Bea u.a. DB 96, 1193 ff; Buth/Hermanns DStR 96, 597 ff

¹⁴⁹ BGH Urteil vom 29.1.62 in BGHZ 36, 296 ff, 311

¹⁵⁰ Bea u.a. DB 96, 1193 ff, 1194 bezeichnen als eine Aufgabe des Beirats, daß der Beirat dazu beiträgt, „folgeschwere unternehmerische Fehlentscheidungen der Geschäftsführung zu vermeiden“. Buth/Hermanns nennen als eine Aufgabe, die dem Beirat übertragen werden kann, die Überwachung der Geschäftsführung DStR 96, 597 ff, 598

¹⁵¹ Zöllner 13 zu 52, Koppensteiner in Rohwedder 6 zu § 52, Lutter-Hommelhof 62 zu § 52

¹⁵² Zöllner 13 zu 52 und Buth/Hermanns DStR 96, 597 ff, 598, so wohl auch Bea u.a. DB 96, 1193 ff, 1193, die von der Bildung eines Beirats nach § 52 GmbHG sprechen.

anders benannte Gremien im Rechtsverkehr nicht die gleichen Erwartungen gestellt werden wie an AR“¹⁵³.

Man darf hier aber nicht verkennen, daß es um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben geht. Zwar sprechen alle gemeinderechtlichen Vorschriften vom Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan; damit könnte also auch ein Beirat gemeint sein. Im öffentlichen Recht herrschen für die Wahrnehmung der Aufgaben relativ klare und eindeutige Zuständigkeitsregelungen. Durch die Gemeindeordnung ist bei einer Zuständigkeit der Gemeinde eine klare Aufgabenverteilung für Bürgermeister und Verwaltung sowie Rat, Ausschüsse und Fraktionen vorgegeben. Wenn eine Kommune z.B. zur Abwasserbeseitigung eine GmbH gründet und z.B. an Stelle eines Aufsichtsrats einen Beirat bestellt, dessen Überwachungskompetenz und Besetzung dann nicht aus dem Gesellschaftsvertrag, sondern einer Beiratsordnung¹⁵⁴ folgt, also nicht publik wird, erwachsen unbeschadet der o.g. gesellschaftsrechtlichen Fragen große Bedenken, ob eine derartige „Verschleierung“ der Kompetenzen im Unternehmen mit einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe vereinbar ist.

Bei den o.g. gesellschaftsrechtlichen Bedenken zur Abgrenzung Beirat-Aufsichtsrat kann man für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in privatwirtschaftlicher Form nur eine Formenklarheit fordern, in der bei der GmbH, sofern die GO keine zwingende Vorgabe macht, entschieden wird, ob die Gesellschafterversammlung oder der Aufsichtsrat die Geschäftsführer überwacht und etwaige Beiräte zwar beratend oder im Einzelfall kontrollierend eingeschaltet werden können, aber den Aufsichtsrat nicht ersetzen.

3. Aufsichtsrat und Mitglied

3. 1 Mitglied des Aufsichtsrates kann nach §§ 52 (1) GmbHG, 111 (5), 100, 105 AktG nur eine natürliche Person sein, die nicht Geschäftsführer ist.

¹⁵³ Zöllner 13 zu § 52

¹⁵⁴ Buth/Hermanns DStR 96, 597 ff, 601

3.1.1 Nach § 52 (1) GmbHG gilt der Verweis auf das AktG nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt. So ist auch die Diskussion aufgekommen, ob nicht der Gesellschaftsvertrag bestimmen könne, das der oder die Geschäftsführer auch Mitglied im Aufsichtsrat sein könnten. Den Streitstand zu diesem Thema wollen wir hier nicht weiter vertiefen¹⁵⁵. Auf Grund der Regelungen der Gemeindeordnungen¹⁵⁶ muß hier aber kurz auf das Ergebnis eingegangen werden. Insofern heißt es bei dem OLG Frankfurt:

*„Die Satzung einer GmbH vermag zwar die Anwendbarkeit von § 105 AktG abzubedingen, hierbei aber nicht das auch für die GmbH zwingend geltende Organisationsprinzip, wonach die Tätigkeit als Geschäftsführer und die als Aufsichtsrat unvereinbar sind, wenn diesem Aufsichtsfunktionen zukommen; denn niemand kann im Rechtssinne sich selbst kontrollieren“*¹⁵⁷.

Dagegen kann wie bei der AG der Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung diese auch im Aufsichtsrat vertreten.

3.1.2 Streitig ist auch die Frage, ob nicht kraft Gesellschaftsvertrag eine juristische Person Mitglied im Aufsichtsrat werden kann. Das Aufsichtsratsmitglied würde nicht mehr im eigenen, sondern im Namen der Gemeinde abstimmen, die dann auch die Folgen zu tragen hätte. Weisungen der Kommune an die Aufsichtsratsmitglieder wären gesellschaftsrechtlich zulässig. Für die Mitgliedschaft der Kommune wird § 166 BGB ins Feld geführt. §§ 52 (1) GmbHG, 116, 93 (1) 1 AktG zeigen aber deut-

¹⁵⁵ Koppensteiner 8 zu § 52, Zöllner 26 zu § 52, vgl. die Diskussion der verschiedenen Meinungen bei Großfeld/Brondies AG 87, 293 ff, 299 f, kritisch zur Inkompatibilität Heuking/Jasper DSrR 92, 1438 ff, 1438 f.

¹⁵⁶ Art. 38 (1) BayGO sieht den Bürgermeister als Vertreter in allen Organen vor, wobei Art. 39 und 93 BayGO deutlich machen, daß man dies nicht wörtlich verstehen darf. Ebenso sehen andere GO durchaus die Möglichkeit vor, den hauptamtlichen Bürgermeister oder einen von ihm vorgeschlagenen bzw. beauftragten Vertreter in Geschäftsführung und Aufsichtsrat zu bestellen, § 119 (2) GO Sa.-An., § 104 (2) GO Brand., § 125 (2) HessGO, § 113 (2) GO NW, § 71 (2) KV M.-V und § 88 (3) GO Rh.-Pf. § 111 (8) NdsGO, § 98 (2) SächsGO, § 105 (2) GO BW, § 104 (1) GO Schl.-H und § 112 (2) KSVG Saar. sehen - für Sachsen und Baden-Württemberg nach unserer Ansicht - keine Einschränkung für die Wahl vor, so daß auch der Bürgermeister oder ein von ihm bestimmter Vertreter gewählt werden kann.

¹⁵⁷ OLG Frankfurt Beschluß v. 21.11.86 in NJW-RR 87, 482 f

lich den persönlichen Bezug der Stellung als Aufsichtsratsmitglied. Bekräftigt wird dies noch durch § 85 GmbHG, der mit der Strafbarkeitsregelung den persönlichen Bezug betont. Die Pflichtenstellung des Aufsichtsratsmitgliedes - ordentlicher und sorgfältiger Geschäftsleiter vgl. §§ 52 (1) GmbHG, 116, 93 (1) 1 AktG - enthält so stark subjektive Momente, daß eine Aufsichtsratsmitgliedschaft juristischer Personen als ausgeschlossen erscheint. Die Gemeinde selbst kann also nicht Aufsichtsratsmitglied werden¹⁵⁸.

3.1.3 Nicht anzuwenden ist mangels eines Verweises in § 52 (1) GmbHG die Regelung, daß ein Mitglied nicht mehr als 10 Aufsichtsratsitze haben darf - § 100 (2) 1 AktG. Es erscheint zumindest sinnvoll, diesen Punkt bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrages zu diskutieren¹⁵⁹. Wie der Verweis auf z.B. § 114 AktG zeigt, dürfte auch hier die Mitgliedschaft nebenamtlich wahrzunehmen sein. § 52 (1) GmbHG verweist aber auch auf § 111 (5) AktG, der die persönliche Wahrnehmung des Amtes bestimmt. Wer noch einer normalen Erwerbstätigkeit nachgeht, wird wohl kaum 10 Aufsichtsratsmandate oder mehr annehmen können. Dies wird wohl nur dem von vielen geforderten Aufsichtsratsprofil¹⁶⁰ - jemand, der nur von den Vergütungen aus seinen verschiedenen Aufsichtsratsmandaten lebt - möglich sein. Ob ein Aufsichtsrat, der sich nebenamtlichen Mitgliedern wie auch Aufsichtsratsprofis gleichermaßen öffnet, nicht zu Ungleichgewichten - gerade zu Lasten kommunaler Vertreter - führen kann, sollte zumindest überdacht werden.

3.2 Die Mitglieder des Aufsichtsrates werden nach §§ 52 (1) GmbHG, 101 (1) AktG von der Gesellschafterversammlung gewählt. Auch wenn § 52 (1) GmbHG nicht auf § 101 (2) AktG verweist, kann einzelnen Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag das Recht zur Entsendung eingeräumt werden¹⁶¹. Hier ist wiederum darauf hinzuweisen, daß die Gemeinden ihrer aus der GO erwachsenden Pflicht, Einfluß zu nehmen, bei entsandten Mitgliedern stärker nachkommen können. Im Gesellschaftsvertrag kann aber auch eine vom AktG abweichende Bestimmung der

¹⁵⁸ Ablehnend auch Koppensteiner a.a.O., Scholz/Schneider 159 zu § 52 und BGH Urteil vom 29.1.62 in BGHZ 36, 296 ff, 311; Bejahend Zöllner 23 zu § 52

¹⁵⁹ Zöllner 24 zu § 52

¹⁶⁰ Vgl. Lutter in NJW 95, 1133 f

¹⁶¹ Koppensteiner 9 zu § 52, Zöllner 29 zu § 52

Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen werden¹⁶², die Mitglieder können namentlich festgelegt oder kraft Amtes - bei kommunalen GmbH's vielfach Stadtdirektor und/oder Kämmerer - bestimmt werden.

Im Recht der GmbH ist, da § 52 (1) GmbHHG nicht auf § 102 AktG verweist, grundsätzlich die Amtszeit des Aufsichtsrates nicht zeitlich begrenzt. Soweit also die Aufsichtsratsmitglieder nicht abgewählt oder - was auch für die GmbH zulässig sein dürfte, obwohl auch hier der Verweis fehlt- abberufen werden, sind sie zeitlich unbeschränkt im Amt. Gerade hier wird allerdings dringend eine Regelung im Gesellschaftsvertrag empfohlen¹⁶³. Wie wir noch ausführen werden, kann sich z.B. bei kommunalen Vertretern eine Regelung empfehlen, die ihre Amtszeit auf die Amtszeit des jeweiligen Rates beschränkt.

§ 52 (1) GmbH verweist nur auf § 95 S. 1 AktG. Also muß die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder weder ungerade, noch durch drei teilbar sein¹⁶⁴. Allerdings kann in der Satzung eine entsprechende Regelung getroffen werden. Die Satzung kann - und sollte - ebenfalls eine Regelung zur Beschlußfähigkeit treffen¹⁶⁵.

3.3 Ordnung im Aufsichtsrat

3.3.1 Auch der Aufsichtsrat der GmbH hat in der Regel einen Vorsitzenden. Mangels eines Verweises auf § 107 (1) AktG ist dies nicht zwingend, wie auch § 35a GmbHHG zeigt. Die Aufsichtsratsmitglieder können in der GmbH ad hoc einen Sitzungsleiter bestellen, die Aufgabe eines Vorsitzenden turnusmäßig weitergeben oder ganz ohne Leiter tagen¹⁶⁶. In der Regel sollte der Gesellschaftsvertrag eine Regelung - zur Aufstellung der Tagesordnung und Sitzungsleitung - enthalten.

Die Erstellung eines Sitzungsprotokolls wird trotz des fehlenden Verweises auf § 107 (2) AktG nach allgemeinen Grundsätzen für anwendbar gehalten¹⁶⁷, zumal auch hier das Aufsichtsratsmitglied persönlich -

zumindest vorerst - die Verantwortung in haftungs- und strafrechtlicher Sicht übernimmt. Auch hier kann zur Vermeidung aller Streitigkeiten nur eine Regelung im Gesellschaftsvertrag angeraten werden.

3.3.2 Ebenfalls nicht geregelt ist die Teilnahme an Sitzungen, da nicht auf § 109 AktG verwiesen wird. Eine Kommune nahm dies zum Anlaß, im Gesellschaftsvertrag allen Ratsmitgliedern das Recht einzuräumen, bei der Aufsichtsratssitzung einer GmbH als Zuhörer teilzunehmen. Wir wollen auch hier die theoretische Diskussion nicht weiter vertiefen. Die Vertraulichkeit der Sitzung ist ein Wesensprinzip der Einrichtung Aufsichtsrat, so daß außer den Aufsichtsratsmitgliedern Dritten ohne gesonderte Regelung kein Teilnahmerecht zusteht¹⁶⁸. So heißt es beim OVG Münster in dem Beschluß vom 21.12.95:

„Die Ausgestaltung eines Gesellschaftsvertrages unterliegt nämlich - ungeachtet der grundsätzlich bestehenden Gestaltungsfreiheit - insoweit Einschränkungen ... So darf Dritten ein Recht auf Teilnahme an den Sitzungen des Aufsichtsrats im Gesellschaftsvertrag nur insoweit zugesprochen werden, als dies mit der Stellung und den Aufgaben des Aufsichtsrats vereinbar ist ...“.

Es dürfte wohl zulässig sein, wenn im Gesellschaftsvertrag entsprechend den aktienrechtlichen Regelungen den Geschäftsführern ein Teilnahmerecht zugebilligt, den Aufsichtsratsmitgliedern das Recht zugesprochen wird, Sachverständige zur Beratung über „einzelne“ Gegenstände zuzuziehen (§ 109 Abs. 1 Satz 2 AktG) oder sie für „bestimmte“ Prüfungsaufgaben zu beauftragen (§ 111 Abs. 2 Satz 2 AktG)¹⁶⁹.

Ansonsten setzen die Strukturprinzipien des Aufsichtsrates der Teilnahme Dritter Grenzen. Die o.g. Regelung wurde in dem Beschluß des OVG Münster als - auch gesellschaftsrechtlich - unzulässig verworfen. Auf den vom OVG Münster ebenfalls diskutierten Aspekt des Minderheitenschutzes nach der GO werden wir später eingehen¹⁷⁰.

¹⁶² Scholz/Schneider 136 zu § 52 und Lutter-Hommelhof 6 zu § 52

¹⁶³ Zöllner 32 zu § 52

¹⁶⁴ Zöllner 21 zu § 52

¹⁶⁵ Zöllner 52 zu § 52

¹⁶⁶ LG Mainz Urteil v. 19.12.89 GmbHR 90, 513 ff, 515 f, Zöllner 50 zu § 52

¹⁶⁷ Vgl. Scholz/Schneider 312 zu § 52

¹⁶⁸ BGHZ 65, 325 ff, 331; OVG Münster v. 21.12.95 in NWVBl 97, 67 f, Meier/Wieseler GHJ 93, 174 ff, 175

¹⁶⁹ Zöllner 51 zu § 52

¹⁷⁰ Es handelt sich nicht um die einzige Frage zum Minderheitenschutz, so daß die Diskussion jetzt aus dem Zusammenhang gerissen würde.

3.3.3 Diskutiert wird, inwieweit die Abstimmungen im Aufsichtsrat der GmbH geheim stattfinden können¹⁷¹ und wenn, mit welcher Mehrheit eine geheime Abstimmung beschlossen werden kann.

Solange es noch keine Rechtsprechung zu diesem Thema gibt, können wir von geheimen Abstimmungen nur abraten. Wir haben oben auf die Rspr des BGH hingewiesen, nach der grundsätzlich jeder Formfehler den Aufsichtsratsbeschuß unwirksam macht¹⁷². Unserer Ansicht nach sollte man dann von Experimenten absehen.

3.4 Ebenfalls ist hier davon auszugehen, daß es um Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates als Organ geht, während das einzelne Mitglied seine Rechte und Pflichten im wesentlichen in Teilnahme an Sitzungen und Beschlußfassung des Aufsichtsrats hat¹⁷³.

4. Pflichten des Aufsichtsrates

4.1 Sorgfaltspflicht

§ 52 (1) GmbHG verweist auf §§ 116, 93 (1) 1 AktG. Der Aufsichtsrat hat die geschäftlichen Aufgaben wie eine ordentlicher und sorgfältiger Geschäftsleiter wahrzunehmen.

4.1.1 Primär obliegt dem Aufsichtsrat die Überwachung der Geschäftsführer, vgl. §§ 52 (1) GmbHG, 111 (1) AktG.

4.1.1.1 Die Überwachung ist unentziehbare Aufgabe eines Aufsichtsrates. Insofern kann der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmen. Die Einrichtung eines Aufsichtsrates weckt im Rechtsverkehr Erwartungen. Ein Aufsichtsrat, der nicht die Aufgabe hat, die Geschäftsführung zu überwachen, wäre eine Täuschung im Rechtsverkehr. Deshalb handelt es sich grundsätzlich um eine Aufgabe, die auch durch den Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat nicht entzogen werden kann¹⁷⁴.

4.1.1.2 § 52 (1) GmbHG verweist auf § 90 (3) AktG, ein Verweis auf § 90 (1) und (2) AktG fehlt. Im Hinblick auf die Wechselbeziehung zwischen Überwachung und Bericht ist dies natürlich von ausschlaggebender Bedeutung. Die Berichtspflicht ist hier wie auch bei der Genossenschaft keine Bringschuld der Geschäftsführer sondern eine Holschuld des Aufsichtsrats¹⁷⁵. Der Anlaß für Überwachung ist also wesentlich schwerer feststellbar. Aus der gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung der einzelnen Organe zur Kooperation wird in der Literatur die Auffassung hergeleitet, daß die Geschäftsführer den Aufsichtsrat in bestimmten Fällen auch von sich aus so informieren müssen, daß er seiner Überwachungsaufgabe nachkommen kann¹⁷⁶. Eine Regelung im Gesellschaftsvertrag dürfte sich hier auf jeden Fall empfehlen.

Zur Überwachung gehört auch hier die Beratung der bzw. mit den Geschäftsführern¹⁷⁷. Ein vertrauensvolles Verhältnis ist gerade angesichts der oben beschriebenen Regelung zum Berichtswesen von elementarer Bedeutung.

4.1.2 Gemäß §§ 52 (1) GmbHG, 111 (3) AktG hat der Aufsichtsrat eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert.

4.1.3 Zwar vertritt der Aufsichtsrat nach den §§ 52 (1) GmbHG, 112 AktG die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern. Da aber auf § 84 AktG nicht verwiesen wird, obliegt grundsätzlich der Gesellschafterversammlung die Ernennung und Abberufung der Geschäftsführer - einschließlich des Abschlusses des Anstellungsvertrages¹⁷⁸ -, wie auch die Entscheidung über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die Geschäftsführer, wobei der Gesellschaftsvertrag diese Aufgaben aber auch dem Aufsichtsrat zuweisen kann¹⁷⁹.

4.1.4 Gemäß §§ 52 (1) GmbHG, 171 AktG obliegt dem Aufsichtsrat die Prüfung des Jahresabschlusses, die Verpflichtung zum Bericht - auch über seine Aktivitäten - in der Gesellschafterversammlung, mangels

¹⁷¹ Vgl. z.B. Meier DStR 96, 385 ff

¹⁷² Vgl. BGH Urteil v. 17.5.93 in ZIP 93, 1079 ff

¹⁷³ Zöllner 40 und 46a zu § 52

¹⁷⁴ Zöllner 59 zu § 52

¹⁷⁵ Vgl. Harder/Ruter GmbHR 95, 813 ff, 816 und Scholz/Schneider 67a zu § 52

¹⁷⁶ Koppensteiner 11 zu § 52

¹⁷⁷ Zöllner 59a zu § 52

¹⁷⁸ Großfeld/Brondics AG 87, 293 ff, 297

¹⁷⁹ Zöllner 62 und 63 zu § 52

eines Verweises auf § 172 AktG aber nicht die Mitwirkung an der Feststellung.

Es ist diskutiert worden, ob der Gesellschaftsvertrag hinsichtlich des Jahresabschlusses etwas anderes vorsehen könnte. Man muß sich hier noch einmal vor Augen führen, daß die Berichtspflicht in der GmbH keine Bring-, sondern Holschuld des Aufsichtsrates ist. Für den Aufsichtsrat ist es dann sicherlich eine ganz wesentliche Einschränkung, wenn er auch den Jahresabschluß nicht erhält. Zwischen der Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführer und der Prüfung des Jahresabschlusses besteht ein enger Zusammenhang. Deshalb wird vertreten, daß auch die Prüfung des Jahresabschlusses unverzichtbarer Teil der Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates sei¹⁸⁰. Bestätigt wird dies auch durch § 42 a (1) 3 GmbHG¹⁸¹. Dort heißt es zur Vorlage des Jahresabschlusses an die Gesellschafterversammlung:

„Hat die Gesellschaft einen Aufsichtsrat, so ist dessen Bericht über das Ergebnis seiner Prüfung ebenfalls unverzüglich vorzulegen.“

Die Regelungen zum Jahresabschluß dürften also nicht abdingbar sein.

4.2 Treuepflicht

Wie allen Mitgliedern in Gesellschaftsorganen obliegt auch dem Mitglied im Aufsichtsrat eine Treuepflicht¹⁸². Eine Abweichung gegenüber der AG könnte allerdings im Verhältnis zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschafter gelten. In der GmbH können die Gesellschafter - anders als in der AG dem Vorstand - im Rahmen von Gesetz, Satzung und guten Sitten¹⁸³ den Geschäftsführern eine Weisung erteilen. § 37 (1) GmbHG bestimmt insofern:

¹⁸⁰ Zöllner 60c zu § 52

¹⁸¹ Vgl. Großfeld AG 87, 293 ff, 295

¹⁸² Zöllner 40 zu § 52

¹⁸³ Vgl. BGH Urteil v. 14.12.59 BGHZ 31, 258 ff, 278, wobei nach Ansicht des BGH das Weisungsrecht auch einem Alleingesellschafter zustehen soll; insgesamt zum Weisungsrecht an die Geschäftsführer einer GmbH Konzen NJW 89, 2977 ff, auch zu der Frage, ob dieses dem Beirat oder Aufsichtsrat übertragen werden kann. Dieser Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden, da sie zu weit vom eigentlichen Thema abführt. Im Ergebnis sind wir insofern der Auffassung, daß

„Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind.“

Damit wird für die GmbH auch die Frage aufgeworfen, ob den Mitgliedern des Aufsichtsrates zumindest gesellschaftsvertraglich eine Bindung an Weisungen auferlegt werden könne. Etwas vereinfacht wird dahingehend argumentiert, daß für den Aufsichtsrat doch nicht ausgeschlossen sein könne, war für die Geschäftsführung zugelassen sei. Die Diskussion um eine mögliche Kollision zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht würde sich dann erübrigen. Auch auf diese Frage wollen wir im Zusammenhang mit den kommunalrechtlichen Vorschriften eingehen¹⁸⁴.

4.3 Verschwiegenheit

§ 52 (1) GmbHG verweist auf §§ 116, 93 (1) 2 AktG. Auch das Aufsichtsratsmitglied im Aufsichtsrat einer GmbH ist verpflichtet, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse Stillschweigen zu bewahren. Auch hier ergeben sich aus dem GmbHG weitergehende Fragen für das Verhältnis Aufsichtsratsmitglied zu der Kommune als Gesellschafter. Während § 131 AktG einen Auskunftsanspruch des einzelnen Aktionärs nur in der Hauptversammlung vorsieht, bestimmt § 51 a GmbHG:

„(1) Die Geschäftsführer haben jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und die Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten.

(2) Die Geschäftsführer dürfen die Auskunft und die Einsicht verweigern, wenn zu besorgen ist, daß der Gesellschafter sie zu gesell-

man am Wortlaut des Gesetzes - „Beschlüsse der Gesellschafter“ - festhalten sollte. Zu den Grenzen des Weisungsrechts vgl. OLG Frankfurt Urteil v. 7.2.97 in NJW-RR 97, 736 f, wonach weder die Schädigung der Gesellschaft noch die Absicht der „Steuerflucht“ die Weisung unwirksam machen.

¹⁸⁴ Auch wenn wir oben eine Abfolge AG, GmbH, GO festgelegt haben, wollen wir doch die Dinge, die nur bei Betrachtung aller drei Rechtsbereiche verständig werden, zusammen abhandeln.

schaftsfremden Zwecken verwenden und dadurch der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zufügen wird. Die Verweigerung bedarf eines Beschlusses der Gesellschafter.

(3) Von diesen Vorschriften kann im Gesellschaftsvertrag nicht abgewichen werden"

Zu den Unterlagen, deren Einsicht der Gesellschafter verlangen kann, gehören nach dem Beschluß des BGH vom 6.3.97¹⁸⁵ auch die Protokolle des Aufsichtsrates. Der BGH beruft sich auf die weite Auslegung des Begriffes „Schriften“:

„Die Protokolle des Aufsichtsrates der Antragsgegnerin gehören, ..., zu den Gegenständen, auf die sich das Informationsrecht der Gesellschafter erstreckt...Schriften der Gesellschaft i.S.v. § 51a Abs. 1 Satz 1 GmbHG sind ... alle geschriebenen Geschäftsunterlagen..."

Unbeschadet aller noch zu erörternden Fragen, kommt auch hier die Frage auf, warum man dann im GmbH-Vertrag nicht die Verschwiegenheit der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der entscheidenden Gemeinde aufheben kann, zumal ansonsten der Verweis auf die Vorschriften der §§ 394, 395 AktG in § 52 (1) GmbHG fehlt¹⁸⁶. Auch dies soll im Zusammenhang mit den kommunalrechtlichen Vorschriften erörtert werden.

5. Rechte des Aufsichtsrats

5.1 Der Aufsichtsrat kann kraft der Verweisung des § 52 (1) GmbHG

- Berichte anfordern - § 90 (3) AktG,
- Bücher und Unterlagen einsehen - § 111 (2) AktG
- die Hauptversammlung einberufen - § 111 (3) AktG.

¹⁸⁵ BGH Beschluß v. 6.3.97 ZIP 97, 978; man darf sich insofern nicht von der Bezugnahme auf das Mitbestimmungsgesetz täuschen lassen. Der BGH stellt diesen Grundsatz für den fakultativen Aufsichtsrat auf und führt dann aus, daß sich aus dem Mitbestimmungsgesetz nichts anderes ergibt. Der Leitsatz ist insofern mißverständlich.

¹⁸⁶ Vgl. Noack StUGR 95, 379 ff, 386 auf der einen und Zöllner 40 zu § 52 auf der anderen Seite

Insofern dürfte eine elementare Verbindung zur Kontrollaufgabe des Aufsichtsrates bestehen, so daß eine Abbedingung nicht in Betracht kommt.

5.2 Der Gesellschaftsvertrag oder der Aufsichtsrat kann bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen - §§ 52 (1) GmbHG, 111 (4) AktG. In der Literatur wird angenommen, daß der Gesellschaftsvertrag diese Befugnis für den Aufsichtsrat abbedingen oder einschränken kann¹⁸⁷. Wie bei der Stellung der Mitglieder im Aufsichtsrat der AG dargelegt, besteht auch hier eine enge Beziehung zur Aufgabe der Überwachung. Die Überwachung durch den Aufsichtsrat wird beim Ausschluß des Zustimmungsvorbehaltes ggf. eines wesentlichen Mittels zu einer vorausschauenden, schadensverhütenden Tätigkeit beraubt. Es erscheint deshalb zumindest sehr zweifelhaft, inwieweit die Befugnis des Aufsichtsrates, Geschäfte dem Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen, durch den Gesellschaftsvertrag geregelt werden kann.

5.3 Der Verweis des § 52 (1) GmbHG auf § 114 (4) S. 1 AktG zeigt, daß auch in der GmbH dem Aufsichtsrat grundsätzlich keine Geschäftsführungsaufgaben zustehen. Es soll jedoch zulässig sein, durch den Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat das Recht zur Geschäftsführung zu übertragen¹⁸⁸. Die theoretische Diskussion zu diesem Thema soll hier nicht weiter vertieft werden¹⁸⁹. Die Vertretung kann dem Aufsichtsrat insofern nicht übertragen werden, da die diesbezüglichen Befugnisse der Geschäftsführer nach § 37 (2) GmbHG nicht eingeschränkt werden können. Die Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat wirkt ebenso wie der Zustimmungsvorbehalt nur gesellschaftsintern. Bei der Übertragung der Geschäftsführung kann die Entscheidung des Aufsichtsrates aber im Ge-

¹⁸⁷ Zöllner 64 zu § 52 und Scholz/Schneider 77b zu § 52

¹⁸⁸ Zöllner 17 und 64 zu § 52

¹⁸⁹ So rügt z.B. Scholz/Schneider 94 zu § 52 den Widerspruch, der darin liegt, daß der Geschäftsführer nicht Aufsichtsratsmitglied werden soll, dem Aufsichtsrat aber Geschäftsführungsaufgaben übertragen werden sollen. Allerdings werden hier zwei Dinge vermischt, indem im einen Fall Geschäftsführung und Überwachung in einer Person zusammenfallen, während im anderen Fall die Gesellschafterversammlung überwachendes Organ ist.

gensatz zur Regelung beim Zustimmungsvorbehalt - von der sog. Satzungsdurchbrechung abgesehen - nicht ersetzt werden¹⁹⁰.

Da der Gesellschaftsvertrag nach § 37 (1) GmbHG auch die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer vorsehen kann, sollte in einem begrenzten Umfang auch die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben auf den Aufsichtsrat möglich sein, soweit die Grundaufgaben der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats - Überwachung - insbesondere durch den Umfang der Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben nicht beeinträchtigt bzw. der Aufsichtsrat vom Überwachungs- zum Geschäftsführungsorgan wird¹⁹¹. Dabei wird die Überwachung des Aufsichtsrates als geschäftsführender Einrichtung der Gesellschafterversammlung zufallen. Allerdings sollte die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben eher die Ausnahme bilden.

5.4 Eine Frage, die in der Rspr immer wieder zum Verhältnis Gesellschafterversammlung - Aufsichtsrat auftaucht, ist, ob die Gesellschafterversammlung die Entscheidungsbefugnisse, die sie durch den Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat übertragen hat, nicht wieder an sich ziehen kann. Man muß sich noch einmal vor Augen halten, daß die Überwachung der Geschäftsführer nach dem GmbHG der Gesellschafterversammlung obliegt und nur durch den Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat übertragen wird. Im Kommunalrecht hat der Rat der Gemeinde, wenn er ein Entscheidungsrecht überträgt, ein Rückholrecht. Im Gesellschaftsrecht ist dies nicht vorgesehen. Vielmehr müßte für die Gesellschafterversammlung die Änderung des Gesellschaftsvertrages beschließen, die nach § 54 GmbHG erst nach der Eintragung im Handelsregister wirksam wird. Wie die Rspr zeigt, dauert dies mancher Gesellschafterversammlung zu lange¹⁹².

Im Recht der GmbH gibt es neben der Satzungsänderung die sog. Satzungsdurchbrechung. Bei der Satzungsänderung würde bestimmt, daß

z.B. die Anstellung und Abberufung der Geschäftsführer ab Wirksamkeit des Beschlusses grundsätzlich wieder Aufgabe der Gesellschafterversammlung ist. Bei der Satzungsdurchbrechung wird eine Einzelfallentscheidung getroffen, z.B. der Geschäftsführer A abberufen. Ein derartiger „punktueller“ Beschluß ist nicht nichtig, sondern kann, was aber wiederum streitig ist, allenfalls angefochten werden¹⁹³. Allerdings wird in der Rspr streng geprüft, ob eine solche „punktuelle“ Beschlußfassung vorliegt.

6. Vergütung

Auch den Mitgliedern des Aufsichtsrats in der GmbH kann eine Vergütung gewährt werden - §§ 52 (1) GmbHG, 113 AktG. Vielfach findet sich bei GmbH's insofern der Begriff der „Aufwandsentschädigung“. Wir hatten zur AG schon dargelegt, daß die Vergütung nicht als reine Aufwandsentschädigung zu verstehen ist¹⁹⁴. Auch in der GmbH wird nach der gesetzlichen Regelung keine Aufwandsentschädigung geleistet. Dies beruht darauf, daß in § 52 GmbHG auf § 113 AktG Bezug genommen wird, also für die Höhe der Vergütung nicht nur der mit den Aufgaben verbundene Aufwand, sondern auch die Lage der Gesellschaft maßgeblich ist. Die Benutzung des Wortes Aufwandsentschädigung für die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder der GmbH kann zweierlei bedeuten. Es kann sowohl eine Vergütung gewollt sein, für die nur der falsche Begriff gewählt wurde, sog. unschädliche Falschbezeichnung. Die Regelung kann aber auch dahin ausgelegt werden, daß eine Vergütung ausgeschlossen ist und nur die Aufwendungen ersetzt werden sollen¹⁹⁵. Eine Klarstellung ist hier dringend anzuraten¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Die Gesellschafterversammlung müßte den Gesellschaftsvertrag ändern, was u.a. eine Eintragung im Handelsregister voraussetzt. Erst dann könnte die Gesellschafterversammlung an Stelle des Aufsichtsrats entscheiden. Zur sog. Satzungsdurchbrechung vgl. Punkt 5.4 dieser Abhandlung.

¹⁹¹ Vgl. im Ergebnis ebenso Großfeld/Brondies AG 87, 293 ff, 296

¹⁹² Vgl. BGH Urteil v. 7.6.93 in NJW 93, 2246 ff und OLG Köln v. 11.10.95 in NJW-RR 96, 1439 ff

¹⁹³ Vgl. BGH Urteil v. 7.6.93 S. 2247 und OLG Köln Urteil v. 11.10.95 S. 1441

¹⁹⁴ Vgl. BFH v. 4.5.94 in BB 94, 1844, v. 9.10.96 in GmbHR 97, 374 f und Zöllner, 37 zu § 52

¹⁹⁵ Zöllner, a.a.O.

¹⁹⁶ Zur kommunalrechtlichen Sonderproblematik, daß in einigen Ländern Teile der Vergütung abgeführt werden sollen vgl. Kapitel E Punkt 12 dieser Ausarbeitung.

7. Haftung

Der Verweis des § 52 (1) GmbHG auf §§ 116, 93 (2) AktG zeigt, daß auch hier die Haftungsregeln gelten. Auf §§ 93 (3) bis (6) AktG wird nicht verwiesen. Allein hinsichtlich der Verjährung - nach § 52 (3) GmbHG 5 Jahre - ergänzt das GmbHG die aktienrechtlichen Bestimmungen. Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder selbst dürfte unabdingbar sein.

7.1 Kann aber nun eine vertragliche Haftungsmilderung - Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit - zugelassen werden¹⁹⁷? In der Praxis ist diese Frage sicherlich für die Kommune interessanter als für das einzelne Aufsichtsratsmitglied. Nach den jeweiligen Bestimmungen der Gemeindeordnung ist für einfache Fahrlässigkeit die Kostentragung durch die Kommune und für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz die Kostentragung durch das Aufsichtsratsmitglied vorgesehen.

Zumindest für die Publikumsgesellschaft wird die Haftungsbeschränkung abgelehnt¹⁹⁸. Zum Teil wird nach den Befugnissen des Aufsichtsrats - z.B. Geschäftsführung¹⁹⁹ - differenziert. Die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bietet bei Berücksichtigung des Nebenamtes genug Möglichkeiten, subjektive Gesichtspunkte einfließen zu lassen²⁰⁰. Auf der anderen Seite bedeutet gerade Überwachung immer auch Verantwortung. Man wird - ohne dies hier ausdiskutieren zu können - eine vertragliche Einschränkung des Verschuldensmaßstabes entgegen der herrschenden Meinung wohl ablehnen müssen.

7.2 § 52 (1) GmbHG verweist weder auf die Vorschrift des § 93 (4) AktG, noch auf § 120 (2) 2 AktG. Für die Aufsichtsratsmitglieder der GmbH gibt es eine Entlastung - i.d.R. durch jährlichen Beschluß der Gesellschafterversammlung -, die bei der GmbH anders als bei der AG für die Aufsichtsratsmitglieder, wie für die Geschäftsführer, Verzichtswir-

kung haben kann²⁰¹. Der BGH hat in seinem Urteil vom 20.5.85 dazu ausgeführt²⁰²:

„Im Recht der GmbH hat die Entlastung ferner zur Folge, daß die GmbH mit Ersatzansprüchen und Kündigungsgründen ausgeschlossen ist, die der Gesellschafterversammlung bei sorgfältiger Prüfung aller Vorlagen und Berichte erkennbar sind oder von denen alle Gesellschafter privat Kenntnis haben ...“.

Wichtig ist hier also, daß die Gesellschafter bei der Beschlußfassung über die Entlastung von den wesentlichen Umständen Kenntnis hatten. Dann dürfte aber nach Erteilung der Entlastung die Haftung erlöschen.

7.3 Fraglich ist, inwieweit der Gesellschaftsvertrag eine andere Verjährungsfrist vorsehen kann²⁰³. Nach § 225 S. 2 BGB könnte eine Erleichterung der Verjährung durch Verkürzung der Verjährungsfrist durch eine von § 52 (3) GmbHG abweichende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag möglich sein. Neben der Verzichtswirkung der Entlastung ist dies sicherlich eine interessante Frage, braucht man sich doch nach Ablauf der Frist nicht mehr darum zu streiten, ob die Gesellschafter bei der Beschlußfassung über die Entlastung von allen wesentlichen Umständen Kenntnis hatten.

Zumindest für die sog. Publikumsgesellschaft hat der BGH dies abgelehnt²⁰⁴. Es wäre dem Gesetzgeber aber auch unbenommen geblieben, im Rahmen des § 52 (1) GmbHG nicht nur auf §§ 116, 93 (1), (2) AktG, sondern auch auf § 93 (5) AktG zu verweisen. Davon hat er abgesehen und in § 52 (3) GmbHG eine eigene Verjährungsregelung für die GmbH getroffen. Dies geht nach unserer Ansicht § 225 BGB als Spezialregelung vor. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist dürfte nicht in Betracht kommen.

¹⁹⁷ Vgl. Scholz/Schneider 361 zu § 52, Zöllner 42 zu § 52

¹⁹⁸ BGH Urteil v. 4.7.77 BGHZ 69, 207 ff

¹⁹⁹ Großfeld/Brondics AG 87, 293 ff, 305 f

²⁰⁰ Vgl. dazu OLG Düsseldorf Urteil v. 8.3.84 in BB 84, 997 ff, 1000 f zur umgekehrten Konstellation, daß sich mit typischen Argumenten zur ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung auch die grobe Fahrlässigkeit begründen läßt

²⁰¹ Scholz/Schneider a.a.O., Zöllner 46 zu § 52

²⁰² BGH Urteil v. 20.5.85 in NJW 86, 129 f, aber auch Urteil v. 21.4.86 in NJW 86, 2250 ff

²⁰³ Bejahend Zöllner 45 zu § 52; Scholz/Schneider 362a zu § 52 und Großfeld/Brondics AG 87, 293 ff, 306

²⁰⁴ BGH Urteil v. 14.4.75 BGHZ 64, 239 ff

8. Abberufung

Hinsichtlich der Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern wird durch § 52 (1) GmbHG auf §§ 103 (1) S. 1 und 2 AktG verwiesen.

Auch wenn ein Verweis auf § 103 (2) 1 AktG fehlt, können entsandte Mitglieder von dem Entsendungsberechtigten abberufen werden, soweit der Gesellschaftsvertrag die Entsendung vorsieht²⁰⁵. Da die Entsendung wegen des fehlenden Verweises nur durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden kann, liegt es allerdings sehr nahe, hier auch gleich eine Regelung für die Abberufung des entsandten Mitglieds mit aufzunehmen.

Ein Verweis auf die Abberufung auf Betreiben der Gesellschaft durch das Gericht aus wichtigem Grund gemäß § 103 (3) AktG fehlt ebenfalls. Auch insofern wird vieles diskutiert²⁰⁶. Die GmbH müßte ohne eine Abberufung des Aufsichtsratsmitglieds aus wichtigem Grund auch mit Aufsichtsratsmitglieder leben, die sich z.B. einer Straftat gegen die Gesellschaft schuldig gemacht haben. Um nicht in den Tiefen der juristischen Diskussion zu versinken, erscheint auch hier eine vertragliche Regelung angebracht.

9. Strafbarkeit

Auch für die Aufsichtsratsmitglieder der GmbH gelten die allgemeinen Bestimmungen, z.B. § 266 StGB - sog. Untreue. § 52 (1) GmbHG verweist zwar nicht auf die §§ 399 ff AktG. § 82 (2) 2 GmbHG stellt aber unwahre Darstellungen zur Vermögenslage in öffentlichen Mitteilungen und § 85 (1) GmbHG die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder der GmbH ebenfalls unter Strafe.

²⁰⁵ Zöllner 33 zu § 52

²⁰⁶ Vgl. Scholz/Schneider 200 zu § 52

D. Aufsichtsrat in der Genossenschaft, im eingetragenen Verein oder der Stiftung

Für die Genossenschaft ist, wie für die AG, gesetzlich die Einrichtung eines Aufsichtsrats vorgeschrieben. Vor allem im sozialen Bereich findet man auch eingetragene Vereine oder Stiftungen²⁰⁷, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Bei beiden Organisationsformen ist der Aufsichtsrat nicht als Organ kraft Gesetzes vorgesehen. Es kann aber ein Aufsichtsrat gebildet werden²⁰⁸.

I. Aufsichtsrat in der Genossenschaft

Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken, insbesondere Vereine zur Herstellung von Wohnungen, können als eingetragene Genossenschaft geführt werden, § 1 (1) GenG. Vor allem auch die Wohnungsunternehmen in den neuen Ländern sind oftmals in Genossenschaften überführt worden - vgl. auch § 162 GenG. Gemäß § 9 (1) GenG hat die Genossenschaft einen Aufsichtsrat.

²⁰⁷ Vgl. KGST-Bericht 7/86 S. 38 ff: Behindertenwerkstatt, Heilpädagogische Tagesstätten, Jugendheim, aber auch kommunales Kino, Fremdenverkehr oder Volkshochschule als Vereinszweck.

²⁰⁸ Bei den eingetragenen Vereinen haben, wie den Medien zu entnehmen ist, die Fußballvereine verstärkt von dieser Gestaltungsform Gebrauch gemacht. Im Stiftungsbereich findet sich ein Aufsichtsrat vor allem bei der sog. Unternehmens-trägerstiftung, d.h. einer Stiftung, die wiederum Gesellschafterin in wirtschaftlichen Unternehmen ist - Vgl. Kronke ZGR 96, 18 ff

1. Aufsichtsrat und Mitglied

1.1 Der Aufsichtsrat der Genossenschaft besteht aus von der Generalversammlung gewählten Personen, § 36 (1) GenG. Die Wahl durch die Generalversammlung ist zwingend, ein Entsendungsrecht kann nicht im Statut vorgesehen werden²⁰⁹. Allerdings kann durch jeden Genossen der Hauptversammlung ein Kandidat zur Wahl vorgeschlagen werden²¹⁰. Den Kommunen verbleibt hier also nur die Möglichkeit, von dem Vorschlagsrecht Gebrauch zu machen.

§ 102 AktG gilt nicht analog für den Aufsichtsrat der Genossenschaft. Die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied endet entsprechend der im Statut oder in der Bestellung festgelegten Zeit²¹¹. Es wird jedoch dringend nahegelegt, entsprechend § 102 AktG die Wahlzeit auf das Datum einer bestimmten Generalversammlung festzulegen²¹².

Gemäß § 36 (1) GenG besteht der Aufsichtsrat aus drei oder mehr Mitgliedern, wobei eine ungerade Zahl oder eine Teilbarkeit durch drei durch das Gesetz nicht vorgeschrieben ist. Die Beschlußfähigkeit wird durch das Statut geregelt²¹³.

1.2. Eine weitere Besonderheit bestimmt § 9 (2) GenG. Mitglieder im Aufsichtsrat - wie auch im Vorstand - können nur Genossen werden.

Genosse ist im Fall der Kommune die Gemeinde. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Gemeinde als juristische Person Mitglied im Aufsichtsrat der Genossenschaft werden können. Aus der Regelung des § 9 (2) 2 GenG, die direkt den Fall betrifft, daß eine Genossenschaft Mitglied einer anderen Genossenschaft ist, wird für alle juristischen Personen der Grundsatz abgeleitet, daß sie nicht selbst Mitglied im Aufsichtsrat sein können²¹⁴, vgl. insofern aber auch § 38 (4) GenG.

²⁰⁹ Schubert-Steder Rdnr. 2 zu § 36 und Hettrich-Pöhlmann 2 zu § 36

²¹⁰ Schubert-Steder a.a.O.

²¹¹ Schubert-Steder Rdnr. 12 zu § 36 und Hettrich-Pöhlmann 14 ff zu § 36

²¹² Schubert-Steder a.a.O.

²¹³ Hettrich-Pöhlmann 10 zu § 36

²¹⁴ Schubert-Steder Rdnr. 7 zu § 36 und Hettrich-Pöhlmann 1 zu § 9

Diskutiert wird die Möglichkeit, fördernde Mitglieder aufzunehmen, deren Zweck nur darin besteht, Fachkunde in den Organen einzubringen²¹⁵.

Gemäß § 37 (1) GenG können Vorstandsmitglieder nicht zugleich Mitglied im Aufsichtsrat werden. Darüber hinaus bestimmt § 37 (2) GenG, daß ausgeschiedene Vorstandsmitglieder erst dann in den Aufsichtsrat wechseln können, wenn ihnen als Vorstandsmitglied Entlastung erteilt wurde. Andere Beschränkungen - etwa hinsichtlich der Zahl der Mandate - sieht das GenG nicht vor.

1.3. Auch der Aufsichtsrat der Genossenschaft hat Rechte und Pflichten als Organ, wobei den Mitgliedern primär die Teilnahme an Sitzung und Beschlußfassung zusteht²¹⁶. Ebenso, wie bei der AktG treffen die Folgen in haftungs- wie auch strafrechtlicher Hinsicht dagegen das einzelne Mitglied²¹⁷.

1.4. Für die Sitzungen des Aufsichtsrates enthält das GenG keine Regelung. Insofern kann allenfalls das Statut der Genossenschaft eine Regelung vorsehen. Insbesondere im Hinblick auf die persönlichen Folgen der Tätigkeit im Aufsichtsrat können wir nur anraten, im Statut gewisse Mindestregeln, insbesondere eine Protokollierung der Sitzung analog § 107 (2) AktG, vorzusehen.

Der Aufsichtsrat der Genossenschaft muß keinen Vorsitzenden haben. Wie § 25a GenG zeigt, kann, aber muß kein Vorsitzender bestimmt werden. Allgemein wird auch insofern angeraten, eine Regelung im Statut zu treffen²¹⁸.

Diskutiert wird, ob § 43 (6) GenG für die Sitzungen des Aufsichtsrates analog zur Anwendung zu bringen ist, so daß das Stimmrecht in „eigenen“ Angelegenheiten - bzw. Angelegenheiten der Gemeinde - beschränkt wäre.

²¹⁵ Hettrich-Pöhlmann 6 zu § 9

²¹⁶ Schubert-Steder Rdnr. 3 zu § 38 und Lang-Weidmüller 4 zu § 41

²¹⁷ Lang-Weidmüller a.a.O.

²¹⁸ Schubert-Steder Rdnr. 10 zu § 36 und Hettrich-Pöhlmann 12 ff zu § 36

2. Pflichten des Aufsichtsrates

Die Regelungen zu den Pflichten des Aufsichtsrates entsprechen in vielen Punkten denen des Aufsichtsrates der AG. Gemäß § 41 GenG gilt § 34 GenG, der die Pflichten des Vorstandes regelt, entsprechend, so daß auch hier die Geschäftsführung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters entsprechen muß. Auch wenn im Rahmen der Genossenschaft nicht ausdrücklich von einer Einordnung als Nebenamt gesprochen wird, wird auch hier betont, daß die Sorgfaltspflicht des Aufsichtsratsmitgliedes nicht der des Vorstandes entspricht, sondern den Aufgaben angepaßt werden muß²¹⁹. Gemäß § 38 (1) GenG ist die Überwachung des Vorstandes wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrates.

2.1. Im § 38 (4) GenG findet sich, wie in der AG die Bestimmung, daß die Mitglieder ihre Aufgabe persönlich wahrzunehmen haben. Eine Regelung für die Einschaltung von Sachverständigen findet sich in § 38 GenG nicht. Gleichwohl wird von der h.M. die Ansicht vertreten, daß die Einschaltung von Sachverständigen im Aufsichtsrat der Genossenschaft im Einzelfall möglich ist²²⁰.

2.2. Anders als bei der AG besteht, wie bei der GmbH, keine Berichtspflicht des Vorstandes. Gemäß § 38 (1) GenG hat der Aufsichtsrat nur das Recht „jederzeit über dieselben“ - Angelegenheiten der Genossenschaft - „Berichterstattung von dem Vorstand zu verlangen“. Damit wird die Berichterstattung von einer Bringschuld des Vorstandes zu einer Holschuld des Aufsichtsrates. Der Aufsichtsrat muß also selbst eine Veranlassung zur Berichterstattung feststellen.

2.3. Hinsichtlich des Jahresberichtes hat der Aufsichtsrat nach § 38 (1) 3 GenG zu prüfen und der Generalversammlung zu berichten, nicht aber den Jahresabschluß festzustellen.

2.4. Der Vorstand wird nach § 24 (2) GenG von der Generalversammlung bestellt und kann nach § 24 (3) GenG von dieser abberufen wer-

den²²¹. Gemäß § 40 GenG hat jedoch der Aufsichtsrat das Recht, Mitglieder des Vorstandes vorläufig ihres Amtes zu entheben und bezüglich der einstweiligen Fortführung Regelungen zu treffen. Dies ist ein unentziehbares Recht des Aufsichtsrates²²².

2.5 Eine weitere Besonderheit stellt es dar, daß nach § 38 (3) GenG das Statut dem Aufsichtsrat weitere Obliegenheiten zuweisen kann. So kann dem Aufsichtsrat das Recht zur Bestellung des Vorstandes eingeräumt werden. Hier sind allerdings die gesetzlichen Grenzen zu beachten, so daß dem Aufsichtsrat wegen der Regelung des § 40 GenG nicht das Recht zur endgültigen Abberufung eingeräumt werden kann²²³. Es kann aber auch festgelegt werden, daß die Beschlüsse des Vorstandes in bestimmten Angelegenheiten der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen²²⁴.

2.6. Ein Problem ist sicherlich auch, daß das GenG durch des Verweis des § 41 GenG auf § 34 GenG eine Verschwiegenheitspflicht begründet, die gem. § 151 GenG mit Strafandrohung bewehrt ist, auf die Regelungen der §§ 394, 395 AktG aber nicht verweist. Unserer Ansicht nach sollte die Kommune darauf hinwirken, daß im Statut der Genossenschaft eine vergleichbare Regelung aufgenommen wird²²⁵.

3. Rechte des Aufsichtsrates

Auch bei den Rechten des Aufsichtsrates kann auf die Ausführungen zur AG und natürlich auf das zu den Pflichten des Aufsichtsrates in der Genossenschaft Gesagte verwiesen werden. Wie bereits angerissen, kann anders als bei der AG dem Aufsichtsrat ein Zustimmungsvorbehalt nur zustehen, wenn das Statut eine entsprechende Regelung vorsieht.

²²¹ Zur Frage, ob bei Einverständnis des Vorstandsmitgliedes der Aufsichtsrat das Verhältnis auch endgültig beenden darf, vgl. das Urteil des OLG Oldenburg v. 31.3.92 in DB 92, 1181 ff mit Anmerkung von Carspecken

²²² Urteil des BGH v. 29.3.73 in NJW 73, 1122 ff

²²³ Urteil des BGH v. 14.11.83 in NJW 84, 733 ff, 735

²²⁴ Hettrich-Pöhlmann 13 zu § 36

²²⁵ Vgl. Hettrich-Pöhlmann 5 zu § 34

²¹⁹ Hettrich-Pöhlmann 5 zu § 41

²²⁰ Schubert-Steder Rdnr. 5 zu § 38 und Hettrich-Pöhlmann 14 zu § 36

Wie bei der AG vertritt der Aufsichtsrat die Genossenschaft außergesichtlich und gerichtlich gegenüber dem Vorstand, § 39 (1) GenG, während in Prozessen gegen Aufsichtsratsmitglieder nicht der Vorstand, sondern besondere Vertreter die Genossenschaft vertreten, § 39 (3) GenG.

4. Vergütung

Für die Vertreter des Aufsichtsrates kann das Statut eine Vergütung vorsehen²²⁶. Gemäß § 36 (2) GenG darf sich die Vergütung aber nicht am Erfolg der Gesellschaft orientieren.

5. Haftung

Hinsichtlich der Haftung enthalten die §§ 41, 34 GenG eine dem Aktienrecht entsprechende Regelung.

6. Entlastung

Nach § 48 (1) 2 GenG hat die Generalversammlung auch dem Aufsichtsrat die Entlastung zu erteilen. Eine dem § 120 (2) 2 AktG entsprechende Regelung fehlt. Gleichwohl ist es streitig, ob die Entlastung zu einem Haftungsverzicht führt.

Einige sehen in der Entlastung bei der Genossenschaft nur eine rein tatsächliche Billigung des Verhaltens des Aufsichtsrates, die keinen Haftungsverzicht herbeiführen könne. Die wohl h.M. dagegen stützt sich auf die zur Entlastung im Verein oder der GmbH ergangenen Urteile und sieht in der Entlastung einen Verzicht auf Haftungsansprüche, soweit die entsprechenden Umstände der Generalversammlung bekannt sind²²⁷. Wenn man die Entlastung dahingehend versteht, daß das Verhalten in der Vergangenheit gebilligt und für die Zukunft das Vertrauen ausgespro-

²²⁶ Schubert-Steder Rdnr. 15 zu § 36

²²⁷ Schubert-Steder Rdnr. 7 zu § 48

chen wird, spricht dies aus Sicht des Empfängers der Erklärung - des Aufsichtsratsmitglieds - für einen Haftungsverzicht.

7. Abberufung

Gemäß § 36 (3) GenG kann die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied jederzeit von der Generalversammlung widerrufen werden. Dazu ist eine Mehrheit von 3/4 der Mitglieder der abgegebenen Stimmen. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist nicht erforderlich²²⁸.

8. Strafbarkeit

Insofern gilt das zur AG Gesagte, wobei die Strafbarkeit für falsche Darstellung in § 150 GenG und die für Verletzung der Verschwiegenheitspflicht in § 151 GenG geregelt ist.

II. Aufsichtsrat in einem eingetragenen Verein

Der eingetragene Verein ist in den §§ 22 ff BGB geregelt. § 25 BGB ermöglicht auch, daß in einer Vereinssatzung z.B. ein Aufsichtsrat als Überwachungsorgan für den Vereinsvorstand eingerichtet wird²²⁹. Im wesentlichen bestimmt sich die Rechtsstellung eines derartigen Aufsichtsrates nach der Vereinssatzung²³⁰. Grenzen werden hier nur durch die allgemeinen Grundsätze gesetzt, die, wie oben erörtert, auch ohne Verweis bei der GmbH zur Anwendung zu bringen sind bzw. eine Abänderung durch Gesellschaftsvertrag bei der GmbH ausschließen. So kann ein Vorstandsmitglied z.B. nicht dem Aufsichtsrat angehören²³¹. Im übrigen kann man sich nur den Stimmen anschließen, die eine möglichst genaue Umschreibung der Aufgaben in der Vereinssatzung fordern²³². Die Mitglieder des Aufsichtsrates haften, wie die des Vorstandes, dem

²²⁸ Schubert-Steder Rdnr. 14 zu § 36

²²⁹ Reichert-van Look Rdnr. 1579 ff und Sauter-Schweyer Rdnr. 308

²³⁰ Reichert-van Look Rdnr. 1581 und Sauter-Schweyer Rdnr. 309

²³¹ Reichert-van Look Rdnr. 1580 und Sauter-Schweyer Rdnr. 310

²³² Sauter-Schweyer Rdnr. 309 und Reichert-van Look Rdnr. 1581

Verein gegenüber für schuldhafte Pflichtverletzungen²³³. Den Verein kann Dritten gegenüber bei einem Verschulden der Aufsichtsratsmitglieder nach § 31 BGB eine Haftung treffen²³⁴.

Der Aufsichtsrat im Verein entbindet den Vorstand aber nicht von der ihm nach dem BGB obliegenden Verpflichtungen. Bei Einrichtung eines Aufsichtsrates gilt es sich also auch zu überlegen, wie die Geschäftsführung strukturiert sein soll - z.B. Geschäftsführer neben Vorstand oder Bestellung ehemaliger Geschäftsführer als Vorstand und Wechsel des bisherigen ehrenamtlichen Vorstandes in den Aufsichtsrat.

III. Aufsichtsrat in der Stiftung

Die Stiftung ist ein verselbständigt Vermögen, das nach seiner Widmung der Förderung eines bestimmten Zweckes dienen soll²³⁵. Rechtsfähigkeit erlangt dieses Vermögen durch die Genehmigung des Bundesstaates, in dem die Stiftung ihren Sitz haben soll - § 80 BGB. Fast alle Bundesländer haben diesbezüglich Stiftungsgesetze erlassen²³⁶. Die Gemeinde kann zur Verwaltung einer Stiftung berufen sein; dann handelt es sich um eine sog. örtliche Stiftung, für die die meisten Gemeindeordnungen Regelungen vorsehen²³⁷.

Die Stiftung kann als Überwachungsorgan einen Aufsichtsrat haben, der entweder nur über die Verwaltung des Vermögens entsprechend der Stiftervorgaben oder auch über die Einhaltung der Rechte derer, die von der Stiftung begünstigt sind - sog. Destinatäre - wacht²³⁸. Vorgabe für jede Entscheidung auch des Aufsichtsrates ist die Verpflichtung, dem

²³³ Reichert-van Look Rdnr. 1582

²³⁴ Reichert-van Look Rdnr. 1582

²³⁵ Palandt-Heinrichs Rdnr. 1 vor § 80

²³⁶ Vgl. im einzelnen die Aufzählung bei Palandt-Heinrichs Rdnr 12 ff vor § 80

²³⁷ § 100 GO NW, § 63 KV M-V, § 120 HessGO, § 115 GO Sa.-An., § 96 GO Schl.-H., § 70 ThürKO, § 101 GO BW, Art. 84 ff BayGO, § 99 GO Brand., § 107 NdsGO, § 84 GO Rh-Pf, § 107 KSVG Saar., § 94 SächsGO

²³⁸ Kronke ZGR 96, 18 ff, 36 f, den sog. Destinatären kann nach der Stiftungssatzung ein Verwaltungs- und Mitwirkungsrecht eingeräumt werden - Vgl. das Urteil des OLG Hamburg v. 31.8.94 in ZIP 94, 1950 ff. Zur Wahrnehmung dieses Rechtes kann ein Aufsichtsrat gebildet werden.

Willen des Stifters zu folgen²³⁹. Im übrigen bestimmt sich die Rechtsstellung nach der Stiftungssatzung, wobei allerdings auch hier die bei der GmbH und dem Verein aufgezeigten allgemeinen Grundsätze eine Grenze bilden dürften.

²³⁹ Kronke a.a.O.

E. Kommunalrechtliche Bestimmungen

Das Kommunalrecht ist Teil des Landesrecht. Wie ausgeführt, muß es sich nach Art. 31 GG im Rahmen des Gesellschaftsrechts halten. Gerade weil die Gemeinde nicht gezwungen ist, sich in gesellschaftsrechtlicher Form zu betätigen, sondern nur das Wahlrecht hat, erscheint es auch grundsätzlich angemessen, der Gemeinde in der Gesellschaft keine Sonderstellung einzuräumen, gleich, ob es sich um eine rein gemeindliche Gesellschaft²⁴⁰, oder eine Zusammenarbeit mit Dritten - in der Regel Privaten²⁴¹ - handelt. Auf der anderen Seite wird die Gemeinde von ihren öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht frei, wenn sie diese privatwirtschaftlich wahrnimmt. Das gesamte Spektrum der kommunalrechtlichen Vorschriften, die dies Verhältnis regeln, können wir hier nicht betrachten²⁴². Wir müssen uns hier auf die Regelungen beschränken, die die Stellung der Aufsichtsratsmitglieder betreffen.

1. Befangenheit

Bei der Erörterung ist offengeblieben, inwieweit das einzelne Ratsmitglied in seiner Tätigkeit im Rat oder Ausschuß Beschränkungen unterliegen kann, weil es zugleich Aufsichtsratsmitglied einer Gesellschaft ist. Anläßlich eines Planfeststellungsverfahrens für den Flughafen München II sind diese Fragen, wenn auch unter umgekehrten Vorzeichen, auch durch die Rechtsprechung aufgegriffen worden²⁴³. Schon hier ergeben sich erhebliche Abweichungen durch die Unterschiede im jeweiligen Landesrecht. Der wohl gravierendste Unterschied besteht in Bayern und Hessen, wo der hauptamtliche Bürgermeister bzw. der Gemeindevor-

stand kraft Amtes Vertreter im Aufsichtsrat wird, während alle anderen Länder - zumindest auch - gewählte Vertreter vorsehen.

1.1. In der Regel stellt sich die Frage schon bei der Wahl zum Aufsichtsratsmitglied, noch viel stärker bei der Abstimmung über die Abberufung eines entsandten Aufsichtsratsmitgliedes. In Schleswig-Holstein braucht sich der oder die Betroffene der Teilnahme an Beschlußfassung und Abstimmung - auch bei der Entscheidung über seine Abberufung - nicht zu enthalten²⁴⁴. Teilweise gibt es eine Freistellung für Wahlen²⁴⁵, in anderen Fällen hängt der Ausschluß davon ab, ob die Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds als Besoldung anzusehen ist²⁴⁶. Vielfach hängt die Beurteilung auch davon ab, ob man die nebenamtliche Beschäftigung im Aufsichtsrat als Ehrenamt ansieht²⁴⁷. Hier kann man sich auf ein Urteil des BFH berufen, nachdem die Tätigkeit einer ehrenamtlichen Tätigkeit gleichzustellen sei²⁴⁸.

Man kann als Ergebnis der Betrachtung festhalten, daß bei der eigenen Wahl in Sachsen-Anhalt mangels anderer Regelung ein Mitwirkungsverbot bestehen dürfte. Für die eigene Abberufung dürfte die Mitwirkung in Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Baden-Württemberg, dem Saarland und Sachsen ausgeschlossen sein.

1.2. Andererseits werden auch Fälle anstehen, in denen ein hauptamtlicher Bürgermeister mit Stimmrecht oder ein Mitglied des Rates, das die Gemeinde im Aufsichtsrat vertritt, im Rat oder einem seiner Ausschüsse über eine Sache zu beraten und beschließen haben, deren Entscheidung einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil für die Gesellschaft mit sich bringt. Wie oben ausgeführt, verstößt diese Person nicht gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, da es sich um ein Tätigwerden außer-

²⁴⁰ Entweder sog. Ein-Mann-Gesellschaft oder interkommunale Zusammenarbeit - Vgl. Ehlers DVBl 97, 137 ff

²⁴¹ Es gibt auch Gesellschaften, bei denen die Gemeinden mit dem Land oder dem Bund zusammenarbeiten. Insofern kann z.B. auf die Diskussion um den Ausstieg der Landes Nordrhein-Westfalen aus der Düsseldorfer Flughafengesellschaft verwiesen werden.

²⁴² Fragen z.B., ob und unter welchen Bedingungen die Gemeinde sich wirtschaftlich betätigen darf, müssen wir hier ebenfalls dahingestellt sein lassen.

²⁴³ Vgl. den Beschluß des VGH München v. 16.4.81 in NVwZ 82, 510 ff und Urteil des BVerwG v. 30.5.84 in NVwZ 84, 718 ff.

²⁴⁴ § 22 (3) 2 GO Schl-H bei Wahl und Abberufung.

²⁴⁵ § 26 (3) 3 NdsGO, § 22 (3) GO Rh-Pf, § 38 (2) ThürKO

²⁴⁶ § 26 (3) 2 NdsGO bei der Abberufung, § 28 (3) 2 KSVG Saar bei der Wahl. Nach dem Wortlaut der gesellschaftsrechtlichen Regelung muß sich die Vergütung zwar am Aufwand orientieren, ist aber nicht als Aufwandsentschädigung anzusehen. Auf Grund des Urteils des BFH v. 4.5.94 in BB 94, 1844 wird man allerdings davon ausgehen können, daß es sich um keine Besoldung oder Entgelt handelt.

²⁴⁷ § 28 (3) 2 GO Brand., § 31 (3) 5 i.V.m. 2 GO NW für Wahl und Abberufung; § 18 (3) 2 GO BW und § 20 (2) 1 SächsGO für die Wahl, während eine Regelung für die Abberufung fehlt.

²⁴⁸ BFH Urteil v. 4.5.94 in BB 94, 1844

halb der Gesellschaft handelt. Nach den gemeinderechtlichen Bestimmungen reicht zwar für die Befangenheit i.d.R. ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil einer juristischen Person, deren Organ das Ratsmitglied ist. Viele Gemeindeordnungen schließen aber Befangenheit aus, wenn der mitstimmende Bürgermeister oder das Ratsmitglied dem Organ auf Vorschlag der Gemeinde angehört oder von dieser entsandt wurde²⁴⁹. In Thüringen und Mecklenburg-Vorpommern hängt die Beantwortung der Frage davon ab, ob das Aufsichtsratsmitglied die Gesellschaft vertritt²⁵⁰, was nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen für das Verhältnis der Gesellschaft zu Vorstand bzw. Geschäftsführung der Fall ist. In Niedersachsen ist dagegen darauf abzustellen, ob die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder Entgelt ist, was nach unserer Ansicht zu verneinen ist²⁵¹.

1.3. Die meisten Länder sehen vor, daß dem Aufsichtsratsmitglied - in der Regel durch den Rat - eine Weisung erteilt werden kann²⁵². Hier gelangt man verstärkt zu der Frage, ob sich das Ratsmitglied, das Empfänger der Weisung ist, enthalten muß.

Die Weisung kann der Gesellschaft einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen. Hier gilt das unter 1.2 Gesagte.

Im Falle einer Weisung geht es aber nicht so sehr darum, daß die Beschlußfassung der Gesellschaft einen Vor- oder Nachteil bringt, vielmehr ist die Beschlußfassung vor- oder nachteilig für das Aufsichtsratsmitglied, das als Person in einen Konflikt geraten kann. Wie wir im gesellschaftsrechtlichen Teil aufgezeigt haben, handelt es sich um eine Entscheidung, die das Aufsichtsratsmitglied vor die Wahl stellen kann, entweder der Weisung nicht zu folgen oder Haftung, Strafbarkeit oder

²⁴⁹ § 18 (2) 2 GO BW, § 28 (2) 2 GO Brand., § 31 (2) 2 GO NW, § 22 (1) 3b GO Rh-Pf, § 28 (2) 2 KSVG Saar., § 20 (1) 7 SächsGO, § 31 (2) 2 GO Sa.-An., § 22 (2) 2 GO Schl.-H

²⁵⁰ § 24 (1) 3 KV M-V, § 38 (1) ThürKO

²⁵¹ § 26 (2) NdsGO

²⁵² Nicht vorgesehen ist ein Weisungsrecht für Aufsichtsratsmitglieder in Niedersachsen; in Sachsen und Baden-Württemberg wird man es bejahen müssen, auch wenn keine eindeutige gesetzliche Regelung vorliegt. In allen anderen Ländern gibt es ein Weisungsrecht. Im Saarland sind Richtlinien vorgesehen, was für die Befangenheit keinen Unterschied macht. In Hessen stellt sich allerdings das Problem der Befangenheit nicht, weil das Weisungsrecht allein dem Gemeindevorstand zusteht.

Abberufung in der Gesellschaft in Kauf zu nehmen. Hier ist die Frage der Interessenkollision besonders stark. Deshalb wird man mit dem Wortlaut der kommunalrechtlichen Regelungen diese Konstellation als nicht von den Ausnahmeregeln erfaßt ansehen müssen. Hier dürfte sich das Aufsichtsratsmitglied wegen Befangenheit der Beratung und Beschlußfassung zu enthalten haben.

1.4. In Bayern und Hessen dürfte es zu diesen Fragen nicht kommen, weil der hauptamtliche Bürgermeister bzw. der Gemeindevorstand als Vertreter vorgesehen ist. Wie aber Art. 93 (3) GO Bayern und § 125 HessGO zeigen, darf man das nicht wörtlich verstehen. In vielen Fällen wird der Bürgermeister oder der Gemeindevorstand nicht alle Mandate in Person wahrnehmen, sondern sich vertreten lassen. Dies kann nicht nur durch Verwaltungsbeamte, sondern auch durch ehrenamtlich Tätige - oftmals Ratsmitglieder - erfolgen. Die eigentlichen Probleme Wahl/ Abberufung und Weisung des Rates fallen aber weg. Allenfalls bei der Beschlußfassung des Rates über Angelegenheiten, die der Gesellschaft einen Vor- oder Nachteil bringen können, kann sich die Frage nach der Befangenheit stellen.

In Hessen ist die Befangenheit durch gesetzliche Vorschrift ausgeschlossen²⁵³. In Bayern ist vorgesehen, daß ein Ausschlußgrund für etwaige Ratsentscheidungen besteht, wenn die Gesellschaft durch das Ratsmitglied vertreten wird²⁵⁴.

2. Kommunalrechtliche Verpflichtung zur Einrichtung eines Aufsichtsrats bei einer GmbH ?

Bei der GmbH hatten wir bereits die Frage angeschnitten, ob sich die Gemeinde nur an Kapitalgesellschaften beteiligen darf, wenn diese einen Aufsichtsrat haben. Soweit bestimmt ist, daß sich die Gemeinde nur privatwirtschaftlich tätig werden darf, wenn sie sich einen angemessenen

²⁵³ § 25 (1) 5 HessGO

²⁵⁴ Art. 49 (1) BayGO

Einfluß, insbesondere im Überwachungsorgan, sichert²⁵⁵, ist dies eine naheliegende Frage²⁵⁶.

Die AG oder Genossenschaft hat kraft Gesetzes einen Aufsichtsrat, so daß sich die Frage auf die GmbH konzentriert. Hier darf man nicht die Spannbreite der Zwecke aus dem Auge verlieren, die mit der GmbH verfolgt werden können. Für die Stadtwerbung als Ein-Mann-GmbH mit begrenztem Wirtschaftsvolumen z.B. kann auch die Gesellschafterversammlung einen angemessenen Einfluß ausüben. Dem Gesellschafter steht immerhin mit § 37 (1) GmbHG ein Weisungs- und mit § 51 a (1) GmbHG ein jederzeitiges Auskunftsrecht zur Verfügung. Deshalb schließen wir uns der Meinung an, daß die Frage, ob ein Aufsichtsrat eingerichtet werden muß, allein auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene zu entscheiden ist und die jeweilige GO hier keine bindende Vorgabe enthält²⁵⁷.

3. Direkter Einfluß der Kommune auf die Gesellschaft ?

In einigen Gemeindeordnungen²⁵⁸ klingen Gedanken an, die auch die Rspr bewegt haben. Dort wird die Stimmabgabe bei der Aufnahme von Krediten oder bei Unterbeteiligungen von der Zustimmung des Rates abhängig gemacht. Dies soll im Zusammenhang mit Weisungen und Richtlinien im Verhältnis zum Gesellschaftsrecht diskutiert werden. Aber den anklingenden Gedanken haben Kommunen natürlich aufgegriffen und versucht, direkt in der Gesellschaft mitzubestimmen²⁵⁹. Wenn dies

²⁵⁵ § 108 (1) 6 GO NW, § 103 (1) 3 GO BW, Art. 91 (1) 3 BayGO, § 102 Nr. 2 GO Brand., § 109 (1) 6 NdsGO, § 109 (1) 3 KSVG Saar., § 96 (1) 2 SächsGO, § 102 (1) 3 GO Schl.-H., § 122 (1) 3 HessGO, § 117 (1) 3 GO Sa.-An., § 69 (1) 3 KV M.-V. Die Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz enthält nach den uns vorliegenden Unterlagen keine entsprechende Regelung, hier dürfte das Prinzip aber ebenfalls als allgemeiner Grundsatz anwendbar sein.

²⁵⁶ Spannowsky ZGR 96, 400 ff, 424 ff vertritt die Auffassung, daß die Gemeinde von allen gesellschaftsrechtlich zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch machen muß.

²⁵⁷ Vgl. Rehn/Cronauge 5 zu § 108 a.E.

²⁵⁸ Art. 93 (1) BayGO und § 74 (1) ThürKO Zustimmungsvorbehalt für Unterbeteiligungen und Kredite; § 108 (3) GO NW, § 102 (5) GO Schl.-H., § 109 (5) KSVG Saar. für Unterbeteiligungen; § 72 KV M.-V für Kredite.

²⁵⁹ Vgl. OVG Münster v. 28.10.83 in GHJ 83, 286 f und für eine Sparkasse VGH Mannheim NVwZ-RR 90, 320 ff

rechtlich zulässig wäre, könnte man sich die folgenden Diskussionspunkte - insbesondere zur Weisungsgebundenheit von Vertretern im Aufsichtsrat - sparen, weil die direkte Einflußmöglichkeit auch die stärkste ist. Die Gerichte haben die direkte Einflußnahme der Kommune strikt abgelehnt:

„... sind daher interne Maßnahmen der rechtlich verselbständigten Sparkasse, die außengelenkten kommunalen Einwirkungen entzogen ... und daher keine Gemeindeangelegenheiten i.S. des § 24 (4) BadWürttGO sind.“²⁶⁰

Das gleiche gilt für AG und GmbH. Das OVG Münster hat dem Rat einer Stadt attestiert, daß er sich zwar geschlossen als Gesellschafterversammlung einer städtischen Ein-Mann-GmbH bestellen, aber als Rat nicht über Gesellschaftsangelegenheiten mit direkter Wirkung gegenüber der GmbH beschließen kann²⁶¹. Damit kann der Rat auch Ausschüsse nicht mit derartigen Aufgaben betrauen, denn er kann nicht mehr an Kompetenzen an Ausschüsse übertragen, als er hat. Auch hier handelt es sich bei gesellschaftsinternen Vorgängen - unbeschadet der gesetzlichen Regelungen - nicht um Gemeindeangelegenheiten, so daß den Organen der Gemeinde keine gegenüber Vorstand oder Geschäftsführung auszuübende Einwirkungsmöglichkeit zustehen kann.

4. Vertretung durch Verwaltung oder Politik

Erste Frage zu den Regelungen der Gemeindeordnungen bezüglich der Vertreter im Aufsichtsrat ist, wer es denn nun machen soll: Soll die Vertretung in Gesellschaften bei der Verwaltung angesiedelt oder durch die Politiker als gewählte Volksvertreter wahrgenommen werden ?

4.1 In Bayern vertritt der Bürgermeister die Gemeinde in sämtlichen Gesellschaftsorganen²⁶². Wie Art. 93 BayGO zeigt, ist dies nicht so gemeint, daß der Bürgermeister überall als Person auftritt, sondern daß er und nicht der Rat den Vertreter bestimmt - vgl. Art. 39 (2) BayGO.

²⁶⁰ VGH Mannheim a.a.O. 321

²⁶¹ Vgl. OVG Münster Urteil v. 28.10.83 in GHJ 83, 286 f

²⁶² Art. 38 (1) BayGO

Nach § 125 (1) HessGO vertritt der Gemeindevorstand die Gemeinde. Auch hier bestimmt der Gemeindevorstand und nicht der Rat die kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat.

Gesellschaftsrechtlich gibt es hier nur insoweit eine Grenze, als kein Vertreter gleichzeitig in Vorstand bzw. Geschäftsführung und Aufsichtsrat bestellt werden kann, Vgl. § 105 AktG als allgemeinen Rechtsgedanken.

4.2 Thüringen stellt den Betrachter bei dieser Frage vor Probleme. § 31 (1) ThürKO weist darauf hin, daß hier die gleiche Regelung gilt, wie in Bayern. Es findet sich in § 26 (2) Ziff. 14 ThürKO aber ein Hinweis darauf, daß die Mitglieder im Aufsichtsrat vom Rat zu wählen sind. Indem die ThürKO dies als unentziehbare Aufgabe des Rates kennzeichnet, wird man wohl annehmen müssen, daß der Bürgermeister die Gemeinden in Thüringen insoweit nicht vertritt.

Dabei findet sich keine Bestimmung, wer Mitglied werden kann. Damit kann auch der Bürgermeister oder ein sonstiger Gemeindebediensteter gewählt werden - vgl. § 74 (3) ThürKO.

4.3 In anderen Ländern wird hinsichtlich der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat auf Regelungen für die Hauptversammlung abgestellt, so daß der Bürgermeister bzw. ein von ihm vorgeschlagener oder beauftragter Bediensteter, Beamter oder Angestellter ebenfalls Mitglied im Aufsichtsrat ist²⁶³. Weitere Vertreter können gewählt werden.

In Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen ist der hauptamtliche Bürgermeister bzw. ein von ihm vorgeschlagener oder beauftragter Vertreter zu berücksichtigen, wenn mehrere Vertreter gestellt werden²⁶⁴, ansonsten ist eine Wahl maßgeblich. Bei dieser Wahl ist nicht bindend vorgeschrieben, daß nur Ratsmitglieder gewählt werden können, obwohl dies viel-

fach der Fall sein wird. Es kommen auch Angehörige der Verwaltung oder Dritte²⁶⁵ in Betracht.

Für Schleswig-Holstein und Thüringen, aber nach unserer Ansicht ebenso für Sachsen und Baden-Württemberg²⁶⁶ ist allein die Wahl maßgeblich, wobei aber auch der Bürgermeister oder sonstige Bedienstete der Verwaltung gewählt werden können.

4.4 Wir hatten ganz am Anfang ausgeführt, daß die privatwirtschaftliche Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu einem Steuerungsverlust für die Verwaltung, aber auch für Rat, Ausschüsse und Fraktionen führt. Bei der bayrischen und hessischen Lösung verlieren die gewählten Volksvertreter erst einmal jeden Einfluß. Die meisten Länder haben sich insofern aber für eine Mischlösung entschieden, die jeweils sowohl Vertretern aus der Verwaltung, wie den gewählten Volksvertretern die Teilnahme an Entscheidungen in den Gesellschaften sichern soll.

Die verschiedenen Lösungen sind juristisch sicherlich zulässig. Wir haben bei der Abhandlung von AG, Genossenschaft und GmbH dargestellt, daß die Übernahme des Aufsichtsratsmandates auch eine starke persönliche Verantwortung mit sich bringt, die sich z.B. in § 111 (5) AktG oder § 38 (4) GenG niederschlägt. So heißt es auch in einem Beschluß des OVG Münster vom 28.10.83:

„Die unternehmerische Pflichtenstellung der Mitglieder dieser Organe...“ (Vorstand, Geschäftsführung und Aufsichtsrat) „erfordert in erster Linie Sachkunde und Fachwissen“.

Die Gemeinde und die Person, sei es hauptamtlicher Bürgermeister, Verwaltungsmitarbeiter oder Ratsmitglied, muß also unbeschadet der

²⁶³ § 104 (2) GO Brand., § 119 (2) GO Sa.-An., § 71 (2) KV M-V, § 88 (3) GO Rh-Pf, § 112 (1) 2 KSVG Saar., § 113 (2) 2 GO NW sieht vor, daß bei mehreren Vertretern der Bürgermeister oder ein vorgeschlagener Beamter oder Angestellter berücksichtigt werden muß.

²⁶⁴ § 111 (3) NdsGO, § 113 (2) 2 GO NW

²⁶⁵ In manchen Fällen kommt bei Gesellschaften, in denen auch sonstige Gesellschafter vertreten sind, das Problem auf, daß dort sehr stark vorgebildete Aufsichtsratsmitglieder für diese Gesellschaften auftreten - sog. Aufsichtsratsprofis. In diesen Fällen könnte man auch darüber nachdenken, sich als Kommune z.B. durch einen auf dieses Gebiet spezialisierten Rechtsanwalt vertreten zu lassen. Für Thüringen könnte man aus § 74 (3) ThürKO schließen, daß Dritte nicht in Betracht kommen. Zwingend ist dies nicht.

²⁶⁶ § 104 (1) GO Schl-H und § 26 (2) 14 ThürKO; § 98 (2) SächsGO, 105 (2) GO BW dürften ebenfalls nur den Wahlmodus festlegen.

jeweiligen Regelung selbst entscheiden, ob der oder die Betreffende den mit dem Aufsichtsratsmandat verbundenen Aufgaben im Nebenamt - also angesichts der sonstigen Belastungen - gewachsen ist.

5. Vertretung in der Hauptversammlung - Repräsentanz im Aufsichtsrat

Die besonderen gemeinderechtlichen Regelungen tragen bereits in ihrer Überschrift den Titel Vertretungsregelung²⁶⁷. Gemäß § 164 (1) BGB liegt Vertretung aber nur vor, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen auftritt. Wie wir oben ausgeführt haben, kann die Gemeinde selbst nicht Aufsichtsratsmitglied sein, so daß die Aufsichtsratsmitglieder im eigenen Namen handeln.

Bei den kommunalrechtlichen Vertretungsregelungen handelt es sich um zwei verschiedene Regelungskomplexe. Die Vertreter der Kommune in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung sind echte Vertreter der Kommune. Rechte und Pflichten nehmen sie für die Kommune wahr. Sie sind an Weisungen gebunden. Es gilt auch nur das Stimmrecht der Kommune wahrzunehmen, was mehrere Vertreter zu einer einheitlichen Stimmabgabe zwingt. Dagegen ist die Person, die die Gemeinde im Aufsichtsrat „vertritt“, dort mit eigenen Rechten und Pflichten versehen, die sie nur mittelbar für die Kommune wahrnehmen. Das einheitliche Stimmrecht, wie es z.B. § 88 (2) 1 GO Rh-Pf vorsieht, stößt kommunalrechtlich auf ganz erhebliche Bedenken²⁶⁸, denn es gilt nicht das Stimmrecht der Gemeinde wahrzunehmen, sondern jeder Vertreter ist Mitglied im Aufsichtsrat mit eigenem Stimmrecht - im eigenen Namen, nicht für die Gemeinde. Die Vertretung im Aufsichtsrat ist eine Aufgabenübertragung auf eine Person, es wäre angemessener von einem Repräsentanten der Gemeinde zu sprechen²⁶⁹. Die meisten Länder haben dem Rechnung

²⁶⁷ § 105 GO BW, Art. 93 BayGO, § 104 GO Brand., § 111 NdsGO, § 113 GO NW, § 74 ThürKO, § 125 HessGO, § 112 KSVG Saar., § 98 SächsGO, § 119 GO Sa.-An., § 104 GO Schl-H., § 71 KV M-V, § 88 GO Rh-Pf

²⁶⁸ Vgl. Punkt 8.2 dieser Abhandlung

²⁶⁹ Vgl. OVG Münster Urteil v. 28.10.83 in GHJ 83, 287 ff, 289

getragen, indem sie zwischen der Bestellung des Vertreters in der Hauptversammlung und im Aufsichtsrat trennen²⁷⁰.

6. Bestellung

Wie wird man nun Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat ?

6.1 Manchmal findet man bei der GmbH sog. geborene Aufsichtsratsmitglieder, d.h., daß der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß bestimmte Personen - z.B. der Bürgermeister oder der Kämmerer - automatisch Mitglied im Aufsichtsrat sind²⁷¹. In den jeweiligen Gemeindeordnungen finden sich aber Bestimmungen zur Auswahl der Vertreter im Aufsichtsrat. Dem Vorschlag oder der Entsendung wird gemeindeintern eine Wahl vorgeschaltet oder ein vom Volk direkt gewählter Vertreter, der hauptamtliche Bürgermeister, wird mit seinem Amt auch Aufsichtsratsmitglied.

6.1.1 In den Ländern, in denen der Bürgermeister zugleich kraft seines Amtes Aufsichtsratsmitglied wird, ist der hauptamtliche Bürgermeister insoweit auch Vertreter der Gemeinde²⁷². Eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag zum geborenen Mitglied wäre nur deklaratorisch. Für z.B. den Kämmerer wird man hier eine derartige Stellung ebenfalls bejahen können, weil der Bürgermeister auch einen Verwaltungsbeamten mit seiner Vertretung beauftragen kann²⁷³.

6.1.2 In NW und Niedersachsen besteht die Verpflichtung, bei mehr als einem Mitglied im Aufsichtsrat den Bürgermeister oder einen von ihm

²⁷⁰ § 98 (2) SächsGO, § 119 (2) GO Sa.-An., § 71 (2) KV M-V, § 104 (2) GO Brand., § 112 (1) 2 KSVG Saar., § 104 (2) Schl-H., § 88 (3) GO Rh-Pf, § 105 (2) GO BW, § 111 (3), (8) GO Nds, § 125 (2) i.V.m. (1) HessGO, letztendlich auch § 113 (2) GO NW

²⁷¹ Zur Zulässigkeit Scholz/Schneider 136 zu § 52 und Lutter-Hommelhof 6 zu § 52. Es handelt sich um eine zulässige gesellschaftsvertragliche Änderung gegenüber § 101 (1) AktG, auf den § 52 (1) GmbHG verweist.

²⁷² Art. 38 (1) BayGO, § 119 (2) GO Sa.-An., § 71 (2) KV M-V, § 125 (2) HessGO, § 104 (2) GO Brand., § 88 (3) GO Rh-Pf, § 112 (1) 2 KSVG Saar.

²⁷³ Art. 93 BayGO, § 71 (1) KV M-V, § 119 (1) 2 GO Sa.-An., § 112 (1) 3 KSVG Saar., § 104 (1) 1 GO Brand., § 88 (1) 1 GO Rh-Pf, für Hessen sieht § 125 (1) HessGO den Gemeindevorstand vor.

vorgeschlagenen bzw. beauftragten Vertreter zu entsenden²⁷⁴. Hieraus wird hergeleitet, daß man in diesen Fällen auch den entsprechenden Vertreter direkt im Gesellschaftsvertrag benennen könne²⁷⁵.

6.1.3 Wird diese Lösung in einem anderen Land²⁷⁶ gewählt oder wird z.B. im Gesellschaftsvertrag ein Ratsmitglied benannt, ist das geborene Aufsichtsratsmitglied - z.B. der Vorsitzende der Mehrheitsfraktion oder auch sonstige Fraktionsvorsitzende - mangels einer Entscheidung des Rates oder des Gemeindevorstandes nicht Vertreter der Gemeinde. Die Stellung in der GmbH wird nicht durch die kommunalrechtlich vorgeschriebene Wahl vermittelt.

Die geborenen Aufsichtsratsmitglieder sind nach dem Gesellschaftsvertrag vielfach Mitglieder im Aufsichtsrat kraft ihres Amtes, wenn es z.B. heißt, daß Bürgermeister oder Kämmerer oder ein Ratsmitglied automatisch Mitglied im Aufsichtsrat sein sollen. Dies bedingt sicherlich auch, daß auch in diesen Ländern von ihnen erwartet wird, daß sie die Interessen der Gemeinde in die Beratungen des Aufsichtsrates einbringen. Sie unterfallen jedoch insoweit dann nicht den Bestimmungen der GO. Ihre Stellung bestimmt sich allein nach dem Gesellschaftsrecht. Ein Weisungsrecht der Gemeinde ihnen gegenüber gibt es nicht. Da es an einem Beststellungsakt der Gemeinde fehlt, kommt allerdings auch eine Anwendung der §§ 394, 395 AktG - bei AG direkt, bei GmbH indirekt - nicht in Betracht. Die „geborenen“ Aufsichtsratsmitglieder sind der Gemeinde gegenüber in diesen Ländern zur vollen Verschwiegenheit verpflichtet. Auch die Vorschrift über die Haftungsfreistellung nach der jeweiligen GO kann bei ihnen keine Anwendung finden. Es fehlt an der der jeweiligen GO entsprechenden gemeindeinternen Legitimation der Stellung und damit an der Zurechenbarkeit des Verhaltens der Gemeinde gegenüber.

6.2 Wir hatten bereits ausgeführt, daß der hauptamtliche Bürgermeister kraft seines Amtes in einer Reihe von Ländern Mitglied im Aufsichtsrat wird²⁷⁷. Der Bürgermeister kann sich vertreten lassen²⁷⁸ oder einen Be-

²⁷⁴ §§ 113 (2) 2 bzw. (3) 2 GO NW und § 111 (3) 3 NdsGO

²⁷⁵ Held 7 zu § 113

²⁷⁶ Thüringen, Baden-Württemberg und Sachsen

²⁷⁷ Art. 38 (1) BayGO, § 119 (2) GO Sa.-An., § 71 (2) KV M-V, § 125 (2) HessGO, § 104 (2) GO Brand., § 88 (3) GO Rh-Pf, § 112 (1) 2 KSVG Saar.

²⁷⁸ Art. 93 BayGO

amen oder Angestellten²⁷⁹, einen Mitarbeiter²⁸⁰ bzw. einen Bediensteten²⁸¹ der Gemeinde mit seiner Vertretung beauftragen. Der Gemeindevorstand in Hessen kann besondere Vertreter bestellen²⁸².

In Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen ist bei mehreren Vertretern der Bürgermeister oder ein von ihm vorgeschlagener Beamter oder Angestellter bzw. beauftragter Gemeindebediensteter zu berücksichtigen²⁸³, so daß es automatisch zusätzlich zumindest einen von der Gemeinde gewählten Vertreter²⁸⁴ gibt. In anderen Ländern können weitere Vertreter durch Wahl bestimmt werden²⁸⁵.

Ansonsten ist eine Wahl durchzuführen²⁸⁶.

6.3 Damit entscheidet der Rat der Gemeinde, wer als Vertreter im Aufsichtsrat vorgeschlagen oder entsandt werden soll, wenn die Stellung nicht kraft Amtes begründet wird.

Im Verhältnis zur Gesellschaft wird die Auswahl des Aufsichtsratsmitglied in den kommunalrechtlichen Vorschriften als Bestimmung, Bestellung oder Entsendung bezeichnet.

Die Entsendung ist sicherlich die günstigste Möglichkeit. Von ihr haben verschiedene Länder „Gebrauch“ gemacht²⁸⁷. Daneben gibt es noch die sog. Bestellung des Mitglieds²⁸⁸, was bedeutet, daß die Gemeinde das Mitglied unmittelbar bestimmt, ohne daß es einer Wahl durch ein Unternehmensorgan bedarf²⁸⁹, also nur als ein anderer Begriff für die Entsendung anzusehen ist.

²⁷⁹ § 119 (1) GO Sa.-An., § 122 (1) KSVG Saar.

²⁸⁰ § 71 (1) KV M-V,

²⁸¹ § 104 (1) GO Brand., § 88 (1) GO Rh-Pf

²⁸² § 125 (1) HessGO

²⁸³ § 111 (3) NdsGO, § 113 (2) GO NW

²⁸⁴ § 50 (4) GO NW, § 111 (8) NdsGO

²⁸⁵ § 119 (1) 2 GO Sa.-An., § 71 (1) 2 KV M-V, § 104 (1) 3 GO Brand., § 88 (1) 2 GO Rh-Pf, § 112 (2) KSVG Saar.

²⁸⁶ § 105 (2) GO BW, § 98 (2) SächsGO, § 104 (1) GO Schl-H, § 26 (2) 14 ThürKO

²⁸⁷ § 111 (3) NdsGO, § 113 GO NW, § 119 (1) 2 GO Sachsen-Anhalt, § 105 (1) 2 GO BW

²⁸⁸ §§ 28, 104 GO Schl-H, § 88 (1) 2 GO Rh-Pf, § 104 (1) 3 GO Brand., § 71 (2) KV M-V

²⁸⁹ Rehn/Cronauge VI 2 zu § 113

In diesen Ländern wird man die Kommunen bezüglich des Aufsichtsrats der AG oder GmbH für verpflichtet halten müssen, sich ein Entsendungsrecht einräumen zu lassen. Nur für den Fall, daß dies gesellschaftsrechtlich nicht durchsetzbar ist, wird sich die Gemeinde mit einem Vorschlagsrecht begnügen dürfen. Mittelbar ergibt sich diese Verpflichtung auch aus der Pflicht zur Einflußnahme. Allein Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen sehen ausdrücklich die Verpflichtung der Gemeinde vor, bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages darauf hinzuwirken, daß ihr das Recht der Entsendung eingeräumt wird²⁹⁰

Andere Länder sehen vor, daß die Aufsichtsratsmitglieder bestimmt werden²⁹¹. Hier kommt grundsätzlich beides - Vorschlag und Wahl oder Entsendung - gleichwertig in Betracht. Da aber der Einfluß in der Gesellschaft, der über den Vertreter im Aufsichtsrat genommen wird, größer ist, wenn von der Entsendung Gebrauch gemacht wird, ergeben sich hier keine Unterschiede zu den sonstigen Ländern. Soweit dies durchsetzbar ist, muß die Gemeinde auf eine Entsendung hinwirken.

6.4 Um den Wahlvorgang als solchen, der zum Vorschlag oder der Entsendung führt, hat es einen langen Streit gegeben²⁹². Einige haben mit Macht vertreten, daß nur die Mehrheitswahl in Betracht komme. Allein so sei gesichert, daß nur die Besten als Repräsentanten der Gemeinde in den Aufsichtsrat einziehen²⁹³. Man wird sich vorstellen können, daß die Vertreter der Oppositionsfractionen im Rat hier einiges einzuwenden hatten. Auch wenn keine demokratische Legitimation für die Stellung im Aufsichtsrat erforderlich ist, spiegelt sich doch der Bürgerwille in der Verhältniswahl besser wieder. Viele Länder haben den Streit gesetzlich im Sinne einer Verhältniswahl gelöst²⁹⁴. Damit kann man für die weitere Betrachtung von der Verhältniswahl als Grundprinzip ausgehen.

²⁹⁰ § 111 (3) NdsGO, § 113 (2) GO NW

²⁹¹ § 112 (1) KSVG Saar., § 98 (2) SächsGO

²⁹² In Hessen gibt es eine Sonderregelung, nach der der Gemeindevorstand die Mitglieder im Aufsichtsrat bestellt - § 125 (2), (1) GO Hess. Hier dürfte sich die Frage nicht ergeben.

²⁹³ Vgl. Domisch GHJ 80, 107 ff, Stürer GHJ 81, 243 ff und OVG Münster Urteil v. 28.10.83 GHJ 83, 287 ff

²⁹⁴ § 50 (4) i.V.m. (3) GO NW, § 71 (1) 2 GO M-V, § 112 (2) GO Saarland; unter Verweis auf Ausschüsse § 119 (1) 2 GO Sachsen-Anhalt, § 105 (1) 2 GO BW, § 88 (1) 2 GO Rh-Pf, § 104 (1) 3 GO Brandenburg, § 98 (1) 3 SächsGO; vgl. Müller NWVBZ 97, 172 ff

7. Befristung

Die Dauer der Aufsichtsratsmitgliedschaft bestimmt sich primär nach dem Gesellschaftsrecht. So sieht § 102 AktG eine Befristung vor, die kommunalrechtlich nicht abbedungen werden kann. Bei der GmbH kann im Gesellschaftsvertrag, bei der Genossenschaft im Statut eine Regelung erfolgen.

7.1 Schleswig-Holstein, Thüringen und Sachsen-Anhalt haben für Ratsmitglieder bestimmt, daß die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat enden soll, wenn die ehrenamtliche Tätigkeit endet²⁹⁵. Gesellschaftsrechtlich wirkt dies nicht automatisch. In der AG und in der GmbH oder Genossenschaft, in der die Amtszeit nicht begrenzt ist, kann man gesellschaftsrechtlich die kommunalrechtliche Bestimmung nur durch Abberufung erfüllen, soweit es sich um ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied handelt. Handelt es sich um einen gewählten Vertreter, den die Gemeinde nur vorgeschlagen hat, kann nur ein Abwahlverfahren eingeleitet werden, daß aber von einer qualifizierten Mehrheit in Haupt-, Gesellschafts- oder Generalversammlung abhängig ist.

Da der Bestellung der Aufsichtsratsmitglied kommunalrechtlich in der Regel eine Wahl zugrundeliegt, gibt es aber auch bei der Abberufung zwei zu betrachtende Ebenen, die gesellschafts- und die kommunalrechtliche Ebene. Auch der Abberufung liegt eine Entscheidung des Rates zugrunde. Die Gerichtsverfahren, die uns in diesem Zusammenhang bekannt geworden sind, betrafen in der Hauptsache die Berechtigung dieses Ratsbeschlusses.

Außerhalb von Schleswig-Holstein, Thüringen und Sachsen-Anhalt ist die Stellung im Aufsichtsrat nicht durch die Amtszeit des Rates befristet. Da die Vertreter im Aufsichtsrat in der Regel im Wege der Verhältniswahl gewählt werden²⁹⁶, wird der Proporz, der durch die Wahlen im Rat der Kommune gilt, auf die Bestimmung der Aufsichtsratsmitglieder übertragen. Kommt es zu Neuwahlen, ohne daß die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat endet, kann es z.B. dazu kommen, daß das Aufsichtsrats-

²⁹⁵ § 25 (2) 2 GO Schl-H, § 74 (3) ThürKO, § 119 (2) 2 GO Sa.-An.

²⁹⁶ § 105 (2) GO BW, § 104 (1) 3 GO Brand., § 112 (2) KSVG Saar., § 98 (2) 2 SächsGO, § 71 (1) 3 KV M-V, § 119 (1) 2 GO Sa.-An., § 50 (4) GO NW

mitglied und der es entsendende Rat „aneinandergeraten“. Ob Neuwahlen und damit geänderte Mehrheitsverhältnisse kommunalrechtlich eine Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder rechtfertigen können, ist nach einer Entscheidung des OVG Münster streitig²⁹⁷. Deshalb wird empfohlen, daß mit dem Beschluß zur Bestellung die Amtszeit auf die Dauer der Amtszeit des Rates begrenzt wird²⁹⁸. Auch aus Sicht des Aufsichtsratsmitgliedes spricht einiges für eine derartige Lösung, wenn man sich wieder vor Augen hält, daß die Mitgliedschaft nur „Anhängsel“ ist und z.B. eine politische Karriere so ziemlich ramponiert werden kann. Für die dann auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene auszusprechende Abberufung wird damit ein kommunalrechtlicher Streit vermieden.

7.2 Für Bayern und Hessen ergibt sich, wie ausgeführt, insofern eine Sonderregelung, als der Bürgermeister oder der Gemeindevorstand die Gemeinde im Aufsichtsrat vertritt. Soweit dies aber nicht in Peron, sondern durch vom Bürgermeister oder Gemeindevorstand bestimmte Vertreter stattfindet, findet sich auch hier kommunalrechtlich eine Bindung an das Amt²⁹⁹. Diese Vertreter sind ebenfalls als Person Aufsichtsratsmitglied und stimmen nicht namens des Bürgermeisters oder des Gemeindevorstandes ab. Auch sie müssen entsandt oder gewählt und gesellschaftsrechtlich abberufen werden.

Die Regelung in Bayern und Hessen sieht zwar eine Bindung an eine haupt- oder ehrenamtliche Tätigkeit vor. Allerdings fehlt es an einer Bindung an die Amtszeit des bestellenden Bürgermeisters oder Gemeindevorstandes. Demgemäß ist hier die Befristung, wie sie Schleswig-Holstein, Thüringen oder Sachsen-Anhalt vorsehen, der entsprechenden Regelung gerade nicht zu entnehmen. Es gilt insofern, was für alle anderen Länder unter 7.1. gesagt wurde.

7.3 Für die GmbH und Genossenschaft besteht darüber hinaus die Möglichkeit, die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder im Gesellschaftsvertrag oder Statut z.B. in Anlehnung an die Amtszeit des Rates zu regeln. Durch eine entsprechende Regelung wird die Abberufung des kommunalen Vertreters im Aufsichtsrat entbehrlich. In den Ländern, die ein

automatisches Ende des Mandates mit der haupt- oder ehrenamtlichen Stellung vorsehen³⁰⁰, stellt sich die Frage, ob die Regelung der GO die jeweilige Gemeinde nicht hierzu sogar verpflichtet. Aus den unter 7.1 genannten Gründen kann es sich aber auch in den anderen Ländern anbieten, in den Gesellschaftsvertrag der GmbH oder das Statut der Genossenschaft eine Regelung aufzunehmen.

8. Minderheitenschutz

Mit der Verhältniswahl von kommunalen Vertretern im Aufsichtsrat wird ein Parteienproporz hergestellt. Eng mit diesem Ansatz verbunden sind die Fragen zum Minderheitenschutz.

8.1 In der weiteren Betrachtung werden wir noch auf die Bedeutung des sog. Weisungsrechts gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern eingehen. Hier soll eine Frage vorweg behandelt werden. Hebelt nicht bei einem Verhältniswahlrecht die Weisung kraft Mehrheitsbeschlusses dann den durch die Verhältniswahl gewährten Minderheitenschutz wieder aus³⁰¹? Die Weisung wird schließlich wiederum von der Mehrheit im Rat beschlossen.

Minderheitenrechte sind grundsätzlich Teilnahmerechte. Auf ein bestimmtes Ergebnis einer Entscheidung hat die Minderheit keinen Anspruch. Soweit ein Weisungsrecht der Mehrheit nicht die Regel wird oder Überhand nimmt, wird man hierin keinen Verstoß gegen das durch die Verhältniswahl begründete Minderheitenrecht sehen können.

8.2 § 88 (2) 1 GO Rh-Pf³⁰² sieht vor, daß die Stimmen der Gemeinden nur einheitlich abgegeben werden können. Ggf. könnte man in den anderen Ländern über eine ähnliche Regelung kraft Weisung des Rates nachdenken. Eine derartige Regelung könnte aber mit dem durch die Verhältniswahl bezweckten Minderheitenschutz im Widerspruch stehen, auch wenn sie sicherlich sinnvoll wäre. Wenn noch andere Gesellschafter an

²⁹⁷ OVG Münster Beschluß v. 12.2.90 in DVBl 90, 834 ff

²⁹⁸ Vgl. Held 9 zu § 113 GO NW

²⁹⁹ Art. 93 (3) BayGO und § 125 (2) 2 HessGO

³⁰⁰ § 25 (2) 2 GO Schl-H, § 74 (3) ThürKO, § 119 (2) 2 GO Sa.-An.

³⁰¹ Vgl. Meier/Wieseler GHJ 93, 174 ff, 177

³⁰² Einheitliche Stimmabgabe; außer bei Kreditaufnahmen Entscheidung der Gesamtheit der Vertreter im Aufsichtsrat, ansonsten ausschlaggebende Stimme des Bürgermeisters

der AG oder GmbH beteiligt sind, könnten diese den Parteienproporz ausnutzen und mal mit den Vertretern der einen Partei, mal mit den Vertretern der anderen Partei stimmen. Die Gefahr dabei ist, daß dann die Interessen der Kommune, die ja von ihren Vertretern gewahrt werden sollen, auf der Strecke bleiben könnten.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Aufsplittung des Stimmrechts eine für die Gemeinde oft besonders ärgerliche Entwicklung sein kann. Wenn man aber nach der Verhältniswahl die Mitglieder bestimmt und damit den Parteienproporz will, kann man nicht generell eine unterschiedliche Ausübung des Stimmrechts ausschließen. Dann hätte sich die jeweilige GO für eine Mehrheitswahl entscheiden müssen, was ja durchaus zulässig wäre. Verhältniswahl und Anordnung einer einheitlichen Stimmabgabe schließen sich aus.

8.3 Wir wollen aber auch noch einmal auf einen Ansatz, den eine Fraktion in einer nordrhein-westfälischen Stadt³⁰³ verfolgte, zurückkommen. Nach einem entsprechenden Ratsbeschluß wurde in den Gesellschaftsvertrag ein Passus aufgenommen, der vorsah, daß die Mitglieder der Fraktionen, die nicht im Aufsichtsrat durch einen Repräsentanten vertreten waren, an den Sitzungen als Zuhörer teilnehmen durften³⁰⁴. Diese Regelung ist dem Minderheitenschutz, wie er teilweise³⁰⁵ für die Ausschüsse gilt, nachempfunden. So heißt es in § 58 (1) 3 GO NW:

„An nichtöffentlichen Sitzungen eines Ausschusses können die stellvertretenden Ausschußmitglieder sowie alle Ratsmitglieder als Zuhörer teilnehmen...“.

³⁰³ Wir können die Stadt leider nicht nennen. Über die Tagung der Rechtsamtsleiter hat der dortige Kollege sowohl Ablichtungen des Beschlusses des VG Arnsberg, als auch des OVG Münster zur Verfügung gestellt. Auch wenn zu diesem Zeitpunkt die Ausarbeitung noch nicht zur Rede stand, dürfen wir dies doch zum Anlaß nehmen, ihm für die Zurverfügungstellung der Unterlagen zu danken. Mittlerweile ist der Beschluß des OVG Münster in NWVBl 97, 67 f veröffentlicht.

³⁰⁴ VG Arnsberg Beschluß v. 12 L 1736/95 v. 23.10.95, S. 4.

³⁰⁵ § 36 (5) KV M-V für beratende Ausschüsse, § 46 (2) GO Sa.-An., § 46 (8) GO Schl.-H., § 50 (4) GO Brand., § 51 (3) NdsGO, § 48 (3) KSVG Saar., § 42 (4) SächsGO

Sowohl das VG Arnsberg, als auch das OVG Münster haben dies abgelehnt. Zu den gesellschaftsrechtlichen Gründen - Verstoß gegen § 109 AktG als Grundprinzip - haben wir schon Stellung genommen. Das VG Arnsberg orientierte sich sehr stark am § 113 GO NW, den es als insoweit abschließende Regelung sieht:

„..., daß der Gesetzgeber in § 113 GO NW n.F. eine umfassende Regelung geschaffen hat, die im Sinne eines Ausgleichs unter Umständen gegenläufiger Interessen der Gemeinde auf Sicherung eines entsprechenden Einflusses in den jeweiligen, insbesondere von ihr selbst gehaltenen privatrechtlichen Unternehmen als auch umgekehrt den berechtigten Interessen des jeweiligen Unternehmens selbst an einem effizienten und wirtschaftlich erfolgreichen Handeln Rechnung tragen soll.“

Das OVG Münster hat die Regelung aus gesellschafts- wie kommunalrechtlichen Gründen abgelehnt, aber auch den insoweit abschließenden Charakter der Sonderregelung des § 113 GO NW bestätigt³⁰⁶. Damit gilt dieser Grundsatz ebenfalls für die Genossenschaft, letztendlich als Strukturprinzip aber auch bei eingetragenen Verein oder Stiftung.

9. Weisung

Im Mittelpunkt der Erörterungen der kommunalrechtlichen Literatur über Rechte und Pflichten kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat³⁰⁷ steht neben der Kollision zwischen Verschwiegenheitspflicht und Unterrichts- bzw. Auskunftsansprüchen das gemeindliche Weisungsrecht in Abgrenzung zum Gesellschaftsinteresse³⁰⁸. Beides sind „Schlüsselthemen“ für die Gemeinde, die sich ja kraft Gesetzes einen angemessenen

³⁰⁶ Hier zitiert nach OVG Münster 15 B 3199/95 Beschluß v. 21.12.95, S. 5

³⁰⁷ Zu den Informations- und Prüfungsrechten der Gemeinde ist hier nicht Stellung zu nehmen, da die Regelungen der §§ 53 f HGrG nicht die Rechte und Pflichten des Aufsichtsratsmitgliedes betreffen - Vgl. insofern z.B. Giesen GHJ 89, 223 ff, zur Beteiligungsverwaltung vgl. Henke/Ruter GHJ 95, 149 ff

³⁰⁸ Held u.a. 8 zu § 113, Rehn/Cronauge III zu § 113, Decher ZIP 90, 277 ff, Harder/Ruter GmbH 95, 813 ff, Janitschek VR 93, 115 ff, 119 f, Meier/Wieseler GHJ 93, 174 ff, 177 ff, Schwintowski NJW 95, 1316 ff, Treder GHJ 86, 145 ff jeweils mit weiteren Nachweisen

Einfluß auf die Gesellschaft sichern muß³⁰⁹. Auch wenn der Aufsichtsrat grundsätzlich keine geschäftsführende Aufgaben hat - Vgl. § 111 (4) 1 AktG für die AG und die oben erörterte Frage der Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben auf den Aufsichtsrat in der GmbH -, zeigen besonders die oben gemachten Ausführungen zur Beratung des Vorstandes als Teil der Überwachung, daß der Aufsichtsrat auf die Unternehmenspolitik einigen Einfluß nehmen kann. Diesen Einfluß kann die Gemeinde nach den kommunalrechtlichen Regelungen durch Weisungen an sich ziehen, um ihrer Pflicht - Ingerenz - zur Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben nachkommen zu können. Dem können natürlich Interessen der Unternehmensleitung - Vorstand oder Geschäftsführer - entgegenstehen, die sich nicht in ihr Unternehmen „hineinregieren“ lassen wollen³¹⁰. Aber auch sachlich gibt es Kollisionen, wie HEW/Janssen³¹¹ gezeigt hat. Während HEW weiter auf die Nutzung des Atomstroms setzte, weil der Ausstieg viel Geld gekostet hätte, setzte die Landesregierung Schleswig-Holstein auf den Ausstieg aus der Atomenergie.

9.1 Die Frage des Weisungsrechtes ist für die einzelnen Länder unterschiedlich geregelt:

9.1.1 Die meisten Länder sehen eine Weisungsgebundenheit vor, die aber, was auf Grund des Vorrang des Gesellschaftsrechts als Bundesrechts eigentlich selbstverständlich ist, nur insofern gilt, als das Gesellschaftsrecht dem nicht entgegensteht:

- In Bayern vertritt der Bürgermeister die Gemeinde im Aufsichtsrat, wobei dies nicht unbedingt bedeutet, daß er als Person auftritt. Sonstige Personen sind aber nur kraft Vollmacht als Vertreter des Bürgermeisters berechtigt, das Mandat im Aufsichtsrat wahrzunehmen. Als Vertreter unterliegen sie den Weisungen des Bürgermeisters³¹². Ebenso sind sie

³⁰⁹ hier § 108 (1) 6 GO NW, vgl. aber auch § 103 (1) 3 GO BW, Art. 91 (1) 3 BayGO, § 102 Nr.2 GO Brand., § 109 (1) 6 NdsGO, § 109 (1) 3 KSVG Saar., § 96 (1) 2 SächsGO, § 102 (1) 3 GO Schl.-H., § 122 (1) 3 HessGO, § 117 (1) 3 GO Sa.-An., § 69 (1) 3 KV M-V. Die Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz enthält nach den uns vorliegenden Unterlagen keine entsprechende Regelung, hier dürfte das Prinzip aber ebenfalls als allgemeiner Grundsatz anwendbar sein.

³¹⁰ Vgl. Schwintowski a.a.O., 1317

³¹¹ Vgl. Beschluß des OLG Hamburg vom 23.1.90, a.a.O. und Decher ZIP a.a.O.

³¹² Vgl. Art. 93 (2) 2 BayGO

verpflichtet, der Aufnahme von Krediten oder einer Unterbeteiligung nur nach vorherigem Beschluß des Rates³¹³ zustimmen.

- In Thüringen findet sich keine ausdrückliche Regelung. Die Haftungsfreistellung in § 74 (2) ThürKO erstreckt sich aber auch auf die Aufsichtsratsmitglieder. Vor allem sind diese nach dem Wortlaut des § 74 (1) ThürKO bei der Aufnahme von Krediten oder der Unterbeteiligung - Beteiligung der Gesellschaft als juristischer Person an einer anderen Gesellschaft - verpflichtet, eine Entscheidung des Rates herbeizuführen³¹⁴. Dort, wo wie in Niedersachsen die Vertreter im Aufsichtsrat nicht weisungsgebunden sind, ist ihnen auch keine solche Pflicht bei Kredit oder Unterbeteiligung auferlegt worden. Damit spricht hier alles dafür, daß die Vertreter im Aufsichtsrat weisungsgebunden sein sollen.

- In Hessen ist der Gemeindevorstand Vertreter im Aufsichtsrat und kann besondere Vertreter bestellen, die an Weisungen gebunden sind³¹⁵.

- In Nordrhein-Westfalen ist vorgesehen, daß die Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat die Interessen der Gemeinde zu verfolgen haben und an Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind³¹⁶. Soweit Gemeinden oder Gemeindeverbände unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 25 % an einem Unternehmen beteiligt sind und dieses Unternehmen sich an einem anderen Unternehmen beteiligen will - sog. Unterbeteiligung -, ergibt sich aus § 108 (3) 3 GO NW das Erfordernis eines vorherigen Ratsbeschlusses.

- Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz und Brandenburg sehen vor, daß die Regelungen für die Vertreter in der Hauptversammlung entsprechend für die Vertreter im Aufsichtsrat gelten und die Vertreter im Aufsichtsrat deshalb den Weisungen und Richtlinien der Gemeindever-

³¹³ Art. 93 (1) BayGO

³¹⁴ Gesellschaftsrechtlich gesehen ist diese Verpflichtung der GO eine der Weisung vergleichbare Einschränkung der selbstverantwortlich wahrzunehmenden Aufsichtsratsmitgliedschaft.

³¹⁵ § 125 (2) i.V.m. (1) HessGO

³¹⁶ § 113 (1) GO NW

tretung zu folgen haben³¹⁷. In Mecklenburg-Vorpommern bedarf die Zustimmung zur Aufnahme von Krediten der Gesellschaft des vorherigen Ratsbeschlusses³¹⁸. In Rheinland-Pfalz darf Krediten und Unterbeteiligungen der Gesellschaft, wenn die Gemeinde oder Gemeindeverbände einen Anteil von mehr als 75 % halten, nur nach Genehmigung der Aufsichtsbehörde zugestimmt werden³¹⁹.

- Sachsen-Anhalt sieht durch einen Verweis auf die Regelung für die Vertretung in der Hauptversammlung vor, daß den Vertretern der Kommune Weisungen erteilt werden können³²⁰.

- In Schleswig-Holstein verweist § 104 (2) GO auf die Regelung für die Ehrenbeamten, die Weisungen der Gemeinde zu befolgen haben³²¹. § 102 (5) GO sieht die Verpflichtung zur Einholung der vorherigen Zustimmung des Rates vor, wenn sich eine Gesellschaft, die zu mehr als 50 % Gemeinden und Gemeindeverbänden gehört, an einer anderen Gesellschaft beteiligen will.

- Das Saarland sieht vor, daß ein Vertreter des Bürgermeisters im Aufsichtsrat dessen Weisung unterliegt, dagegen alle Vertreter im Aufsichtsrat an die Richtlinien des Rates gebunden sind³²². Auch im Saarland ist für Gesellschaften, die zu mehr als 50 % Gemeinden und Gemeindeverbänden gehören, vor der Zustimmung zu einer Unterbeteiligung ein Ratsbeschluß herbeizuführen³²³.

9.1.2 Niedersachsen hat sich gegen eine Weisungsgebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder entschieden. In § 111 NdsGO wird zwischen Regelungen für die Mitglieder im Aufsichtsrat und für die Vertreter und Vertreterinnen in der Gesellschaftsversammlung bzw. Vertreter/Vertreterinnen sehr scharf unterschieden. Nur die Vertreter und Vertreterinnen in der Gesellschaftsversammlung sind an Beschlüsse des Rates und des

³¹⁷ § 71 (2) i.V.m. (1) 3 KV M-V, § 104 (2) i.V.m. (1) 4 GO Brand., § 88 (3) i.V.m.

§ 88 (1) 3 GO Rh-Pf

³¹⁸ § 72 KV M-V

³¹⁹ § 89 GO Rh-Pf

³²⁰ § 119 (2) i.V.m. (1) 3 GO Sa.-An.

³²¹ § 25 (1) GO Schl-H

³²² § 112 (1) 3, (3) KSVG Saar.

³²³ § 109 (5) KSVG Saar.

Verwaltungsausschusses gebunden³²⁴. Da auch die Absätze 3 und 8 für die Aufsichtsratsmitglieder nicht auf Absatz 1 verweisen, hat der Gesetzgeber in Niedersachsen keine Weisung an die Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen.

Demgemäß sieht § 111 (5) NdsGO die vorherige Beschlußfassung des Rates bei einer Unterbeteiligung nur für die Vertreter und Vertreterinnen in Haupt-, Gesellschafts- oder Generalversammlung vor.

9.1.3 Nicht eindeutig formuliert ist die Regelung in Sachsen und in Baden-Württemberg. Dort kann nach § 98 (1) 4 SächsGO und § 105 (1) 3 GO BW den Vertretern in der Haupt-, Gesellschafts- oder Generalversammlung eine Weisung erteilt werden. Im jeweiligen Absatz 2 ist ein Wahlmodus für die Mitglieder im Aufsichtsrat vorgesehen. In jeweiligen Absatz 3 Satz 2 wird die Erstattungspflicht für einen Haftungsfall bei einer Weisung geregelt.

Letztendlich wird man also auf eine Entscheidung des OVG Bautzen oder VGH Baden-Württemberg warten müssen. In beiden Ländern ist weder für die Aufnahme von Krediten, noch für eine Unterbeteiligung der Gesellschaft vorgesehen, daß die Vertreter im Aufsichtsrat für ihre Zustimmung eines Ratsbeschlusses bedürfen. Dies ist sicherlich ein Indiz, daß gegen die Annahme einer Weisungsgebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder spricht. Aber nicht in allen Ländern, in denen Weisungen zulässig sind, ist auch eine derartige Regelung vorzufinden. Daß Absatz 3 Satz 2 seiner Stellung nach auch für Aufsichtsratsmitglieder gilt, legt demgegenüber nahe, daß der Absatz 2 wirklich nur einen Wahlmodus beinhaltet und Weisungen zulässig sind. In beiden Ländern ist aber auch vorgesehen, daß sich die Gemeinde einen angemessenen Einfluß insbesondere im Aufsichtsrat vorbehalten muß³²⁵. Dies spricht eher dafür, daß, wie in den meisten anderen Ländern auch, eine Weisung an Aufsichtsratsmitglieder kommunalrechtlich zulässig ist, soweit nicht das Gesellschaftsrecht dem entgegensteht.

Dabei handelt es sich aber auch nicht um eine rein rechtstheoretische Diskussion, sondern um eine für die kommunalen Vertreter im Auf-

³²⁴ § 111 (1) NdsGO

³²⁵ § 103 (1) 3 GO BW, § 96 (1) 2 SächsGO

sichtsrat wichtige Frage. In beiden Ländern ist die Unterrichtung von kommunalen Gremien durch die Vertreter nicht in der jeweiligen GO verankert. Eine Unterrichtungspflicht, wie sie §§ 394, 395 AktG verlangen, kann sich hier allenfalls aus einer Weisung an die Aufsichtsratsmitglieder ergeben. Ginge man für Baden-Württemberg und Sachsen davon aus, daß die jeweilige Gemeindeordnung eine Weisung an die Aufsichtsratsmitglieder ausschließt, liefe in diesen beiden Bundesländern §§ 394, 395 AktG leer. Die kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat würden dann voll der Verschwiegenheitspflicht unterliegen und könnten sich mit jedem Bericht im kommunalen Raum, der Geheimnisse oder vertrauliche Angaben der Gesellschaft betrifft, strafbar machen.

Es bleibt, wie gesagt, zu hoffen, daß die Gerichte oder der Gesetzgeber ein Klärung herbeiführen. Wir sind - mangels besserer Anhaltspunkte - zu der Ansicht gelangt, daß in Baden-Württemberg und Sachsen Weisungen - zumindest da, wo das Gesellschaftsrecht dies zuläßt - kommunalrechtlich auch an die Aufsichtsratsmitglieder erfolgen können.

9.2 Die gemeinderechtlichen Bestimmungen sprechen von Weisungen oder Richtlinien, Weisungen, der Bindung an Beschlüsse bzw. der vorherigen Einholung eines Beschlusses des Rates bzw. der Aufsichtsbehörde vor der Kreditaufnahme oder Unterbeteiligung.

9.2.1 Bei Richtlinien dürfte es sich um allgemeine Weisungen handeln, die ähnlich wie z.B. die Dienstanweisung im Bereich der Ämter allgemeine Grundsätze aufstellen, die zu befolgen sind.

Dort, wo nur ein Weisungsrecht vorgesehen ist, wird man entsprechend zwischen allgemeinen und besonderen Weisungen unterscheiden müssen. Es wäre eine Überstrapazierung des Gesetzesvorbehaltes hier nur in den Ländern, die Richtlinien ausdrücklich nennen, allgemeine Weisungen zuzulassen. Vielmehr wird man den Begriff der Weisung als Oberbegriff verstehen müssen.

9.2.2 Die Bindung an Beschlüsse in Nordrhein-Westfalen betont, was sich für andere Länder daraus ergibt, daß es einer Weisung des Rates oder der Gemeindevertretung bedarf. Hier sind ebenfalls allgemeine und besondere Weisungen als zulässig anzusehen.

9.2.3 Eine Sonderregelung haben einige Länder für Zustimmungen zu Kreditaufnahmen und Unterbeteiligungen vorgesehen, in den anderen Ländern könnte dies Gegenstand einer Richtlinie oder Weisung sein. Kreditaufnahmen und Unterbeteiligungen bedürfen in vielen Fällen nach § 111 (4) AktG, §§ 52 (1) GmbHG, 111 (4) AktG der Zustimmung des Aufsichtsrates. Vor Erteilung der Zustimmung bedarf es dann eines vorherigen Beschlusses des Rates oder der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Aus Sicht des Gesellschaftsorgans Aufsichtsrat ist dies wie eine Weisung an die kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat eine rein interne Bindung. Daß es hier Probleme mit dem Gesellschaftsrecht geben kann, zeigen § 108 (3) 5 GO NW, § 102 (5) 5 GO Schl-H und § 109 (5) 5 KSVG Saar³²⁶.

Kreditaufnahmen der Gesellschaft sind von einem „einfachen Geschäft der laufenden Verwaltung“ bis hin zu einem besonderen Risikogeschäft gestreut. Dabei ist je nach Lage des Unternehmens und der Höhe des Kredits eine unterschiedliche Beurteilung möglich. Allerdings wird man heute kaum noch wirtschaftliche Unternehmen finden, die ohne Kreditaufnahmen arbeiten.

Unterbeteiligungen können zu ganz erheblichen Verschiebungen im Hinblick auf den Einfluß der Gemeinde auf die AG oder GmbH bringen.

Ob die hier genannten Geschäfte die einzigen sind, die besonders risikoreich sind, mag dahingestellt bleiben.

Hier kommt allerdings wiederum zum Tragen, daß der Vertreter im Aufsichtsrat anders als der Vertreter in der Hauptversammlung Repräsentant und nicht Vertreter i.S.d. §§ 164 ff BGB ist. Oben - bei der Erörterung des gewissenhaften und ordentlichen Geschäftsleiters und der Verschwiegenheitspflicht - haben wir dargestellt, daß die Aufsichtsratsmitglieder eine Selbstverantwortung übernehmen müssen. Daß dies auch von der Rspr anerkannt wird, zeigt die Entscheidung des OVG Münster, die hier Sachkunde und Fachwissen des einzelnen als maßgebliches Kriterium genannt hat³²⁷. Mit der so beschriebenen eigenverantwortlichen

³²⁶ "Die Sätze 1 bis 4 gelten nicht, soweit ihnen zwingende Vorschriften des Gesellschaftsrechts entgegenstehen."

³²⁷ Vgl. OVG Münster Urteil v. 28.10.83 in GHJ 83, 288 ff

Stellung ist ein Zustimmungsvorbehalt - der anders als eine Einzelweisung eine generelle Einschränkung vorsieht - nicht vereinbar. Vielmehr wird das Aufsichtsratsmitglied für sich im Einzelfall entscheiden müssen, wie mit Krediten und Unterbeteiligungen in der Gesellschaft verfahren werden soll und ob es die Angelegenheit z.B. für so bedeutsam hält, daß dem Rat Bericht erstattet wird.

Für die Länder, die den Zustimmungsvorbehalt generell vorsehen, wird man die Verpflichtung zur Einholung eines Ratsbeschlusses auf die Vertreter in Haupt-/Gesellschafterversammlung beschränken müssen. In den Ländern, in denen keine Regelung vorgesehen ist, würde eine Richtlinie oder Weisung gegen Strukturprinzipien des bundesrechtlich geregelten Gesellschaftsrechts verstoßen und wäre unwirksam. Bestätigt wird dies Ergebnis aber auch durch die o.g. Rspr zur Frage der Gemeindeangelegenheit³²⁸. Auch die Kreditaufnahme oder Unterbeteiligung der AG, Genossenschaft oder GmbH sind keine Gemeindeangelegenheiten.

9.3 In Bayern steht das Weisungsrecht dem Bürgermeister zu. In Hessen wird es von dem Gemeindevorstand ausgeübt.

In den meisten anderen Ländern steht das Weisungsrecht dem Rat oder der Gemeindevertretung zu. Wo, wie in Sachsen-Anhalt und Baden-Württemberg ein Weisungsrecht der Gemeinde zugewiesen wird, dürfte es wegen der Bedeutung der Angelegenheit dem Rat zustehen. In Nordrhein-Westfalen besteht eine Bindung auch an die Beschlüsse der Ausschüsse.

Die Weisung wird, wie Nordrhein-Westfalen betont, von dem Gemeindeorgan durch Beschluß ausgeübt. Hier stellt sich die oben diskutierte Frage, inwieweit sich das Aufsichtsratsmitglied, das zugleich Mitglied im Rat ist, enthalten muß.

Unstreitig sein dürfte, das es sich bei dem Weisungsrecht um eine gemeinderechtlich zulässige Vorschrift handelt. Fraglich ist allerdings, was

³²⁸ Vgl. OVG Münster v. 28.10.83 in GHJ 83, 286 f und für eine Sparkasse VGH Mannheim NVwZ-RR 90, 320 ff

zu gelten hat, wenn die Weisung der Gemeinde mit den Interessen der Gesellschaft kollidiert.

9.4 Einen eleganten Weg, eine recht schwierige weitere Diskussion abubrechen, hat die Literatur gewiesen. Das Beanstandungsrecht des Bürgermeister oder des Gemeindegeldirektors bezüglich rechtswidriger Beschlüsse des Rates solle auch dann eingreifen, wenn der Beschluß gesellschaftswidrig sei. Käme man also zum Ergebnis, daß das Aufsichtsratsmitglied mit der Befolgung der Weisung dem Gesellschaftsrecht widerspreche, müßte eine Beanstandung des Ratsbeschlusses erfolgen³²⁹. Insofern sei zwischen der Beanstandung innerhalb der Gemeinde und den Aufsichtsrechten der übergeordneten Behörden, die nur wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Normen ausgeübt werden dürften, zu unterscheiden³³⁰. Dabei steht im Hintergrund, daß nach allen Gemeindeordnungen die Stadt das Aufsichtsratsmitglied von den finanziellen Folgen der Entscheidung freistellen muß. Hier sei zumindest mittelbar auch ein Verstoß gegen die Grundsätze der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung gegeben, so daß auch öffentliches Recht verletzt würde³³¹. Damit würde zwar in den Ländern, in denen ein Weisungsrecht vom Bürgermeister oder Gemeindevorstand ausgeübt wird, keine Abhilfe geschaffen. Dort, wo es einer Entscheidung des Rates bedarf, wäre dies allerdings ein Lösung.

Die Länder haben das Beanstandungsrecht recht unterschiedlich geregelt. In der Regel muß ein Ratsbeschluß beanstandet werden, wenn er rechts- oder gesetzeswidrig ist³³². In vielen Fällen kann der Beschluß zusätzlich

³²⁹ Vgl. Erichsen S. 23 ff

³³⁰ Erichsen S. 24 Fn. 85

³³¹ Held u.a. 2 zu § 54

³³² § 43 (2) 1 GO BW, Art. 59 (2) BayGO, § 65 (1) GO Brand., § 54 (2) GO NW, § 33 (1) 1 KV M-V, § 42 (1) GO Rh-Pf, § 60 (1) KSVG Saar., § 52 (2) SächsGO, § 44 ThürKO, § 62 (3) 1 GO Sa.-An.; in Niedersachsen ist nach § 65 (1) NdsGO unverzüglich der Aufsichtsbehörde zu berichten, wobei dies entfällt, wenn der Bürgermeister, was in seinem Ermessen steht, statt dessen beanstandet. Ein Unterfall eines rechtswidrigen Beschlusses ist es, wenn nach § 42 (1) GO Rh-Pf der Beschluß beanstandet werden muß, wenn er die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit verletzt.

beanstandet werden, wenn er für die Gemeinde nachteilig³³³ ist oder das Wohl der Gemeinde³³⁴ gefährdet.

Man wird allerdings Zusammenhänge zwischen der Kommunalaufsicht und der Beanstandung in der Gemeinde nicht leugnen können. Das OVG Münster hat in seinem Beschluß vom 17.4.75 dazu ausgeführt³³⁵:

„Ebenso wie die Führung der Kommunalaufsicht gegenüber einer Gem. nach den §§ 106 ff GO ... dient die ebenfalls auf eine reine Legalitätskontrolle beschränkte Beanstandungspflicht des GemDir. nach § 39 (2) 1 GO vielmehr ausschließlich dem Wohl der Gemeinde und der Wahrung der staatlichen Ordnung im Interesse der Allgemeinheit...“

Als rechtswidrig wird man deshalb einen Beschluß nur dann bezeichnen können, wenn er öffentlich-rechtliche Rechtsvorschriften verletzt.

Man kann einen gesellschaftsrechtlich unzulässigen Beschluß aber auch nicht unbedingt als nachteilig oder das Wohl der Gemeinde verletzend ansehen. Die Gemeinde kann durchaus aus ihrer öffentlich-rechtlichen Sicht berechtigt oder sogar gehalten sein, eine Weisung zu erteilen. Die Einflußnahme z.B. im Bereich der Daseinsvorsorge soll ja auch der Durchsetzung der gemeinderechtlich verbürgten Zugangsansprüche der Bürger dienen. Da, wo die Gemeindeordnung dem Bürger den Anspruch auf Benutzung z.B. eines Schwimmbades einräumt, muß die Gemeinde, wenn sie das Schwimmbad in Form einer GmbH betreibt, ggf. nach den gemeinderechtlichen Vorschriften eine Weisung erteilen, wenn die GmbH dem betroffenen Bürger den Zugang, weil z.B. eine Schadensersatzforderung wegen etwaiger Beschädigungen geltend gemacht wird, aus Sicht der GmbH zu Recht verweigert.

Der Gesellschaft steht bei Befolgung der Weisung ggf. die Möglichkeit zu, eine Abberufung des Aufsichtsratsmitgliedes aus wichtigem Grund zu betreiben oder vor den Zivilgerichten einen Haftungsanspruch geltend zu machen. Sie ist also nach dem Zivilrecht nicht „wehrlos“. Uns

³³³ § 43 (2) 1 GO BW, § 52 (2) SächsGO, § 63 (3) 2 GO Sa.-An.

³³⁴ § 54 (1) GO NW, § 33 (1) 2 KV M.-V, § 43 (1) GO Schl.-H

³³⁵ OVG Münster Beschluß v. 17.4.75 in Kottenberg/Rehn Nr. 5 zu § 39

erscheint es dann aber eine unzulässige Vermischung der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Fragen zu sein, einen Beschluß zu beanstanden, weil er gesellschaftsrechtlich unzulässig sein sollte.

9.5 Wie hat also das Aufsichtsratsmitglied zu verfahren, wenn die Gemeinde von ihrem Weisungsrecht Gebrauch macht, das gewünschte Verhalten aber gesellschaftswidrig wäre - wie bei HEW/Janssen der gewünschte Ausstieg aus der Atomenergie? Dieser Frage wollen wir uns zuerst bezüglich der AG zuwenden. Die Bestimmung des § 111 (5) AktG, auf die es hier ankommt, gilt nach § 52 (1) GmbHG auch für die GmbH. Bei der Genossenschaft sieht § 38 (4) GenG eine dem AktG vergleichbare Regelung vor. Lehnt man für die AG ein Weisungsrecht ab, muß man auch für die Genossenschaft verneinen, wird aber für die GmbH noch zu erörtern haben, ob nicht eine gesellschaftsvertragliche Regelung möglich ist.

Man kann es sich hier einfach machen und auf Art. 31 GG zurückgreifen. Das AktG ist ein Bundesgesetz. Außer in §§ 394 f AktG, 53 f HGrG sieht das Bundesrecht keine Sonderregelung für die Kommunen vor. Einige gemeinderechtliche Vorschriften ziehen den richtigen Schluß, indem es zum Weisungsrecht heißt, daß entgegenstehende gesetzliche Vorschriften vorgehen. Die anderen Gemeindeordnungen müssen insofern das GG respektieren.

Der BGH hat bereits in seinem Urteil vom 29.1.62 zu diesem Konflikt Stellung bezogen:

„Entsandte Aufsichtsratsmitglieder haben dieselben Pflichten wie die gewählten Aufsichtsratsmitglieder. Als Angehörige eines Gesellschaftsorgans haben sie den Belangen der Gesellschaft den Vorzug vor denen des Entsendungsberechtigten zu geben und die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ohne an Weisungen des Entsendungsberechtigten gebunden zu sein“³³⁶.

³³⁶ BGH Urteil v. 29.1.62 in BGHZ 36, 296 ff, 306, zur weiteren Rspr des BGH vgl auch Schwintowski NJW 95, 1316 ff

Das OVG Münster z.B. hat sich dem ausdrücklich angeschlossen. Insofern heißt es in dem Beschluß vom 28.10.83 - zum Aufsichtsrat einer GmbH- :

*„Bei den in § 55 Abs. 3 genannten Organen handelt es sich nicht um solche mit Lenkungsfunktionen (Vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG), die - unabhängig davon, wer sie berufen hat - die Belange des Unternehmens, nicht die der Gesellschafter (bzw. Aktionäre oder Mitglieder) wahrzunehmen haben, ...“*³³⁷

So richtig ein solcher Gedanke oberflächlich betrachtet sein mag, stellen sich zum Vorrang des Gesellschaftsrechts tiefergehende Fragen.

9.5.1 Die AG verfolgt nach ihrer gesellschaftsrechtlichen Ausrichtung den Zweck der Gewinnerzielung³³⁸. Dem können, wie bei HEW/Janssen, politische Bestrebungen der Gemeinde gegenüberstehen. Hier kann man sicherlich verstehen, wenn Gerichte den Gemeinden eine Absage erteilen. Dem stehen aber auch gesetzliche Vorschriften zum Schutz des einzelnen Bürgers - vgl. oben den Zugang zum Schwimmbad - gegenüber. Noch deutlicher wird dies aber für die bereits angesprochenen Bereiche der Abfall- und Abwasserbeseitigung, die zum einen durch ein immer prägnanteres Umweltbewußtsein geprägt werden. Zum anderen findet hier aber auch die Diskussion um die Höhe der Entwässerungs- und Abfallbeseitigungsgebühr ganz maßgeblichen Anklang. Wenn in diesen Bereichen die Gemeinde durch eine AG oder GmbH tätig wird, soll dann für diese Gesellschaft sowohl Umweltfragen, als auch die Gebührenproblematik gleichgültig sein, sondern nur die Gewinnerzielung im Vordergrund stehen ?

Auf der anderen Seite hat die Gemeinde einen Vertreter in der Hauptversammlung. Ggf. kann sie einen Vertreter für den Vorstand vorschlagen. Soweit eine AG neu gegründet werden sollte, kann die Gemeinde Einfluß nehmen auf die Formulierung des Unternehmenszweckes. Die Gemeinde hat also die Rechte, die auch anderen Aktionären zukommen können. Ob es ihr gelingt, durch diese Rechte auch ohne eine Weisung an Aufsichts-

³³⁷ OVG Münster v. 28.10.83 in GHJ 83, 287 ff, 288

³³⁸ Ausgenommen natürlich die sog. gemeinnützige GmbH, die nach ihrer Ausgestaltung auf gemeinnützige Zwecke im Sinne des Steuerrechts ausgerichtet ist.

ratsmitglieder ihre öffentlichen Aufgaben angemessen wahrzunehmen, hat sie in die Frage, ob sie eine Aufgabe privatrechtlich wahrnehmen will, einfließen zu lassen³³⁹. Auch dies ist ein Risiko, daß die Gemeinde mit jedem anderen Aktionär teilt. Wer in einem großen Umfang Aktien eines Unternehmens erwirbt, wird auch vor der Frage stehen, wie er seine Investition im Rahmen seiner Stellung als Aktionär schützen kann.

Der öffentliche Zweck kann also keinen zwingenden Grund dafür liefern, daß das Aufsichtsratsmitglied gesellschaftswidrige Weisungen der Gemeinde befolgt.

9.5.2 Allerdings treffen die Gemeinde bei einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit besondere Bindungen - sog. Verwaltungsprivatrecht³⁴⁰. Gibt es nur ein belastendes, nicht auch ein berechtigendes Sonderrecht öffentlich-rechtlicher Anteilseigner? Schließlich und letzten Endes weiß die Gesellschaft um die Bindungen der Gemeinde als Gesellschafter und - ganz vorsichtig formuliert - wird die Mitgliedschaft der Gemeinde nicht immer nur als Belastung empfinden.

Der Gesetzgeber hat insofern gerade mit §§ 394 f AktG - neben §§ 53 f HGrG - einen Schritt getan, um die besondere Situation der Kommunen zu berücksichtigen. Damit hat er den weiteren Schritt, besondere Einflußnahmen der Kommunen z.B. begrenzt auf die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften zuzulassen, abgelehnt. Ob an dieser Ablehnung festzuhalten sein wird, ist nun keine juristische, sondern eine politische Diskussion, der hier in keiner Weise vorgegriffen werden soll. Auch wegen der besonderen Bindung der Gemeinde z.B. durch das Verwaltungsprivatrecht kann ihr ohne gesetzliche Regelung kein dem Gesellschaftsinteresse vorgehendes Weisungsrecht eingeräumt werden.

9.5.3 Das AktG sieht, wie oben zu Pflicht oder Ermessen zum Einschreiten bei der Überwachung³⁴¹ oder bei der Anordnung von Zustimmungsvorbehalten dargestellt, oftmals einen Beurteilungsspielraum vor. Kann nicht zumindest innerhalb dieses Beurteilungsspielraumes eine

³³⁹ Vgl. nur das Urteil des OVG Münster v. 15.12.94 - hier zitiert nach einer Ablichtung des Urteils in dem Verfahren 9 A 2251/93, S. 7

³⁴⁰ Vgl. nur Stober NJW 84, 449 ff und Schoch DVBl 94, 62 ff

³⁴¹ Nach dem Urteil des BGH vom 21.4.97 dann, wenn das Handeln des Vorstandes nicht gegen die Gesetze oder die Satzung verstößt.

Weisung der Gemeinde erteilt werden³⁴²? Wem steht die Ausübung des Beurteilungsspielraumes zu? Immerhin ist es ja in allen gemeinderechtlichen Regelungen so, daß die Befolgung der Weisung letztendlich die Haftung des Aufsichtsratsmitglieds entfallen läßt³⁴³.

Hier kommt es wieder auf die Stellung als Repräsentant der Gemeinde an. Das Aufsichtsratsmitglied hat einen persönlichen, nur von ihm ausübenden Beurteilungsspielraum. Wie oben bereits dargestellt, ist eine dauernde oder grundsätzliche Heranziehung eines Dritten als Verstoß gegen § 111 (5) AktG unzulässig³⁴⁴. Auch die Gemeinde als Aktionär ist insofern Dritter. Es ist also - vorbehaltlich der Fragen zur Verschwiegenheitspflicht - nicht ausgeschlossen, daß sich das Aufsichtsratsmitglied in Einzelfällen Rückendeckung bei der Gemeinde holt. Grundsätzlich verbleibt aber die Ausfüllung des gesellschaftsrechtlichen Beurteilungsspielraumes bei ihm.

9.5.4 Wie wirkt sich hier die Sonderregelung für Bayern und Hessen aus, nach der der Bürgermeister oder Gemeindevorstand die Gemeinde vertritt, aber wiederum Vertreter bestellen kann?

Werden Vertreter des Bürgermeisters oder Gemeindevorstandes bestellt, sind diese gesellschaftsrechtlich nicht anders zu behandeln, als gewählte Vertreter der Gemeinde oder als Vertreter für den Bürgermeister in den Ländern, in denen dieser Mitglied kraft Amtes ist. Auch hier treten die Personen nach dem AktG im eigenen Namen auf und sind nicht weisungsgebunden.

9.6 Dies für die AG gefundene Ergebnis gilt im gleichen Maße für die Genossenschaft.

9.7 Wie § 52 GmbHG zeigt, kann man für das für die AG gefundene Ergebnis ggf. nur unter dem Vorbehalt auf die GmbH übertragen, daß der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt. Kann also der Gesell-

schaftsvertrag vorsehen, daß ein Aufsichtsratsmitglied den Weisungen des ihm entsendenden Gesellschafters unterliegt?

9.7.1 Die GmbH kennt ein Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern - Vgl. § 37 (1) GmbHG -, während § 76 AktG dies für die AG ausschließt. Insofern können die Gesellschafter die Geschäftsführung, wenn auch nicht die Vertretung³⁴⁵, beeinflussen. Der BGH hat dies in seinem Urteil vom 14.12.59³⁴⁶ so umschrieben:

„Er (Anmerkung: der Geschäftsführer der GmbH) hat nicht, wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft ..., die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten, sondern ist den im Rahmen von Gesetz, Satzung und guten Sitten bleibenden Weisungen der Gesellschafter unterworfen.“

Damit ist natürlich auch die Frage aufgeworfen worden, ob der Gesellschaftsvertrag nicht auch Weisungen gegenüber dem Mitglied im Aufsichtsrat vorsehen kann³⁴⁷. Wenn aber das Gesellschaftsrecht für den Aufsichtsrat der GmbH eine Weisung zuläßt, gibt es keine Konflikte zwischen Gemeindeordnung und Gesellschaftsrecht.

Zum einen braucht es nach § 37 (1) GmbHG eines Gesellschafterbeschlusses. Dies unterscheidet die Regelung schon gegenüber der Weisung eines einzelnen Gesellschafters. Man wird mit dem o.g. Beschluß des BGH dort, wo es sich um eine 100 %-ig städtische Gesellschaft handelt, daran noch vorbeikommen können.

Aber Gegenstand der Regelung des § 37 (1) GmbHG ist nur die Geschäftsführung. Dagegen obliegt dem Aufsichtsrat grundsätzlich die Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführung. Die GmbH muß keinen Aufsichtsrat haben. Die Überwachung der Geschäftsführung obliegt nach dem gesetzlichen Leitbild der Gesellschafterversammlung. Nun wird diese Aufgaben im Grunde von der Gesamtheit der Gesellschafter auf einen Aufsichtsrat übertragen, dieser jedoch gleich inhaltlich der

³⁴² Vgl. Noack StuGR 95, 379 ff, 381

³⁴³ § 105 (3) GO BW, Art. 93 (2) BayGO, § 104 (4) GO Brand., § 125 (3) HessGO, § 111 (8) i.V.m. (6) NdsGO, § 113 (6) GO NW, § 71 (3) KV M-V, § 88 (4) GO Rh-Pf, § 112 (4) KSVG Saar., § 98 (3) SächsGO, § 119 (3) GO Sa.-An., § 25 (3) GO Schl.-H., § 74 (2) ThürKO

³⁴⁴ BGH v. 15.11.82 in BHGZ 85, 293 ff

³⁴⁵ Gemäß § 37 (2) GmbHG bleibt die Vertretungsbefugnis unbeschränkt. Eine Ausnahme gilt bei Rechtsmißbrauch - vgl. dazu OLG Hamm Urteil v. 18.11.96 in NJW-RR 97, 737 f

³⁴⁶ BGH Urteil v. 14.12.59 in BGHZ 31, 259 ff, 278

³⁴⁷ Vgl. Konzen NJW 89, 2977 ff und Janitschek VR 93, 115 ff, 120

Überwachungsaufgabe ganz oder teilweise entkleidet. Überwachung fordert aber, wie bereits ausgeführt, Selbstverantwortung und auch Entscheidungsbefugnis.

Da also die GmbH keinen Aufsichtsrat bilden muß, aber im Rechtsverkehr gerade auch zum Schutz der Gläubiger gewissen Bindungen unterworfen wird, wenn sie einen Aufsichtsrat bildet, kann man - gerade auch nach den Grundsätzen des BGH³⁴⁸ - die Aufsichtsratsmitglieder keiner Weisung unterwerfen. Der Unterschied zur Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer liegt in dem durch die Einrichtung des Aufsichtsrats im Geschäftsverkehr geweckten Vertrauen auf die selbstverantwortlichen Überwacher³⁴⁹.

9.7.2 Eine letzte Frage verbindet sich mit den Funktionen des Aufsichtsrats in der GmbH. Nach h.M. können dem Aufsichtsrat im beschränkten Umfang auch Aufgaben der Geschäftsführung zugewiesen werden. Soll wenigstens hier der Aufsichtsrat analog § 37 (1) GmbHG weisungsgebunden sein?

Die Gesellschafterversammlung kann die Aufgabe aber grundsätzlich bei den weisungsgebundenen Geschäftsführern belassen. Der Aufsichtsrat gilt aber für den Rechtsverkehr als unabhängiges Überwachungsorgan. Werden ihm Geschäftsführungsaufgaben übertragen, wird damit auch die Erwartung einer besonderen, unabhängigen Wahrnehmung geweckt.

Also kommt auch in diesem Bereich eine gesellschaftsvertragliche Regelung nicht in Betracht.

9.8 Bei der vorstehenden Diskussion zur GmbH ist deutlich geworden, daß die Eigenverantwortlichkeit zu den tragenden Prinzipien des Instituts Aufsichtsrat gehört. Damit ergibt sich auch die Frage, wie sich eine Weisung beim Aufsichtsrat eines Vereins oder einer Stiftung auswirkt. Mit der Einrichtung dieses Organs wird der Eindruck einer eigenverantwortlichen Überwachung erweckt. Wie bei der GmbH schließt dies es aus, hier eine Weisungsgebundenheit kommunaler Vertreter im Auf-

sichtsrat bei einer gesellschafts- oder stiftungswidrigen Weisung anzunehmen.

9.9 Kann man das hier gefundene Ergebnis nun mit den Mitteln des Gesellschaftsrecht wiederum umgehen? Wir können dies Problem im anstehenden Zusammenhang nicht ausdiskutieren. Gewisse Ansätze finden sich jedoch immer wieder in der Diskussion um die Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder. Wir wollen diese Fragen, soweit dies für das Verständnis des Themas angebracht ist, hier nur kurz anreißen.

9.9.1 Ein Weg, der hier zur Diskussion gestellt wurde, ist die Parallelweisung an die Mitglieder in Haupt- oder Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat³⁵⁰ bzw. für die GmbH an Geschäftsführung und Aufsichtsrat.

9.9.1.1 In der AG ist die Gemeinde darauf angewiesen, daß das Mitglied in der Hauptversammlung einen entsprechenden Beschluß herbeiführt. Wie oben erörtert, kann die Verantwortlichkeit des Vorstandes nach § 93 (4) AktG entfallen, wenn dieser auf Grund eines Hauptversammlungsbeschlusses arbeitet. Es dürfte dem Mitglied im Aufsichtsrat dann nicht schwerfallen, dafür einzutreten, daß der Aufsichtsrat nichts unternimmt, weil der Aufsichtsrat auch nicht mittelbar die Hauptversammlung überwachen kann. Der parallelen Weisung an den Aufsichtsrat bedürfte es hier eigentlich nicht, obwohl zumindest mittelbar so der Druck auf den Vorstand erhöht werden kann.

9.9.1.2 In der GmbH kann gemäß § 37 (1) GmbHG durch Beschluß der Gesellschafterversammlung der Geschäftsführung eine Weisung erteilt werden. Die Weisung an den Aufsichtsrat dürfte sich dann ebenfalls im Rahmen des gesellschaftsrechtlich zulässigen bewegen, da die Geschäftsführer bei Nichtbefolgung der Weisung ihre gesellschaftsrechtlichen Pflichten verletzen.

Voraussetzung ist aber in beiden Fällen, daß ein Beschluß der Haupt- oder Gesellschafterversammlung herbeigeführt wird.

³⁴⁸ Keine Gläubigergefährdung Vgl. BGH Urteil v. 14.12.59 a.a.O.

³⁴⁹ Vgl. Schwintowski NJW 95, 1316, 1318, Treder GHJ 86, 145 ff, 146 f

³⁵⁰ Vgl. Hansen GHJ 90, 270 ff, 271

9.9.2 Ein anderer Weg einer möglichen Umgehung ist immer wieder die Erörterung, ob die Stadt bezüglich ihrer Beteiligungen als Konzern zu sehen ist oder zur Verwaltung ihrer Beteiligungen eine Holding gründen soll³⁵¹. Dies betrifft nicht direkt die Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder, kann aber in diesem Kontext nicht ganz außen vor bleiben.

Die Konzernmutter kann nach § 291 (1) AktG über einen sog. Beherrschungsvertrag die Leitung der Konzerntöchter übernehmen. § 299 AktG zeigt deutlich, daß dies als direktes Weisungsrecht der Konzernmutter verstanden werden kann. Gemäß § 302 (1) AktG hat die Konzernmutter allerdings auch die entsprechenden Verluste zu übernehmen.

9.9.2.1 Der erste Diskussionsansatz in dieser Richtung war der „Konzern Stadt“. Dies erledigte sich allerdings sehr schnell, weil die gemeinderechtliche Vorschriften vorsehen, daß eine Haftungsbegrenzung erfolgen muß, die mit § 302 (1) AktG unvereinbar ist³⁵².

9.9.2.2 Der zweite Diskussionsansatz ist die Bildung einer Holdinggesellschaft³⁵³. Hier wird eine GmbH gegründet, die wiederum als Konzernmutter gegenüber allen oder einem Teil der städtischen Gesellschaften auftritt. Die Stadt ist hier nur an der Holding-GmbH beteiligt. Die unbegrenzte Haftung nach § 302 (1) AktG trifft dann die Holding-GmbH. Für die Stadt als eigentliche Konzernmutter wird vertreten, daß sie eine unbeschränkte Haftung nur bei einer mißbräuchlichen Wahl der Rechtsform treffe³⁵⁴. Über die Weisung nach § 37 (1) GmbHG gegenüber der Geschäftsführung der Holding-GmbH erfolgt die Steuerung der Beteiligungen. Hierzu sei nur angemerkt, daß dieser Ansatz wohl nur dann Sinn macht, wenn die Gemeinde auch den Mut aufbringt, die Holding notfalls in Konkurs gehen zu lassen, was politisch oftmals recht schwierig ist.

³⁵¹ Vgl. Noack StuGR 95, 379 ff, 382 ff

³⁵² Schmidt/Aßmann-Ulmer BB Beilage 13/1988 S. 5 und Noack StuGR 95, 379 ff, 382 f, vgl. aber auch den Beschluß des BGH v. 7.5.97 zum Verhältnis Land Niedersachsen-VW Beschluß v. 17.3.97 ZIP 97, 887 ff. In dem Beschluß des BGH wurde dem Land Niedersachsen auf Grund einer 20 %-Beteiligung an VW eine beherrschende Stellung attestiert.

³⁵³ Vgl. Noack StuGR 95, 379 ff, 382 ff

³⁵⁴ Noack a.a.O. S. 383 f

9.9.2.3 Wenn ein Holding-GmbH gegründet wird, gehen die Berichte der Tochterfirmen erst einmal der Geschäftsführung der GmbH zu. Auch übt diese erst einmal die Beherrschung der Tochterfirmen aus. Deshalb erscheint uns hier die Frage der Beteiligung an der Geschäftsführung der GmbH im Vordergrund zu stehen. Für den Aufsichtsrat stellt sich bei der Holding-GmbH verstärkt das Problem, daß nach dem GmbHG Berichte keine Bringschuld der Geschäftsführung, sondern Holschuld sind, er sie also anfordern muß. Bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrages der Holding-GmbH sollte dies genauso ein Thema sein, wie die Frage, ob man hier nicht von der Möglichkeit Gebrauch machen sollte, dem Aufsichtsrat in Einzelfragen die Geschäftsführung zu übertragen³⁵⁵.

Um nicht von unserem Thema in die allgemeine Diskussion um das Controlling³⁵⁶ bei der privatwirtschaftlicher Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben abzugleiten, wollen wir es bei diesen Ausführungen bewenden lassen.

10. Verschwiegenheit

Wie oben bereits angedeutet, ist das andere „große“ Thema in Bezug auf Rechte und Pflichten kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat die Verschwiegenheitspflicht³⁵⁷. Um überhaupt beurteilen zu können, ob der Bedarf zu einem Einschreiten im Hinblick auf die AG oder die GmbH besteht, muß die Gemeinde über Informationen über die Gesellschaftsangelegenheiten verfügen. Die Gemeinde kann als Aktionär in der AG gemäß § 131 AktG Auskunft in der Hauptversammlung verlangen. In der GmbH haben die Geschäftsführer sogar der Gemeinde als Gesellschafter auf Verlangen Auskunft zu erteilen und Einsicht in Bücher und Unterlagen zu gewähren. Aber in beiden Fällen muß die Initiative von

³⁵⁵ Vgl. zum Aufsichtsrat im Konzern Hommelhoff ZGR 96, 144 ff

³⁵⁶ Controlling ist grob gesagt die Kontrolle, ob die gewünschten Ziele erreicht werden. In vielen Gemeinden findet sich diesbezüglich z.B. die Anordnung, sog. Beteiligungsberichte zu erstellen. Controlling ist neben der Stellung kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat sicherlich ein weiteres zentrales Thema in der Diskussion um das Für und Wider privatwirtschaftlicher Aufgaben öffentlicher Verwaltung.

³⁵⁷ Rehn/Cronauge IV 4 zu § 113, Meier/Wieseler GHJ 93, 174 ff, Schmidt-Aßmann/Ulmer BB-Beilage 13/88, Schwintowski NJW 90, 1009 ff, Treder GHJ 86, 145 ff mit weiteren Nachweisen

der Gemeinde ausgehen. Diese Möglichkeiten ersetzen nicht eine Information über die Vertreter im Aufsichtsrat. Dies folgt zum einen aus dem Informationen, die der Aufsichtsrat kraft seiner Stellung erhält. Diese Informationen dürften weit über das hinausgehen, was dem Gesellschafter auf sonstigem Wege bekannt wird. Es dürfte auch ganz etwas anderes sein, wenn seitens der Aufsichtsratsmitglieder berichtet wird, als wenn der Gesellschafter eine ihm sonst zugegangene Information bei der Geschäftsführung hinterfragt. Wenn die Gemeinde sich einen angemessenen Einfluß auf die Gesellschaft sichern muß³⁵⁸, so ist die Unterrichts- und Auskunftspflicht des Aufsichtsrats die wichtigste Voraussetzung hierfür, kann man doch von allen anderen Möglichkeiten - auch der Weisung, soweit diese zulässig ist - erst Gebrauch machen, wenn man weiß, daß hierzu Veranlassung gegeben ist.

Auch insofern haben die Länder unterschiedliche Wege beschritten. Die Verpflichtung zur Unterrichtung ist in einigen Ländern im Gesetz vorgesehen. Dort, wo dies nicht erfolgt ist, kann sie Gegenstand einer Weisung an die Aufsichtsratsmitglieder sein, die dann ggf. wegen §§ 394, 395 AktG nicht mit dem Gesellschaftsrecht kollidiert, also zulässig ist. - Nordrhein-Westfalen sieht die Verpflichtung vor, den Rat in Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten³⁵⁹.

- Die Gemeindeordnung in Niedersachsen hat uns hier vor Probleme gestellt. In § 111 (4) NdsGO ist vorgesehen, daß Vertreter und Vertreterinnen der Gemeinde den Rat über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten haben, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Auch andere Regelungen - Absatz 6 und 7 - gelten nur für Vertreter und Vertreterinnen. Auf sie wird in Absatz 8 für Aufsichtsratsmitglieder verwiesen, auf Absatz 4 nicht. Auch bezüglich des Absatzes 2, der ebenfalls nur für Vertreter und Vertreterinnen gilt, ist ausdrücklich durch Absatz 3 ein Verweis für Aufsichtsratsmitglieder erfolgt. Aber welches Gesetz sollte einem

³⁵⁸ hier § 108 (1) 6 GO NW, vgl. aber auch § 103 (1) 3 GO BW, Art. 91 (1) 3 BayGO, § 102 Nr.2 GO Brand., § 109 (1) 6 NdsGO, § 109 (1) 3 KSVG Saar., § 96 (1) 2 SächsGO, § 102 (1) 3 GO Schl.-H., § 122 (1) 3 HessGO, § 117 (1) 3 GO Sa.-An., § 69 (1) 3 KV M.-V. Die Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz enthält nach den uns vorliegenden Unterlagen keine entsprechende Regelung, hier dürfte das Prinzip aber ebenfalls als allgemeiner Grundsatz anwendbar sein.

³⁵⁹ § 113 (5) GO NW

Bericht der Mitglieder in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung an die Gemeinde entgegenstehen? Die gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht betrifft die Aufsichtsratsmitglieder.

Die Unterrichtungspflicht kann aber auch nicht durch eine Weisung begründet werden, weil die Weisung an Aufsichtsratsmitglieder in Niedersachsen nicht vorgesehen ist.

Nach dem Gesetzeswortlaut gibt es in Niedersachsen keine Unterrichtung von Gemeindeorganen durch die Aufsichtsratsmitglieder. Diese würden in jedem Fall gegen ihre Verschwiegenheitspflicht verstoßen. Auf der anderen Seite muß die Gemeinde auch in Niedersachsen einen angemessenen Einfluß auf die Gesellschaft, insbesondere im Aufsichtsrat, erhalten, § 109 (1) 6 NdsGO. Warum sollte der Gesetzgeber auf die nach den §§ 394, 395 AktG zugelassene Möglichkeit, sich zu informieren, dann verzichten?

Für Niedersachsen können wir auf diese Fragen keine Antwort geben. Dies ist dem Gesetzgeber zu überlassen³⁶⁰.

- Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg sehen sowohl vor, daß bei Angelegenheiten von besonderer Bedeutung Rat oder Hauptausschuß zu informieren sind, als auch, daß Rat und Hauptausschuß von den Vertretern jederzeit Auskunft verlangen können³⁶¹.

- Für Bayern und Hessen ergibt sich die Verpflichtung zur Unterrichtung des Bürgermeisters bzw. Gemeindevorstandes aus der Tatsache, daß diese vertreten werden.

Ansonsten fehlt es an Regelungen zu Unterrichtung oder Auskunftserteilung in den Gemeindeordnungen. Es finden sich zwar vielfach Regelungen zu den Informations- und Prüfungsrechten nach §§ 53 f HGrG. Dies betrifft jedoch nicht die Stellung der Mitglieder im Aufsichtsrat. In den anderen Ländern kann die frühzeitige Unterrichtung über Angele-

³⁶⁰ Wir sind hier von der Niedersächsischen Gemeindeordnung in der Fassung vom 22.8.96 ausgegangen. Etwaige Änderungen sind uns bis heute nicht bekannt geworden.

³⁶¹ § 71 (4) KV M.-V., § 104 (4) GO Brand.

genheiten von besonderer Bedeutung oder die Erteilung von Auskünften durch Weisungen oder Richtlinien angeordnet werden³⁶².

10.1 Die Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder der AG nach §§ 116, 93 (1) 2 AktG wird durch die Regelungen der §§ 394, 395 AktG modifiziert. Insofern wird für die Unterrichts- bzw. Auskunftspflicht nach dem Kommunalrecht gesellschaftsrechtlich „die Tür geöffnet“.

10.1.1 Das jeweilige Aufsichtsratsmitglied muß auf Veranlassung der Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sein. Hier lassen sich alle Mitglieder problemlos „verorten“, die vom Rat entsandt, bestimmt oder bestellt werden. Schwieriger wird es da schon bei den Mitgliedern, die auf Vorschlag der Gemeinde von der Hauptversammlung gewählt werden. Wenn das Gesetz allerdings nur eine Veranlassung einer Gebietskörperschaft verlangt, wird man auch in diesen Fällen die Anwendbarkeit des § 394 AktG annehmen müssen³⁶³.

Noch schwieriger wird es in Hessen, wo der Gemeindevorstand oder ein von ihm bestellter Vertreter die Gemeinde vertritt³⁶⁴. In anderen Ländern wird der Bürgermeister kraft seines Amtes Mitglied im Aufsichtsrat³⁶⁵. Problemlos ist dagegen die Regelung in NW und Niedersachsen, wo der Bürgermeister zu den vorgeschlagenen oder entsandten Mitgliedern gehören muß, wenn mehr als ein Mitglied für die Gemeinde vorgesehen ist³⁶⁶.

Ansonsten stellt sich die Frage, ob die Bestimmung der Gemeindeordnung, daß der Bürgermeister - oder der Gemeindevorstand - kraft seines Amtes die Gemeinde im Aufsichtsrat vertritt, noch als Veranlassung der Gebietskörperschaft zu sehen ist. Hier gerät man in Grenzbereiche hin-

ein. Auch der hauptamtliche Bürgermeister muß gewählt werden³⁶⁷. Also besteht zumindest ein Anhalt für eine Veranlassung der Gemeinde. Auf der anderen Seite kommt dem hauptamtlichen Bürgermeister - oder der Gemeindevorstand - mit seiner Wahl das Aufsichtsratsmandat automatisch kraft der Regelung der jeweiligen GO und ohne weitere Veranlassung der Gebietskörperschaft zu. Einen Anhalt liefert hier aber auch die Tatsache, daß die sonstigen Mitglieder im Wege der Verhältniswahl bestimmt werden. Auch hier könnte also indirekt die Wahl durch das Volk das Aufsichtsratsmandat vermitteln. Es erscheint uns rechtspolitisch angebracht, den Bürgermeister als auf Veranlassung der Gebietskörperschaft bestelltes Mitglied im Aufsichtsrat anzusehen. Die gesetzliche Regelung in den jeweiligen Gemeindeordnungen sollte insofern aber klargestellt werden³⁶⁸.

10.1.2 Die Berichtspflicht wird nicht in § 394 AktG geregelt, sondern § 394 AktG nimmt Bezug auf eine „anderweitig begründete Berichtspflicht“³⁶⁹. Die Aufsichtsratsmitglieder müssen zur Erteilung der Berichte verpflichtet sein. Hier kommt die Frage auf, ob es einer gesetzlichen Begründung der Berichtspflicht bedarf³⁷⁰ oder eine Begründung durch Weisung ausreicht.

Man könnte auch hier die weitere Erörterung schnell abbrechen. Wenn die Weisung einer Gemeinde keine Bindungswirkung im Gesellschaftsrecht erzeugt, kann das Aufsichtsratsmitglied nicht Bericht zu erstatten „haben“. Ganz so einfach ist es jedoch nicht. Die Weisung ist wegen Verstoßes gegen das Bundesrecht nur dann unwirksam, wenn sie zu einem gesellschaftswidrigen Verhalten führt. Wenn man §§ 394, 395 AktG dahin auslegt, daß auch die Weisung als Begründung der Berichtspflicht ausreicht, verstößt die Weisung nicht gegen das Gesellschaftsrecht, ist also auch nicht unwirksam. Als jedoch §§ 394, 395 AktG ins AktG eingefügt wurden, gab es nach unserem Erkenntnisstand

³⁶² Mit dem oben gemachten Vorbehalt für § 105 GO BW und § 98 SächsGO.

³⁶³ Kropff/Semmler/Grundewald 16 zu § 394

³⁶⁴ § 125 (2) i.V.m. (1) HessGO

³⁶⁵ Art. 38 (1) BayGO, § 119 (2) GO Sa.-An., § 71 (2) KV M-V, § 125 (2) HessGO, § 104 (2) GO Brand., § 88 (3) GO Rh-Pf, § 112 (1) 2 KSVG Saar.

³⁶⁶ § 113 (2) 2, (3) 2 GO NW, § 111 (3), (2) NdsGO; zur Unterscheidung Direkt-/Ratswahl und der Regelung in NW vgl. Schäfer StuGR 94, 304 ff

³⁶⁷ Der Gemeindevorstand in Hessen besteht gemäß § 65 HessGO aus dem Bürgermeister, der direkt - § 39 HessGO -, und den Beigeordneten, die von der Gemeindevertretung - § 39a HessGO - gewählt werden.

³⁶⁸ Dies könnte z.B. dadurch geschehen, daß wie in NW oder Niedersachsen der Bürgermeister als zu entsendendes Mitglied benannt wird.

³⁶⁹ Kropff/Semmler/Grundewald 18 zu § 394

³⁷⁰ Schmidt-Aßmann/Ulmer BB-Beilage 13/88 S. 8, Kropff/Semmler/Grundewald 19 ff zu § 394

keine in den jeweiligen GO's festgelegte Pflicht zur Unterrichtung oder Auskunft, sondern nur das Weisungsrecht der Kommunen als Rechtsgrundlage. Mit der Vorschrift der §§ 394, 395 AktG könnte der Gesetzgeber eine Sonderregelung geschaffen haben, die bewirkt, daß bei der Weisung an die Mitglieder im Aufsichtsrat, Bericht zu erstatten, Gesellschaftsinteresse und kommunales Interesse nicht kollidieren³⁷¹, er könnte die Gesellschaft für diese Weisung geöffnet haben.

Für eine gesetzliche Regelung der Berichtspflicht, wie sie NW, Niedersachsen, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern erlassen haben, spricht viel. Der Gesetzgeber legt fest, ob zu unterrichten und/oder Auskunft zu erteilen ist, wem und wann die Information zugeht, ob mit der frühzeitigen Unterrichtung der Informationsfluß vom Aufsichtsratsmitglied ausgeht oder bei der Auskunft auf Verlangen eine Veranlassung durch Berichtsadressaten bestehen muß. Mit dem Umstand, daß es zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes keine solche gesetzliche Regelung gab, haben die Vertreter dieser Meinung allerdings einige Mühe. Sie unterstellen entweder einen Irrtum des Gesetzgebers³⁷² oder müssen, was dann wohl näherliegt, in den §§ 394, 395 AktG eine „Tür“ des Bundesgesetzgebers sehen, die die Länder - bis auf NW, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg - nicht geöffnet haben.

Die Gegenmeinung läßt bei Beamten die Anordnungsbefugnis des Dienstvorgesetzten kraft Beamtenrechts oder eine vertragliche Regelung mit Nichtbeamten ausreichen³⁷³. Nach dieser Meinung sind auch Richtlinien als ausreichend anzusehen³⁷⁴. Dann muß die gesetzlich verankerte Weisungsbefugnis der Gemeinde - insbesondere bei Ratsmitgliedern fehlt es am Beamtenverhältnis - aber genauso wie die beamtenrechtliche Anordnungsbefugnis als ausreichend angesehen werden³⁷⁵.

Die Regelung der §§ 394, 395 AktG ist 1965 ins Aktienrecht eingeführt worden. Zu dieser Zeit war die Diskussion um die Interessenkollision aber nicht neu³⁷⁶. Die maßgebliche Entscheidung des BGH stammt vom

³⁷¹ Vgl. Zöllner II 3 Vorb. zu § 394

³⁷² Kropff/Semmler/Grunewald 22 zu § 394

³⁷³ Kropff/Semmler/Grunewald 20 f zu § 394

³⁷⁴ Kropff/Semmler/Grunewald 24 zu § 394

³⁷⁵ Vgl. Zöllner a.a.O.

³⁷⁶ Vgl. Klüver Kommunalwirtschaft 66, 99 ff und Quack DVBl 65, 345 ff

29.1.62³⁷⁷. Es erscheint uns als ausgeschlossen, daß die Regelung der §§ 394, 395 AktG durch einen Irrtum ins Gesetz gelangt ist.

Auch hat der Gesetzgeber in §§ 394 (1) 2, 395 AktG notwendige Grenzen für die teilweise Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht im AktG selbst geregelt. Auch dies spricht dagegen, daß es unbedingt einer landesrechtlich Regelung zur Berichtspflicht bedarf, denn das AktG als Bundesgesetz hat die notwendigen Grenzen gleich selbst aufgezeigt.

Die Umstände der Einführung der §§ 394, 395 AktG lassen für uns nur den Rückschluß zu, daß es keiner gesetzlichen Begründung der Berichtspflicht bedarf, sondern auch die kraft gemeindlichen Weisungsrecht begründete Verpflichtung ausreicht.

10.1.3 Es muß sich um Berichte handeln, die der Gebietskörperschaft zu erstatten sind. Nun kennen die gemeinderechtlichen Vorschriften keine Berichte z.B. im Sinne des § 90 AktG. Sie verpflichten das Aufsichtsratsmitglied zu einer frühzeitigen Unterrichtung oder Auskunftserteilung. Damit läßt sich der Begriff des Berichts aber durchaus vereinbaren, sieht doch z.B. § 90 (1) AktG eine frühzeitige Unterrichtung und § 90 (3) AktG eine Auskunftserteilung als Formen der Berichte vor.

Soweit in einer Weisung an die Begriffe „frühzeitige Unterrichtung über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung“ oder „Auskunft auf Verlangen“ abgestellt wird, dürfte dies zulässig sein. Als Bundesrecht gelten die Grenzen der §§ 394, 395 AktG automatisch. Allerdings darf die Auskunft oder Unterrichtung sicherlich nicht der Ausforschung der Gesellschaft dienen. Es bietet sich also an, die Zwecke der Berichtserstattung in der Weisung genauer zu umschreiben.

10.1.4 Der Berichtsadressat ist im Aktienrecht nicht festgelegt.

In Nordrhein-Westfalen ist der Rat³⁷⁸, in Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg der Rat und der Hauptausschuß vorgesehen³⁷⁹. Insofern stellt sich die Frage, ob die Bestimmung der Berichtsadressaten nach der

³⁷⁷ BGH Urteil v. 29.1.62 in BGHZ 36, 296 ff, 306

³⁷⁸ § 113 (5) GO NW, § 111 (4) NdsGO

³⁷⁹ § 104 (4) GO Brand., § 71 (4) KVM-V

jeweiligen GO mit dem Gesellschaftsrecht vereinbar ist. Für eine Weisung oder Richtlinien kommen der Bürgermeister oder Gemeindedirektor, der Rat, einer seiner Ausschüsse und die Fraktionen als Berichtsadressaten in Betracht. In Bayern und Hessen kommen als Berichtsadressaten nur der Bürgermeister und der Gemeindevorstand in Betracht, denn allein sie vertreten die Gemeinde in den Gesellschaftsorganen. Allein ihnen haben etwaige Vertreter im Sinne des § 394 AktG zu berichten. Eine entsprechende Berichtspflicht gegenüber dem Rat fehlt.

10.1.4.1 Berichtsadressat könnte der Bürgermeister bzw. der Gemeindevorstand sein.

Der Bürgermeister ist allerdings in vielen Fällen selbst Mitglied im Aufsichtsrat³⁸⁰. Trotzdem findet sich aber die Auffassung, daß die Berichte dem Bürgermeister zu erstatten seien. Der Bürgermeister soll die Berichte dann in „abgespeckter“ Form den Gremien weitergeben³⁸¹. Dahinter steckt ein tiefes Mißtrauen hinsichtlich der notwendigen Geheimhaltung derartiger Information im jeweiligen Rat. Als Erfahrung wird hier immer wieder angeführt, daß selbst in nichtöffentlicher Sitzung Informationen durchsickern könnten.

Die Gemeinde - also Verwaltung und Rat - hat sich einen Einfluß zu sichern, der sicherlich maßgeblich durch die Unterrichtung bestimmt wird. Die Auffassung, der Bürgermeister könne hier als Mittler dienen und in reduzierter Form Informationen weiter geben, geht nicht nur an den Realitäten in einer Kommune vorbei. Es kann auch kein angemessenen Einfluß darstellen, wenn der Bürgermeister, der oft selbst noch Aufsichtsratsmitglied ist, die Informationen über die gesetzlichen Grenzen nach §§ 394, 395 AktG, die immer einzuhalten sind, hinaus filtert und den politischen Gremien mitteilt. Wenn auch der Bürgermeister als Berichtsadressat favorisiert wird³⁸², ist er - insbesondere als Mitglied des Aufsichtsrats - für Berichte der Aufsichtsratsmitglieder der falsche Adressat.

³⁸⁰ Art. 38 (1) BayGO, § 119 (2) GO Sa.-An., § 71 (2) KV M-V, § 125 (2) HessGO, § 104 (2) GO Brand., § 88 (3) GO Rh-Pf, § 112 (1) 2 KSVG Saar.

³⁸¹ Rehn/Cronauge 4 zu § 113

³⁸² Prägend insofern Schmidt-Aßmann/Ulmer BB-Beilage 13/88

10.1.4.2 Der Rat als Adressat hat, wie gesagt, Bedenken geweckt³⁸³. Als Fakt wird hier davon ausgegangen, daß selbst in nichtöffentlicher Sitzung keine hinreichende Vertraulichkeit gewahrt werden könne.

Gemäß § 131 AktG ist dem Aktionär in der Hauptversammlung Auskunft zu erteilen. Gemäß Abs. 4 der Vorschrift ist, soweit einem einzelnen Aktionär Auskunft außerhalb der Hauptversammlung gewährt wurde, allen Aktionären entsprechend Auskunft zu erteilen. Also kennt auch das Aktienrecht eine recht umfassende Informationsverteilung. Wie noch darzulegen sein wird, ist sowohl eine inhaltliche Beschränkung der Auskunftserteilung bei besonders vertrauenswürdigen Daten, als auch eine Verschwiegenheitspflicht für die Empfänger der Daten bereits in den §§ 394, 395 AktG vorgesehen.

Die Ratsmitglieder sind aber insbesondere auch durch das Gemeinde-recht zur Verschwiegenheit verpflichtet. Was diejenigen, die sich gegen den Rat als Adressaten aussprechen, ins Feld führen, ist die Möglichkeit, daß diese gesetzliche Vorschriften mißachtet werden könnten, was man aber zur Auslegung dieser Vorschriften wohl kaum maßgeblich heranziehen kann.

Berichte nach §§ 394 f AktG können also an den Rat gerichtet werden³⁸⁴. Wie aus §§ 394, 395 AktG - insbesondere § 395 (2) AktG - zu schließen ist, kann dies aber nur in einer nichtöffentlichen Sitzung erfolgen. Insofern könnte auch in einer Weisung der Rat als das oberste, allzuständige Gemeindeorgan als Berichtsadressat genannt werden. Die Bestimmung des Rates als Berichtsadressaten in Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg ist zulässig.

10.1.4.3 Wenn in Mecklenburg-Vorpommern und Brandenburg der Hauptausschuß als alternativer Berichtsadressat genannt wird, ist hierin ebenso eine zulässige Ausgestaltung zu sehen. Dem Hauptausschuß obliegen maßgebliche Entscheidungsbefugnisse, aber in der Regel auch die Vorbereitung der Beschlußfassung des Rates³⁸⁵. Diese Befugnisse

³⁸³ Rehn/Cronauge IV 4 zu § 113, Schmidt-Aßmann/Ulmer BB-Beilage 13/88 S. 8 f, 20 f und Noack StuGR 95, 379 ff, 385 f

³⁸⁴ Vogel StuGR 96, 252 ff, 255

³⁸⁵ § 35 (2) KV M-V, § 57 GO Brand.

können natürlich auch einen erhöhten Informationsbedarf rechtfertigen. Hinsichtlich der zu wahrenen Vertraulichkeit gilt das zur Ratssitzung Gesagte.

Ansonsten erübrigt sich das Problem³⁸⁶. In Schleswig-Holstein kann für bestimmte Gemeinden ein Hauptausschuß gebildet werden³⁸⁷. Dieser könnte in einer Weisung als Berichtsadressat benannt werden.

10.1.4.4 In einigen Ländern ist kein Hauptausschuß vorgesehen. Hier gibt es aber in der Regel beschließende Ausschüsse, die entweder die Entscheidung zu treffen haben oder die Aufgabe übernehmen, die Entscheidung des Rates vorzubereiten³⁸⁸. Für Schleswig-Holstein stellt sich die Frage für Gemeinden, in denen kein Hauptausschuß gebildet wird³⁸⁹.

Die Aufgabenstellung dieser Ausschüsse ist der des Hauptausschusses verwandt. Auch sie sind elementar auf die Informationen angewiesen und kommunalrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet. Allerdings erlaubt § 394 AktG die Weitergabe der Information nur insoweit, als es für die gemeindlichen Zwecke notwendig ist. Es wird also nicht möglich sein, jedem beschließenden Ausschuß jeden Bericht zukommen zu lassen, sondern man wird die Ausschüsse schon auf die Gebiete beschränken müssen, in denen ihnen Entscheidungsgewalt übertragen ist. Deshalb können auch beschließende Ausschüsse, allerdings beschränkt auf ihr jeweiliges „Fachgebiet“ als Berichtsadressat in einer Weisung benannt werden.

10.1.4.5 Zankapfel sind immer wieder die Fraktionen³⁹⁰. Die Fraktionen wirken an der politischen Willensbildung mit³⁹¹. Sie sind das Bindeglied zwischen Partei und Rat. Gerade die Fraktionen, die in einer Gemeindevertretung in der Minderheit sind, fordern oftmals die Vorlage von Berichten. Ist eine gesonderte Übermittlung an die Fraktionen zumindest

³⁸⁶ Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, Sachsen, das Saarland und Sachsen-Anhalt sehen keinen Hauptausschuß vor.

³⁸⁷ § 45 (2) GO Schl-H

³⁸⁸ § 47 GO Sa.-An., § 39 GO BW, § 44 ff GO Rh-Pf, § 48 KSVG Saarland, §§ 41 f SächsGO, § 26 ThürKO

³⁸⁹ § 45 GO Schl-H

³⁹⁰ Vgl bereits Schmidt-Abmann/Ulmer in BB-Beilage 13 zu Heft 27/1988, S. 22 ff

³⁹¹ Vgl. nur OVG Münster v. 29.4.88 in DVBl 89, 164 ff, 165, HessVGH DVBl 95, 931 f

dann zulässig, wenn diese und ihre Mitarbeiter zur Verschwiegenheit verpflichtet sind oder wurden³⁹²?

In allen Ländern fehlt es hier erst einmal an einer gesetzlichen Grundlage, da in keiner Gemeindeordnung die Fraktion als Berichtsadressat genannt wird. Für Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Bayern und Hessen erübrigt sich auf Grund der gesetzlichen Regelung das Problem. Die Fraktionen kommen als Berichtsadressaten nicht in Betracht.

Aber was ist mit Thüringen, Schleswig-Holstein, Sachsen, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, dem Saarland und Sachsen-Anhalt. In der Literatur wird aus der Stellung der Fraktion im Verhältnis zum Rat geschlossen, daß hier eine Offenbarung zuzulassen sei³⁹³, die Fraktionen somit in einer Weisung als Berichtsadressat genannt werden könnten.

Gemäß § 394 (1) 2 AktG darf die Weitergabe von vertraulichen Angaben und Geheimnissen dort nicht erfolgen, wo dies zum Zwecke des Berichts nicht von Bedeutung ist. § 395 (2) AktG verbietet insoweit eine Veröffentlichung der Prüfungsergebnisse. Die Verschwiegenheitspflicht nach §§ 116, 93 (1) 2 AktG wird durch § 395 (1) AktG auf die Berichtsempfänger erstreckt. Insgesamt ist die klare Leitlinie erkennbar, die Verschwiegenheitspflicht nur insoweit aufzuheben, als es für die kommunale Berichterstattung unerlässlich ist.

Die Fraktionen haben aber nach den Gemeindeordnungen oftmals auch im eigentlich kommunalen Bereich keinen Anspruch darauf, daß ihnen von der Verwaltung Unterlagen für ihre Aufgaben zur Verfügung gestellt werden³⁹⁴. Durch die Benennung als Berichtsadressaten würden sie durch die privatwirtschaftliche Aufgabenwahrnehmung gegenüber ihre sonstigen Stellung bessergestellt. Angesichts der Tatsache, daß §§ 394, 395 AktG die Berichterstattung auf das für die Information der Gemeinde Notwendige einschränken, ein zweifelhaftes Ergebnis.

³⁹² Meier/Wieseler GHJ 93, 174 ff, 176

³⁹³ Decker GHJ 83, 157, 158

³⁹⁴ OVG Münster Urteil vom 29.4.88 in DVBl 89, 164 ff, Urteil v. 22.9.88 in NWVBl 91, 115, VGH Kassel Beschluß v. 15.12.94 in DVBl 95, 931 f, BVerwG Beschluß v. 14.12.89 in NVwZ-RR 90, 208 und Rehn/Cronage III 3 zu § 56

Wie bereits dargestellt, kommen der Rat oder bestimmte Ausschüsse als Berichtsadressaten in Betracht. Dann ist aber auch eine hinreichende Information der Entscheidungsträger gewährleistet, zumal Teilnehmer der Fraktionssitzungen über ihre Stellung als Rats- oder Ausschußmitglied informiert sind. Die Einschaltung sonstiger Personen erscheint, auch wenn sie zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, nicht zum Zwecke der Berichterstattung notwendig, zumal die Aufsichtsratsmitglieder als Berichterstatter selbst, wie oben dargestellt, nur in Einzelfällen Dritte einschalten dürfen. In einem solchen Fall ist, auch wenn den Fraktionen hier kein Rechtsbruch unterstellt werden soll, auch allein durch die Zahl der Personen die Gefahr des Durchsickerns der Information sehr groß. Die Verbesserung der Rechtsstellung der Fraktionen, die darin läge, sie als Berichtsempfänger zu bestimmen und ihnen damit einen unmittelbaren Anspruch auf Zugang zu den Unterlagen zuzubilligen, ist nicht notwendig, würde aber auch zu erheblichen Bedenken führen.

Die Fraktionen können also nach unserer Ansicht nicht als Berichtsadressaten benannt werden. Selbstverständlich können nach § 395 AktG damit die dem Rat oder einem Ausschuß zugehenden Berichte auch nicht an die Fraktionen weitergegeben werden..

10.1.4.6 Gemäß § 54 HGrG gibt es ein Informationsrecht des Rechnungsprüfungsamtes. Als Berichtsadressaten wird man, wie § 395 (2) AktG im Rückschluß nahelegt, auch das Rechnungsprüfungsamt sehen müssen. Dies verstößt nicht gegen §§ 53, 54 HGrG. Diese Regelungen sehen zwar vor, daß bestimmte direkte Unterrichtsrechte nur bei einer landesrechtlichen Regelung bestehen. Hier geht es aber nicht um die direkte Unterrichtung.

10.1.4.7 Auch den Mitarbeitern der Ämter, denen die Beteiligungsverwaltung oder das Controlling obliegt, - in der Regel Mitarbeiter der Kämmerei - kann nach dem aus § 395 AktG zu ziehenden Rückschluß ein Bericht erstattet werden.

10.1.4.8 Wir wollen hier dann noch einmal zu Bayern und Hessen zurückkommen. Gemäß § 394 AktG ist Voraussetzung der Berichterstattung, daß die Vertreter auf Veranlassung der Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gelangt und zu Berichten verpflichtet sind. Für die Vertreter

des Bürgermeisters in Bayern wird man dies, wenn man keine gesetzliche Regelung für erforderlich hält, ebenso zu bejahen haben, wie für die besonderen Vertreter des Gemeindevorstandes in Hessen. Sie können durch eine Weisung verpflichtet werden, dem Bürgermeister oder Gemeindevorstand Bericht zu erstatten.

Was ist aber mit Rat oder Ausschüssen in diesen Ländern ? Der Gemeinderat überwacht zwar nach § 30 (3) BayGO die gesamte Gemeindeverwaltung. Der Gemeindevorstand ist nach § 59 S. 3 HessGO verpflichtet, jederzeit auf Anfordern Auskunft über Beratungsgegenstände zu geben. Diese allgemein gehaltenen Anordnungen sind aber keine Berichtspflichten im Sinne des § 394 AktG. Die Anordnung der Berichtspflicht nach Landesrecht - sei es durch Gesetz oder Weisung - bestimmt z.B. das Ausmaß der Befreiung³⁹⁵ von der Verschwiegenheitspflicht. Der Anordnende muß sich mit dem Problem, daß und wem Geheimnisse und vertrauliche Angaben der Gesellschaft bekanntgegeben werden, auseinandersetzen. Die allgemeinen Klauseln rechtfertigen nicht die Bekanntgabe von Geheimnissen oder vertraulichen Angaben der Gesellschaft gegenüber Rat oder Ausschuß.

10.1.5 Eine Einschränkung gilt für vertrauliche Angaben und Geheimnisse insofern, als ihre Offenbarung für die Zwecke der Berichterstattung nicht von Bedeutung sind - § 394 S. 2 AktG. Dabei wird man dies nicht nur so verstehen müssen, daß Daten von der Weitergabe ausgeschlossen sind. § 394 (1) 2 AktG beeinflusst sicherlich auch die Dichte, mit der Daten weitergegeben werden, d.h. man kann die Vorschrift nicht nur als Grenze dahin verstehen, daß vertrauliche Angaben und Geheimnisse gar nicht weitergegeben werden dürfen, sondern wird sich als Aufsichtsratsmitglied auch genau überlegen müssen, was und wieviel man an Informationen weitergibt³⁹⁶.

10.1.6 Die Berichtsempfänger haben außerhalb des dienstlichen Verkehrs ihrerseits Stillschweigen zu bewahren - § 395 (1) AktG. Als Ausfluß dieses Gedanken kommt man nicht daran vorbei, daß eine Bericht-

³⁹⁵ Kropff/Semmler/Grunewald 23 zu §§ 394, 395

³⁹⁶ Kropff/Semmler/Grunewald 34 zu §§ 394, 395

erstattung an Rat oder Ausschuß in dessen nichtöffentlicher Sitzung erfolgen muß³⁹⁷.

10.1.7 Vertrauliche Angaben und Geheimnisse dürfen bei Berichten zur Rechnungsprüfung nicht mit veröffentlicht werden - § 395 (2) AktG.

10.2 Für die Genossenschaft ist das Problem, daß in §§ 41, 34 GenG eine Verweisung auf die §§ 394, 395 AktG fehlen. Es bleibt also nur die Regelung im Statut der Genossenschaft. Soweit sich dort ein Verweis auf die §§ 394, 395 AktG finden sollte, gilt das zur Aktiengesellschaft Gesagte entsprechend.

10.3 In der GmbH ergibt sich eine ähnliche Fragestellung, wie sie beim Weisungsrecht diskutiert wurde. Gemäß §§ 52 (1) GmbHG, 116, 93 (1) 2 AktG sind die Aufsichtsratsmitglieder zur Verschwiegenheit verpflichtet. Aber warum soll eine von den oben genannten Bestimmungen abweichende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag unzulässig sein, wenn § 51 a GmbHG den Gesellschaftern sogar einen Auskunftsanspruch gegen die Geschäftsführer - u.a. auf Einsichtnahme in die Protokolle des Aufsichtsrats - gibt? Ein Verweis auf die Vorschriften der §§ 394, 395 AktG sucht man in § 52 (1) GmbHG zudem vergeblich.

10.3.1 Den Gesellschaftern steht nach § 51 a (1) GmbHG ein Anspruch auf Auskunft und Einsicht in Bücher und Schriften zu. Dem sind in § 51 a (2) GmbHG gewisse Grenzen gesetzt. Wenn der Aufsichtsrat nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, könnten diese Grenzen umgangen werden. Dies ließe sich allerdings dadurch lösen, daß der Aufsichtsrat ebenfalls den Begrenzungen nach § 51 a (2) GmbHG unterworfen würde.

Die Gesellschafter können von der Geschäftsführung Auskunft und Einsicht in die Bücher - u.a. in die Protokolle des Aufsichtsrates³⁹⁸ - verlangen. Dagegen kann der Aufsichtsrat gemäß §§ 52 (1) GmbHG, 90 (3) AktG die Vorlage von Berichten der Geschäftsführung verlangen, in die der Gesellschafter auch nicht mittelbar über die Aufsichtsratsprotokolle Einsicht nehmen kann. Des weiteren steht der Aufsichtsrat im Rahmen

³⁹⁷ Kropff/Semmler/Grunewald 50 zu §§ 394, 395

³⁹⁸ BGH Beschluß v. 6.3.97 ZIP 97, 978 ff

der Überwachung, wie die Ausführung oben zur Beratung des bzw. mit dem Vorstand zeigen, in einem wesentlich engeren Kontakt mit der Geschäftsführung als die Gesellschafter. Man kann also durchaus vertreten, daß dem Aufsichtsrat ein weitergehender Informationsanspruch zusteht, als den Gesellschaftern. Wenn der Aufsichtsrat dann den Gesellschaftern gegenüber keiner Verschwiegenheitspflicht unterliegt, würden die Gesellschafter auf diese weiteren Informationen zugreifen können. Die Übertragung der Vorschrift, die das Verhältnis Gesellschafter - Geschäftsführung regelt, auf den Aufsichtsrat könnte dann zu einer Erweiterung der Rechte der Gesellschafter führen.

Neben diesem formellen Aspekt gibt es aber auch ganz massive materiell-rechtliche Bedenken. Die Pflicht zur Beratung der bzw. mit der Geschäftsführung ist auf eine vorbeugende, schadensverhütende Kooperation angelegt. Es würde aber auch eine vertrauensvolle und förderliche Zusammenarbeit mit dem Aufsichtsrat sicherlich behindern, wenn die Geschäftsführung befürchten müsse, daß jede Information über den Aufsichtsrat an die Gesellschafter gelangen könnte³⁹⁹. „Der Aufsichtsrat würde nur noch eine Börse für Frühinformationen darstellen“⁴⁰⁰.

Die Verschwiegenheitspflicht gehört zu den Grundprinzipien der selbstverantwortlichen Überwachungsaufgabe eines Aufsichtsrats. Ebenso wie beim Aufsichtsrat der AG muß für den Aufsichtsrat der GmbH gelten, daß dies Prinzip nicht zur Disposition der Gesellschafter steht⁴⁰¹. Im Gesellschaftsvertrag kann also keine grundlegende Informationspflicht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber den kommunalen Gremien verankert werden.

10.3.2 § 52 (1) GmbHG verweist seinerseits nicht auf die §§ 394, 395 AktG. Überwiegend wird aber eine analoge Anwendung dieser Vorschrift angenommen⁴⁰². Mit der Bezugnahme des § 52 (1) GmbHG auf die Vorschrift des § 116 AktG

³⁹⁹ Treder GHJ 86, 145 ff, 148

⁴⁰⁰ Treder, a.a.O.

⁴⁰¹ Zöllner 40 zu § 52, Treder GHJ 86, 145 ff, 147 f, Vogel StuGR 96, 252 ff

⁴⁰² Zöllner 40 zu § 52 und Vogel StuGR 96, 252 ff

„dürften auch die diese Vorschrift ausfüllenden aktienrechtlichen Vorschriften erfaßt sein, zu denen für Aufsichtsratsmitglieder aus dem Bereich der öffentlichen Hand außer § 93 (1) 2 auch §§ 394, 395 gehören“⁴⁰³.

Damit kann grundsätzlich in dem Rahmen, wie wir ihn für Aufsichtsratsmitgliedern in der AG gekennzeichnet haben, auch eine Berichterstattung durch kommunale Vertreter im Aufsichtsrat einer GmbH erfolgen.

10.3.3 Es ist aber die Frage aufgeworfen worden, ob nicht die Verschwiegenheitspflicht durch den Gesellschaftsvertrag derart verschärft werden kann, daß ausnahmslos alle Vorgänge, die z.B. im Aufsichtsrat beraten wurden, der Verschwiegenheit unterliegen⁴⁰⁴. Der Aufsichtsrat auch der GmbH ist Überwachungsorgan. Ein derart von Eigenverantwortung geprägtes Organ kann man nicht mundtot machen. Ein vollkommener Ausschluß der Information verbietet sich⁴⁰⁵. Da die Gemeinde nach der jeweiligen Gemeindeordnung einen angemessenen Einfluß nehmen muß, dürfte eine solche Regelung aber auch kommunalrechtlich denklich sein.

10.4 Verein und Stiftung kennen keine gesetzliche Anordnung der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder. Fraglich ist nur, inwieweit die Eigenverantwortlichkeit des Organs nicht die Verschwiegenheit bedingt, wobei wiederum auf die Ausführung zur GmbH Bezug genommen werden kann. Man kann hier aber ohne weiteres in der Vereins- oder Stiftungssatzung eine den §§ 394, 395 AktG entsprechende Regelung aufnehmen, für die dann das zur AktG Gesagte entsprechend gelten würde.

⁴⁰³ Kropff/Semmler/Grunewald 10 zu §§ 394, 395

⁴⁰⁴ So Scholz/Schneider 343 zu § 52 mit Nachweisen zum Meinungsstand in Fn. 543

⁴⁰⁵ Treder a.a.O.

11. Abberufung

Nach § 103 (2) AktG kann ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied jederzeit von dem Entsendungsberechtigten abberufen und ersetzt werden. Ein gewähltes Mitglied muß von der Hauptversammlung abgewählt werden - § 103 (1) AktG -, wenn nicht auf Antrag des Aufsichtsrats oder von Aktionären, die 10 % des Kapitals vereinen, durch das Gericht eine Abberufung aus wichtigem Grund erfolgt.

Für die Genossenschaft stellt sich das Problem nicht. Gemäß § 36 (3) GenG endet die Aufsichtsratsmitgliedschaft durch die Zeit, die bei der Bestellung oder durch das Statut bestimmt worden ist, oder durch einen Beschluß der Generalversammlung, zu dem es einer Mehrheit von 3/4 der Stimmen bedarf. Bei der Genossenschaft gibt es aber nach § 36 (1) GenG auch nur gewählte und keine entsandte Aufsichtsratsmitglieder.

§ 52 (1) GmbHG verweist auf § 103 (1) AktG. Hier kann - und wird in der Regel - der Gesellschaftsvertrag eine Abberufung des entsandten Mitgliedes vorsehen. Ebenso kann eine dem § 103 (3) AktG entsprechende Regelung zur Abberufung durch die GmbH aus wichtigem Grund aufgenommen werden.

Neben diese gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen tritt kommunalrechtlich zumindest das Erfordernis eines entsprechenden Ratsbeschlusses. Ob es für diesen Beschluß einer gesetzlichen Grundlage bedarf oder dem Rat hier in seiner Entschlußfreiheit hier Grenzen gesetzt sind, ist eine Frage, die zu Streit führen kann.

11.1 Eine gesellschaftsrechtlich streitige Frage ist, unter welchen Voraussetzungen bei einem kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat seitens der AG oder GmbH eine Abberufung herbeigeführt werden kann, weil ein wichtiger Grund vorliegt, wenn dieser sich z.B. an den Weisungen der Kommune orientiert⁴⁰⁶. Reicht hier allein die Fremdbestimmung des Abstimmungsverhaltens oder muß der Gesellschaft durch das Abstimmungsverhalten ein Nachteil bzw. Schaden erwachsen?

⁴⁰⁶ siehe LG Frankfurt Beschluß v. 14.10.86 in NJW 87, 505 f und OLG Hamburg Beschluß v. 23.1.90 in ZIP 90, 311 ff

Vom Inhalt her muß man aber berücksichtigen, daß sowohl AG als auch GmbH gewählte und entsandte Aufsichtsratsmitglieder kennen. Daß bei einem Aufsichtsratsmitglied sonstige Interessen eine Rolle spielen können, z.B. wenn es in 10 Aufsichtsräten sitzt, als Arbeitnehmervertreter oder Vertreter einer Bank, ggf. eines Konkurrenzunternehmens in den Aufsichtsrat gelangt ist, ist nicht zu leugnen. Es ist aber auch Aufgabe eines Aufsichtsrates, der Meinungsvielfalt zu dienen.

Die Auffassung, daß allein ein fremdbestimmtes Verhalten als wichtiger Grund ausreicht, ist daher abzulehnen. Vielmehr wird man verlangen müssen, daß das Aufsichtsratsmitglied mit seinem Abstimmungsverhalten gegen elementare Interessen der Gesellschaft verstoßen hat. Ob man dies dann als „krasses Fehlverhalten“ bezeichnet oder davon spricht, daß der Gesellschaft die Fortsetzung der Aufsichtsratsmitgliedschaft „nicht zumutbar“ ist, erscheint dagegen nebensächlich. Um dies am Beispiel HEW/Janssen zu verdeutlichen: Daß der schleswig-holsteinische Minister von der Landesregierung oder der Partei beeinflusst werden konnte, mußte die AG hinnehmen, nicht aber, daß er dauernd für einen Ausstieg aus der Atomenergie stimmte, der die Gesellschaft in Millionen-Höhe geschädigt hätte.

11.2 Das Gesellschaftsrecht ermöglicht grundsätzlich der entsendungs-berechtigten Kommune, ihre Mitglieder im Aufsichtsrat abzurufen. Eines wichtigen Grundes bedarf es dazu nicht. Eine Frage ist aber, ob es für den dazu notwendigen Beschluß des Rates einer Ermächtigung in der jeweiligen GO bedarf. In Nordrhein-Westfalen hat das Aufsichtsratsmitglied sein Amt auf Beschluß des Rates jederzeit niederzulegen⁴⁰⁷. In Hessen haben besondere Vertreter des Gemeindevorstandes auf Verlangen desselben ihr Amt niederzulegen⁴⁰⁸. In Sachsen-Anhalt, dem Saarland und Rheinland-Pfalz kann die Bestellung der weiteren Vertreter jederzeit zurückgenommen werden⁴⁰⁹. In Schleswig-Holstein können die Vertreter abgerufen werden⁴¹⁰, zusätzlich endet das Amt mit der Beendigung der haupt- oder ehrenamtlichen Tätigkeit⁴¹¹. Für die AG muß bei einer derartigen Beendigung das Mitglied, soweit es entsandt wurde, abgerufen

werden. Für die GmbH ist dies ein Grund zur Abberufung, wenn der Gesellschaftsvertrag keine entsprechende Befristung der Aufsichtsratsmitgliedschaft enthält. Bayern und Thüringen haben vorgesehen, daß die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat mit der haupt- oder ehrenamtlichen Tätigkeit endet⁴¹². Baden-Württemberg, Brandenburg, Sachsen und Mecklenburg-Vorpommern haben keine Regelung getroffen. In Niedersachsen kann nur die Bestellung der Vertreter in der Haupt- oder Gesellschaftsversammlung jederzeit widerrufen werden⁴¹³.

Wird die gesellschaftsrechtlich zulässige Abberufung kommunalrechtlich unzulässig, wenn die jeweilige GO keine entsprechende Ermächtigung enthält? Ist der Rat bei dem Beschluß zur Abberufung frei oder muß er hier aus dem Kommunalrecht heraus Grenzen beachten?

11.2.1 Der Bürgermeister ist, soweit er kraft seines Amtes Aufsichtsratsmitglied wird, von der Abberufung in den meisten Fällen ausgenommen worden. Nur für Nordrhein-Westfalen stellt sich das Problem, ob auch der hauptamtliche Bürgermeister sein Aufsichtsratsmandat jederzeit niederzulegen hat.

Der hauptamtliche Bürgermeister kann nach § 66 GO NW abgewählt werden. Ansonsten muß er zu den vorgeschlagenen oder entsandten Mitgliedern gehören, § 113 (2) 2 GO NW. Bei seiner Abberufung ohne Abwahl als Bürgermeister wäre er sofort wieder zu benennen.

Hier wird die gesellschaftsrechtlich zulässige Abberufung durch das Kommunalrecht eingeschränkt.

11.2.2 Teilweise wird vertreten, daß eine gesetzliche Regelung über die Abberufung in der Gemeindeordnung nur deklaratorischen Charakter hat⁴¹⁴. Das Abberufungsrecht folge im Gegenschuß aus dem Recht zur Bestellung oder Bestimmung des Vertreters⁴¹⁵. Dem Vertreter im Aufsichtsrat stehe kein organschaftliches Recht zu, daß es rechtfertigen

⁴⁰⁷ § 113 (1) 3 GO NW

⁴⁰⁸ § 125 (1) 2 HessGO

⁴⁰⁹ § 119 (11) 2 GO Sa.-An., § 88 (1) 2 GO Rh-Pf, § 112 (2) KSVG Saar

⁴¹⁰ § 104 (2), 25 (2) 1 GO Schl-H

⁴¹¹ § 104 (2), 25 (2) 2 GO Schl-H

⁴¹² Art. 93 (3) BayGO, § 74 (3) ThürKO

⁴¹³ § 111 (1) 3 NdsGO, auf den weder § 111 (3) NdsGO, noch § 111 (8) NdsGO verweisen.

⁴¹⁴ Janitschek VR 93, 115 ff, 123

⁴¹⁵ So Beschluß des OVG Bremen v. 20.4.95 Az: 1 B 116/94 S. 4, n.v., hier zitiert nach einer Ablichtung vom Original

würde, ihn insofern z.B. einem Ausschußmitglied⁴¹⁶ gleichzustellen. Auf der anderen Seite ist auch diesen Stimmen zu entnehmen, daß es ein durchaus berechtigtes Interesse des Aufsichtsratsmitgliedes am Schutz vor mißbräuchlicher Abberufung durch die Kommune geben kann⁴¹⁷. Erfordert dieser Schutz, daß die Abberufung kommunalrechtlich geregelt wird?

Im Mittelpunkt steht hier die Diskussion um die Stellung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds. Das OVG Münster hat in seinem Beschluß vom 12.2.90⁴¹⁸ dem Aufsichtsratsmitglied eine „organschaftliche Rechtsstellung“ eingeräumt, hieran aber in dem Beschluß vom 19.9.95⁴¹⁹ Zweifel eingeräumt. Die Weisungsgebundenheit ist ein wichtiges Indiz, daß das Mitglied keine schutzfähige Stellung hat⁴²⁰. Allerdings ist die Weisungsgebundenheit zwar gemeindeintern wirksam, schlägt aber gesellschaftsrechtlich nicht durch. Auch die kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat haben gesellschaftsrechtlich eine eigenverantwortliche Überwachungsaufgabe wahrzunehmen. Der Argumentation aus der Weisungsgebundenheit gegenüberstellen muß man auch, daß die Mitglieder im Aufsichtsrat im Wege der Verhältniswahl gewählt werden und auch eher als Repräsentanten, denn als Vertreter der Gemeinde im Sinne des § 164 (1) BGB anzusehen sind. Letztendlich gilt es auch zu bedenken, daß die Vertreter im Aufsichtsrat ein erhebliches persönliches Risiko zu tragen haben - in haftungsrechtlicher Hinsicht zumindest vorerst, aber vor allem auch in strafrechtlicher Hinsicht.

Letztendlich wird man hier die Entscheidungen des jeweiligen Obergerichtes abwarten müssen. Die letzten uns bekannt gewordenen Entscheidungen weisen allerdings stark darauf hin, daß eine kommunalrechtliche Regelung für entbehrlich gehalten wird⁴²¹.

⁴¹⁶ Vgl. zur Rechtswidrigkeit der Abberufung von Ausschußmitgliedern BayVGH Beschluß v. 6.10.87 in BayVBl. 88, 83 ff

⁴¹⁷ Vgl. OVG Bremen a.a.O. ebenfalls S. 4

⁴¹⁸ abgedruckt in DVBl 90, 834 ff

⁴¹⁹ OVG Münster v. 19.09.95 Az. 15 B 1840/95 S. 2, n.v., hier zitiert nach einer Ablichtung vom Original

⁴²⁰ Vgl. OVG Bremen a.a.O. und OVG Münster, a.a.O.

⁴²¹ OVG Bremen v. 20.4.95 und OVG Münster v. 19.09.95

11.3 Für Niedersachsen stellt sich die Frage allerdings auch anders herum. Wie schon an anderer Stelle dargestellt, ist dort im Absatz 8 auf Absatz 1 nicht verwiesen, sondern nur auf Absatz 6 und 7. Nach dem Wortlaut würde dies bedeuten, daß der Landesgesetzgeber damit auf eine Abberufung ganz verzichten will. Auch diesbezüglich wird man die Rspr abwarten müssen.

11.4 Zur kommunalrechtlichen Rechtfertigung der Abberufung ergeben sich weitergehende Fragen. Teilweise kann man dies als einschränkende Auslegung der gesetzlichen Regelung sehen. Teilweise wird auch von einer Einschränkung wegen Rechtsmißbrauch gesprochen⁴²². Deshalb wird man diese Fragen auch für die Länder betrachten müssen, die keine kommunalrechtliche Regelung vorsehen.

11.4.1 Ob die Begriffe „jederzeitige“ Abberufung oder widerrufliche Bestellung bzw. die Begründung als Gegenakt zur Entsendung ein freies Ermessen der Gemeinde zur Abberufung begründet, ist nach der Rspr des OVG Münster fraglich. Insofern heißt es im Beschluß vom 12.2.90:

„Er (Anm: der III. Senat des OVG NW) hat das Abberufungsrechts als Korrelat des Weisungsrechts bezeichnet, das dem Rat gegenüber den Gemeindevertretern in den Organen einer juristischen Personen zusteht (Vgl. § 55 Abs. 2 S. 2 GO) und es als „das äußerste Mittel zur Wahrung der Interessen“ der Gemeinde „in Fällen des Ungehorsams“ verstanden Gestützt darauf hat das VG Düsseldorf (Beschluß vom 27.5.81 -1 L 274/81-) die Auffassung vertreten, daß die Vertreter der Gemeinde „nur aus sachlichen, im Zusammenhang mit ihrem Amt stehenden Gründen“ abberufen werden dürfen. Ob diese einschränkende Auslegung mit dem Wortlaut des § 55 Abs. 2 S. 3 GO vereinbart werden kann, hat der Senat bisher nicht entschieden...Auf eine Vertiefung der Frage kann auch im Rahmen der vorliegenden Entscheidung verzichtet werden.

... so ist dessen Ausübung „Ausübung des Abberufungsrechts“ in das Ermessen des Rates gestellt. Grenzen der dem Rat damit zugewiesenen weitreichenden Entscheidungsfreiheit können sich so betrachtet - von dem allgemeinen Mißbrauchs- und Willkürverbot abgesehen - nur aus

⁴²² Vgl. OVG Bremen a.a.O.

anderen kommunalrechtlichen Bestimmungen ergeben. Zu diesen Vorschriften gehört u.a. ... mit dem dort verankerten Prinzip der Verhältniswahl⁴²³.

Damit begründet das OVG, daß allein die Änderung der Mehrheitsverhältnisse im Rat die Abberufung nicht rechtfertigen kann⁴²⁴. Durch das durchweg vorzufindende Prinzip der Verhältniswahl wird dem Ermessen zur Abberufung eine Grenze gesetzt, weil durch die Verhältniswahl eine proportionale Verteilung der Aufsichtsratsmandate vorgesehen ist.

11.4.2 Weiterhin stellt sich die Frage, ob ein Aufsichtsratsmitglied abberufen werden kann, wenn es die Weisung der Gemeinde nicht befolgt hat, weil diese nach Gesellschaftsrecht nicht befolgt werden durfte. Liegt hier ein sachlicher, in der Amtsausübung liegender Grund vor? Wenn die Weisung der Gemeinde gesellschaftsrechtlich nicht bindend ist und das Aufsichtsratsmitglied im eigenen Namen auftritt, sich ggf. sogar erheblichen Folgen aussetzt, kann die Nichtbeachtung dann die Abberufung rechtfertigen?

Die oben genannte Entscheidung des OVG Münster hat die Frage, ob die Abberufung auf die Nichtbefolgung einer Weisung gestützt werden kann, wenn diese gesellschaftsrechtlich unwirksam ist, offengelassen. Das OVG Bremen hat hier eindeutig für eine Abberufung votiert.

Die Gemeinde muß sich einen Einfluß auf die Gesellschaft, insbesondere über den Aufsichtsrat, sichern. Blockiert das Aufsichtsratsmitglied durch Nichtbeachtung von Weisungen diesen Einfluß, bleibt der Gemeinde nur seine Abberufung, um ihren Einfluß wieder herstellen zu können. Deshalb kann man sich nur der absolut h.M. anschließen, daß die Abberufung auf jeden Fall gerechtfertigt ist, wenn der Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat deren Weisungen nicht folgt.

11.5 Wir hatten bereits ausgeführt, das gesellschaftsrechtlich das Recht zur Abberufung an die Entsendung des Aufsichtsratsmitglieds geknüpft

⁴²³ OVG Münster Beschluß v. 12.2.90 in DVBl 90, 834 ff, 835, kritisch hierzu OVG Münster v. 19.09.95, a.a.O., das die Klage- bzw. Antragsbefugnis in Zweifel zieht

⁴²⁴ Die Kritik im Beschluß des OVG Münster v. 19.9.95 betrifft nicht diesen Teil, sondern die Einordnung der Rechtsposition der Vertreter im Aufsichtsrat.

ist. Für die AG sieht § 103 (1) AktG eine strikte Bindung vor. Auch im Rahmen des GenG ist eine strikte Regelung getroffen.

Da sich die Gemeinde Einfluß sichern muß, auch wenn ihr nur ein Vorschlagsrecht eingeräumt ist, stellt sich allerdings noch die Frage nach den Regelungsmöglichkeiten bei der GmbH. Für die GmbH verweist § 52 (1) GmbHG auf § 103 (1) AktG. Hier könnte jedoch der Gesellschaftsvertrag eine erleichterte Abberufung des vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitgliedes vorsehen, z.B. das Abberufungsrecht einem einzelnen Gesellschafter zuweisen⁴²⁵. Von der Rspr ist die Frage, ob eine Kommune sich als Gesellschafter das Recht einräumen lassen kann, ein von ihr vorgeschlagenes, aber von der Gesellschafterversammlung gewähltes Aufsichtsratsmitglied abzurufen, nach unserem Wissen noch nicht entschieden worden. Der Unterschied zwischen gewählten und entsandten Aufsichtsratsmitglied würde aber bei einer derartigen Regelung verwischt werden. Wenn also für die Kommune kein Entsendungsrecht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wurde, kann es nach unserer Ansicht auch bei der GmbH keine Abberufung geben.

12. Vergütung

Drei Länder haben für ihre Vertreter die Verpflichtung festgelegt, die Vergütung, soweit sie die angemessene Aufwandsentschädigung⁴²⁶ oder das Sitzungsgeld⁴²⁷ überschreitet, an die Kommune abzuführen. In anderen Ländern ergibt sich diese Verpflichtung aus den beamtenrechtlichen Regelungen, die entweder direkt oder entsprechend⁴²⁸ anwendbar sind. In den anderen Ländern wäre eine entsprechende Weisung denkbar. Als angemessene Aufwandsentschädigung wird in einem Urteil des OVG Saarlouis z.B. in Anlehnung an beamtenrechtliche Vorschriften für ehrenamtliche Beigeordnete ein Betrag von 100,- DM diskutiert⁴²⁹.

⁴²⁵ Scholz/Schneider 200 zu § 52

⁴²⁶ § 104 (5) GO Brand., § 111 (8) i.V.m. (7) NdsGO

⁴²⁷ § 71 (5) KV M-V

⁴²⁸ § 32 (5) GO BW, § 35 (6) SächsGO, Vgl. aber auch das Urteil des OVG Saarlouis v. 28.11.96 Az. 1 R 2/95, n.v., zitiert nach einer Ablichtung vom Original, für ehrenamtliche Beigeordnete im Saarland

⁴²⁹ Vgl. Urteil des OVG Saarlouis v. 28.11.96, a.a.O.

Wir haben erhebliche Zweifel, ob eine derartige Regelung rechtmäßig ist. Für die AG ist in § 113 AktG und für die GmbH durch §§ 52 (1) GmbH, 113 AktG die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder begrenzt. Die Kontrolle der Einhaltung dieser Begrenzung obliegt der Haupt- oder Gesellschafterversammlung. Nach dem, was wir zum direkten Einfluß der Gemeinde auf die Gesellschaft gesagt haben, dürfte es sich bei der Kontrolle der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder damit nicht um eine Gemeindeangelegenheit handeln. Angesichts der Vielfalt der Zwecke, die mit einer GmbH z.B. verfolgt werden können, wird sich erst recht für den zu betreibenden Aufwand kein fester Betrag nennen lassen.

Das Aufsichtsratsmitglied muß sich informieren, Kontakt zu Vorstand/Geschäftsführung halten, hat - zumindest vorerst - das Haftungsrisiko zu tragen und kann nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften einer Strafverfolgung ausgesetzt werden. Da das Aufsichtsratsmitglied aber kein Vertreter der Gemeinde im streng juristischen Sinne ist, also nicht im Namen der Gemeinde, sondern im eigenen handelt, sind dies alles höchstpersönliche Verpflichtungen. Auch aus diesem Grunde gibt es für eine Verpflichtung zur Abführung der dafür gezahlten Vergütung an die Gemeinde nach unserer Meinung keinen Anlaß. Wenn die gezahlte Vergütung nicht angemessen ist, müssen vielmehr Gesellschafts- oder Hauptversammlung tätig werden.

13. Haftung

Alle Gemeindeordnungen sehen vor, daß das Aufsichtsratsmitglied unter bestimmten Voraussetzungen von der Haftung befreit ist⁴³⁰.

13.1 Dabei handelt es sich nicht um einen direkten Anspruch der Gesellschaft, sondern um einen Freistellungsanspruch des Aufsichtsratsmitgliedes gegenüber der Gemeinde. Außer in den Fällen des § 117 AktG, die sich kaum nachweisen lassen, ist kein Direktanspruch der Gesell-

⁴³⁰ § 105 (3) GO BW, Art. 93 (2) BayGO, § 104 (4) GO Brand., § 125 (3) HessGO, § 111 (8), (6) NdsGO, § 113 (6) GO NW, § 71 (3) KV M-V, § 88 (4) GO Rh-Pf, § 112 (4) KSVG Saar., § 98 (3) SächsGO, § 119 (3) GO Sa.-An., § 25 (3) GO Schl.-H., § 74 (2) ThürKO

schaft gegen die Gemeinde anzuerkennen. Der BGH hat in seinem Beschluß v. 28.6.84 ausgeführt:

*„Auch aus § 55 NRW GO läßt ein Schadensersatzanspruch gegen die widerbeklagte Stadt sich nicht herleiten. Nach § 55 (4) NWGO hat die Gemeinde den von ihr zur Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten bestellten Vorstandsmitgliedern juristischer Personen, die aus dieser Tätigkeit haftbar gemacht werden, den Schaden zu ersetzen; ein unmittelbarer Schadensersatzanspruch eines Dritten, demgegenüber das bestellte Vorstandsmitglied sich haftbar gemacht hat, ergibt sich aus dieser Bestimmung nicht“*⁴³¹.

13.2 Das Aufsichtsratsmitglied hat bezüglich der Haftungsansprüche einen Freistellungsanspruch, soweit es nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Dabei unterscheiden die gesetzlichen Regelungen nicht zwischen dem vorgeschlagenen, aber von Haupt- oder Gesellschafterversammlung gewählt und dem von der Gemeinde entsandten Mitglied. Allenfalls dem sog. geborenen Aufsichtsratsmitglied in der GmbH kann, wie oben ausgeführt, mangels Veranlassung seiner Bestellung durch die Kommune kein Freistellungsanspruch zuerkannt werden.

Vorsatz liegt vor, wenn der Vertreter den Eintritt des schadenstiftenden Ereignisses bewußt und gewollt herbeigeführt hat, wobei auch ein bedingter Vorsatz ausreichend sein soll⁴³². Das heißt, daß der Schaden auch dann gewollt ist, wenn das Aufsichtsratsmitglied nicht zielgerichtet gehandelt, sondern das schadenstiftende Ereignis nur billigend in Kauf genommen hat.

Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Handelnde die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat⁴³³. Wie sich aus dieser Definition erschließen läßt, handelt es sich um eine Auslegungsfrage im Einzelfall, bei der oftmals selbst verschiedene Kammern desselben Gerichts unterschiedliche Auffassungen vertreten. Hier kann also kein typischer Einzelfall genannt werden.

⁴³¹ BGH Beschluß v. 28.6.84 in NVwZ 84, 749 f, 750

⁴³² Rehn/Cronauge VIII 1 zu § 113

⁴³³ Rehn/Cronauge a.a.O.

Zur Vermeidung einer persönlichen Inanspruchnahme kann man nur anraten, sich inhaltlich an dem zu orientieren, was der BGH in seinem Urteil vom 29.4.97⁴³⁴ ausgeführt hat. Bei einem gesetz- oder satzungswidrigen Verhalten oder Vorstand wird man es schwer haben, von einem Einschreiten - z.B. durch Geltendmachung einer Schadensersatzforderung gegen Vorstand/Geschäftsführer - abzusehen. Sollte dem Vorstand einfach das Glück bei Geschäften gefehlt haben, die nach dem Gesellschaftszweck vorzunehmen und ihrer Natur nach mit einem Risiko behaftet sind, wird man zumindest die Abberufung des Vorstandes oder des Geschäftsführers diskutieren müssen. Wenn man in beiden Fällen aus gewichtigen Gründen von derartigen Maßnahmen absehen will, müssen diese an der Bedeutung des Fehlverhaltens des Vorstandes gemessen werden. Je stärker man sich an dem hier vom BGH aufgezeigten Rahmen orientiert hat, um so weniger kann man sich dem Vorwurf aussetzen, die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt zu haben. Formal ist es natürlich von ausschlaggebender Bedeutung, daß sich die maßgeblichen Erwägungen auch in dem nach § 107 (2) AktG oder entsprechend § 107 (2) AktG zu fertigenden Protokoll wiederfinden.

13.3 Im übrigen soll den kommunalen Vertretern im Aufsichtsrat eine Haftungsfreistellung zukommen, wenn sie nach der Weisung der Gemeinde gehandelt haben⁴³⁵. Allerdings hat der BGH dies in einer für die Entscheidungsbegründung nicht wesentlichen Anmerkung - *orbiter dicta* - für den Fall in Frage gestellt, daß das Aufsichtsratsmitglied an Weisungen nicht gebunden ist:

*„Im übrigen steht den Vorstandsmitgliedern, die auf Vorschlag der Gemeinde von der juristischen Person selbst bestellt werden, nicht einmal dieser Freistellungsanspruch zu, da sie keinen Weisungen unterliegen ...“*⁴³⁶.

Wenn auch für die kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat die Weisung nicht bindend ist, weil das Gesellschaftsrecht Vorrang hat, entfällt dann die Haftungsfreistellung bei Befolgung der Weisung ?

⁴³⁴ BGH Urteil v. 29.4.97 in NJW 97, 1926 ff und Kapitel B Punkt 2.1.1.4 dieser Abhandlung

⁴³⁵ Held 10 zu § 113

⁴³⁶ BGH Beschluß v. 28.6.84, a.a.O.

Letztendlich würde man hier die Andeutung des BGH überbewerten. Für den Vorstand der AG, auf den sich der BGH hier eindeutig bezieht, ergibt sich aus dem Gesetz die Weisungsfreiheit. Für das Aufsichtsratsmitglied ergibt sich die Weisungsfreiheit nur da, wo eine Weisung gegen gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen verstößt. Das Risiko dieser Beurteilung darf für ein „nebenamtliches“ Aufsichtsratsmitglied, das der Weisung der entsendenden Kommune folgt, nicht zu dem Risiko führen, daß er letztendlich auch auf der Haftung „hängen bleibt“. Auch wenn man hier vor Überraschungen durch die Rspr nicht vollkommen sicher ist, wird man diese Anmerkung des BGH unserer Ansicht nach auf Aufsichtsratsmitglieder nicht übertragen können.

Nach den kommunalrechtlichen Vorschriften ist hinsichtlich der Bindung an Weisungen nicht zwischen vorgeschlagenen und entsandten Vertretern unterschieden. Letztendlich unterliegen beide kommunalrechtlich der Weisung und sind gesellschaftsrechtlich eigenverantwortlich. Auch hier wird man den Freistellungsanspruch bejahen müssen.

13.4 Für Eigengesellschaften kann eine Eigenschaden- oder Vermögenseigenschadenversicherung abgeschlossen werden. Diese greift auch dann ein, wenn Aufsichtsratsmitglieder einen Vermögensschaden der AG oder GmbH verursachen. Für kommunale Gesellschaften bewegt sich die Deckungssumme um die Grenze von 1 Mio. DM⁴³⁷. Allerdings behalten sich die Versicherer hier für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit oftmals einen Regreß gegen das Aufsichtsratsmitglied vor.

14. Strafbarkeit

Wie oben ausgeführt, können sich die kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat strafbar machen. Dies Risiko kann ihnen die Gemeinde grundsätzlich nicht abnehmen. Diskutiert worden ist dies immer wieder für Geldstrafen. Wenn der Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat eine Weisung befolgt, warum soll die Kommune ihm dann zwar die Haftung, nicht aber eine eventuelle Geldstrafe abnehmen ?

⁴³⁷ Vgl. die Mitteilungen des GVV 1/1997-II in: Informationen der Bundesarbeitsgemeinschaft Deutscher Kommunalversicherer Heft I aus 1997

14.1 Ursprünglich hat die Rspr⁴³⁸ die Auffassung vertreten, daß auch die Geldstrafe eine persönliche Angelegenheit sei. Die Bezahlung der Geldstrafe durch einen Dritten - sei es die Kommune, sei es z.B. der private Arbeitgeber -, die im Zusammenhang mit einer dienstlichen Angelegenheit verhängt wird, sei nach § 258 (2) StGB - Strafvereitelung -, ggf. § 258 a StGB - Strafvereitelung im Amt - strafbar.

14.2 In seinem Urteil vom 7.11.90 hat der BGH diese Rspr aufgegeben. Dort heißt es dann:

*„Die Bezahlung einer Geldstrafe - unmittelbar oder mittelbar - aus dem Vermögen eines Dritten erfüllt nicht den Tatbestand der Strafvereitelung...“*⁴³⁹

14.3 Allerdings ist die Zahlung der Geldstrafe, die einem Aufsichtsratsmitglied auferlegt wird, damit für die Gemeinde immer noch mit einer Strafandrohung bedroht. Öffentliche Mittel sollen nur für bestimmte Zwecke, nicht aber zur Zahlung von Geldstrafen, die gegen die Bediensteten persönlich gerichtet sind, verwandt werden. Nach dem vorgenannten Urteil des BGH kann eine Strafverfolgung wegen Untreue - § 266 StGB - erfolgen⁴⁴⁰.

Die Unterscheidung zwischen Kommunen und z.B. privaten Arbeitgebern, deren Arbeitnehmer auf deren Veranlassung hin mit dem StGB in Konflikt geraten, ist sicherlich bedenklich. Wenn das Aufsichtsratsmitglied wirklich einer Weisung der Gemeinde gefolgt, die gesellschaftsrechtlich derart inakzeptabel war, daß sie eine Strafverfolgung auslöst, kann man rechtspolitisch hier einiges einwenden⁴⁴¹. Allerdings ändert dies nichts an der Tatsache, daß die Übernahme der Geldstrafe ausgeschlossen ist.

⁴³⁸ Vgl. die Nachweis im Urteil des BGH vom 7.11.90 NJW 91, 990 ff, 992

⁴³⁹ Vgl. BGH a.a.O., 992

⁴⁴⁰ Vgl. BGH a.a.O., 991

⁴⁴¹ Z.B. Argumente entsprechend der Fürsorgepflicht für Beamte und Angestellte oder das Verursacherprinzip. Auch diese Frage kann hier nicht ausdiskutiert werden.

Literaturverzeichnis⁴⁴²

- | | |
|---|---|
| Baumbach/
Hueck
Bea/Scheuer/
Gutwein | Komm. zum GmbHG,
16. Aufl, 1996
Institutionalisierung der Kontrolle der GmbH
durch einen Beirat,
DB 96, 1193 ff |
| Bernhardt, | Aufsichtsrat, die schönste Nebensache der Welt,
ZHR 95, 310 ff |
| Bork, | Materiell-rechtliche und prozeßrechtliche Probleme des
Organstreits zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einer
Aktiengesellschaft
ZGR 89, 1 ff |
| Boysen, | Kommunales out-sourcing- Rechtsproblem der privat-
rechtlich verselbständigten Erfüllung kommunaler
Aufgaben,
VR 96, 73 ff |
| Buth/
Hermanns | Unternehmenspolitische Erwägungen zum Beirat in der
GmbH und der KG,
DSiR 96, 597 |
| Decher, | Loyalitätskonflikte der öffentlichen Hand im
Aufsichtsrat,
zu HEW/Janssen,
ZIP 90, 277 ff |
| Decker, | Verschwiegenheitspflicht für Ratsfraktionen,
GHH 83, 157 f |
| Deckert, | Inkompatibilitäten und Interessenkonflikte
- zur Pflichtenstellung des Aufsichtsratsmitglieds -
DZWIR 96, 406 ff |

⁴⁴² Die Literatur - insbesondere das gesellschaftsrechtliche Schrifttum - konnte nicht vollständig berücksichtigt werden. Den zitierten Kommentarstellen - Vgl. Mertens für das Aktienrecht und Baum bach/Hueck für das Recht der GmbH - sind äußerst - teilweise seitenlange - Literaturverzeichnisse vorangestellt. Viel, was dort genannt ist, hätte aber vom eigentlich Thema - der Stellung kommunaler Vertreter - weggeführt, da es auf sehr spezielle gesellschaftsrechtliche Fragen zugeschnitten ist. Für die im Rahmen der Ausarbeitung berücksichtigte Rechtsprechung ist ebenfalls eine Auswahl im Hinblick auf das eigentliche Thema - Stellung kommunaler Vertreter - vorgenommen worden.

Domisch,	Die Besetzung von Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen nach der geänderten Gemeindeordnung NW GHH 80, 107 ff
Ehlers,	Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl 97, 137 ff
Erichsen	Die Vertretung der Kommunen in den Mitgliederorganen von juristischen Personen des Privatrechts, 1990
Fischer,	Der Entscheidungsspielraum des Aufsichtsrats bei der Geltendmachung von Regreßansprüchen gegen Vorstandsmitgliedern, BB 96, 225 ff
Gaul,	Information und Vertraulichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH, GmbHHR 86, 296 ff
Gehrlein,	Beweislast für Sorgfaltspflichtverletzungen von Geschäftsleitern, NJW 97, 1906 f
Giesen,	Die Informations- und Prüfungsrechte der Gemeinden gegenüber Beteiligungsunternehmen, GHH 89, 223 ff
Götz,	Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft, ZGR 90, 633 ff
Großfeld/ Brondics	Die Stellung des fakultativen Aufsichtsrats (Beirat) in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und in der GmbH & Co KG, AG 87, 293 ff
Hansen,	Die Einwirkungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand in Aktiengesellschaften, GHH 90, 270 ff
Harder/ Reiter	Die Mitglieder des Aufsichtsrats einer GmbH mit öffentlich-rechtlichen Anteilseigner - ihre Rechte und Pflichten, GmbHHR 95, 813 ff
Held u.a. Henke/ Reuter	Komm. zur GO NW in Praxis der Gemeindeverwaltung Die Einführung qualifizierten Beteiligungsmanagements für das „Unternehmen Stadt Ludwigsburg“, GHH 95, 149 ff

Hettrich/ Pöhlmann Heuking/ Jasper Hoerdemann,	Komm. zum Genossenschaftsgesetz, 1995 Interessenkonflikte der Aufsichtsratsmitglieder der GmbH, DStR 92, 1438 ff Aktienrechtsreform und kein Ende - Bedarf es der Verschärfung der Aufsichtsratshaftung ?, ZRP 97, 44 ff
Hommelhoff,	Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern, ZGR 96, 144 ff
Horn,	Die Haftung des Vorstand der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrates, ZIP 97, 1129 ff
Hüffer,	Komm. zum AktG, 2. Aufl, 1995
Jäger,	Die Beratung des Vorstands als Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, DStR 96, 671 ff
Janitschek,	Hessische Kommunen und Eigengesellschaften. Ein Beitrag zum Vertretungs-, Weisungs-, Abberufungs- und Entsendungsrecht gemäß § 125 GO, VR 93, 115 ff
KGSt,	Kommunale Beteiligungen I, Steuerung und Kontrolle der Beteiligungen, Bericht 8/95
KGSt,	Kommunale Beteiligungen II, Organisation der Beteiligungsverwaltung, Bericht 9/85
KGSt,	Kommunale Beteiligungen III, Verselbständigung kommunaler Einrichtungen ?, (Entscheidungshilfen) Bericht 7/86
KGSt,	Kommunale Beteiligungen IV, Verselbständigung kommunaler Einrichtungen ? (Arbeitshilfen), Bericht 8/86
Klüver,	Kommunale Vertreter im Aufsichtsrat, Kommunalwirtschaft 1966, 99 ff
Konzen,	Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co KG, NJW 89, 2977 ff

Krone,	Organkompetenzen in Stiftung, Kapital- und Personengesellschaft, ZGR 96, 18 ff
Kropff/ Semmler/ Grunewald Kumanoff/ Schwarzkopf	in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Komm. zum Aktiengesetz, §§ 359 bis 395, 14. Lieferung, 1993 Erfüllung von Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge durch sogenannte Kooperationsgesellschaften, SächsVBl. 94, 249 ff
Kummerer/ Gieseberts	Rechtsfragen der Privatisierung kommunaler Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung, NVwZ 96, 1166 ff
Lutter,	Professionalisierung der Aufsichtsräte, NJW 95, 1135 f
Lutter,	Defizite für eine effiziente Aufsichtsrats Tätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung, ZHR 95, 287 ff
Lutter/ Hommelhof	Komm. zum GmbHG, 14. Aufl, 1995
Meier/ Wieseler	Problemgebiete bei kommunal beherrschten Unternehmen in privatrechtlicher Organisation, GHH 93, 174 ff
Meier,	Zulässigkeit geheimer Abstimmungen in GmbH-Aufsichtsräten, DStR 96, 385 ff
Meier,	Die Vertretung der Gemeinden in Unternehmen und Einrichtungen, StuGR 97, 16 ff
Mertens/ Zöllner/ u.a.	Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl, § 77, 1988 1. Lieferung zu § 93, 1989 2. Lieferung zu §§ 111, 116, 1996 1. Aufl, 1971 zu §§ 394, 395
Müller,	Die Wahl, Abwahl und Ersatzwahl von gemeindlichen Vertretern in Organen privatrechtlicher Gesellschaften nach nordrhein-westfälischem Kommunalrecht, NWVBl 97, 172 ff

Nesselmüller,	Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde auf ihre Eigengesellschaften, 1977
Noack,	Gesellschaftsrechtliche Fragen kommunaler Beteiligung an Gesellschaften des Privatrechts, StuGR 95, 379 ff
Paal,	Anwendung des § 113 GO aus der Sicht des Nordrhein-Westfälischen Städte- und Gemeindebundes, StuGR 97, 16 ff
Palandt,	Kommentar zum BGB, 56. Aufl., 1997
Peltzer,	Die Haftung des Aufsichtsrats bei Verletzung der Überwachungspflicht, WM 81, 346 ff
Poseck,	Die Klage des Aufsichtsrats gegen die Geschäftsführung des Vorstands, DB 96, 2165 ff
Püttner,	Die Vertretung der Gemeinden in wirtschaftlichen Unternehmen, DVBl 86, 748 ff
Oebbecke,	Die kommunale Beteiligung nach der Reform des nordrhein-westfälischen Kommunalrechts, StuGR 95, 387 ff
Quack,	Die Entsendung von Gemeindevertretern in die Organe von Kapitalgesellschaften, DVBl 65, 345 ff
Raiser,	Klagebefugnisse einzelner Aufsichtsratsmitglieder, ZGR 89, 44 ff
Raiser,	Pflicht und Ermessen von Aufsichtsratsmitgliedern, NJW 96, 552 ff
Rehn/Cronauge, Rellermeyer,	Komm. zur GO NW Der Aufsichtsrat - Betrachtungen zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes- ZGR 93, 77 ff
Reichert/ Van Look	Handbuch des Vereins- und Verbandsrecht, 6. Aufl., 1995

Rochold, Rechtsformen von Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen in kommunaler Trägerschaft, SächsVBl. 95, 279 ff

Rohwedder, Komm. zum GmbHG, 1985

Säcker, Aktuelle Probleme der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, NJW 86, 803 ff

Sauter/
Schweyer, Der eingetragene Verein, 15. Aufl, 1994

Schäfer, Rechtsfragen des Inkrafttretens und der Geltung der neuen nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung, NWVBl 94, 448 ff

Schäfer, Der hauptamtliche Bürgermeister, StuGR 94, 304 ff

Schmidt-
Aßmann/
Ulmer, Die Berichterstattung von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft nach § 394 AktG, BB-Beilage 13 zu Heft 27/1988

Schönerhausen/
Bender-Fricke, Zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden, VR 97, 109 ff

Schubert/
Steder, Genossenschaftshandbuch, Loseblattsammlung

Stober, Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, NJW 84, 449 ff

Schön, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand - Gesellschaftsrechtliche Analyse- ZGR 96, 429 ff

Schönke/
Schröder, Kommentar zum StGB, 25. Auflage, 1997

Schoch, Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, DVBl 94, 1 ff

Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl 94, 962 ff

Scholz, Kommentar zum GmbHG, 8. Aufl, 1995

Schwintowski, Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder im Aufsichtsrat, NJW 90, 1009 ff

Schwintowski, Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsandte Aufsichtsratsmitglieder in öffentlichen Unternehmen, NJW 95, 1316 ff

Spannowsky, Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand: öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere zur Ingerenzpflicht, ZGR 96, 400 ff

Stürer, Die Besetzung von Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen nach dem Mehrheitswahlsystem, StuGR 81, 243 ff

Thümmel, Manager- und Aufsichtsratshaftung nach dem Referentenentwurf zur Änderung des AktG und des HGB, DB 97, 261 ff

Thümmel, Zu den Pflichten des Aufsichtsrates bei der Verfolgung von Haftungsansprüchen gegenüber dem Vorstand der AG, DB 97, 1117 ff

Treder, Weisungsgebundenheit und Verschwiegenheitspflicht eines von der Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitgliedes in den Aufsichtsrat einer der Gemeinde gehörenden GmbH, GHJ 86, 145 ff

Vogel, Die Verschwiegenheitspflicht der Vertreter kommunaler Gebietskörperschaften im Aufsichtsrat der GmbH, StuGR 96, 252 ff

Zeiß (Begr.)/
Bolsenkötter, Das Recht der gemeindlichen Eigenbetriebe, 4. Auflage, 1993

Anlage 1

Gesetzesauszüge

- 1) Auszug aus dem Aktiengesetz
- 2) Auszug aus dem Genossenschaftsgesetz
- 3) Auszug aus dem GmbHG
- 4) Auszug aus dem BGB
- 5) Auszüge aus den Gemeindeordnungen der dreizehn Flächenstaaten

1) Aktiengesetz

Auszug zur Stellung des Aufsichtsrates:

...

§ 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder

(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren.

(2) Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.

(3) Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Gesetz

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt werden,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt werden,
3. eigene Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft gezeichnet, erworben, als Pfand genommen oder eingezogen werden,

4. Aktien vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder des höheren Ausgabebetrags ausgegeben werden,
5. Gesellschaftsvermögen verteilt wird,
6. Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat,
7. Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder gewährt werden,
8. Kredit gewährt wird,
9. bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwerts Bezugsaktien ausgegeben werden.

(4) Der Gesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht. Dadurch, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen. Die Gesellschaft kann erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über sie vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht.

(5) Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Dies gilt jedoch in anderen Fällen als denen des Absatzes 3 nur dann, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben; Absatz 2 Satz 2 gilt sinngemäß. Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht. Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Konkursverwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder aus.

(6) Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren in fünf Jahren.

...

§ 100 Persönliche Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder

(1) Mitglied des Aufsichtsrats kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. Ein Betreuer, der bei der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) unterliegt, kann nicht Mitglied des Aufsichtsrats sein.

(2) Mitglied des Aufsichtsrats kann nicht sein, wer

1. bereits in zehn Handelsgesellschaften oder bergrechtlichen Gewerkschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, Aufsichtsratsmitglied ist,
2. gesetzlicher Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist, oder
3. gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört.

Auf die Höchstzahl nach Satz 1 Nr. 1 sind bis zu fünf Aufsichtsratssitze nicht anzurechnen, die ein gesetzlicher Vertreter (beim Einzelkaufmann der Inhaber) des herrschenden Unternehmens eines Konzerns in zum Konzern gehörenden Handelsgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, inne hat.

(3) Die anderen persönlichen Voraussetzungen der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer sowie der weiteren Mitglieder bestimmen sich nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz, dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz und dem Betriebsverfassungsgesetz 1952.

(4) Die Satzung kann persönliche Voraussetzungen nur für Aufsichtsratsmitglieder fordern, die von der Hauptversammlung ohne Bindung an Wahlvorschläge gewählt oder auf Grund der Satzung in den Aufsichtsrat entsandt werden.

...

§ 107 Innere Ordnung des Aufsichtsrats

(1) Der Aufsichtsrat hat nach näherer Bestimmung der Satzung aus sei

ner Mitte einen Vorsitzenden und mindestens einen Stellvertreter zu wählen. Der Vorstand hat zum Handelsregister anzumelden, wer gewählt ist. Der Stellvertreter hat nur dann die Rechte und Pflichten des Vorsitzenden, wenn dieser behindert ist.

(2) Über die Sitzungen des Aufsichtsrats ist eine Niederschrift anzufertigen, die der Vorsitzende zu unterzeichnen hat. In der Niederschrift sind der Ort und der Tag der Sitzung, die Teilnehmer, die Gegenstände der Tagesordnung, der wesentliche Inhalt der Verhandlungen und die Beschlüsse des Aufsichtsrats anzugeben. Ein Verstoß gegen Satz 1 oder Satz 2 macht einen Beschluß nicht unwirksam. Jedem Mitglied des Aufsichtsrats ist auf Verlangen eine Abschrift der Sitzungsniederschrift auszuhändigen.

(3) Der Aufsichtsrat kann aus seiner Mitte einen oder mehrere Ausschüsse bestellen, namentlich, um seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen. Die Aufgaben nach Absatz 1 Satz 1, § 59 Abs. 3, § 77 Abs. 2 Satz 1, § 84 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1, § 111 Abs. 3, §§ 171, 314 Abs. 2 und 3 sowie Beschlüsse, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen, können einem Ausschuß nicht an Stelle des Aufsichtsrats zur Beschlußfassung überwiesen werden.

...

§ 109 Teilnahme an Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse

(1) An den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse sollen Personen, die weder dem Aufsichtsrat noch dem Vorstand angehören, nicht teilnehmen. Sachverständige und Auskunftspersonen können zur Beratung über einzelne Gegenstände zugezogen werden.

(2) Aufsichtsratsmitglieder, die dem Ausschuß nicht angehören, können an den Ausschußsitzungen teilnehmen, wenn der Vorsitzende des Aufsichtsrats nichts anderes bestimmt.

(3) Die Satzung kann zulassen, daß an den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse Personen, die dem Aufsichtsrat nicht angehören,

an Stelle von verhinderten Aufsichtsratsmitgliedern teilnehmen können, wenn diese sie hierzu schriftlich ermächtigt haben.

(4) Abweichende gesetzliche Vorschriften bleiben unberührt.

§ 110 Einberufung des Aufsichtsrats

(1) Jedes Aufsichtsratsmitglied oder der Vorstand kann unter Angabe des Zwecks und der Gründe verlangen, daß der Vorsitzende des Aufsichtsrats unverzüglich den Aufsichtsrat einberuft. Die Sitzung muß binnen zwei Wochen nach der Einberufung stattfinden.

(2) Wird einem Verlangen, das von mindestens zwei Aufsichtsratsmitgliedern oder vom Vorstand geäußert ist, nicht entsprochen, so können die Antragsteller unter Mitteilung des Sachverhalts selbst den Aufsichtsrat einberufen.

(3) Der Aufsichtsrat soll in der Regel einmal im Kalendervierteljahr, er muß einmal im Kalenderhalbjahr einberufen werden.

§ 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats

(1) Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.

(2) Der Aufsichtsrat kann die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einsehen und prüfen. Er kann damit auch einzelne Mitglieder oder für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen.

(3) Der Aufsichtsrat hat eine Hauptversammlung einzuberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es fordert. Für den Beschluß genügt die einfache Mehrheit.

(4) Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Die Satzung oder der Aufsichtsrat kann jedoch be-

stimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand verlangen, daß die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Der Beschluß, durch den die Hauptversammlung zustimmt, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfaßt. Die Satzung kann weder eine andere Mehrheit noch weitere Erfordernisse bestimmen.

(5) Die Aufsichtsratsmitglieder können ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen.

§ 112 Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern

Vorstandsmitgliedern gegenüber vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

§ 113 Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder

(1) Den Aufsichtsratsmitgliedern kann für ihre Tätigkeit eine Vergütung gewährt werden. Sie kann in der Satzung festgesetzt oder von der Hauptversammlung bewilligt werden. Sie soll in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen. Ist die Vergütung in der Satzung festgesetzt, so kann die Hauptversammlung eine Satzungsänderung, durch welche die Vergütung herabgesetzt wird, mit einfacher Stimmenmehrheit beschließen.

(2) Den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrats kann nur die Hauptversammlung eine Vergütung für ihre Tätigkeit bewilligen. Der Beschluß kann erst in der Hauptversammlung gefaßt werden, die über die Entlastung der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats beschließt.

(3) Wird den Aufsichtsratsmitgliedern ein Anteil am Jahresgewinn der Gesellschaft gewährt, so berechnet sich der Anteil nach dem Bilanzgewinn, vermindert um einen Betrag von mindestens vier vom Hundert der auf den Nennbetrag der Aktien geleisteten Einlagen.

Entgegenstehende Festsetzungen sind nichtig.

...

§ 116 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder

Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 93 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß.

§ 117 Schadenersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, ist der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Er ist auch den Aktionären zum Ersatz des ihnen daraus entstehenden Schadens verpflichtet, soweit sie, abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist, geschädigt worden sind.

(2) Neben ihm haften als Gesamtschuldner die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten gehandelt haben. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast. Der Gesellschaft und auch den Aktionären gegenüber tritt die Ersatzpflicht der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht. Dadurch, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen.

(3) Neben ihm haftet ferner als Gesamtschuldner, wer durch die schädigende Handlung einen Vorteil erlangt hat, sofern er die Beeinflussung vorsätzlich veranlaßt hat.

(4) Für die Aufhebung der Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft gilt sinngemäß § 93 Abs. 4 Satz 3 und 4.

(5) Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht. Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Konkursverwalter das Recht der Gläubiger aus.

(6) Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren in fünf Jahren.

(7) Diese Vorschriften gelten nicht, wenn das Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats, der Prokurist oder der Handlungsbevollmächtigte durch Ausübung

1. des Stimmrechts in der Hauptversammlung,
 2. der Leitungsmacht auf Grund eines Beherrschungsvertrags oder
 3. der Leitungsmacht einer Hauptgesellschaft (§ 319), in die die Gesellschaft eingegliedert ist,
- zu der schädigenden Handlung bestimmt worden ist.

...

§ 120 Entlastung

(1) Die Hauptversammlung beschließt alljährlich in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahrs über die Entlastung der Mitglieder des Vorstands und über die Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrats. Über die Entlastung eines einzelnen Mitglieds ist gesondert abzustimmen, wenn die Hauptversammlung es beschließt oder eine Minderheit es verlangt, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals oder den Nennbetrag von zwei Millionen Deutsche Mark erreichen.

(2) Durch die Entlastung billigt die Hauptversammlung die Verwaltung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats. Die Entlastung enthält keinen Verzicht auf Ersatzansprüche.

(3) Die Verhandlung über die Entlastung soll mit der Verhandlung über die Verwendung des Bilanzgewinns verbunden werden. Der Vorstand hat den Jahresabschluß, den Lagebericht und den Bericht des Aufsichtsrats der Hauptversammlung vorzulegen. Für die Auslegung dieser Vorlagen und für die Erteilung von Abschriften gilt § 175 Abs. 2 sinngemäß.

...

§ 170 Vorlage an den Aufsichtsrat

(1) Der Vorstand hat den Jahresabschluß und den Lagebericht unverzüglich nach ihrer Aufstellung dem Aufsichtsrat vorzulegen. Ist der Jahresabschluß durch einen Abschlußprüfer zu prüfen, so sind diese Unterlagen zusammen mit dem Prüfungsbericht des Abschlußprüfers unverzüglich nach dem Eingang des Prüfungsberichts dem Aufsichtsrat vorzulegen.

(2) Zugleich hat der Vorstand dem Aufsichtsrat den Vorschlag vorzulegen, den er der Hauptversammlung für die Verwendung des Bilanzgewinns machen will. Der Vorschlag ist, sofern er keine abweichende Gliederung bedingt, wie folgt zu gliedern:

1. Verteilung an die Aktionäre ..
2. Einstellung in Gewinnrücklagen ...
3. Gewinnvortrag ...
4. Bilanzgewinn ...

(3) Jedes Aufsichtsratsmitglied hat das Recht, von den Vorlagen Kenntnis zu nehmen. Die Vorlagen sind auch jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen auszuhändigen, soweit der Aufsichtsrat nichts anderes beschlossen hat.

§ 171 Prüfung durch den Aufsichtsrat

(1) Der Aufsichtsrat hat den Jahresabschluß, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns zu prüfen. Ist der Jahresabschluß durch einen Abschlußprüfer zu prüfen, so hat der Abschlußprüfer auf Verlangen des Aufsichtsrats an dessen Verhandlungen über diese Vorlagen teilzunehmen.

(2) Der Aufsichtsrat hat über das Ergebnis der Prüfung schriftlich an die Hauptversammlung zu berichten. In dem Bericht hat der Aufsichtsrat auch mitzuteilen, in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung der Gesellschaft während des Geschäftsjahrs geprüft hat. Ist der Jahresabschluß durch einen Abschlußprüfer zu prüfen, so hat der Aufsichtsrat ferner zu dem Ergebnis der Prüfung des Jahresabschlusses durch den Abschlußprüfer Stellung zu nehmen. Am Schluß des Berichts hat der Aufsichtsrat zu erklären, ob nach dem abschließenden Ergebnis seiner Prüfung Einwendungen zu erheben sind und ob er den vom Vorstand aufgestellten Jahresabschluß billigt.

(3) Der Aufsichtsrat hat seinen Bericht innerhalb eines Monats, nachdem ihm die Vorlagen zugegangen sind, dem Vorstand zuzuleiten. Wird der Bericht dem Vorstand nicht innerhalb der Frist zugeleitet, hat der Vorstand dem Aufsichtsrat unverzüglich eine weitere Frist von nicht mehr als einem Monat zu setzen. Wird der Bericht dem Vorstand nicht vor Ablauf der weiteren Frist zugeleitet, gilt der Jahresabschluß als vom Aufsichtsrat nicht gebilligt.

...

§ 394 Berichte der Aufsichtsratsmitglieder

Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, unterliegen hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht. Für vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, gilt dies nicht, wenn ihre Kenntnis für die Zwecke der Berichte nicht von Bedeutung ist.

§ 395 Verschwiegenheitspflicht

(1) Personen, die damit betraut sind, die Beteiligungen einer Gebietskörperschaft zu verwalten oder für eine Gebietskörperschaft die Gesellschaft, die Betätigung der Gebietskörperschaft als Aktionär oder die Tätigkeit der auf Veranlassung der Gebietskörperschaft gewählten oder

entsandten Aufsichtsratsmitglieder zu prüfen, haben über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen aus Berichten nach § 394 bekanntgeworden sind, Stillschweigen zu bewahren; dies gilt nicht für Mitteilungen im dienstlichen Verkehr.

(2) Bei der Veröffentlichung von Prüfungsergebnissen dürfen vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, nicht veröffentlicht werden.

...

§ 399 Falsche Angaben

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. als Gründer oder als Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats zum Zweck der Eintragung der Gesellschaft über die Übernahme der Aktien, die Einzahlung auf Aktien, die Verwendung eingezahlter Beträge, den Ausgabebetrag der Aktien, über Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen, Sachübernahmen und Sicherungen für nicht voll eingezahlte Geldeinlagen,
2. als Gründer oder als Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats im Gründungsbericht, im Nachgründungsbericht oder im Prüfungsbericht,
3. in der öffentlichen Ankündigung nach § 47 Nr. 3,
4. als Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats zum Zweck der Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals (§§ 182 bis 206) über die Einbringung des bisherigen, die Zeichnung oder Einbringung des neuen Kapitals, den Ausgabebetrag der Aktien, die Ausgabe der Bezugsaktien oder über Sacheinlagen,
5. als Abwickler zum Zweck der Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft in dem nach § 274 Abs. 3 zu führenden Nachweis oder
6. als Mitglied des Vorstands in der nach § 37 Abs. 2 Satz 1 oder § 81 Abs. 3 Satz 1 abzugebenden Versicherung oder als Abwickler in der nach § 266 Abs. 3 Satz 1 abzugebenden Versicherung falsche Angaben macht oder erhebliche Umstände verschweigt.

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Mitglied des Vorstands oder des Auf-

sichtsrats zum Zweck der Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals die in § 210 Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebene Erklärung der Wahrheit zuwider abgibt.

§ 400 Unrichtige Darstellung

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder als Abwickler

1. die Verhältnisse der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu verbundenen Unternehmen in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand, in Vorträgen oder Auskünften in der Hauptversammlung unrichtig wiedergibt oder verschleiert, wenn die Tat nicht in § 331 Nr. 1 des Handelsgesetzbuchs mit Strafe bedroht ist, oder
2. in Aufklärungen oder Nachweisen, die nach den Vorschriften dieses Gesetzes einem Prüfer der Gesellschaft oder eines verbundenen Unternehmens zu geben sind, falsche Angaben macht oder die Verhältnisse der Gesellschaft unrichtig wiedergibt oder verschleiert, wenn die Tat nicht in § 331 Nr. 4 des Handelsgesetzbuchs mit Strafe bedroht ist.

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Gründer oder Aktionär in Aufklärungen oder Nachweisen, die nach den Vorschriften dieses Gesetzes einem Gründungsprüfer oder sonstigen Prüfer zu geben sind, falsche Angaben macht oder erhebliche Umstände verschweigt.

...

§ 404 Verletzung der Geheimhaltungspflicht

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ein Geheimnis der Gesellschaft, namentlich ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm in seiner Eigenschaft als

1. Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder Abwickler,
 2. Prüfer oder Gehilfe eines Prüfers
- bekanntgeworden ist, unbefugt offenbart; im Falle der Nummer 2 jedoch

nur, wenn die Tat nicht in § 333 des Handelsgesetzbuchs mit Strafe bedroht ist.

(2) Handelt der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe. Ebenso wird bestraft, wer ein Geheimnis der in Absatz 1 bezeichneten Art, namentlich ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 bekanntgeworden ist, unbefugt verwertet.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag der Gesellschaft verfolgt. Hat ein Mitglied des Vorstands oder ein Abwickler die Tat begangen, so ist der Aufsichtsrat, hat ein Mitglied des Aufsichtsrats die Tat begangen, so sind der Vorstand oder die Abwickler antragsberechtigt.

2) Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

Auszug zur Stellung des Aufsichtsrates:

§ 9

(1) Die Genossenschaft muß einen Vorstand und einen Aufsichtsrat haben.

(2) Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats müssen Genossen sein. Gehören der Genossenschaft einzelne eingetragene Genossenschaften als Mitglieder an oder besteht die Genossenschaft ausschließlich aus solchen, so können Mitglieder der letzteren in den Vorstand und den Aufsichtsrat berufen werden.

...

§ 34

(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorg

falt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer Genossenschaft anzuwenden. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Genossenschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch die Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren.

(2) Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Genossenschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer Genossenschaft angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.

(3) Die Mitglieder des Vorstands sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Gesetz oder dem Statut

1. Geschäftsguthaben ausgezahlt werden,
2. den Genossen Zinsen oder Gewinnanteile gewährt werden,
3. Genossenschaftsvermögen verteilt wird,
4. Zahlungen geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Genossenschaft eingetreten ist oder sich eine Überschuldung ergeben hat, die für die Genossenschaft Konkursgrund nach § 98 Abs. 1 ist,
5. Kredit gewährt wird.

(4) Der Genossenschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Generalversammlung beruht. Dadurch, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen.

(5) In den Fällen des Absatzes 3 kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Genossenschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Genossenschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Generalversammlung beruht. Ist über das Vermögen der Genossenschaft der Konkurs eröffnet, so übt während dessen Dauer der Konkursverwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder aus.

(6) Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren in fünf Jahren.

§ 38

(1) Der Aufsichtsrat hat den Vorstand bei seiner Geschäftsführung in allen Zweigen der Verwaltung zu überwachen und zu dem Zweck sich von dem Gange der Angelegenheiten der Genossenschaft zu unterrichten. Er kann jederzeit über dieselben Berichterstattung von dem Vorstand verlangen und selbst oder durch einzelne von ihm zu bestimmende Mitglieder die Bücher und Schriften der Genossenschaft einsehen, sowie den Bestand der Genossenschaftskasse und die Bestände an Effekten, Handelspapieren und Waren untersuchen. Der Aufsichtsrat hat den Jahresabschluß, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Jahresüberschusses oder die Deckung des Jahresfehlbetrags zu prüfen; über das Ergebnis der Prüfung hat er der Generalversammlung vor der Feststellung des Jahresabschlusses zu berichten.

(2) Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Genossenschaft erforderlich ist.

(3) Weitere Obliegenheiten des Aufsichtsrats werden durch das Statut bestimmt.

(4) Die Mitglieder des Aufsichtsrats können die Ausübung ihrer Obliegenheiten nicht anderen Personen übertragen.

...

§ 41

Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 34 über die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß.

3) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Auszug zur Stellung des Aufsichtsrates:

§ 52

(1) Ist nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestellen, so sind § 90 Abs. 3, 4, 5 Satz 1 und 2, § 95 Satz 1, § 100 Abs. 1 und 2 Nr. 2, § 101 Abs. 1 Satz 1, § 103 Abs. 1 Satz 1 und 2, §§ 105, 110 bis 114, 116 des Aktiengesetzes in Verbindung mit § 93 Abs. 1 und 2 des Aktiengesetzes, §§ 170, 171, 337 des Aktiengesetzes entsprechend anzuwenden, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.

(2) Werden die Mitglieder des Aufsichtsrats vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister bestellt, gelten § 37 Abs. 4 Nr. 3, § 40 Abs. 1 Nr. 4 des Aktiengesetzes entsprechend. Jede spätere Bestellung sowie jeden Wechsel von Aufsichtsratsmitgliedern haben die Geschäftsführer unverzüglich durch den Bundesanzeiger und die im Gesellschaftsvertrag für die Bekanntmachungen der Gesellschaft bestimmten anderen öffentlichen Blätter bekanntzumachen und die Bekanntmachung zum Handelsregister einzureichen.

(3) Schadensersatzansprüche gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer Obliegenheiten verjähren in fünf Jahren.

4) Bürgerliches Gesetzbuch

4.1) Verein

§ 21 Verein, Nichtwirtschaftlicher

Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts.

...

§ 25 Verein, Satzung

Die Verfassung eines rechtsfähigen Vereins wird, soweit sie nicht auf den nachfolgenden Vorschriften beruht, durch die Vereinssatzung bestimmt.

4.2) Stiftung

§ 80 Rechtsfähige Stiftung, Entstehung, Sitz

Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung ist außer dem Stiftungsgeschäft die Genehmigung des Bundesstaats erforderlich, in dessen Gebiet die Stiftung ihren Sitz haben soll. Soll die Stiftung ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben, so ist die Genehmigung des Bundesrats erforderlich. Als Sitz der Stiftung gilt, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird.

5) Strafgesetzbuch

§ 266 Untreue

(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

(3) § 243 Abs. 2 sowie die §§ 247 und 248a gelten entsprechend.

6) Gemeindeordnung des jeweiligen Landes

I) Gemeindeordnung Baden-Württemberg

§ 105 Vertretung der Gemeinde in Unternehmen

(1) Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem entsprechenden Organ der Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts, an denen die Gemeinde beteiligt ist; er kann einen Beamten oder Angestellten der Gemeinde mit seiner Vertretung beauftragen. Die Gemeinde kann weitere Vertreter entsenden und deren Entsendung zurücknehmen; ist mehr als ein weiterer Vertreter zu entsenden und kommt eine Einigung über deren Entsendung nicht zustande, finden die Vorschriften über die Wahl der Mitglieder beschließender Ausschüsse des Gemeinderats Anwendung. Sie kann ihren Vertretern Weisungen erteilen.

(2) Ist der Gemeinde das Recht eingeräumt, mehr als ein Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrats oder eines entsprechenden Organs eines Unternehmens oder einer Einrichtung in der Rechtsform des privaten Rechts zu entsenden, finden die Vorschriften über die Wahl der Mitglieder beschließender Ausschüsse des Gemeinderats Anwendung, soweit eine Einigung über die Entsendung nicht zustande kommt.

(3) Werden Vertreter der Gemeinde aus ihrer Tätigkeit in einem Organ des Unternehmens oder einer Einrichtung in einer Rechtsform des privaten Rechts haftbar gemacht, hat ihnen die Gemeinde den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß sie ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Fall ist die Gemeinde schadenersatzpflichtig, wenn ihre Vertreter nach Weisung gehandelt haben.

II) Gemeindeordnung Bayern

Art. 38 Verpflichtungsgeschäfte, Vertretung der Gemeinde nach außen

(1) Der erste Bürgermeister vertritt die Gemeinde nach außen.

...

Art. 93 Vertretung im Fall der Beteiligung

(1) Vertreter der Gemeinde in den Organen eines Unternehmens, an dem die Gemeinde beteiligt ist, dürfen der Aufnahme von Krediten nur nach vorherigem Beschluß des Gemeinderats zustimmen. Gleiches gilt, wenn ein solches Unternehmen sich an einem anderem Unternehmen beteiligen will.

(2) Werden Vertreter nach Absatz 1 aus ihrer Tätigkeit haftbar gemacht, so hat ihnen die Gemeinde den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß sie ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Fall ist die Gemeinde schadenersatzpflichtig, wenn die Vertreter nach Anweisung gehandelt haben.

(3) Die Mitgliedschaft gemeindlicher Vertreter in Organen nach Absatz 1 erlischt mit ihrem Ausscheiden aus dem berufsmäßigen oder ehrenamtlichen Dienst der Gemeinde.

III) Gemeindeordnung Brandenburg

§ 104 Vertretung der Gemeinde in Unternehmen und Einrichtungen

(1) Der hauptamtliche Bürgermeister oder der Amtsdirektor vertritt die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem dieser entsprechenden Organ des Unternehmens, der Einrichtung und des Vereins, an dem die Gemeinde beteiligt ist; er kann Bedienstete der Gemeinde oder des Amtes mit seiner Vertretung beauftragen. Die Gemeindevertretung kann abweichend von Satz 1 eine andere Regelung treffen. Soweit der Gemeinde mehrere Sitze zustehen, gilt für die Bestellung § 50 Abs. 2 und 3 (Mitgliedschaft in den Ausschüssen) sinngemäß. Die Gemeindevertretung kann ihren Vertretern in diesen Organen Richtlinien oder Weisungen erteilen.

(2) Abs. 1 gilt sinngemäß für die von der Gemeinde bestellten Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats oder eines ähnlichen Organs von Unternehmen, Einrichtungen und Vereinen, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrecht entgegenstehen.

(3) Werden Vertreter der Gemeinde aus ihrer Tätigkeit haftbar gemacht, so hat ihnen die Gesellschaft den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß sie ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Fall ist die Gemeinde schadensersatzpflichtig, wenn die Vertreter auf Weisung gehandelt haben.

(4) Die Vertreter der Gemeinde haben den Hauptausschuß oder die Gemeindevertretung über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten. Der Hauptausschuß oder die Gemeindevertretung kann von den Vertretern der Gemeinde jederzeit Auskunft verlangen. Die Unterrichtungspflicht und das Auskunftsrecht bestehen nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

(5) Vergütungen aus einer Tätigkeit als Vertreter der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen oder Einrichtungen sind an die Gemeinde abzuführen, soweit sie über das Maß einer angemessenen Aufwandsentschädigung hinausgehen.

IV) Gemeindeordnung Hessen

§ 125 Vertretung der Gemeinde in Gesellschaften

(1) Der Gemeindevorstand vertritt die Gemeinde in Gesellschaften, die der Gemeinde gehören (Eigengesellschaften) oder an denen die Gemeinde beteiligt ist. Bestellt der Gemeindevorstand besondere Vertreter, so sind diese an seine Weisungen gebunden, soweit nicht Vorschriften des Gesellschaftsrechts entgegenstehen; sie haben ihr Amt auf Verlangen des Gemeindevorstandes jederzeit niederzulegen.

(2) Abs. 1 gilt entsprechend, wenn der Gemeinde das Recht eingeräumt ist, in den Vorstand, den Aufsichtsrat oder ein gleichartiges Organ einer Gesellschaft Mitglieder zu entsenden. Die Mitgliedschaft gemeindlicher Vertreter endet mit ihrem Ausscheiden aus dem hauptamtlichen oder ehrenamtlichen Dienst der Gemeinde.

(3) Werden Vertreter der Gemeinde aus ihrer Tätigkeit bei einer Gesellschaft haftbar gemacht, so hat ihnen die Gemeinde den Schaden zu

ersetzen, es sei denn daß sie ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Fall ist die Gemeinde schadensersatzpflichtig, wenn die Vertreter der Gemeinde nach Weisung gehandelt haben.

V) Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern

§ 71 Vertretung der Gemeinde in Unternehmen und Einrichtungen

(1) Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem dieser entsprechenden Organ der Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts, an denen die Gemeinde beteiligt ist; er kann Mitarbeiter der Gemeinde oder des Amts mit seiner Vertretung beauftragen. Soweit der Gemeinde mehrere Sitze zustehen, erfolgt die Bestellung der weiteren Vertreter nach den Grundsätzen der Verhältniswahl durch die Gemeindevertretung. Die Vertreter haben den Weisungen oder Richtlinien der Gemeindevertretung zu folgen.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für die von der Gemeinde bestellten Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrats oder eines ähnlichen Organs von Unternehmen und Einrichtungen, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrechts entgegenstehen.

(3) Werden Vertreter der Gemeinde aus ihrer Tätigkeit in einem Organ eines Unternehmens oder einer Einrichtung in einer Rechtsform des privaten Rechts haftbar gemacht, hat ihnen die Gemeinde den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß sie ihn vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Fall ist die Gemeinde schadenersatzpflichtig, wenn ihre Vertreter nach Weisung gehandelt haben.

(4) Die Vertreter der Gemeinde haben den Hauptausschuß oder die Gemeindevertretung über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten. Der Hauptausschuß oder die Gemeindevertretung kann von den Vertretern der Gemeinde jederzeit Auskunft verlangen. Die Unterrichtungspflicht und das Auskunftsrecht bestehen nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

(5) Vergütungen und Aufwandsentschädigungen aus einer Tätigkeit als Vertreter der Gemeinde in Unternehmen oder Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts sind mit Ausnahme von Sitzungsgeldern an die Gemeinde abzuführen.

VI) Niedersächsische Gemeindeordnung

§ 111 Vertretung der Gemeinde in Unternehmen und Einrichtungen

(1) Die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder einem der Gesellschafterversammlung entsprechenden Organ von Eigengesellschaften oder von Unternehmen oder Einrichtungen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, werden vom Rat gewählt. Sie haben die Interessen der Gemeinde zu verfolgen und sind an die Beschlüsse des Rates und des Verwaltungsausschusses gebunden. Der Auftrag an sie kann jederzeit widerrufen werden.

(2) Sofern mehrere Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde zu benennen sind, muß die Bürgermeisterin oder der Bürgermeister dazu zählen. Die Bürgermeisterin oder der Bürgermeister kann sich durch Gemeindebedienstete vertreten lassen.

(3) Die Gemeinde ist verpflichtet, bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages einer Kapitalgesellschaft darauf hinzuwirken, daß ihr das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in einen Aufsichtsrat zu entsenden. Über die Entsendung entscheidet der Rat. Absatz 2 gilt entsprechend.

(4) Die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde haben den Rat über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht besteht nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

(5) Die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder einem der Gesellschafterversammlung entsprechenden Organ der Gesellschaft, an der Gemeinden und Gemeindeverbände mit

mehr als 50 vom Hundert beteiligt sind, dürfen der Aufnahme von Darlehen und Kassenkrediten nur mit Genehmigung des Rates zustimmen.

(6) Werden Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde aus ihrer Tätigkeit haftbar gemacht, so hat die Gemeinde sie von der Schadensersatzverpflichtung freizustellen, es sei denn, daß sie den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Falle ist die Gemeinde regreßpflichtig, wenn sie nach Weisung gehandelt haben.

(7) Vergütungen aus einer Tätigkeit als Vertreterin oder Vertreter der Gemeinde in Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts sind an die Gemeinde abzuführen, soweit sie über das Maß der angemessenen Aufwandsentschädigung hinausgehen.

(8) Die Absätze 6 und 7 gelten entsprechend für die Tätigkeit als Mitglied in einem Aufsichtsrat und in anderen Organen der Unternehmen und Einrichtungen, wenn das Mitglied in diese Organe nur mit Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zum Rat der Gemeinde gewählt worden ist.

VII) Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen

§ 113 Vertretung der Gemeinde in Unternehmen oder Einrichtungen

(1) Die Vertreter der Gemeinde in Beiräten, Ausschüssen, Gesellschafterversammlungen, Aufsichtsräten oder entsprechenden Organen von juristischen Personen oder Personenvereinigungen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, haben die Interessen der Gemeinde zu verfolgen. Sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden. Die vom Rat bestellten Vertreter haben ihr Amt auf Beschluß des Rates jederzeit niederzulegen. Die Sätze 1 bis 3 gelten nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

(2) In Beiräten, Ausschüssen, Gesellschafterversammlungen, Aufsichtsräten oder entsprechenden Organen von juristischen Personen oder Personenvereinigungen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, vertritt ein vom Rat bestellter Vertreter die Gemeinde. Sofern weitere Vertreter zu be-

nennen sind, muß der Bürgermeister oder ein von ihm vorgeschlagener Beamter oder Angestellter der Gemeinde dazuzählen.

(3) Die Gemeinde ist verpflichtet, bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages einer Kapitalgesellschaft darauf hinzuwirken daß ihr das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Über die Entsendung entscheidet der Rat. Zu den entsandten Aufsichtsratsmitgliedern muß der Bürgermeister oder ein von ihm vorgeschlagener Beamter oder Angestellter der Gemeinde zählen, wenn diese mit mehr als einem Mitglied im Aufsichtsrat vertreten ist.

(4) Ist der Gemeinde das Recht eingeräumt worden, Mitglieder des Vorstandes oder eines gleichartigen Organs zu bestellen oder vorzuschlagen, entscheidet der Rat.

(5) Die Vertreter der Gemeinde haben den Rat über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht besteht nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

(6) Wird ein Vertreter der Gemeinde aus seiner Tätigkeit in einem Organ haftbar gemacht, so hat ihm die Gemeinde den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß er ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat. Auch in diesem Falle ist die Gemeinde schadensersatzpflichtig, wenn ihr Vertreter nach Weisung des Rates oder eines Ausschusses gehandelt hat.

VIII) Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz

§ 88 Vertretung bei Beteiligungen

(1) Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem dieser entsprechenden Organ der Unternehmen, an denen die Gemeinde beteiligt ist; er kann Gemeindebedienstete mit seiner Vertretung beauftragen. Soweit der Gemeinde mehrere Sitze zustehen, bestellt der Gemeinderat widerruflich die weiteren Vertreter; für die Bestellung gilt § 45 (Mitgliedschaft in den Ausschüssen) sinngemäß.

Der Gemeinderat kann dem Bürgermeister und den weiteren Vertretern Richtlinien oder Weisungen erteilen.

(2) Die Stimmen der Gemeinde können nur einheitlich abgegeben werden. Bedarf es keiner Zustimmung des Gemeinderats oder eines Ausschusses, so entscheidet über die Stimmabgabe, wenn die Zahl der Vertreter mehr als zwei beträgt, die Gesamtheit der Vertreter mit einfacher Mehrheit, andernfalls der Bürgermeister; bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Bürgermeisters den Ausschlag.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten sinngemäß für die von der Gemeinde bestellten Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines ähnlichen Organs von Unternehmen, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrechts entgegenstehen. Abs. 2 gilt nicht für Gesellschaften, deren Kapital zu mehr als 75 vom Hundert der Gemeinde gehört.

(4) Werden Vertreter der Gemeinde aus ihrer Tätigkeit haftbar gemacht, so hat ihnen die Gemeinde den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß sie ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Fall ist die Gemeinde schadensersatzpflichtig, wenn die Vertreter auf Weisung gehandelt haben.

IX) KSVG - Kommunalselbstverwaltungsgesetz Saarland

§ 112 Vertretung der Gemeinde in Organen wirtschaftlicher Unternehmen

(1) Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem ihr entsprechenden Organ eines Unternehmens, an dem die Gemeinde beteiligt ist. Dies gilt auch, wenn der Gemeinde das Recht eingeräumt ist, ein Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines entsprechenden Organs zu bestimmen. Der Bürgermeister kann mit Zustimmung des Gemeinderates einen besonderen Vertreter bestellen; dieser ist an die Weisungen des Bürgermeisters gebunden.

(2) Stehen der Gemeinde weitere Vertreter in einem Organ nach Abs. 1 zu, so werden diese vom Gemeinderat widerruflich bestellt. Ergibt sich hierbei keine Einigung, so werden die weiteren Vertreter auf Grund von Wahlvorschlägen nach den Grundsätzen der Verhältniswahl unter Bindung an die Wahlvorschläge gewählt. Das Wahlergebnis ist dabei nach dem Höchstzahlverfahren nach d'Hondt festzustellen.

(3) Der Bürgermeister und die weiteren Vertreter in einem Organ nach Absatz 1 sind, soweit nicht Vorschriften des Gesellschaftsrechts entgegenstehen, an die Richtlinien des Gemeinderats gebunden.

(4) Werden Vertreter der Gemeinde aus einer Tätigkeit nach Absatz 1 oder 2 haftbar gemacht, so hat ihnen die Gemeinde den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß sie ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Die Gemeinde ist insbesondere dann schadenersatzpflichtig, wenn die Vertreter nach Weisung gehandelt haben.

X) Gemeindeordnung Sachsen

§ 98 Vertretung der Gemeinde in Unternehmen

(1) Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder dem entsprechenden Organ eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts, an dem die Gemeinde beteiligt ist. Der Bürgermeister kann einen Bediensteten der Gemeinde mit seiner Vertretung beauftragen. Kann die Gemeinde weitere Vertreter entsenden, so werden diese vom Gemeinderat gewählt. Ist mehr als ein weiterer Vertreter zu entsenden, gilt § 42 Abs. 2 entsprechend. Der Gemeinderat kann den Vertretern der Gemeinde Weisungen erteilen.

(2) Hat die Gemeinde das Recht, Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats oder eines entsprechenden Organs eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts zu bestimmen, so werden diese vom Gemeinderat gewählt. Ist mehr als ein Mitglied zu bestimmen, gilt § 42 Abs. 2 entsprechend.

(3) Wird ein Vertreter der Gemeinde wegen seiner Tätigkeit im Organ eines Unternehmens haftbar gemacht, hat ihm die Gemeinde den Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Vertreter vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat; auch in diesem Fall ist der Schaden zu ersetzen, wenn er nach Weisung der Gemeinde gehandelt hat.

XI) Gemeindeordnung Sachsen-Anhalt

§ 119 Vertretung der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen

(1) Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem entsprechenden Organ der Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts, an denen die Gemeinde beteiligt ist; er kann einen Beamten oder Angestellten der Gemeinde mit seiner Vertretung beauftragen. Die Gemeinde kann weitere Vertreter entsenden und deren Entsendung jederzeit zurücknehmen; ist mehr als ein Vertreter zu entsenden und kommt eine Einigung über die Entsendung nicht zustande, finden die Vorschriften über die Wahl der Mitglieder beschließender Ausschüsse des Gemeinderates Anwendung. Sie kann ihren Vertretern Weisungen erteilen, soweit nicht Vorschriften des Gesellschaftsrechts dem entgegenstehen.

(2) Abs. 1 gilt entsprechend, wenn der Gemeinde das Recht eingeräumt ist, in den Vorstand, den Aufsichtsrat oder ein gleichartiges Organ einer Gesellschaft Mitglieder zu entsenden. Die Mitgliedschaft gemeindlicher Vertreter endet mit ihrem Ausscheiden aus dem Haupt- oder Ehrenamt der Gemeinde.

(3) Werden Vertreter der Gemeinde aus ihrer Tätigkeit in einem Organ des Unternehmens oder einer Einrichtung in einer Rechtsform des privaten Rechts haftbar gemacht, hat ihnen die Gemeinde den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß sie ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Fall ist die Gemeinde schadenersatzpflichtig, wenn ihre Vertreter nach Weisung gehandelt haben.

XII) Gemeindeordnung Schleswig-Holstein

§ 25 Vertretung der Gemeinde in Vereinigungen

(1) Ehrenbeamtinnen und - beamte und ehrenamtlich tätige Bürgerinnen und Bürger, die mit der Vertretung der Gemeinde in juristischen Personen oder in sonstigen Vereinigungen beauftragt sind, haben die Weisungen der Gemeinde zu befolgen.

(2) Die Vertretung endet,

1. wenn die Gemeinde die Ehrenbeamtin oder den Ehrenbeamten oder die ehrenamtlich tätige Bürgerin oder den ehrenamtlich tätigen Bürger abberuft und
2. wenn das Ehrenamt oder die ehrenamtliche Tätigkeit endet, es sei denn, daß die Gemeinde etwas anderes bestimmt.

(3) Werden Vertreterinnen oder Vertreter der Gemeinde aus dieser Tätigkeit haftbar gemacht, so hat ihnen die Gemeinde den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß sie ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Fall ist die Gemeinde schadenersatzpflichtig, wenn die Vertreterinnen oder Vertreter der Gemeinde nach Weisung gehandelt haben.

...

§ 28 Vorbehaltene Aufgaben

(1) Die Gemeindevertretung kann die Entscheidung über die folgenden Angelegenheiten nicht übertragen:

...

18. die Bestellung von Vertreterinnen und Vertretern der Gemeinde in Eigengesellschaften und anderen privatrechtlichen Vereinigungen, an denen die Gemeinde beteiligt ist,

...

§ 104 Vertretung der Gemeinde in Gesellschaften

(1) Die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde in Gesellschaften, die der Gemeinde gehören (Eigengesellschaften), und in Gesellschaften, an denen die Gemeinde beteiligt ist, werden von der Gemeinde bestellt.

(2) ist der Gemeinde das Recht eingeräumt, Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats oder eines ähnlichen Organs einer Gesellschaft zu bestellen, gilt § 25 entsprechend.

XIII) Thüringer Kommunalordnung (Gemeinde- und Kreisordnung)

§ 26 Ausschüsse

(2) Auf beschliessende Ausschüsse können nicht übertragen werden:

...

14. die Bestellung von Vertretern der Gemeinde in Aufsichts- oder Verwaltungsräten.

§ 31 Vertretung der Gemeinde

(1) Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde

...

§ 74 Vertretung im Fall der Beteiligung

(1) Vertreter der Gemeinde in den Organen eines Unternehmens, an dem die Gemeinde beteiligt ist, dürfen der Aufnahme von Krediten nur nach vorherigem Beschluß des Gemeinderats zustimmen. Gleiches gilt, wenn ein solches Unternehmen sich an einem anderen Unternehmen beteiligen will. der Beschluß des Gemeinderats bedarf in diesem Fall außerdem der Genehmigung.

(2) Werden Vertreter nach Abs. 1 aus ihrer Tätigkeit haftbar gemacht, so hat ihnen die Gemeinde den Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß sie ihn vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Auch in diesem Fall ist die Gemeinde schadenersatzpflichtig, wenn die Vertreter nach Anweisung gehandelt haben.

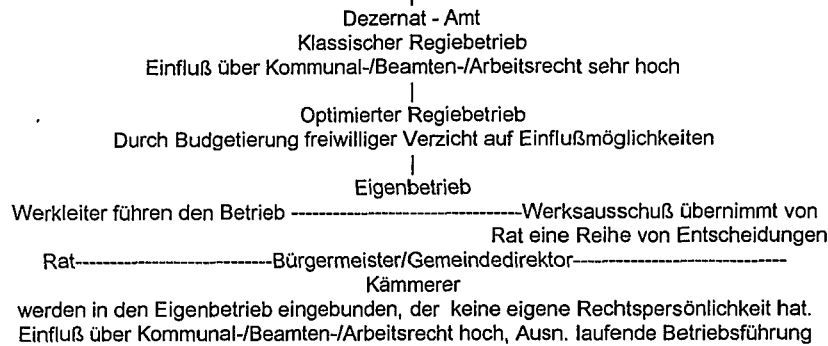
(3) Die Mitgliedschaft gemeindlicher Vertreter in Organen nach Absatz 1 erlischt mit ihrem Ausscheiden aus dem hauptamtlichen oder ehrenamtlichen Dienst der Gemeinde.

Anlage 2

1. Übersicht zur Abhängigkeit der Steuerungsichte von der Organisationsform

Gemeinde ist Aufgabenträgerin nach öffentlichem Recht z.B. haben die kreisangehörigen Gemeinden nach § 5 (6) LAbfG NW den Müll einzusammeln und zur Entsorgungsanlage zu transportieren oder nach §§ 51 ff LWG NW das Abwasser zu beseitigen.

Organisationsformen innerhalb einer Kommune



Ausgegliederte Organisationformen

Gemeinde bleibt trotz Ausgliederung Aufgabenträgerin. Sie hat weiterhin für die Aufgabenerfüllung einzustehen - sog. Ingerenz. Gemeinde muß sich deshalb das Recht sichern, auf die jeweilige Organisation einzuwirken.

Sparkasse ist idR selbständige Anstalt
Gemeinde ist Gewährsträger, stellt im wesentlichen den Verwaltungsrat, Einfluß begrenzt durch Entwicklung eines Eigenbewußtseins der Sparkasse, aber auch durch gesetzliche Hürden.

Stiftung - selbständiges Vermögen
Gestaltung nach Stiftungsrecht und Satzung,
Einfluß begrenzt. Zwar freie Gestaltung,
aber oftmals Stiftungsaufsicht.

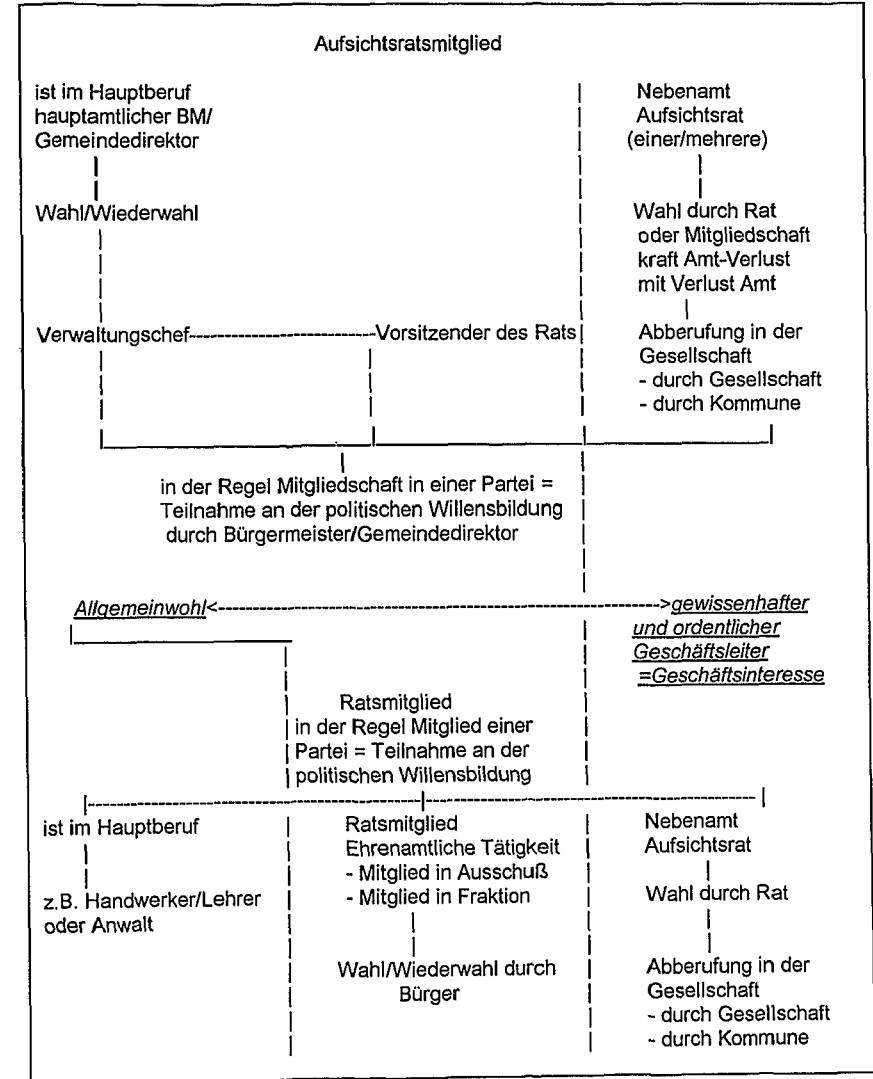
Übertragung durch Vertrag
durch Private
Einfluß je nach Formulierung
in Vertrag

Gesellschaft als selbständige jur. Person des Privatrechts

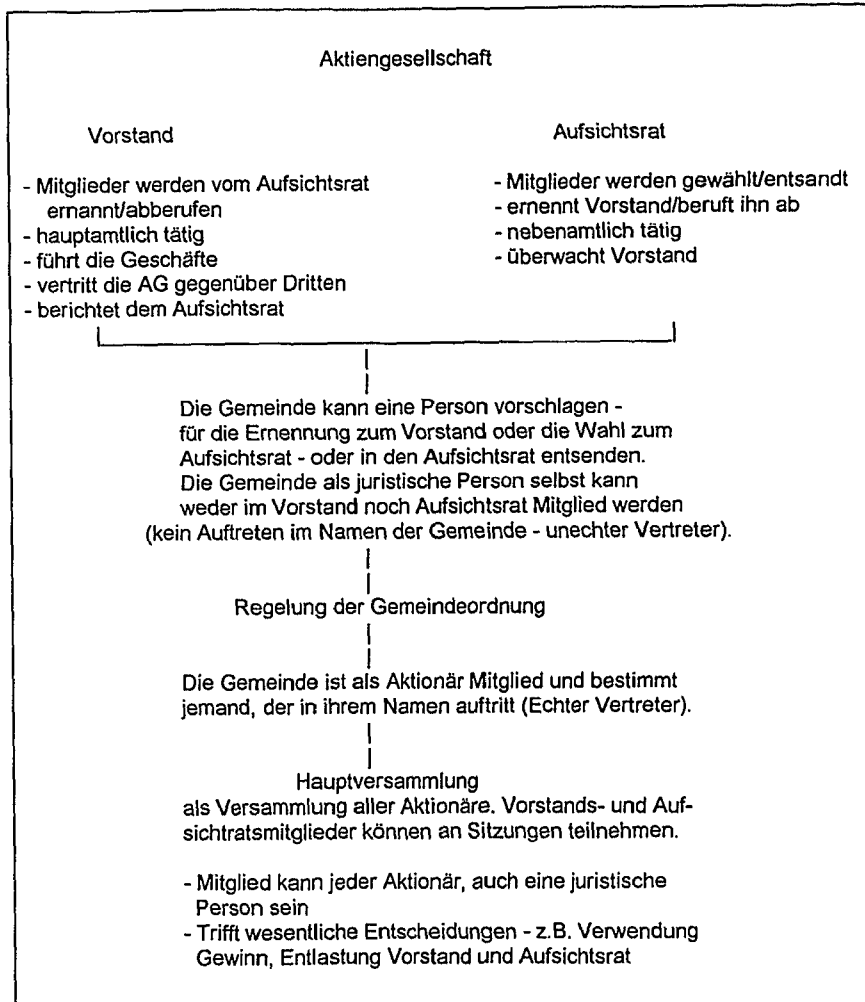
AG Genossenschaft GmbH

Gestaltung durch AktG, GenG und GmbHG in Verbindung mit jeweiligem Gesellschaftsvertrag. Einfluß im wesentlichen durch Formulierung des Gesellschaftszwecks, durch Teilnahme an Sitzung und Beschlußfassung der Gesellschaftsorgane und, soweit zulässig Vertragsgestaltung. Einfluß gering, weil die zivilrechtlichen Vorschriften die Eigenständigkeit der Gesellschaft schützen. Ausnahme: Konzern, Holding

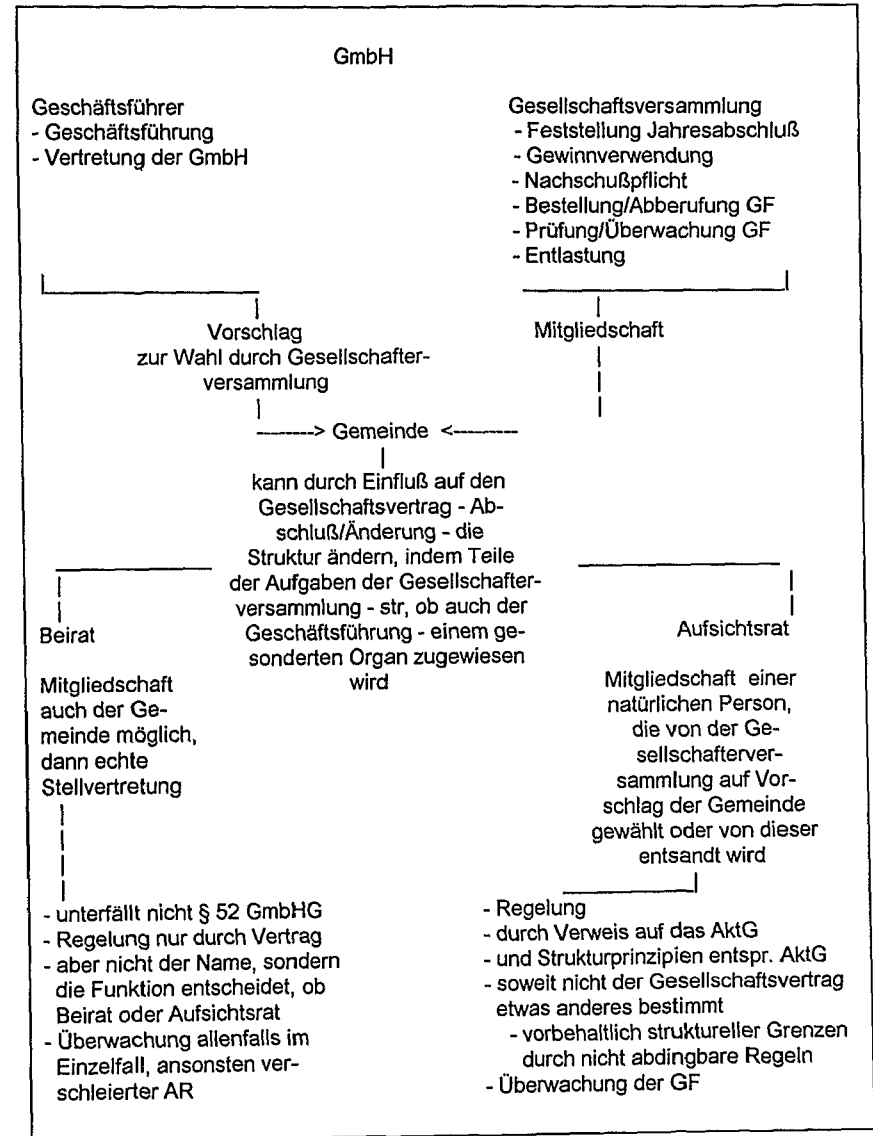
2. Doppelte Doppelstellung kommunaler Aufsichtsratsmitglieder



3. Übersicht zur Organisation einer Aktiengesellschaft aus kommunaler Sicht



4. Übersicht zur Organisation einer GmbH aus kommunaler Sicht



Anlage 3

Zusammenstellung der kommunalrechtlichen Regelungen nach Bundesländern

	BW	Bay	Brand.	Hess.
Befangenheit				
- bei eigener Wahl	Ehrenamt ? § 18 (3) 2	entfällt	Ehrenamt ? § 28 (3) 2	entfällt
- bei eigener Abberufung	ja § 18 (1)	entfällt	Ehrenamt ? § 28 (3) 2	entfällt
- bei Vor/Nachteil d Ges.	nein § 18 (2) 2	Vertretung Art. 49 (1)	nein § 28 (2) 2	nein § 25 (1) 5
- bei Weisung	Weisung ? § 18 (1)	entfällt	ja § 28 (1)	entfällt
Beanstandung				
- rw	muß, w gesetz- widrig § 43 (2) 1	hat, w rw Art. 59 (2)	hat, w rw § 65 (1)	GV hat, w rw § 63 (1)
- zweckwidrig	kann, w nacht. § 43 (2) 1	nein	nein	GV hat, w Wohl gef. § 63 (1)
Bes. Vertretungsregelung	§ 105	Art. 93	§ 104	§ 125
Vertr. Hauptversammlung				
	BM o beauf. Ang/Beamter § 105 (1)	BM	BM o beauf. Bedienstete § 104 (1)	Gemeinde- vorstand o v GV best.
	W. Vertr. n.		Abw. Regel	Vertreter
	Wahl		d. Rat mögl.	§ 125 (1)
Vertr. Aufsichtsrat	Wahl § 105 (2)	BM	s. Hauptv.	s. Hauptv.

Vertr. Vorstand/GF	Wahl § 105 (2)	BM	s. Hauptv.	s. Hauptv.
Bindung an Amt	nein	ja Art. 93 (3)	nein	ja § 125 (2) 2
Weisung				
- allgemein	Auslegungsfrage § 105 (1) 3, (2)	entfällt	ja § 104 (1) 4	b. bes. Vertr. § 125 (1) 2, (2)
- Richtlinie	nein	entfällt	ja § 104 (1) 4	nein
- Zustimmung Kredit/ Unterbeteiligung	nein	Kredit/U- Bet Art. 93 (1)	nein	nein
- fr. Unterrichtung	Weisung ?	entfällt	§ 104 (3) 1	Bestellung
- Auskunft	Weisung ?	entfällt	§ 104 (3) 1	Bestellung
- Adressat BM	Weisung ?	entfällt	entfällt	Gemeindevorstand
- Adressat Rat	Weisung ?	entfällt	ja Hauptaussch.	nein
- Adressat Ausschuß	beschl Auss.	entfällt		nein
- Adressat Fraktion	§ 49, Weisung ? nein	entfällt	nein	nein
Abberufung	n. geregelt	entfällt	entfällt	bes Vertr. widerr. § 125 (1) 2, (2)
Abführung/Ablieferung Vergütung	ja § 32 (5)	entfällt	ja § 104 (5)	-
Haftung	§ 105 (3)	Art. 93 (2)	§ 104 (4)	§ 125 (3)

	Nds.	NW	M-V	Rh-Pf
Befangenheit				
- bei eigener Wahl	nein § 26 (3) 3	Ehrenamt ? § 31 (3) 2	nein § 24 (2) 2	nein § 22 (2)
- bei eigener Abberufung	Besoldung ? § 26 (3) 2	Ehrenamt ? § 31 (3) 2	nein § 24 (2) 2	ja § 22 (1) 1
- bei Vor/Nachteil d Ges.	Entgelt ? § 26 (2)	nein § 31 (2) 2	Vertretung ? § 24 (1) 3	nein § 22 (1) 3b
- bei Weisung	entfällt	ja § 31 (1)	ja § 24 (1) 1	ja § 22 (1) 1
Beanstandung				
- rw	Vorlage Aufsch. o kann § 65 (1)	hat, w rw § 54 (2)	hat, w rw § 33 (1) 1	hat, w gesetz- o rw § 42 (1)
- zweckwidrig	-	kann, w Wohl gef. § 54 (1)	kann, w Wohl gef. § 33 (1) 2	nein
Bes. Vertretungsregelung	§ 111	§ 113	§ 71	§ 88
Vertr. Hauptversammlung				
	Gew. Vertr. § 111 (1)	Best. Vertr. § 113 (2)	BM o beauf. Mitarbeiter	BM o beauf. Gembdiensst.
	BM o Bed. b m Vertr.	BM o vorg. Ang/Beamt.	§ 71 (1)	§ 88 (1)
Vertr. Aufsichtsrat	§ 111 (2)	b m Vertr.	Best w Vertr. § 71 (1) 2	Best. w Vertr. § 88 (1) 2
	s. Hauptv § 111 (3)	Bestellung § 113 (2)	s. Hauptv.	s. Hauptv.
Vertr. Vorstand/GF	Wahl § 111 (8)	Ratsentscheid § 113 (4)	s. Hauptv.	s. Hauptv.
Bindung an Amt	nein	nein	nein	nein

Weisung				
- allgemein	nein § 111 (8)	ja, Beschluß geb § 113 (1) 2	ja § 71 (1) 3, (2)	ja § 88 (1) 3, (2)
- Richtlinie	nein	nein	ja § 71 (1) 3, (2)	ja § 88 (1) 3, (2)
- Zustimmung Kredit/ Unterbeteiligung Bericht	nein	U-Beteiligung § 108 (3)	Kredit § 72	nein
- fr. Unterrichtung	nein	§ 113 (4)	§ 71 (4) 1	Weisung
- Auskunft	nein	nein	§ 71 (4) 2	Weisung
- Adressat BM	nein	entfällt	entfällt	entfällt
- Adressat Rat	nein	ja	ja	Weisung
- Adressat Ausschuß	nein	nein	Hauptaussch.	beschl. Auss. § 44 (1)
- Adressat Fraktion	nein	nein	nein	Weisung
Abberufung	n. geregelt	§ 113 (1) 3	n. geregelt	W. Vertr. widerr. § 88 (4)
Abführung/Ablieferung Vergütung	ja § 111 (8), (7)	-	ja § 71 (5)	-
Haftung	§ 111 (8), (6)	§ 113 (6)	§ 71 (3)	§ 88 (4)

	Saar	Sachs	Sa-An	Schl-H	Thür
Befangenheit					
- bei eigener Wahl	Besoldung ? § 28 (3) 2 ja	Ehrenamt ? § 20 (2) 1 ja	ja § 31 (1)	nein § 22 (3) 2	nein § 38 (2)
- bei eigener Abberufung	§ 28 (1) 1 nein	§ 20 (1) nein	ja § 31 (1)	nein § 22 (3) 2	ja § 38 (1)
- bei Vor/Nachteil d Ges.	§ 28 (2) 2 ja	§ 20 (1) 7 Weisung ?	nein § 31 (2) 2	nein § 22 (2) 2	Vertretung § 38 (1)
- bei Weisung	§ 28 (1) ja	§ 20 (2) 1	ja § 31 (1)	ja § 22 (1)	ja § 38 (1)
Beanstandung					
- rw	hat, w rw § 60 (1) nein	muß, w rw § 52 (2) kann, w nacht. § 52 (2)	muß, w gesetz- widr. § 62 (3) 1 kann, w nacht. § 62 (3) 2	hat, w rw § 43 (1) kann, w Wohl gef § 43 (1)	hat, w rw § 44 nein
- zweckwidrig					
Bes. Vertretungsregelung	§ 112 BM o bes.	§ 98 BM o beauf.	§ 119 BM o beauf.	§§ 104 Bestellung	§ 74 BM
Vertr. Hauptversammlung	Vertr. b Zust. Rat § 112 (1) W. Vertr. n. Wahl	Bediensteter § 98 (1) W. Vertr. n Wahl	Ang./Beamt. § 119 (1) W. Vertr. n. Wahl	§ 104 (1)	
Vertr. Aufsichtsrat	§ 112 (2) s. Hauptv.	§ 98 (1) 3 Wahl	§ 119 (1) 2 s. Hauptv.	s. Hauptv.	Wahl § 26 (2) 14 BM
Vertr. Vorstand/GF	s. Hauptv.	§ 98 (2) Wahl	s. Hauptv.	s. Hauptv.	
		§ 98 (2)			
Bindung an Amt	nein	nein	nein	ja, § 104 (2), § 25 (2)	ja § 74 (3)
Weisung					
- allgemein	B. Vertr. d. BM § 112 (1) 3	Auslegungsfr. § 119 (1) 3, (2)	ja § 119 (1) 3, (2)	ja, § 104 (2), § 25 (1)	ja § 74
- Richtlinie	W. Vertr/BM d Rat § 112 (3)	nein	nein	nein	nein
- Zustimmung Kredit/ Unterbeteiligung	U-Beteiligung § 109 (5)	nein	nein	U-Beteiligung § 102 (5)	Kredit/U- Bet. § 74
Bericht	Richtlinie	Weisung ?	Weisung	Weisung	Weisung
- fr. Unterrichtung	Richtlinie	Weisung ?	Weisung	Weisung	Weisung
- Auskunft	entfällt	Weisung ?	entfällt	Weisung	Weisung
- Adressat BM	Richtlinie	Weisung ?	Weisung	Weisung	Weisung
- Adressat Rat	beschl Auss.	beschl. Auss.	beschl. Auss.	beschl. Auss.	beschl. A.
- Adressat Ausschuß	§ 48, Richtlinie nein	§ 41, Weisung? nein	§ 47, Weisung nein	§ 45, Weisung nein	§ 26, Weis nein
- Adressat Fraktion	W. Vertr wid. § 112 (2) 1	n. geregelt	n. geregelt	ja, § 104 (2), § 25 (2)	n. geregelt
Abberufung	ehrenamtl. Beigeordnete	ja § 35 (6)	-	-	-
Abführung/Ablieferung Vergütung	§ 112 (4)	§ 98 (3)	§ 119 (3)	§ 25 (3)	§ 74 (2)
Haftung					