

DIE THÜRINGENGESTALTER

Kommunalpolitisches Forum Thüringen e.V.

Frank Kuschel

Rechte und Pflichten

von kommunalen
Aufsichtsratsmitgliedern

Kommunalpolitisches Forum Thüringen e.V.

Die Thüringengestalter

Trommsdorffstraße 4

99084 Erfurt

Frank Kuschel

Rechte und Pflichten von kommunalen Aufsichtsratsmitgliedern

Vorbemerkung, Formen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen	04	5 Der Aufsichtsrat in der GmbH	18
1 Konkurrenz zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht	06	5.1 Aufsichtsräte bei kommunalen GmbH	18
2 Vertretung der Kommune in den Organen der Gesellschaft	08	5.2 Mitglied des Aufsichtsrates einer GmbH	19
3 Rechtsgrundlagen für die Arbeit von Aufsichtsräten	08	5.3 Sorgfaltspflicht	20
4 Der Aufsichtsrat einer AG	09	5.4 Treuepflicht	21
4.1 Mitgliedschaft im Aufsichtsrat	09	5.5 Verschwiegenheitspflicht	21
4.2 Kommunales Vorschlagsrecht für die Wahl oder Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat	09	5.6 Haftung	21
4.3 Weisungsrecht der Kommune an ihre Vertreter im Aufsichtsrat	10	5.7 Strafbarkeit	22
4.4 Berichtspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft	11	6 Der Aufsichtsrat in einer Genossenschaft, einem eingetragenen Verein oder einer Stiftung	22
4.5 Beendigung der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat	11	6.1 Der Aufsichtsrat in der Genossenschaft	22
4.6 Der Aufsichtsratsvorsitzende	12	6.1.1 Vorbemerkungen	22
4.7 Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates als Organ	12	6.1.2 Pflichten des Aufsichtsrates	22
4.8 Rechte und Pflichten des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes	13	6.1.3 Rechte des Aufsichtsrates	23
4.9 Sorgfaltspflicht	13	6.1.4 Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder	23
4.10 Kontroll- und Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates	13	6.2 Der Aufsichtsrat in einem eingetragenen Verein	23
4.11 Treuepflicht	15	6.3 Der Aufsichtsrat in der Stiftung	23
4.12 Verschwiegenheitspflicht	15	7 Oft gestellte Fragen	24
4.13 Nichtöffentlichkeit des Aufsichtsrates	16	8 Kleines Begriffs-ABC	26
4.14 Haftung	17	9 Gesetzliche Grundlagen (Auszüge)	31
4.15 Strafbarkeit	17	10 Zum Autor	31
4.16 Entlastung	17		
4.17 Steuerliche Folgen der Aufsichtsrats Tätigkeit	17		
4.18 Informationsrechte der Öffentlichkeit gegenüber kommunalen Unternehmen	17		

Vorbemerkung

Formen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen

Im Rahmen ihres Organisationsermessens entscheiden sich Kommunen zunehmend, Aufgaben und ihre wirtschaftliche Betätigung in privatrechtlichen Organisationsformen wahrzunehmen. Die Betrachtung der Rechte und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern ist ein wesentliches Kriterium für die Entscheidung, ob eine öffentliche Aufgabe in privatrechtlicher Form wahrgenommen werden soll.

Privatrecht (Gesellschaftsrecht) und Kommunalrecht überschneiden sich. Es besteht daher zwischen dem Bundesrecht (Gesellschaftsrecht) und Landesrecht (Kommunalrecht) im Rahmen der so genannten konkurrierenden Gesetzgebung ein verfassungsrechtliches und rechtliches Spannungsfeld. Hinzu kommt, dass der Aufsichtsrat und insbesondere seine Funktion als Überwachungsorgan in der öffentlichen Diskussion generell in der Kritik stehen. So wird unter anderem die Kompetenz von Aufsichtsratsmitgliedern in Bezug auf die Wahrnehmung der Kontroll- und Überwachungsaufgaben in Frage gestellt.

Die Rechte und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern sind noch zu wenig bekannt. Ursachen für die „Unkenntnis“ sind unter anderem darin zu sehen, dass die Rechtslage für die Arbeit von Aufsichtsräten kompliziert und die Rechtsprechung nicht einheitlich ist. Zwischen den Bundesländern gibt es im Kommunalrecht Unterschiede, die Vergleiche erschweren. Auf die Besonderheiten in den einzelnen Bundesländern kann in diesem Beitrag nicht näher eingegangen werden. Beispielhaft wird auf einzelne Regelungen in den Kommunalverfassungen der Länder verwiesen. Die nachfolgenden Ausführungen können nur einen groben Überblick zu den Rechten und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern geben. Auf eine ausführliche Erörterung von Einzelfragen und Problemen wurde bewusst verzichtet. Diesbezüglich muss auf die umfangreiche Fachliteratur verwiesen werden. Wie in anderen kommunalrechtlichen Bereichen, gibt es auch bezüglich der Rechte und Pflichten von kommunalen Aufsichtsräten in der kommunalen Praxis erhebliche Abweichungen von der Rechtstheorie (Gesetze, Rechtsprechung, Kommentare). Auch hier war es weder möglich noch beabsichtigt, das Spannungsfeld zwischen Theorie und Praxis tiefgründiger zu bearbeiten. Gesetzliche Vorgaben zeichnen sich u.a. dadurch aus, dass sie stark auslegungs- bzw. interpretationsfähig sind. Wie eine gesetzliche Vorgabe bewertet wird, hängt daher auch vom politischen Ansatz ab. Insofern ist es keine Überraschung, wenn den nachfolgenden Rechtsinterpretationen andere Rechtsstandpunkte entgegengehalten werden. Die folgenden Ausführungen sind daher auch als eine Art Diskussi-

onspapier anzusehen. Trotz der Kompliziertheit der rechtlichen Lage ist ausdrücklich zu einer Wahrnehmung der Aufgaben im Aufsichtsrat und gleichgelagerten Gremien zu ermuntern. Es sind schon viele kommunale Vertreter in eine solche Aufgabe hinein gewachsen. Die Kommunen sind angehalten, ihre Vertreter entsprechend aufzuklären, zu schulen und fortlaufend weiterzubilden. Im Rahmen der Vorbemerkungen soll zunächst auf die Formen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen hingewiesen werden.

Ein Element der kommunalen Selbstverwaltung ist das Organisationsrecht. Dies schließt auch die Auswahl der Formen der wirtschaftlichen Betätigung ein. Für die privatrechtlichen Organisationsformen bestimmen die jeweiligen Kommunalverfassungen jedoch Voraussetzungen. Die Kommunen können bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung zwischen nachfolgenden Organisationsformen wählen:

Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

- Regiebetrieb
- Eigenbetrieb
- Kommunaler Zweckverband
- Anstalt des öffentlichen Rechts

Privatrechtliche Organisationsformen

- Verein
- Stiftung
- Genossenschaft
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), eingeschlossen Sonderformen wie beispielsweise die Unternehmensgesellschaft (UG)
- GmbH & Co. KG
- Aktiengesellschaft (AG)

Die vorgenannte Auflistung folgt auch einem demokratiethoretischen Ansatz, d.h. die Möglichkeiten der demokratischen Steuerung und Kontrolle nehmen von oben nach unten hin ab und sind beim Regiebetrieb am stärksten ausgeprägt. Die wenigsten Ansatzpunkte demokratischer Steuerung und Kontrolle bietet die Aktiengesellschaft. Für die Kommunen gibt es keine gesetzlich vorgeschriebene Rangfolge der Organisationsformen bei der Wahl ihrer wirtschaftlichen Betätigung. Sie sind hier völlig frei. Da war nicht immer so: Ursprünglich enthielten die Kommunalverfassungen (auch die Thüringer Kommunalordnung) einen sogenannten „Eigenbetriebsvorbehalt“. Dabei

mussten die Kommunen zunächst die Möglichkeiten einer wirtschaftlichen Betätigung im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform prüfen. Erst wenn das ausgeschlossen war, durfte die Kommune eine privatrechtliche Organisationsform für die wirtschaftliche Betätigung wählen. Dieses Vorrangprinzip für die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wurde jedoch gestrichen. Insofern sind die gesetzlichen Rahmenbedingungen in den Kommunalverfassungen für die wirtschaftliche Betätigung in privatrechtlichen Organisationsformen gleichrangig den Regelungen für die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen.

In der kommunalen Praxis bestätigt sich bedauerlicherweise die Tendenz, dass Kommunen zunehmend ihre wirtschaftliche Betätigung in privatrechtlichen Organisationsformen organisieren, womit eine schleichende Entpolitisierung verbunden ist. Zur Umgehung öffentlich-rechtlicher Vorgaben bei der wirtschaftlichen Betätigung ergreifen die Kommunen gewissermaßen die Flucht ins Privatrecht. Möglich ist das im Grunde genommen nur, weil kommunale Aufsichtsbehörden derartige Prozesse zumindest stillschweigend dulden oder sogar ganz untätig sind. Die Räte und Kreistage können diese Entwicklung stoppen und rückgängig machen, indem sie sich bewusst für öffentlich-rechtliche Organisationsformen der wirtschaftlichen Betätigung entscheiden.

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen hat insbesondere nach der Finanz- und Wirtschaftskrise (2007 bis 2009) eine größere Bedeutung gewonnen.

Wirtschaftspolitisch steht DIE LINKE als politische Bewegung und Partei vor hohen Herausforderungen. Abschließende Antworten und Konzepte gibt es dabei noch nicht. Wichtige Aspekte sind unter anderem:

1. Die zunehmende Anonymisierung des Kapitals und das daraus folgende veränderte Verhältnis zum kommunalen Eigentum und dessen Verfügbarkeit.
2. Die Wahl scheint oft lediglich zwischen Vergesellschaftung und Verstaatlichung zu liegen. Alternativ könnte jedoch durch Stärkung und Ausbau der kommunalen Wirtschaftstätigkeit die Dominanz der Privatwirtschaft reduziert werden (Stichwort: Eigentumsvielfalt als „marktbeeinflussendes“ Instrument).
3. Wichtig ist auch die lokale Dimension des Wirtschaftens, d.h. die Einbeziehung des Bürgers in die wirtschaftliche Tätigkeit. Der mündige Bürger will Bestandteil des kommunalen Wirtschaftens sein, nicht nur Adressat.
4. Auch die Erwartungshaltung der Bürger ändert sich. Dementsprechend sollten kommunale Unternehmen anders mit Bedürfnissen der Bürger umgehen als private Unternehmen.

5. Die Erfahrungen der jüngsten Wirtschafts- und Finanzkrise lassen eine Rückbesinnung auf öffentliches Wirtschaften sinnvoll und notwendig erscheinen. Kunden sind hierbei sogar bereit, ein höheres Entgelt zu zahlen, wenn als „Gegenleistung“ eine demokratische Kontrolle und Steuerung erfolgt und die Transparenz des wirtschaftlichen Handelns gesichert ist. Bedeutsam ist dabei auch, dass die erwirtschafteten Gewinne im öffentlichen Bereich verbleiben.

Hohe wirtschaftliche Dimension der Kommunalwirtschaft

Die volkswirtschaftliche und fiskalpolitische Dimension der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen lässt sich nicht genau beschreiben. Das liegt unter anderem daran, dass innerhalb der kommunalen Unternehmen oftmals eigenwirtschaftliche und gemeinschaftliche Bereiche vorzufinden sind. Zwischen diesen Bereichen findet ein steuerlicher Querverbund statt, der jedoch statistisch nicht erfasst wird. Die unmittelbaren Einnahmen der Kommunen aus der wirtschaftlichen Betätigung (direkte Ausschüttungen auf den Haushalt) belaufen sich auf rund zehn Milliarden EUR im Jahr. Fünf bis acht Prozent der Gesamteinnahmen der Kommunen sind direkte Einnahmen aus der wirtschaftlichen Betätigung. Hinzu kommen indirekte Einnahmen aus dem steuerlichen Querverbund (insbesondere durch Reduzierung von Zuschüssen aus dem Kommunalhaushalt an gemeinschaftliche Bereiche). So verzeichneten kommunale Unternehmen im Jahre 2015 folgende Umsätze (Quelle: de.statista.com):

Umsätze kommunaler Unternehmen in 2015			
Strom	52,258 Mrd. €	Wärme	4,430 Mrd. €
Gas	26,099 Mrd. €	Verkehr	1,575 Mrd. €
Abfall	9,318 Mrd. €	Breitband	1,159 Mrd. €
Abwasser	6,447 Mrd. €	Sonstiges	7,580 Mrd. €
Wasser	6,217 Mrd. €	Summe	115,083 Mrd. €

Man kann gewissermaßen von einem Drei-Säulen-Modell des kommunalen Wirtschaftsrechts sprechen. Zunächst einmal gilt festzuhalten, dass die kommunale Selbstverwaltung durch drei Säulen bestimmt wird, 1) das Kommunalrecht, 2) die kommunalen Finanzen, und 3) durch das kommunale Wirtschaftsrecht.



Drei-Säulen-Modell: Kommunale Selbstverwaltung

Das Kommunalrecht regelt die Stellung der Kommunen im föderalen System der BRD, das Verhältnis zwischen den einzelnen kommunalen Organen sowie zwischen Bürgern und Kommunen, aber auch die Ausgestaltung des Satzungsrechtes. Steuereinnahmen, Zuweisungen der Länder (der sogenannte kommunale Finanzausgleich), Einnahmen aus Verwaltung und Betrieb (einschließlich Gebühren, Beiträge, Entgelte) etc. werden durch die kommunalen Finanzen geregelt. Das kommunale Wirtschaftsrecht schließlich legt kommunale Rahmenbedingungen für wirtschaftliche Tätigkeit, Vergaberecht und eigenes kommunales Wirtschaftshandeln fest.

Die drei Säulen des kommunalen Wirtschaftsrechts sind:

1. *kommunale Rahmenbedingungen für*
 - a. *wirtschaftliche Tätigkeit*
 - b. *Bauplanungsrecht*
 - c. *Infrastruktur (harte Standortfaktoren)*
 - d. *Sozialstruktur (weiche Standortfaktoren)*
2. *Auftragsvergabe (hohe Bedeutung für Private Wirtschaft)*
3. *eigene wirtschaftliche Betätigung*

Hinsichtlich der eigenen wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen sind vor allem folgende Punkte zu beachten:

1. *Zulässigkeit im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben der Kommunalverfassung*
2. *Finanzierung (Investitionsfinanzierung, Gewinnerzielungsabsicht, Erträge für Kommunen, steuerlicher Querverbund)*
3. *Organisations-/Rechtsformen*

1 Konkurrenz zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht

Nachfolgend soll die Konkurrenz zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht lediglich bezüglich der Arbeit der Aufsichtsräte dargestellt werden. Eine darüber hinausgehende Darstellung würde den Rahmen dieses Artikels sprengen. Jedes privatwirtschaftliche Handeln zielt auf Gewinnerzielung und Gewinnoptimierung. Demgegenüber will kommunales Handeln durch die Erfüllung selbstgestellter Aufgaben das Gemeinwohl sichern bzw. fördern. Privatrecht und Kommunalrecht stehen hier also in Konkurrenz zueinander. Nach Artikel 31 Grundgesetz (GG) kann das Gesellschaftsrecht als Bundesrecht das Kommunalrecht, das bekanntlich Landesrecht ist, brechen. Gerade weil die Kommune nicht gezwungen ist, sich in gesellschaftsrechtlicher Form (GmbH, AG) zu betätigen, sondern hier nur ein Wahlrecht (Ermessen) hat, erscheint es grundsätzlich angemessen, der Kommune keine Sonderstellung einzuräumen. Die Kommunalverfassungen der Länder beinhalten aber Regelungen, die durchaus eine derartige Sonderstellung kommunaler Unternehmen in privatrechtlicher Form erzeugen. Dazu gehören die Sicherung eines angemessenen Einflusses im Aufsichtsrat bzw. einem entsprechenden Überwachungsorgan und Einflussmöglichkeiten der Kommune auf die Verwaltung wirtschaftlicher Unternehmen unter Verweis auf das Haushaltsgrundsatzgesetz/HGrG). Wichtig ist hierbei vor allem: Die Kommunen werden von ihren öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht frei, wenn sie diese privatwirtschaftlich wahrnehmen. (Es gilt der Grundsatz: keine Flucht ins Privatrecht, um so öffentlich-rechtliche Vorgaben zu umgehen). Soll also eine kommunale Aufgabe privatwirtschaftlich wahrgenommen werden, so ist die Kommune nach den Vorschriften der jeweiligen Kommunal- bzw. Gemeindeordnungen verpflichtet, in dem durch das Privatrecht zulässigen Rahmen Sorge für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben zu treffen (vgl. u.a. BVerfG, Beschluss vom 16.05.1989 in NJW 90, S. 1783).

Gewinnerzielung und Gemeinwohl stehen in Konkurrenz

Bei Kapitalgesellschaften kann die Kommune mögliche Kollisionen zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht durch eine präzise Gestaltung der Gesellschaftssatzung (Gesellschaftsvertrag) vermeiden. Durch einen so genannten beherrschenden Gesellschaftervertrag kann sich die Kommune bei einer GmbH auch hinsichtlich der Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung, des Aufsichtsrates und der Geschäftsführung erhebliche Einflüsse sichern. Die Kommunen können auch konzernrechtliche Beherrschungsverträge abschließen, die eine direkte Weisungsbefugnis gegenüber dem Vorstand der AG

begründen. In einem solchen Fall erübrigt sich eine diesbezügliche Einflussnahme auf den Aufsichtsrat. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang jedoch Haftungsfragen der Kommune. Die in den Kommunalverfassungen der Länder (in der Thüringer Kommunalordnung) formulierten Haftungsbegrenzungen für die Kommunen dürfen durch gesellschaftsrechtliche Verträge nicht unterlaufen werden.

Weitere Bereiche der Konkurrenz zwischen Gesellschaftsrecht- und Kommunalrecht sind:

1. Die Mitwirkung der Kommune bei der Wahl (Entsendung) und Abwahl (Abberufung) zum Aufsichtsratsmitglied unter Beachtung der Bestimmungen der persönlichen Beteiligung. Die eigene Mitwirkung bei der Wahl wird als zulässig angesehen; bei der Abwahl wird diese persönliche Mitwirkung verneint.

2. Die persönliche Beteiligung oder „Befangenheit“ kommunaler Aufsichtsratsmitglieder nach den Bestimmungen zur persönlichen Beteiligung in den Kommunalverfassungen. Die Befangenheit ist kommunalrechtlich und gesellschaftsrechtlich unterschiedlich geregelt. Das wird insbesondere dann zum Problem, wenn ein Aufsichtsratsmitglied zugleich Gemeinderat/Stadtrat oder Kreistagsmitglied ist. Die persönliche Beteiligung an sich stellt keinen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht dar. Jedoch ist nach kommunalrechtlichen Bestimmungen diese Beteiligung davon abhängig, ob das Aufsichtsratsmitglied die Gesellschaft vertritt, was nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen für das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Vorstand (den Geschäftsführern) als gegeben anzusehen ist. In den meisten Bundesländern ist die „Befangenheit“ dann nicht gegeben, wenn der Betroffene dem Aufsichtsrat auf Vorschlag der Kommune angehört oder von dieser entsandt wurde.

3. Darüber hinaus ist in den meisten Bundesländern geregelt, dass dem Aufsichtsratsmitglied durch Ratsbeschluss Weisungen erteilt werden können. Auch hier stellt sich die Frage der persönlichen Beteiligung. In der Tendenz wird hier die persönliche Beteiligung anerkannt.

In den Kommunalverfassungen (der Thüringer Kommunalordnung) gibt es Regelungen zum Weisungsrecht: Beispielsweise ist die Zustimmung der kommunalen Vertreter zur Aufnahme von Krediten durch die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde an eine vorherige Genehmigung des Gemeinderates gebunden, es sei denn, die Kredite sind im Wirtschaftsplan dieses Unternehmens enthalten und der Wirtschaftsplan war als Anlage dem Haushaltsplan beigefügt. Gleiches gilt für die Beteiligung dieses Unternehmens an anderen Unternehmen. Die Beschlüsse des Gemeinderates bedürfen dabei zusätzlich der

Genehmigung. Hier kann es zu einem weiten „Konfliktpotential“ zwischen GmbH-Recht und Kommunalverfassungsrecht kommen. Diese gesetzliche Vorgabe darf jedoch nicht zum Anlass genommen werden, zu versuchen, direkt in der Gesellschaft mitzubestimmen (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 28.10.83, Zeitschrift „Gemeindehaushalt“ 83, S. 286ff). Grundsätzlich gilt, dass für den Fall der Weisung die Aufsichtsratsmitglieder von möglichen Haftungsansprüchen freigestellt sind. Zu verweisen ist auch auf Probleme der Beendigung der Mitgliedschaft kommunaler Vertreter in Aufsichtsräten (siehe Punkt „Beendigung der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat“). Zusammenfassend ist festzustellen: Bundesrecht hat Vorrang vor Landesrecht.

Bundesrecht geht vor Landesrecht

Durch landesrechtliche Regelungen in den Kommunalverfassungen wird versucht, auch bei privatrechtlichen Organisationsformen ein Mindestmaß an kommunalpolitischer und demokratischer Steuerung und Kontrolle zu sichern. Dort, wo es nicht gelingt, diese landesrechtlichen Regelungen voll zur Wirkung zu bringen, muss die Kommune gegebenenfalls in eine öffentlich-rechtliche Organisationsform wechseln.

2 Vertretung der Kommune in den Organen der Gesellschaft

Eine weitere Form der Einflussnahme findet durch die Vertretung der Kommune in den Organen der Gesellschaft statt. Hauptbeschlussorgan einer Kapitalgesellschaft ist die Haupt-, Gesellschafts- oder Generalversammlung. Sie tagt in der Regel nur ein- bis zweimal jährlich. Gesetzlicher Vertreter der Kommune in diesem Hauptbeschlussorgan ist von Amts wegen der Bürgermeister, Oberbürgermeister bzw. Landrat. Diese Vertretungsaufgabe gehört jedoch nicht zu den laufenden Angelegenheiten der Verwaltung, die der Bürgermeister, Oberbürgermeister oder Landrat in eigener Zuständigkeit erledigen könnte. Vielmehr bleibt hier der Gemeinderat, Stadtrat oder Kreistag zuständig, d.h. der Bürgermeister, Oberbürgermeister oder Landrat muss sich für die Beschlüsse im Hauptbeschlussorgan des Unternehmens vorher im Rat bzw. Kreistag ein Beschlussvotum holen (imperatives Mandat). An diese Beschlussvorgaben des Rates/Kreistages ist der Bürgermeister/Oberbürgermeister/Landrat im Hauptbeschlussorgan des Unternehmens gebunden. Da das Hauptbeschlussorgan nicht ständig tagt, wird als weiteres Kontrollorgan entweder durch Gesetz (AktG und GenG) oder durch Vertrag (GmbHG) der Aufsichtsrat eingeschaltet. Hier werden Überwachungs- und Kontrollfunktionen wahrgenommen, die sich der Gemeinderat/Kreistag, vor allem aber auch Ausschüsse und Fraktionen, auf Gemeinde- bzw. Landkreisebene teilen.

Der Zweck einer Gesellschaft schafft Konfliktpotential

Mit der Einflussnahme der Kommune auf die Vertreter der Kommune in einem Aufsichtsrat können aber auch Probleme für die betreffenden Kommunalvertreter entstehen. Der Konflikt zwischen Gewinnerzielung und -optimierung als Zweck der Gesellschaft, der sie als Aufsichtsratsmitglied persönlich verpflichtet sind, und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in ihrer Funktion als Bürgermeister bzw. Landrat, Verwaltungsbeamter oder Ratsmitglied/Kreistagsmitglied kann hier offen oder verdeckt auftreten. Man spricht hier von der sogenannten „doppelten Doppelstellung“ kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat von Gesellschaften.

3 Rechtsgrundlagen für die Arbeit von Aufsichtsräten

Paragraph 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. Wichtig dabei ist, dass sich nicht nur die Arbeit, sondern auch die Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten einer AG in zahlreichen Punkten von den Aufgaben, Rechten und Pflichten der Aufsichtsräte einer GmbH unterscheiden. Die betreffenden Unterschiede können nur erfasst werden, wenn man sich mit der Stellung des Aufsichtsrates einer AG beschäftigt.

4 Der Aufsichtsrat einer AG

Die Kontroll- und Steuerorgane einer AG sind:

1. Der Vorstand, der unabhängig und grundsätzlich weisungsfrei ist,
2. der Aufsichtsrat, zu dessen Pflichten die Überwachung des Vorstands, die Bestellung der Vorstandsmitglieder und die Feststellung des Jahresabschlusses zählen, und
3. die Hauptversammlung, der als oberstem Organ Grundlagenscheidungen (z.B. Satzungsänderungen) obliegen und die im Ausnahmefall auch den Jahresabschluss feststellt.

4.1 Mitgliedschaft im Aufsichtsrat

Jede natürliche Person kann Mitglied im Aufsichtsrat einer AG werden (§ 100 (1) AktG), wobei die Aufgaben und damit die Rechte und Pflichten grundsätzlich dem gesamten Aufsichtsrat obliegen. Die Folgen von Pflichtverletzungen (z.B. Haftung, Abberufung, Strafrecht) betreffen jedoch das einzelne Aufsichtsratsmitglied. Die Arbeit als Aufsichtsratsmitglied ist in der Regel ehrenamtlich. Das Aufsichtsratsmitglied erhält für seine Tätigkeit allerdings eine Vergütung. Dabei ist im Regelfall die Zahlung von Sitzungsgeld und einer Aufwandsentschädigung möglich. Nach § 100 (2) Punkt 1 AktG kann jede natürliche Person maximal zehn Aufsichtsratsmandate wahrnehmen. (Im GmbHG findet sich keine derartige Begrenzung). Durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.04. 1998 (BGBl. Teil I, Nr. 24 S. 786ff) wurde zusätzlich geregelt, dass der Vorsitz bei der Berechnung der Aufsichtsratsmitgliedschaften doppelt zählt. Ein Vorstandsmitglied kann nach § 105 (1) AktG nicht gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied werden. Der Vertreter der Kommune in der Hauptversammlung (meist der Bürgermeister, Oberbürgermeister bzw. Landrat) kann aber die Kommune gleichzeitig im Aufsichtsrat vertreten. Eine solche Verfahrensweise ist zwar nicht zu empfehlen, leider aber oftmals kommunale Realität. Eine Kommune selbst kann als juristische Person nicht Mitglied des Aufsichtsrats sein. Die Gemeinde als juristische Person ist jedoch in der Hauptversammlung Aktionär. Die dorthin entsandten kommunalen Vertreter sind echte Vertreter der Kommune, d.h. sie stimmen im Namen der Kommune ab und unterliegen der Weisung der Kommune. Im Gegensatz dazu ist das gewählte oder entsendete kommunale Aufsichtsratsmitglied nicht Vertreter der Kommune im eigentlichen Sinne, sondern höchstpersönliches Mitglied im Aufsichtsrat (vgl. u.a. OVG Münster, Urteil vom 28.10.83 in „Gemeindehaushalt“ 83, S 287ff). Somit stimmt der kommunale Vertreter im Aufsichtsrat nicht im Namen der Kommune, sondern in seinem eigenen Namen ab. Schon aus dieser

Rechtssituation wird deutlich, dass eine Weisung der Kommune (z.B. durch Beschluss der Vertretung) an den kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat als nicht ganz unproblematisch anzusehen ist. In den Kommunalverfassungen gibt es deshalb im begrenzten Umfang ein solches Weisungsrecht bei gleichzeitigem Haftungsausschluss. Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei Mitgliedern (§ 95 AktG). Wird in der Satzung eine höhere Zahl festgesetzt, muss diese immer durch drei teilbar sein. Der Aufsichtsrat ist immer beschlussfähig, wenn mindestens 50 Prozent seiner Mitglieder anwesend sind. Abweichende Festlegungen hiervon können in der Satzung getroffen werden.

Der Aufsichtsrat ist mit 50 Prozent beschlussfähig

Zu Beginn einer Tätigkeit als Aufsichtsrat sollte man sich mit folgenden Punkten vertraut machen:

1. Gesamtwirtschaftliche Rahmenbedingungen,
2. Branchensituation und -entwicklung,
3. Organisation und Führungsstruktur des Unternehmens,
4. Geschäftsaktivitäten des Unternehmens,
5. Finanzielle Lage und Leistungskraft des Unternehmens.

Das Aufsichtsratsmitglied muss die kritischen Erfolgs- und Risikofaktoren des Unternehmens erkennen und in ihren wesentlichen Zusammenhängen und Veränderungen zutreffend beurteilen können.

4.2 Kommunales Vorschlagsrecht für die Wahl oder Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat

Die Mitglieder eines Aufsichtsrates werden nach § 101 (1) AktG von der Hauptversammlung gewählt, wobei der Kommune ein Vorschlagsrecht eingeräumt werden kann. Gemäß § 101(2) AktG kann dieses Vorschlagsrecht in der Satzung der AG auch für bestimmte Aktionäre festgeschrieben werden. Das kommunale Vorschlagsrecht wird u.a. damit begründet, dass sich die Kommunen hierdurch den notwendigen Einfluss sichern müssen, um ihren öffentlich-rechtlichen Pflichten nachkommen zu können. Bei der praktischen Umsetzung des kommunalen Vorschlagsrechts sind die kommunalrechtlichen Bestimmungen für die Entsendung/Berufung der kommunalen Vertreter in einen Aufsichtsrat zu berücksichtigen. Die kommunalen Mitglieder im Aufsichtsrat werden in der Regel durch den Gemeinderat/Kreistag gewählt, wobei hier konkrete Festlegungen in der Hauptsatzung oder Geschäftsordnung getroffen werden sollten. Die weitere Verfahrensweise ist im Gesellschaftsver-

trag oder in der Satzung zu regeln. Dabei ist es möglich, dass die durch den Gemeinderat/Kreistag gewählten kommunalen Vertreter der Hauptversammlung zur Wahl vorgeschlagen, oder diese kommunalen Vertreter von der Gemeinde in den Aufsichtsrat direkt entsandt werden. Letzteres ist zu empfehlen, weil im ersten Fall eine Ablehnung der kommunalen Vertreter durch die Hauptversammlung möglich ist. Eine derartige Ablehnung führt zwangsläufig zu Konflikten zwischen dem Gemeinderat bzw. Kreistag und der Hauptversammlung. Mitglieder des Aufsichtsrates können aus Sicht der Kommunen Ratsmitglieder (Kreistagsmitglieder), Vertreter der Verwaltung oder sonstige vom Rat (Kreistag) bestellte dritte Vertreter sein. Diese „Vertreter“ der Kommune im Aufsichtsrat haben primär nicht die Rechte der Kommune als Gesellschafter wahrzunehmen, sondern die Belange des Unternehmens (vgl. §§ 93, 116 AktG). In der Regel sind im Gesellschaftervertrag oder in der Satzung Festlegungen zur Entsendung der Vertreter des Gesellschafters „Kommune“ enthalten. Nach den Bestimmungen in den Kommunalverfassungen vertritt der Bürgermeister bzw. der Landrat die Kommune nach außen. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Bürgermeister bzw. Landrat auch zwingend im Aufsichtsrat vertreten sein muss, da, wie oben angedeutet, die Funktion eines Aufsichtsratsmitglied ein persönliches Amt ist. In den Kommunalverfassungen findet sich der Verweis darauf, dass die Mitglieder im Aufsichtsrat vom Rat zu wählen (zu bestellen) sind. Diese Wahl kann weder auf einen beratenden Ausschuss noch auf den Bürgermeister bzw. Landrat übertragen werden, sondern obliegt ausschließlich dem Gemeinderat bzw. Kreistag. Bereits daraus ergibt sich, dass der Bürgermeister bzw. Landrat die Gemeinde bzw. den Landkreis nicht grundsätzlich im Aufsichtsrat vertritt. In den Kommunalverfassungen findet sich keine Verweise darauf, wer als Mitglied in einen Aufsichtsrat gewählt werden kann. Somit wäre die Wahl (Entsendung) jeder natürlichen Person in den Aufsichtsrat möglich (Ratsmitglieder, Bürgermeister, Vertreter der Verwaltung, sonstige vom Rat bestellte dritte Vertreter). Im Gesellschaftervertrag bzw. in der Satzung kann festgeschrieben werden, dass anstelle des Bürgermeisters bzw. Landrates weitere Mitglieder des Gemeinderates bzw. Kreistages in den Aufsichtsrat entsendet werden. Mit der gesetzlichen Zulassung dieses Entsendungsrechtes sowie des Rechts auf jederzeitige Abberufung der entsandten kommunalen Aufsichtsratsmitglieder (vgl. § 103 (2) AktG) hat der Gesetzgeber anerkannt, dass auch im Aufsichtsrat die Möglichkeit der Berücksichtigung von Sonderinteressen einzelner Gesellschafter gegeben sein muss.

Eine gesetzliche Vorgabe zum Verfahren für die Wahl (Bestellung) der Aufsichtsratsmitglieder durch den Gemeinderat

(Kreistag) gibt es nicht. Insofern sind sowohl die Mehrheitswahl als auch die Verhältniswahl möglich. Im Interesse der kleineren Fraktionen ist die Verhältniswahl der Mehrheitswahl vorzuziehen. Durch die Verhältniswahl können auch Vertreter kleiner Fraktionen, Parteien und Wählergruppen in den Aufsichtsrat gewählt (bestellt) werden. Optimal wäre es, wenn die Entsendung der kommunalen Aufsichtsräte nach den Grundsätzen der Ausschussbesetzung erfolgen würde. Das muss die Kommune jedoch im Rahmen ihres Organisationsrechtes selbstbestimmt entscheiden. Einen gesetzlichen Anspruch auf die Anwendung des Ausschussbesetzungsverfahrens auf die Entsendung kommunaler Aufsichtsräte gibt es (leider) nicht. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang auf das Problem des Weisungsrechts durch den Rat an Aufsichtsratsmitglieder hingewiesen. Dieses Weisungsrecht erfolgt durch Mehrheitsbeschluss des Rates und dürfte somit auch für die Vertreter kleinerer Fraktionen im Aufsichtsrat gelten, obwohl damit der politische Wille kleinerer Fraktionen unberücksichtigt bleibt. Ein Verstoß gegen Minderheitsrechte wird darin nicht gesehen. Die Minderheitenrechte werden bei dieser Gesetzesauslegung durch das sogenannte Teilnahmerecht gewahrt.

Kommunale Vertreter werden direkt entsendet oder zur Wahl vorgeschlagen

4.3 Weisungsrecht der Kommune an ihre Vertreter im Aufsichtsrat

Im Mittelpunkt der Erörterung der kommunalrechtlichen Literatur über Rechte und Pflichten von kommunalen Aufsichtsratsmitgliedern steht das kommunale Weisungsrecht in Abgrenzung zum Gesellschaftsinteresse. Einen weiteren Schwerpunkt bildet die Konkurrenz zwischen Verschwiegenheitspflicht und Unterrichts- bzw. Berichtspflicht. In den Bundesländern ist das Weisungsrecht unterschiedlich geregelt. So gibt es in den meisten, jedoch nicht in allen Bundesländern eine sogenannte Weisungsgebundenheit. Diese gilt aber nur, wenn sie dem Gesellschaftsrecht nicht entgegensteht. Die Thüringer Kommunalordnung (ThürKO) enthält keine ausdrückliche Regelung zum Weisungsrecht. Die Freistellung von der Haftung für Vertreter der Gemeinden in Organen eines Unternehmens nach § 74 Abs. 3 ThürKO gilt auch für die kommunalen Aufsichtsratsmitglieder. Nach § 74 Abs. 1 ThürKO sind die kommunalen Vertreter in Unternehmen verpflichtet, bei Aufnahme von Krediten einen Beschluss des Rates herbeizuführen. Das Gleiche gilt bei der Beteiligung des Unternehmens an anderen Unternehmen. Diese gesetzlichen Vorgaben

deuten darauf hin, dass kommunale Vertreter in Aufsichtsräten durchaus an Weisungen der Kommune gebunden sein können. In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass dieses Weisungsrecht nur für die kommunalen Vertreter in der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung gilt. Von Brisanz ist die Frage insbesondere dann, wenn eine Weisung durch Beschluss des Rates mit den Interessen der Gesellschaft kollidiert. Die besondere unternehmensrechtliche Pflichtenstellung der Aufsichtsratsmitglieder steht im Spannungsfeld mit dem Weisungsrecht der entsendenden Kommune. Wenn bei unterschiedlichen Interessen Konflikte auftreten, besteht im Ergebnis weder für die Kommune noch für die Kommunalaufsichts- und die Prüfungsbehörden eine rechtliche Möglichkeit, eine Korrektur derartiger Entscheidungen durchzusetzen. Der Kommune verbleibt regelmäßig lediglich das Recht, jederzeit die Abberufung ihrer Vertreter verlangen zu können, wenn diese ihren Weisungen zuwider gehandelt haben (vgl. § 31, § 74, § 109 ThürKO). Das Weisungsrecht der Kommune an ihre Vertreter im Aufsichtsrat gilt nur für das sogenannte Innenverhältnis der Kommune. Die bestellten Vertreter bleiben also dem Rat oder Kreistag gegenüber für ihr Verhalten im Aufsichtsrat verantwortlich. Andererseits hat ein Handeln entgegen den Beschlüssen oder Weisungen des Rates oder Kreistages keinen Einfluss auf die Rechtswirksamkeit der Beschlüsse des Aufsichtsrates. Handeln die kommunalen Aufsichtsratsmitglieder auf Weisung des Rates oder Kreistages und entsteht hierdurch der Gesellschaft ein Schaden, dann muss die Kommune hierfür nach § 117 Abs. 2 AktG Schadensersatz leisten. Gegenüber der Kommune hat das entsendete Aufsichtsratsmitglied einen Freistellungsanspruch (vgl. § 74 Abs. 3 ThürKO), d.h. wird ein kommunales Aufsichtsratsmitglied von der Gesellschaft für einen Schaden haftbar gemacht, der dadurch entstanden ist, dass das betroffene Aufsichtsratsmitglied auf Weisung gehandelt hat, so muss die Gemeinde (der Kreis) dem Aufsichtsratsmitglied den Schaden ersetzen.

Die Aufsichtsrats Tätigkeit erfolgt im Spannungsfeld aus Weisungsrecht und Unternehmensinteressen

4.4 Berichtspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft

Im Zusammenhang mit dem kommunalen Vorschlags- und Entsendungsrecht für Aufsichtsratsmitglieder stellt sich auch die Frage der Zulässigkeit der Berichtspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft (siehe auch Punkt: „Verschwiegenheitspflicht“). Die Zulässigkeit der Be-

richtspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft nach § 394 AktG ist in der Rechtsprechung und Literatur umstritten. In der Tendenz wird zu diesem Problemkreis folgendes dargestellt: Aufsichtsräte einer AG sind bei ihrer Betätigung primär dem Wohl der Gesellschaft verpflichtet (sogenannte „gesellschaftliche Treuepflicht“). Demnach kann man hier davon ausgehen, dass bei einer AG das Gesellschaftsrecht gegenüber dem Kommunalrecht Vorrang hat. Eine Folge dieser Rechtsposition ist die grundsätzliche Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsräten gegenüber Dritten. Andererseits ist unstrittig, dass von der Kommune entsandte Mitglieder des Aufsichtsrates nur Vertreter der Kommune sind. Demzufolge sind sie gegenüber den Organen der Kommune (Gemeinderat, Kreistag) berichtspflichtig. Die Regelung des § 394 AktG löst diesen Interessenskonflikt zwischen Kommunal- und Gesellschaftsrecht dadurch, dass die von der Kommune entsandten Aufsichtsratsmitglieder der Kommune gegenüber nicht an eine Verschwiegenheitspflicht gebunden sind, wenn sich dies aus dem Kommunalrecht ergibt.

Die Rechtsauffassung, dass kommunale Vertreter in Organen kommunaler Unternehmen sehr wohl gegenüber der Kommune und ihrer Gremien Informationen aus dem Aufsichtsrat weiterleiten können, wird unter anderem vertreten in:

- *Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 52 Rn. 29.*
- *Altmeppen, NJW 2003, 2561, 2566.*
- *Spindler, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 52 Rn. 592.*

4.5 Beendigung der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat

Nach dem Gesellschaftsrecht endet das Amt des Aufsichtsrates automatisch mit der Hauptversammlung, die über die Entlastung für das vierte Jahr der Amtszeit beschließt (§ 102 Abs. 1 AktG). Gewählte Aufsichtsratsmitglieder können abgewählt, entsandte Mitglieder vom Entsendenden abberufen werden (§ 103 AktG). Ist der Vertreter der Kommune auf ihren Vorschlag von der Hauptversammlung gewählt worden, kann auch nur diese ihn mit einer Dreiviertel-Mehrheit der Stimmen abberufen (§ 103 Abs. 1 AktG). Anders ist die Rechtslage für entsendete Mitglieder. Diese können nach § 103 Abs. 2 AktG jederzeit vom Entsendungsberechtigten abberufen und durch andere Aufsichtsratsmitglieder ersetzt werden.

Bei einem gewählten oder entsandten Vertreter der Kommune kann die Abberufung auch durch die AG gemäß § 103 Abs. 3 AktG, durch das Gericht auf Antrag des Aufsichtsrats oder von

Aktionären, die zehn Prozent des Kapitals repräsentieren, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes betrieben werden (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 23.01.90 in Zeitschrift für Insolvenzpraxis 90, S. 311ff). Wann jedoch ein solcher wichtiger Grund vorliegt, ist nicht abschließend geklärt. Nach § 74 Abs. 4 ThürKO endet die Mitgliedschaft kommunaler Vertreter in Aufsichtsräten mit dem Ausscheiden aus dem hauptamtlichen oder ehrenamtlichen Dienst (Amt) der Kommune. Diese kommunalrechtliche Vorgabe wirkt gesellschaftsrechtlich nicht automatisch. In der AG (ebenso in der GmbH, in der die Amtszeit nicht im Gesellschaftsvertrag begrenzt wurde) kann man diese kommunalrechtliche Bestimmung gesellschaftsrechtlich nur dann durch Abberufung erfüllen, wenn es sich um ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied handelt. Betrifft es hingegen einen gewählten Vertreter, den die Kommune nur vorgeschlagen hat, kann lediglich ein Abwahlverfahren eingeleitet werden. Dieses aber ist von einer qualifizierten Mehrheit in der Hauptversammlung (Gesellschaftsversammlung) abhängig. Da der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder kommunalrechtlich in der Regel eine Wahl zugrunde liegt, gibt es bei der Abberufung von kommunalen Aufsichtsratsmitgliedern zwei zu betrachtende Ebenen: die gesellschaftsrechtliche und die kommunalrechtliche Ebene. Auch der Abberufung liegt eine Entscheidung der Vertretung zugrunde. (In einer GmbH, in der durch Festlegung im Gesellschaftsvertrag die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder in Anlehnung an die Amtszeit des Rates geregelt ist, wird die Abberufung des kommunalen Vertreters im Aufsichtsrat entbehrl.)

Der Aufsichtsrat kann nach § 107 Abs. 3 AktG aus seiner Mitte Ausschüsse bestellen, die vor allem seine Beschlüsse vorbereiten und deren Ausführung überwachen. Diesen Ausschüssen können auch Entscheidungsbefugnisse übertragen werden, wobei allerdings das AktG bestimmte Ausnahmen vorsieht (z.B. Bestellung und Abberufung des Vorstands, Anordnung des Zustimmungsvorbehaltes).

4.6 Der Aufsichtsratsvorsitzende

Der Aufsichtsrat wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und mindestens einen Vertreter (§ 107 AktG). Der Vorsitzende hat grundsätzlich die Sitzungen des Aufsichtsrates einzuberufen und die Tagesordnung nach den Bestimmungen der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates festzusetzen (§ 110 AktG). Er unterzeichnet die Niederschriften der Aufsichtsratssitzungen und bestätigt diese damit (§ 107 Abs. 2 AktG). Der Aufsichtsratsvorsitzende hat besondere Rechte und Pflichten (§ 116 AktG). Er kann jedoch keinesfalls ohne besondere Bestimmungen den Aufsichtsrat vertreten (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.10.95, Wertpapiermitteilung 96, S. 161ff).

4.7 Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates als Organ

Nach dem Aktiengesetz hat der Aufsichtsrat als Organ grundsätzliche Rechte und Pflichten. Hierzu zählen:

- *Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder (§§ 84, 87 AktG),*
- *Gestaltung der Vorstandsorganisation (§ 77 II, Punkt 1 AktG),*
- *Überwachung des Vorstandes (§ 111 Abs. 1 AktG),*
- *Einsehen der Bücher, Schriften und Vermögensgegenstände, insbesondere der Kasse und der Bestände an Wertpapieren und Waren (§ 111 Abs. 2 AktG),*
- *Mitwirkung bei der Bilanzfeststellung (§§ 170ff AktG),*
- *Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder (§ 89 AktG),*
- *gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der AG gegenüber den Vorstandsmitgliedern (§ 112 AktG),*
- *Beanstandung von Pflichtwidrigkeiten des Vorstandes und Äußerung diesbezüglicher Bedenken,*
- *allgemeine Sorgfalts-, Treue- und Verschwiegenheitspflicht (§ 116 i.V. mit § 93 AktG),*
- *Hinzuziehung von Sachverständigen zu Einzelfragen (§ 111 Abs. 2 AktG),*
- *Möglichkeit des Zustimmungsvorbehaltes (§ 111 Abs. 4 AktG)*

Darüber hinaus hat der Aufsichtsrat bestimmte Aufgaben und Zuständigkeiten in Bezug auf die Hauptversammlung. Hierzu gehören:

- *Einberufung der Hauptversammlung (§ 124 III AktG),*
- *Erarbeitung der Beschlussvorschläge (§ 124 III AktG),*
- *Erstellung vom Berichten (§§ 171 II, 314 AktG),*
- *Teilnahme an der Hauptversammlung (§ 118 AktG)*
- *gegebenenfalls Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§ 245 Nr. 5 AktG),*

Durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.04.98 (BGBl. Teil I, Nr. 24, S. 786ff) wurden einige Rechte und Pflichten für den Aufsichtsrat einer AG erweitert, konkretisiert bzw. präzisiert. Hierzu zählen u.a.:

1. *Bei börsennotierten Gesellschaften müssen halbjährlich nunmehr zwei Pflichtsitzungen statt bisher einer durchgeführt werden (§ 100 Abs. 3 AktG).*

2. Der Prüfauftrag für Einzel- und Konzernabschlüsse wird nach der Wahl durch die Hauptversammlung vom Aufsichtsrat unverzüglich erteilt (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG),

3. Die Pflicht des Aufsichtsrates zur eigenverantwortlichen Prüfung des Konzernabschlusses und des Lageberichtes (Früher: nur Kenntnisnahme), sowie

4. Die Aushändigung des Prüfberichtes an alle Mitglieder des Aufsichtsrates bzw. des Bilanzausschusses.

Die Regelungen 2 bis 4 treffen auch für die GmbH zu.

Kernaufgabe des Aufsichtsrates ist die Überwachung des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung. Die Überwachung beinhaltet dabei drei Säulen:

1. Prüfung (Überwachung bereits abgeschlossener Sachverhalte ex post-Überwachung),

2. Kontrolle (Überwachung laufender Vorgänge – Simultan-Überwachung),

3. Aufsicht (Überwachung zukünftiger Tätigkeiten – ex ante-Überwachung).

4.8 Rechte und Pflichten des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes

Das einzelne Aufsichtsratsmitglied wirkt im Wesentlichen durch die Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen und der Beschlussfassung in den Sitzungen mit. Darüber hinaus können dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied folgende Rechte und Pflichten zugeordnet werden:

- das Recht zur Einberufung des Aufsichtsrates (§ 110 AktG),
- eine Abschrift der Niederschrift der Sitzungen zu verlangen (§ 107 Abs. 2 AktG),
- ein Verfahren nach § 98 AktG (Klärung Zusammensetzung Aufsichtsrat) einzuleiten,
- die Vorlagen zum Jahresabschluss ausgehändigt zu erhalten (§ 170 Abs. 3 AktG),
- einen Bericht des Vorstandes an den Aufsichtsrat zu verlangen (§ 90 Abs. 3 Nr. 2 AktG), wobei bei Weigerung des Vorstan des ein weiteres Mitglied des Aufsichtsrates dieses Begehren unterstützen muss (vgl. u.a. OLG Frankfurt, Urteil vom 22.01.88, Wertpapiermitteilung 88, S. 330ff).

Der Aufsichtsrat kann durch Beschluss einzelne Mitglieder von der Teilnahme an den Sitzungen nicht ausschließen (vgl. u.a. LG

Mühlhausen, Urteil vom 15.08.96, Zeitschrift für Insolvenzpraxis 96, S. 1660ff).

Umstritten ist, ob ein Beschluss des Aufsichtsrates, der gegen die Bestimmungen des AktG oder der Satzung der AG verstößt, generell nichtig oder „nur“ anfechtbar ist. Der BGH vertritt die Auffassung, dass nur die Anfechtbarkeit gegeben ist (vgl. BGH, Urteil vom 17.05.93, Zeitschrift für Insolvenzrecht 93, S. 1079ff).

In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass Konflikte zwischen Mehrheit und Minderheit in Gesellschaftsorganen grundsätzlich gesellschaftsintern ausgetragen werden sollten (vgl. BGH, Urteil vom 28.11.88 in NJW 89, 929ff). Wenn sich das einzelne Aufsichtsratsmitglied wegen Streitigkeiten an Behörden oder die Öffentlichkeit wendet, muss es wegen der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht mit Haftungskonsequenzen rechnen (vgl. §§ 116, 93 Abs. 2, 404 AktG). Die Prüfung muss hier im Einzelfall erfolgen.

4.9 Sorgfaltspflicht

Die Aufsichtsratsmitglieder haben bei der „Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden“ (§§ 116, 93 Abs. 1 Punkt 1 AktG). Der Schwerpunkt der Arbeit des Aufsichtsrates ist die Überwachung der Geschäftsführung durch den Vorstand (§ 111 Abs. 1 AktG).

4.10 Kontroll- und Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates

Die Ausgestaltung der Kontroll- und Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates ist gesetzlich nur sehr begrenzt geregelt. Letztlich erfolgen die diesbezüglichen Festlegungen im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung. Gegenstand der Überwachung ist die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung. Der Aufsichtsrat wacht darüber, dass der Vorstand seine Pflichten einhält; er muss den Vorstand zur Pflichterfüllung anhalten. In schwerwiegenden Fällen muss der Aufsichtsrat den Vorstand abberufen. Allerdings darf der Aufsichtsrat dabei nicht mittelbar die Geschäftsführung an sich ziehen (vgl. § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG). Er muss vielmehr das unternehmerische Ermessen des Vorstandes respektieren (vgl. u.a.: LG Darmstadt, Urteil vom 06.05.86, Zeitschrift für Insolvenzpraxis 86, S. 1389ff). Der Aufsichtsrat kann dem Vorstand keine Weisungen erteilen. Gegenüber Angestellten der AG (z.B. Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten), die mit wesentlichen Aufgaben der Geschäftsführung betraut sind, kann der Aufsichtsrat nur über die mittelbare Überwachung des Vorstandes wirken. Art und Intensität der Überwachung richtet sich nach der jeweiligen Lage der Gesellschaft.

Der Rahmen für die „Wechselbeziehungen“ zwischen Aufsichtsrat und Vorstand ist im § 90 Abs. 1 und 2 AktG festgeschrieben. Danach ist der Vorstand dem Aufsichtsrat berichtspflichtig über:

- die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftsführung (mindestens einmal jährlich, wenn nicht Änderungen der Lage oder neue Fragen eine unverzügliche Berichterstattung gebieten),
- die Rentabilität der Gesellschaft, insbesondere die Rentabilität des Eigenkapitals (in den Aufsichtsratssitzungen, in denen über den Jahresabschluss verhandelt wird),
- den Gang der Geschäfte, insbesondere den Umsatz, und über die Lage der Gesellschaft (regelmäßige, mindestens vierteljährliche Berichterstattung), sowie über
- Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können. Diese Berichte müssen möglichst rechtzeitig genug erfolgen, um dem Aufsichtsrat vor Vornahme der Geschäfte Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Außerdem ist dem Aufsichtsratsvorsitzenden aus sonstigen wichtigen Anlässen zu berichten. Als wichtiger Anlass ist auch ein dem Vorstand bekannt gewordener geschäftlicher Vorgang bei einem verbundenen Unternehmen anzusehen, der auf die Lage der Gesellschaft erheblichen Einfluss haben kann. Die genannten Berichte muss der Aufsichtsrat inhaltlich prüfen. Der Aufsichtsrat ist auch verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Vorstand die genannten Fristen für die Berichte einhält. Nach § 90 Abs. 3 AktG kann der Aufsichtsrat vom Vorstand jederzeit einen Bericht über Angelegenheiten abfordern, die auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluss sein können. Die Überwachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrates beschränkt sich keinesfalls nur auf abgeschlossene Geschäftsvorgänge. Vielmehr ist der Aufsichtsrat angehalten, gemeinsam mit dem Vorstand die künftige Geschäftspolitik der Gesellschaft zu beraten und festzulegen (vgl. BGH, Urteil vom 25.03.91, Entscheidungen des BGH in Zivilsachen, 114, 127ff, 130).

Ob der Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand einschreitet, liegt letztlich im Ermessen des Aufsichtsrates selbst. Die Aufsichtsratsmitglieder verletzen allerdings ihre haftungs- und strafrechtlichen Pflichten, wenn sie gegen den Vorstand bei Feststellung eines Missstandes nicht einschreiten (vgl. OVG Düsseldorf, Urteil vom 22.06.95, NJW-RR 95, S. 1371ff; BGH, Urteil vom 21.04.97, NJW 97, S. 1926ff). „...Dabei ist aber u.a. durch den 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. In deren Ergebnis kann der Aufsichtsrat zwar den Vorstand abberufen, aber daraus kaum eine Schadensersatzpflicht des Vorstandes ableiten. 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 oder das Verhalten des Vorstandes aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.“ (aus Urteil BGH vom 21.04.97, NJW 97, S. 1926ff) Die Verfolgung von Ansprüchen muss die Regel und das Absehen von der Verfolgung die Ausnahme bilden. Durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.04.98 (BGBl. Teil I, Nr. 24, S. 786) wurde die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand durch eine Neuformulierung des § 91 Abs. 2 AktG mittelbar erweitert. Auf Grundlage dieser Neuformulierung hat der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit für den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Der Aufsichtsrat hat nunmehr zu überwachen, dass der Vorstand dieser gesetzlichen Vorgabe auch nachkommt.

Eine mögliche Intervention gegenüber dem Vorstand liegt im Ermessen des Aufsichtsrates

Der Aufsichtsrat hat, soweit das Wohl der Gesellschaft es erfordert, durch einfachen Mehrheitsbeschluss die Hauptversammlung einzuberufen (§ 111 Abs. 3 AktG). Nach § 84 AktG ist es Aufgabe des Aufsichtsrates, den Vorstand zu bestellen und abzuberufen; nach § 87 AktG „überwacht“ der Aufsichtsrat die Bezüge der Vorstandsmitglieder. Der Aufsichtsrat hat auch die Aufgabe, den Anstellungsvertrag mit den Vorstandsmitgliedern zu schließen und zu kündigen (§ 112 AktG).

Gründe für eine Abberufung von Vorstandsmitgliedern (§ 84 Abs. 3 AktG) können sein:

- grobe Pflichtverletzung (u.a. strafbare Handlungen, auch im privaten Bereich; mangelnde Offenheit gegenüber dem Aufsichtsrat; Aneignung von Gesellschaftsvermögen; hohe Verschuldung, insbesondere Konkurs oder Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung),
- Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung (u.a. feh-

lende Kenntnisse oder Unverträglichkeit, die kollektive Zusammenarbeit ausschließt),

· Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung.

Eine Entscheidung muss immer im Einzelfall erfolgen. Abberufung und Beendigung des Anstellungsvertrages sind nicht identisch, auch wenn meist mit der Abberufung der Anstellungsvertrag gekündigt wird. Bei der Beendigung des Anstellungsvertrages für Vorstandsmitglieder sind u.a. Kündigungsfristen zu berücksichtigen. Nach § 171 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns zu prüfen. Gemäß § 171 Abs. 2 AktG muss der Aufsichtsrat über das Ergebnis der Prüfung schriftlich an die Hauptversammlung berichten, wobei er auch mitteilen muss, in welcher Art und in welchem Umfang er die Geschäftsführung während des Jahres geprüft hat. Wie diese Prüfung ausgestaltet sein muss, wird im AktG nicht geregelt, sondern muss wiederum im Einzelfall entschieden werden.

Bei allen Aufgaben müssen die Aufsichtsratsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters wahren (§§ 116, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Anforderungen an das hauptamtlich tätige Vorstandsmitglied können sicherlich nicht ohne Abstriche auf das ehrenamtliche Aufsichtsratsmitglied übertragen werden. Das Aufsichtsratsmitglied muss aber in der Lage sein, die ihm obliegende Überwachungsaufgabe zu erfüllen.

Aufsichtsratsmitglieder können 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. (vgl. BGH, Urteil vom 15.11.82, BHGZ 85, S. 293ff). Andererseits ist nicht zu erwarten, dass jedes Aufsichtsratsmitglied auf sämtlichen Gebieten, auf denen der Aufsichtsrat tätig wird, umfassende Spezialkenntnisse besitzt. Deshalb gibt das AktG dem Aufsichtsrat die Befugnisse, zur Beratung über „einzelne“ Gegenstände Sachverständige hinzuzuziehen (§ 109 Abs. 1 Satz 2 AktG) oder sie für „bestimmte“ Prüfungsaufgaben zu beauftragen (§ 111 Abs. 2 Satz 2 AktG).

4.11 Treuepflicht

Das Aufsichtsratsmitglied unterliegt als Mitglied des Organs einer Gesellschaft der Treuepflicht, d.h. es ist der Gesellschaft zur Loyalität verpflichtet. Als Amtsträger hat das Aufsichtsrats-

mitglied sich allein am Gesellschaftsinteresse zu orientieren, auch wenn das nebenamtliche Aufsichtsratsmitglied in seiner Haupttätigkeit andere Interessen verfolgen muss. Dabei auftretende Interessenswidersprüche sind keine spezifische Erscheinung kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat. Auch außerhalb der Wahrnehmung der Aufgaben im Aufsichtsrat unterliegen die Mitglieder einer Treuepflicht, die es ihnen aber nicht gebietet, die Verfolgung eigener Interessen oder der Interessen Dritter zu unterlassen, weil dies der Gesellschaft Nachteile zufügen könnte. Die Treuepflicht außerhalb der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied ist wesentlich schwächer ausgestaltet. Ein Interessensgegensatz führt jedoch nicht automatisch zu einer Verletzung der Treuepflicht. Bezüglich kommunaler Aufsichtsratsmitglieder stellt der BGH klar: „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.“ (BGH, Beschluss vom 17.03.97, Zeitschrift für Insolvenzpraxis 97, S. 887ff) Kommunalen Vertretern im Aufsichtsrat wird man nicht wehren können, im Vertretungsorgan bzw. in seiner Partei/Wählergruppe Ziele zu verfolgen, die gegebenenfalls nicht den Zielen der Gesellschaft entsprechen. Problematisch wird die Situation dann, wenn diese kommunalen und parteipolitischen Ziele auf das Abstimmungsverhalten des Aufsichtsratsmitgliedes im Aufsichtsrat „durchschlagen“.

4.12 Verschwiegenheitspflicht

Die Verschwiegenheitspflicht ergibt sich für die Aufsichtsratsmitglieder aus §§ 116, 93 Abs. 1 AktG. Der Kommune 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 die §§ 394 und 395 AktG auf. Der kommunale Vertreter in der Hauptversammlung ist echter Vertreter der Kommune und demzufolge ihr gegenüber voll informationspflichtig und an Weisungen gebunden. Er darf hier auch nur das Stimmrecht der Kommune wahrzunehmen, was mehrere Vertreter zu einer einheitlichen Stimmabgabe „zwingt“. Der kommunale Vertreter im Aufsichtsrat hingegen ist kein gesetzlicher Vertreter der Kommune, sondern handelt höchstpersönlich und ist somit gegenüber der Gemeinde im Grundsatz zur Verschwiegenheit verpflichtet. Hiervon sind Ausnahmen zulässig (vgl. § 74 ThürKO). Ein einheitliches Stimmrecht mehrerer Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat ist gesellschaftsrechtlich nicht begründbar. Grundsätzlich ist bei der Frage, was als „Geheimnis“ oder „vertrauliche Angabe“ Gegenstand der Verschwiegenheitspflicht nach § 93

Abs. 1 AktG sein kann, ein objektiver Maßstab anzulegen. Der Vorstand kann dabei für den Aufsichtsrat nicht bestimmen, was der Verschwiegenheit unterliegt. Diese Entscheidung muss der Aufsichtsrat selbst treffen (vgl. BGH, Urteil vom 05.06.75, BGHZ 75, S. 325ff). Vertrauliche Angaben können alle Informationen sein, an deren Nichterörterung in der Öffentlichkeit die Gesellschaft ein Interesse hat. Die Praxis belegt, dass die Grenzen der Verschwiegenheitspflicht nicht genau zu bestimmen sind. So können sich selbst Informationen, die zunächst nicht der Verschwiegenheit unterlagen, nachträglich als geheimzuhaltende Informationen herausstellen, da ein Zusammenhang mit anderen Sachverhalten erst die Notwendigkeit der Verschwiegenheit hervorgebracht hat. Besonderes Augenmerk auf die Verschwiegenheitspflicht ist hinsichtlich der Sitzungen des Aufsichtsrates zu legen. Aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit der Aufsichtsratsmitglieder folgt, dass die Beratungen und Abstimmungen im Aufsichtsrat grundsätzlich als geheim zu behandeln sind. Die Verschwiegenheitspflicht gilt allerdings keineswegs ausnahmslos. Die Gesellschaft kann nicht bestimmen, dass alle Kenntnisse, die ein Aufsichtsratsmitglied erlangt, unter die Verschwiegenheit fallen. Dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied verbleibt somit ein eigener Ermessensspielraum zur eigenverantwortlichen Entscheidung bezüglich der Verschwiegenheit (vgl. BGH, Urteil vom 05.06.75, BGHZ 75, S. 325ff). Die unbefugte Verletzung der Geheimhaltung durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft (ebenso wie bei einer GmbH) ist nach § 404 AktG unter Strafe gestellt (bei einer GmbH: nach § 25 GmbHG). Allerdings soll die Tatbestandsmäßigkeit dieser Vorschrift nach herrschender Meinung bereits dann nicht erfüllt sein, falls der Offenbarung der Geschäftsgeheimnisse eine ausdrücklich erklärte oder mutmaßliche Einwilligung aller Gesellschafter zugrunde liegt, da mit der Zustimmung der ein Geheimnis kennzeichnende Geheimhaltungswille – für den Einzelfall – aufgehoben wird.

Um den Interessenskonflikt kommunaler Aufsichtsratsmitglieder bezüglich der Verschwiegenheitspflicht zu lösen, wurden die Bestimmungen der §§ 394 und 395 ins AktG eingeführt. Aufsichtsratsmitglieder, die auf Grund des kommunalen Vorschlagsrechtes gewählt oder von der Kommune direkt in den Aufsichtsrat entsandt wurden, unterliegen hinsichtlich der Berichte, die sie der Kommune zu erstatten haben, grundsätzlich keiner Verschwiegenheitspflicht (§ 394 Abs. 1 Satz 1 AktG). Kommunalrechtliche Regelungen zur Ausgestaltung dieser Berichtspflicht gibt es nur sehr wenige. In der ThürKO sind diesbezügliche Regelungen ausdrücklich nicht enthalten, wenn man von den Regelungen bezüglich der Anwendung §§ 53 und 54 HGrG absieht. Umstritten ist, ob ohne derartige gesetzliche Regelungen zur Berichtspflicht § 394 Abs. 1 AktG zur Anwendung

kommen kann. Völlig umstritten ist die Berichtspflicht kommunaler Aufsichtsratsmitglieder gegenüber Ausschüssen und Fraktionen. Im Zweifelsfall muss die Berichterstattung der kommunalen Aufsichtsratsmitglieder in nichtöffentlicher Sitzung des Rates/Kreistages (der Ausschüsse und Fraktionen) erfolgen. Aber auch die Verwaltung (z.B. Kämmererei, Rechnungsprüfungsamt) kann Empfänger der Berichte sein. Das AktG schränkt jedoch die Ausnahmetatbestände für die Verschwiegenheitspflicht selbst wieder ein. Nach § 394 Abs. 1 Satz 2 AktG dürfen insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht offenbart werden, wenn ihre Kenntnis für den Zweck der Berichte nicht von Bedeutung ist. Paragraph 395 AktG zieht eine weitere Grenze zum Schutz der Gesellschaft, indem er die Empfänger der Berichte einer eigenen Verschwiegenheitspflicht unterwirft. Die Verschwiegenheitspflicht endet nicht mit dem Ausscheiden aus dem Amt, sondern besteht auch danach fort. Im Rahmen des § 85 GmbHG können die Gesellschafter für den fakultativen Aufsichtsrat in der Satzung oder Geschäftsordnung die Fragen zur Geheimhaltung (Dauer, Verfahren der Offenlegung) regeln. Für den mitbestimmenden (obligatorischen) Aufsichtsrat einer GmbH sind hingegen der gesetzliche Umfang und die Grenzen der Schweigepflicht zwingend und damit einer anderweitigen satzungsrechtlichen Ausgestaltung entzogen.

4.13 Nichtöffentlichkeit des Aufsichtsrates

Die Aufsichtsratssitzungen sind grundsätzlich nicht öffentlich (vgl. auch § 109 AktG). Wird ein Aufsichtsrat bei einer kommunalen Eigengesellschaft oder einer Gesellschaft mit kommunaler Beteiligung eingesetzt, so steht im Mittelpunkt seiner Kompetenz regelmäßig die Überwachung der Tätigkeit der Geschäftsführung. Dies bedeutet, dass den Aufsichtsratsmitgliedern typischerweise Vorgänge, Informationen sowie Geschäftsgeheimnisse zugehen, die im Interesse der Gesellschaft der vertraulichen Behandlung bedürfen. Hinzu tritt häufig das schutzwürdige Interesse Dritter, wie z.B. die vertrauliche Behandlung persönlichkeitsbezogener Daten bei der Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern und Prokuristen. An der grundsätzlich nichtöffentlichen Sitzung des Aufsichtsrates nehmen nur Mitglieder dieses Gremiums und der Geschäftsführung teil. Im Einzelfall, also zu einzelnen Tagesordnungspunkten, können darüber hinaus Sachverständige oder Auskunftspersonen ergänzend hinzugezogen werden. Mit dieser klaren Grenzziehung ist ein unbeschränktes Anwesenheitsrecht von Ratsmitgliedern (Kreistagsmitgliedern), die selbst nicht dem Aufsichtsrat angehören, in Aufsichtsratssitzungen unvereinbar. Ebenso wenig ist es zulässig, Aufsichtsratsmitglieder ohne Stimmrecht als beratende Mitglieder ständig an Aufsichtsratssitzungen teilnehmen zu lassen. Wird die ständige Hinzuziehung weiterer Personen gewünscht,

dann wäre die Bildung eines Beirates oder Verwaltungsrates neben dem Aufsichtsrat anzuraten. Allerdings können solche Beiräte oder Verwaltungsräte nicht die eigentlichen Aufgaben des Aufsichtsrates wahrnehmen. Vielmehr beschränkt sich die Funktion derartiger Gremien auf eine ausschließlich beratende und den Aufsichtsrat unterstützende Tätigkeit.

4.14 Haftung

Die Aufsichtsratsmitglieder können nach §§ 116, 93 Abs. 2 AktG für einen Schaden der Gesellschaft haftbar gemacht werden. Das Aufsichtsratsmitglied muss dabei schuldhaft gehandelt haben. Der Verschuldungsmaßstab ergibt sich unter anderem aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG. Dem Begriff des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers kommt insofern eine Doppelfunktion zu. Nur eine dem Unternehmenszweck widersprechende Vermögensbeeinträchtigung kann als Schaden für die Gesellschaft angesehen werden. Wer Gewinn erzielen will (was im Regelfall Unternehmenszweck der Gesellschaft ist), muss Risiken eingehen, so dass in diesen Fällen nicht ohne Weiteres ein Schaden vorliegen muss. Die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder haften gesamtschuldnerisch für den Ersatz des Schadens (vgl. §§ 422ff BGB). Grundsätzlich liegt die Darlegungs- und Beweislast bei der AG als Anspruchstellerin. Gemäß § 93 Abs. 4 AktG entfällt die Haftung für den Vorstand (und in der Folge auch für den Aufsichtsrat), wenn die Handlung, die als Pflichtverletzung gerügt wird, auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht. Die nachträgliche Billigung entlastet dagegen nicht. Soweit Gläubiger der AG von dieser keine Befriedigung erlangen können, können sie sich nach §§ 116, 93 Abs. 5 AktG gegebenenfalls auch an das Aufsichtsratsmitglied halten. Die Schadensersatzpflicht verjährt nach §§ 116, 93 Abs. 5 AktG in fünf Jahren. Neben dem Aufsichtsratsmitglied kann die Kommune nach § 117 Abs. 1 AktG haftbar gemacht werden, wenn sie unter Berufung auf ihren Einfluss das Aufsichtsratsmitglied vorsätzlich dazu bestimmt hat, die Gesellschaft oder ihre Aktionäre zu schädigen. Die Praxis belegt, dass diese Regelung bisher kaum Anwendung gefunden hat.

Ein Haftungsanspruch besteht bei schuldhafter Handlung

4.15 Strafbarkeit

Aufsichtsratsmitglieder können sich strafbar machen. Dabei können die allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften zur Anwendung kommen (u.a. § 266 StGB „Untreue“). Voraussetzung ist, dass die Gesellschaft einen finanziellen Schaden erleidet, wobei keine persönliche Bereicherung vorausgesetzt wird. Das AktG (wie auch das GmbHG) enthält gegenüber den allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften des StGB auch besondere Straftatbestände.

Dies betrifft insbesondere:

- die unrichtige Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse in der Hauptversammlung (§ 400 AktG),
- die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht (§ 404 AktG).

4.16 Entlastung

Der Aufsichtsrat hat nach § 120 Abs. 1 AktG einen Anspruch darauf, dass die Hauptversammlung über die Entlastung seiner Mitglieder beschließt. Die Entlastung hat doppelte Bedeutung, nämlich:

1. Die Hauptversammlung billigt die bisherige Arbeit und die Verwaltung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat, und
2. Die Hauptversammlung spricht dem Aufsichtsrat das Vertrauen für die Zukunft aus.

Die Entlastung des Aufsichtsrates bedeutet für den Aufsichtsrat und den Vorstand keinen Verzicht auf Schadensersatzansprüche der Gesellschaft (§ 120 Abs. 2 AktG).

4.17 Steuerliche Folgen der Aufsichtsrats Tätigkeit

Die Aufwandsentschädigungen des Aufsichtsrates werden als steuerpflichtige Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit angesehen. Sind die Einnahmen aus der freiberuflichen Tätigkeit in Summe pro Jahr höher als 17.500 EUR (einbezogen werden auch Einkünfte aus selbstständiger Arbeit), so ist die Aufwandsentschädigung auch noch umsatzsteuerpflichtig (vgl. § 19 Umsatzsteuergesetz).

4.18 Informationsrechte der Öffentlichkeit gegenüber kommunalen Unternehmen

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat die Auskunftspflicht kommunaler Unternehmen gegenüber der Öffentlichkeit bestätigt (vgl. Urteil vom 16. März 2017, AZ: 1 ZR 13/16). Wie weit reicht das Auskunftsrecht von Journalisten? Der BGH hat festgestellt, dass auch privatrechtliche Unternehmen Einsicht in Interna geben müssen, wenn sie mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand sind. Als Begründung wird angeführt, dass es sich in diesem Fall um Behörden im Sinne des Landespresserechts handelt. Auch private Unternehmen, die im Bereich der Daseinsvorsorge tätig sind und deren Anteile sich mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand befinden, sind verpflichtet, der Presse Auskunft zu erteilen. Das hat der Bundesgerichtshof (BGH) jetzt entschieden.

Im konkreten Fall ging es um den Investigativ-Journalisten David Schraven, der von der Gelsenwasser AG wissen wollte, ob das Versorgungsunternehmen in den Jahren 2010 und 2013 Wahlkampfblogs der SPD mitfinanziert hat. Unter Berufung auf das Pressegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen hatte Schraven um Einsicht in interne Informationen des Unternehmens gebeten. Dieses verweigerte jedoch die Auskunft und berief sich dabei unter anderem darauf, dass man schließlich keine Behörde, sondern eine Aktiengesellschaft sei. Schraven erhob daraufhin Klage vor dem Landgericht Essen. Dieses wies die Klage jedoch zurück. Gegen die Entscheidung legte der Journalist Berufung ein und bekam im Dezember 2015 vor dem Oberlandesgericht (OLG) Hamm Recht. Die Begründung: Dem Landespressegesetz liege ein eigenständiger Behördenbegriff zugrunde, dem auch private Unternehmen unterliegen, die von kommunalen Aktiönären beherrscht und von diesen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben herangezogen werden. Diese Auffassung wurde nun vom BGH bestätigt. Die Richter stellten klar: Sobald sich mehr als die Hälfte der Anteile eines privatrechtlich organisierten Unternehmens im Eigentum der öffentlichen Hand befinden, besteht eine Auskunftspflicht gegenüber der Presse. In ihrer Entscheidung wiesen die Richter zugleich darauf hin, dass dem von Schraven verfolgten Informationsinteresse ein höheres Gewicht zukomme als dem Interesse der Gelsenwasser AG an der Geheimhaltung interner Geschäftsvorgänge. Der Journalist habe versucht, Licht ins Dunkel der Verwendung öffentlicher Mittel und der möglichen politischen Aktivitäten eines kommunal beherrschten Unternehmens zu bringen. Insofern habe ein „gewichtiges öffentliches Informationsinteresse“ vorgelegen. Dieses gelte jedoch im konkreten Fall nur für die Zeit von 2009 bis 2013 und nicht für die Zeit davor, stellten die Richter klar. Die Gelsenwasser AG gehört zu 92,9 Prozent der Wasser und Gas Westfalen GmbH. An dieser wiederum halten die Stadtwerke Bochum und die Stadtwerke Dortmund jeweils 50 Prozent. Die verbleibenden 7,1 Prozent befinden sich im Streubesitz. Die Gelsenwasser AG ist an den Börsen Frankfurt, Düsseldorf und Berlin notiert. (Quelle: DNK, 16.03.2017)

Das Thüringer Oberverwaltungsgericht hat mit seinen Entscheidungen vom 11. November 2013 (AZ: 3 KO 899/11 und 3 KO 900/11) die Informationsrechte auch gegenüber kommunalen Unternehmen gestärkt. Demnach hat jedes Gemeinderatsmitglied zu allen Vorgängen in kommunalen Unternehmen einen Informationsanspruch. Der Anspruch bedarf dabei keiner Begründung.

5 Der Aufsichtsrat in einer GmbH

Grundsätzlich besteht für die GmbH keine Verpflichtung zur Einrichtung eines Aufsichtsrates. Die Gesellschafter können ein derartiges Gremium einrichten, müssen es aber nicht (fakultativer Aufsichtsrat). Eine GmbH wird im Regelfall durch die Geschäftsführer vertreten (§ 35 GmbHG). Die Kontrolle der Geschäftsführer erfolgt durch die Gesellschafterversammlung (§ 46 Ziffer 5 GmbHG) und die Gesellschafter (§ 51a GmbHG). Aus gesetzlichen Vorschriften kann sich allerdings zwingend die Bildung eines Aufsichtsrates ergeben: So ist gemäß § 129 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz 1972 und § 77 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz 1952 in einer GmbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern ein Aufsichtsrat drittelparitätisch, bei einer GmbH mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern nach dem Mitbestimmungsgesetz vom 04. Mai 1976 paritätisch zu besetzen (obligatorischer Aufsichtsrat).

5.1 Aufsichtsräte bei kommunalen GmbH

Bei kommunalen Eigengesellschaften sowie bei der kommunalen Beteiligung an einer GmbH ist stets die Bildung eines Aufsichtsrates zu empfehlen. Zwar haben die Gesellschafter bei der GmbH mehr direkte Einflussmöglichkeiten als bei der AG (vgl. §§ 3, 37 Abs. 1; 51a GmbHG), doch macht das eine dauernde, institutionalisierte Überwachung und Kontrolle durch einen Aufsichtsrat nicht entbehrlich. Die kommunale Praxis zeigt, dass in einer Vielzahl von Fällen kommunale GmbH über ein Organ verfügen, das im Regelfall als Beirat oder Gesellschafterausschuss bezeichnet wird. Unterliegt dieses Organ nicht dem § 52 GmbHG, kann die Kommune hier Mitglied als juristische Person sein. Mit der Einrichtung eines Beirates oder eines Gesellschafterausschusses als eine Art Organ der Gesellschaft, für das nicht § 52 GmbHG gilt, wäre es möglich, dass der Vertreter der Kommune im Namen der Kommune handeln kann, die Folgen also wie bei dem kommunalen Vertreter in der Hauptversammlung der AG die Kommune und nicht den Vertreter als Person treffen. Der Beirat hat dabei in der Regel nur beratende Funktion. Denkbar wäre jedoch auch ein kontrollierender Beirat, wobei hier die Geltung von § 52 GmbHG zu prüfen wäre. Ein solcher kontrollierender Beirat wäre gegebenenfalls als de facto Aufsichtsrat anzusehen. In der Praxis führt eine derartige unklare Herangehensweise jedoch immer zu Irritationen. Deshalb sollte man sich bei kontrollierenden und überwachenden Aufgaben immer für die Bildung eines Aufsichtsrates entscheiden. Dies bringt auch Klarheit nach außen. Als beratendes Gremium kann ein Beirat allerdings durchaus gebildet werden.

Bei kommunalen Beteiligungen ist stets die Bildung eines Aufsichtsrates zu empfehlen

5.2 Mitgliedschaft im Aufsichtsrat einer GmbH

Mitglied im Aufsichtsrat einer GmbH kann nur eine natürliche Person sein, die nicht Geschäftsführer ist (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG in Verbindung mit §§ 111 Abs. 5, 100, 105 AktG). Nach § 52 Abs. 1 GmbHG gilt der Verweis auf das AktG nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes festlegt. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag nicht bestimmen, dass etwa der Geschäftsführer Aufsichtsratsmitglied werden kann (vgl. u.a. OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 21.11.86, NJW-RR 87, S. 482ff). Der Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung hingegen kann durchaus gleichzeitig auch Aufsichtsratsmitglied sein (analoge Regelung zur AG). Aus demokratietheoretischen Erwägungen ist jedoch nicht zu empfehlen, dass der Bürgermeister oder Landrat, der per Gesetz die Kommune in der Gesellschafterversammlung vertritt, zugleich im Aufsichtsrat sitzt (wirtschaftsdemokratische Gewaltenteilung). Einige Kommunalverfassungen bestimmen aber, dass der Bürgermeister bzw. Landrat von Amts wegen ein Mitglied des Aufsichtsrates sein muss. Die Kommune als juristische Person (Körperschaft des öffentlichen Rechts) kann nicht Aufsichtsratsmitglied werden. Dies ergibt sich u.a. aus den Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds nach § 52 Abs. 1 GmbHG. An gleicher Stelle findet sich kein Verweis auf die oben erwähnte Regelung in § 100 Abs. 2 Satz 1 AktG, nach der ein Aufsichtsratsmitglied nicht mehr als zehn Aufsichtsratssitze haben darf. Theoretisch könnte also ein Mitglied in mehr als zehn Aufsichtsräten von Gesellschaften mbH tätig sein. Dies kann durch eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden. Wie bei der AG ist auch bei einer GmbH das Aufsichtsratsmitglied ehrenamtlich tätig (vgl. § 114 AktG). Die Mitglieder des Aufsichtsrates werden von der Gesellschafterversammlung gewählt (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit § 101 Abs. 1 AktG). In § 52 Abs. 1 GmbHG wird zwar nicht auf § 101 Abs. 2 AktG verwiesen, allerdings kann im Gesellschaftsvertrag das Recht zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern durch Gesellschafter festgeschrieben werden. Ist die Kommune Gesellschafter, entsendet das Beschlussgremium (Rat/Kreistag) die Aufsichtsratsmitglieder. Es ist auch möglich (abweichend von der AG), durch Festlegung im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, dass die Aufsichtsratsmitglieder namentlich festgelegt oder von amtswegen (z.B. Bürgermeister) bestimmt werden. Die namentliche Festlegung ist dabei sehr unflexibel und sollte deshalb nur die Ausnahme bilden. Die Amtszeit des Aufsichtsrates einer GmbH ist zeitlich nicht begrenzt (in § 52 Abs. 1 GmbHG wird kein Bezug auf § 102 AktG genommen). Deshalb ist hier dringend zu empfehlen, dass

entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag festgeschrieben werden. Bei kommunalen Vertretern im Aufsichtsrat sollte sich die Amtszeit als Mitglied des Aufsichtsrates mit der Amtszeit als kommunaler Mandatsträger decken. Anders als bei einer AG gibt es keine gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich der Anzahl der Mitglieder eines Aufsichtsrates einer GmbH. Insbesondere muss deren Zahl weder ungerade noch durch drei teilbar sein. Im Gesellschaftsvertrag sollten die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder und Festlegungen zur Beschlussfähigkeit verankert werden. Anders als im Falle einer AG muss der Aufsichtsrat einer GmbH nicht zwingend einen Vorsitzenden haben (vgl.: fehlender Verweis auf § 107 Abs. 1 AktG im GmbHG; § 35a GmbHG). Allerdings ist bereits aus Ordnungsgründen die Wahl eines Vorsitzenden und eines Stellvertreters anzuraten. Diesbezügliche Festlegungen sind im Gesellschaftsvertrag zu treffen. Sollte tatsächlich kein Vorsitzender gewählt werden, so sollte im Gesellschaftsvertrag zumindest die Aufstellung der Tagesordnung und die Sitzungsleitung der Aufsichtsratsitzungen geregelt werden. Im GmbHG wird auch nicht ausdrücklich auf § 107 Abs. 2 AktG und damit auf die Pflicht zur Erstellung von Sitzungsprotokollen des Aufsichtsrates verwiesen. Zur Vermeidung von Streitigkeiten sollte auch hier im Gesellschaftsvertrag eine diesbezügliche Regelung aufgenommen werden. Das GmbHG regelt auch nicht die Teilnahme an den Sitzungen des Aufsichtsrates (fehlender Verweis auf § 109 AktG). Ein wesentliches Charakteristikum des Aufsichtsrates besteht in der Vertraulichkeit der Sitzungen. Insofern haben außer den Aufsichtsratsmitgliedern Dritte ohne gesonderte Regelung kein Teilnahmerecht (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 21.12.95, NWVBI 97, S. 67ff). Um auch hier Missverständnissen vorzubeugen, sollten im Gesellschaftsvertrag Regelungen zur Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen getroffen werden. Neben den Aufsichtsratsmitgliedern sollten generell die Geschäftsführer an den Sitzungen teilnehmen. Die Hinzuziehung von Sachverständigen und Gutachtern im Einzelfall sollte zulässig sein (analoge Regelung wie bei der AG; §§ 109 Abs. 1 Satz 2; 111 Abs. 2 Satz 2 AktG). Die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates einer GmbH betreffen in der Regel den Aufsichtsrat als Organ. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied nimmt seine Rechte und Pflichten im Wesentlichen durch die Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen und die Beschlussfassungen im Aufsichtsrat wahr.

Andererseits gelten folgende Rechte für das einzelne Aufsichtsratsmitglied:

- *Teilnahmerecht (Recht auf Ladung und Sitzungsteilnahme),*
- *Informationsrecht gegenüber der Geschäftsführung,*

- *aufsichtsratsinternes Informationsrecht* (Beratungsunterlagen, Protokolle, Akteneinsicht...),
- *Initiativrechte* (Einberufung des Aufsichtsrates, Ergänzung der Tagesordnung, Antragsrechte, Protokollierung...),
- *Rechte in Bezug auf die Gesellschafterversammlung* (u.a. Informationsrecht),
- *Klagerecht* (gerichtliche Antragsbefugnis).

Die Aufsichtsratsmitglieder haben sowohl das Recht als auch die Pflicht, diese Rechte auszuüben. Wie bei einer AG kann auch den Mitgliedern des Aufsichtsrates einer GmbH eine Vergütung gezahlt werden (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit § 113 AktG). Diese Vergütung ist nicht als reine Aufwandsentschädigung anzusehen. Bei der Festlegung der Höhe der Vergütung ist nicht nur der mit den Aufgaben verbundene Aufwand, sondern auch die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu berücksichtigen. Die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern in einer GmbH regelt sich nach den Bestimmungen des § 103 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG. Auch wenn im GmbHG ein ausdrücklicher Verweis auf § 103 Abs. 2 Satz 1 AktG fehlt, können entsandte Aufsichtsratsmitglieder von dem Entsendungsberechtigten abberufen werden. Voraussetzung hierfür ist selbstverständlich, dass im Gesellschaftsvertrag die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern durch Gesellschaften vorgesehen ist. Des Weiteren ist im GmbHG kein Verweis auf § 103 Abs. 3 AktG enthalten (Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern auf Betreiben der Gesellschaft). Um eventuelle komplizierte Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, sollten hierzu im Gesellschaftsvertrag Festlegungen getroffen werden.

5.3 Sorgfaltspflicht

Der § 52 Abs. 1 GmbHG verweist hier auf §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG. Danach hat der Aufsichtsrat der GmbH die geschäftlichen Aufgaben wie ein ordentlicher und sorgfältiger Geschäftsleiter wahrzunehmen. Sofern ein Aufsichtsrat auf freiwilliger Basis oder aus den dargestellten zwingenden rechtlichen Gründen eingerichtet wird, gehen auf ihn vor allem Dinge solche Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung über, die der Kontroll- und Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates entsprechen. Das GmbH-Gesetz nimmt insofern auf das Aktienrecht Bezug (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit § 90 Abs. 3 AktG). Allerdings kann – je nach Ausgestaltung der Eigenständigkeit der Geschäftsführung im Innenverhältnis – im Gesellschaftsvertrag selbst eine anderweitige Zuständigkeitsregelung getroffen werden. Der Aufsichtsrat einer GmbH weist somit nicht das klar umrissene Bild des Aufsichtsrates einer AG auf. Durch

entsprechende Festlegungen im Gesellschaftervertrag obliegt dem Aufsichtsrat einer GmbH in erster Linie die Überwachung der Geschäftsführer (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit § 111 Abs. 1 AktG). Nur dann, wenn kein Aufsichtsrat besteht, wird diese Aufgabe von der Gesellschafterversammlung übernommen. Weil im GmbHG kein Verweis auf § 90 Abs. 1 und 2 AktG erfolgt, ist bei einer GmbH die Berichtspflicht abweichend von der AG geregelt. Während der Gesetzgeber die Berichtspflicht des Aufsichtsrates einer AG sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich der Einhaltung bestimmter Fristen regelt, gibt es für den Aufsichtsrat einer GmbH keine entsprechenden Vorschriften. Vielmehr muss der Aufsichtsrat den bzw. die Geschäftsführer zur Berichtsabfassung auffordern. Dieser Grundsatz schließt jedoch nicht aus, dass die Geschäftsführer auch ohne Aufforderung dem Aufsichtsrat in bestimmten Fällen (Situationen) berichten müssen, so dass der Aufsichtsrat seiner Kontroll- und Überwachungsfunktion gerecht werden kann. Auch hierzu müssen im Gesellschaftsvertrag eindeutige Regelungen getroffen werden. Wie bei einer AG gehört auch in einer GmbH die Beratung mit den Geschäftsführern zur Kontrollfunktion des Aufsichtsrates. Letzterer hat eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit § 111 Abs. 3 AktG). Der Aufsichtsrat vertritt die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit § 112 AktG). Im GmbHG fehlt aber ein Verweis auf § 84 AktG. Deshalb obliegt es im Grundsatz der Gesellschafterversammlung, die Geschäftsführer zu ernennen und abzuberufen sowie die Anstellungsverträge abzuschließen bzw. zu kündigen. Auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die Geschäftsführer ist Aufgabe der Gesellschafterversammlung. Eine Übertragung dieser Rechte und Aufgaben auf den Aufsichtsrat ist durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag möglich. Durch Änderung des Gesellschaftsvertrages können auf den Aufsichtsrat übertragene Aufgaben und Rechte wieder auf die Gesellschafterversammlung rückübertragen werden. Die Änderung des Gesellschaftervertrages wird jedoch erst mit der Eintragung im Handelsregister wirksam. Zwischen Beschluss in der Gesellschafterversammlung und Eintragung im Handelsregister kann dabei eine erhebliche Zeitspanne liegen. Im Recht der GmbH gibt es neben der Satzungsänderung (Änderung des Gesellschaftsvertrages) die sogenannte Satzungsdurchbrechung. Dabei wird durch eine Gesellschafterversammlung eine vom Gesellschaftervertrag abweichende Einzelfallentscheidung getroffen. Ein derartiger Beschluss kann angefochten werden. Der Aufsichtsrat ist für die Prüfung des Jahresabschlusses verantwortlich. Des Weiteren ist er zum Bericht in der Gesellschafterversammlung verpflichtet (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit § 171 AktG). Das betrifft auch die Aktivitäten des Aufsichtsrates selbst. Auch wenn

die Berichtspflicht in einer GmbH anders geregelt ist als in einer AG, heisst es in § 42 a Abs. 1 Satz 3 GmbHG bezüglich des Jahresabschlusses: „Hat die Gesellschaft einen Aufsichtsrat, so ist dessen Bericht über das Ergebnis seiner Prüfung ebenfalls unverzüglich vorzulegen.“ Weil im GmbHG der Verweis auf § 172 AktG fehlt, ist der Aufsichtsrat einer GmbH nicht zur Mitwirkung an der Feststellung der Bilanz verpflichtet. Der Gesellschaftsvertrag oder der Aufsichtsrat (durch Beschluss) kann vorschreiben, dass bestimmte Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit § 111 Abs. 4 AktG). Durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag wird dabei Einfluss auf die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates genommen, indem dem Aufsichtsrat bestimmte Vorgaben gemacht werden. Der Zustimmungsvorbehalt ist ein wesentliches Instrument der vorausschauenden, schadensverhütenden Tätigkeit des Aufsichtsrates. Es ist jedoch zu empfehlen, derartige Festlegungen im Gesellschaftsvertrag so zu bestimmen, dass dem Aufsichtsrat noch ausreichende Kompetenz für die Ausübung des Zustimmungsvorbehaltes verbleibt. Ebenso wie im Falle einer AG stehen auch dem Aufsichtsrat einer GmbH grundsätzlich keine Geschäftsführungsaufgaben zu (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit § 114 Abs. 4 AktG; § 37 Abs. 2 GmbHG bezüglich der Unzulässigkeit, die Befugnisse der Geschäftsführer einzuschränken). Da der Gesellschaftsvertrag nach § 37 Abs. 1 GmbHG die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse der Geschäftsführer vorsehen kann (gilt auch bezüglich des Zustimmungsvorbehaltes), besteht die Möglichkeit, in einem begrenzten Umfang auch Geschäftsführungsaufgaben auf den Aufsichtsrat zu übertragen. Dabei darf es jedoch nicht grundsätzlich zu einer Aufhebung oder Vermischung der Aufgaben der Geschäftsführer und des Aufsichtsrates kommen. Die Geschäftsführer müssen Geschäftsführungsorgan bleiben, während der Aufsichtsrat auch weiterhin Kontroll- und Überwachungsorgan sein muss. Die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben auf den Aufsichtsrat sollte daher nur eine Ausnahme darstellen.

5.4 Treuepflicht

Auch die Mitglieder des Aufsichtsrates einer GmbH unterliegen der Treuepflicht. Im Unterschied zur AG (hierbei Vorstand) können die Gesellschafter einer GmbH im Rahmen von Gesetzen, Satzungen und Beschlüssen den Geschäftsführern Weisungen erteilen (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG). Im Zusammenhang mit diesem Weisungsrecht stellt sich auch die Frage nach dem bindenden Weisungsrecht für Aufsichtsratsmitglieder durch die Gesellschafter. Wenn es ein bindendes Weisungsrecht für die Geschäftsführer gibt, muss dies im gleichen Maße auch für die Aufsichtsratsmitglieder gelten. Folgt man dieser Rechtsauffas-

sung, wäre eine weitere Diskussion zu möglichen Kollisionen zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht überflüssig (vgl. Ausführungen im Punkt: „Konkurrenz zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht“)

5.5 Verschwiegenheitspflicht

Das Aufsichtsratsmitglied einer GmbH ist im gleichen Umfang zur Verschwiegenheit verpflichtet wie das Aufsichtsratsmitglied einer AG (vgl.: § 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG). Aus dem GmbHG ergeben sich jedoch gegenüber dem AktG abweichende Regelungen, die insbesondere das Verhältnis der kommunalen Aufsichtsratsmitglieder zu der Kommune als Gesellschafter betreffen. Während § 131 AktG einen Auskunftsanspruch des einzelnen Aktionärs (hier: der Kommune) nur in der Hauptversammlung vorsieht, bestimmt § 51a GmbHG, dass die Geschäftsführer jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und die Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten haben. Die Geschäftsführer dürfen die Auskunft und die Einsicht verweigern, wenn zu befürchten ist, dass der Gesellschafter sie zu gesellschaftsfremden Zwecken verwendet und dadurch der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen ein nicht unerheblicher Nachteil zugefügt wird. Diese Verweigerung bedarf eines Beschlusses der Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung. Durch Regelungen im Gesellschaftervertrag dürfen keine abweichenden Bestimmungen festgeschrieben werden. Zu den Unterlagen, deren Einsicht die Gesellschafter verlangen können, gehören auch die Protokolle des Aufsichtsrates (vgl. BGH, Beschluss vom 06.03.97, Zeitschrift für Insolvenzpraxis 97, S. 978). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH. Wenn die Kommune als Gesellschafter die Protokolle der Aufsichtsratsitzungen jederzeit einsehen kann, macht es eigentlich keinen Sinn, die kommunalen Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Kommune zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Im Gesellschaftsvertrag wäre es durchaus möglich, die Verschwiegenheitspflicht der kommunalen Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der entsendenden Gemeinde aufzuheben oder klarzustellen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass im GmbHG ein Verweis auf die §§ 394 und 395 AktG fehlt.

5.6 Haftung

Für den Aufsichtsrat der GmbH gelten in grundsätzlichen Zügen die Haftungsregeln des Aufsichtsrates einer AG (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V. mit §§ 116, 93 Abs. 2 AktG). Allerdings erfolgt im GmbHG kein Verweis auf § 93 Abs. 3 bis 6 AktG. Allein hin-

sichtlich der fünfjährigen Verjährung (vgl. § 52 Abs. 3 GmbHG) ergänzt das GmbHG die Bestimmungen des AktG. Eine im Gesellschaftsvertrag festgeschriebene Einschränkung des Verschuldensmaßstabes (z.B. Beschränkung der Haftung auf die grobe Fahrlässigkeit) wird einer gerichtlichen Überprüfung kaum standhalten. Das GmbHG verweist nicht auf die Vorschriften des § 93 Abs. 4 und § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG. Für die Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH gibt es im Regelfall eine Entlastung durch jährlichen Beschluss der Gesellschafterversammlung. Die Entlastung durch die Gesellschafterversammlung kann für Aufsichtsratsmitglieder und Geschäftsführer die Freistellung von Schadensersatzansprüchen zur Folge haben (abweichende Regelung zur AG; vgl. u.a. BGH, Urteil vom 20.05.85, NJW 86, S. 129ff; BGH, Urteil vom 21.04.86, NJW 86, S. 2250ff). Mit der Entlastung erlischt im Regelfall die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder und der Geschäftsführer. Nicht abschließend geklärt ist, inwieweit der Gesellschaftervertrag eine andere Verjährungsfrist als in § 52 Abs. 3 GmbHG (fünf Jahre) festgeschrieben, vorsehen kann. Nach § 225 Satz 2 BGB könnte die Verjährungsfrist durch Festlegung im Gesellschaftervertrag reguliert werden, wobei dies bei einer GmbH mit Beteiligung privater Dritter ausgeschlossen wird (vgl. BGH, Urteil vom 14.04.75, BGHZ 64, S. 239ff). Eine nähere Betrachtung soll an dieser Stelle nicht erfolgen, da zu empfehlen ist, keinesfalls eine Verkürzung der Verjährungsfrist vorzunehmen.

5.7 Strafbarkeit

Für die Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH gelten zunächst auch die allgemeinen Strafrechtsbestimmungen (so u.a. § 266 StGB „Untreue“). Das GmbHG verweist zwar nicht ausdrücklich auf die §§ 399ff AktG, jedoch werden unwahre Darstellungen zur Vermögenslage in öffentlichen Mitteilungen durch § 82 Abs. 2 Satz 2 GmbHG unter Strafe gestellt, während § 85 Abs. 1 GmbHG die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH behandelt.

6 Der Aufsichtsrat einer Genossenschaft, eines eingetragenen Vereins oder einer Stiftung

6.1 Der Aufsichtsrat in der Genossenschaft

6.1.1 Vorbemerkungen

Hinsichtlich ihrer Mitgliedszahl nicht geschlossene Gesellschaften, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecken, können als eingetragene Genossenschaften geführt werden. Hierzu zählen insbesondere Vereine zur Herstellung von Wohnungen. Das Genossenschaftsgesetz schreibt die Bildung eines Aufsichtsrates vor (vgl. GenG § 9 Abs. 1). Die Mitglieder des Aufsichtsrates müssen von der Generalversammlung gewählt werden. Es kann kein Entsendungsrecht durch die Kommunen im Statut vorgesehen werden. Damit haben die Kommunen nur das Vorschlagsrecht. Nach § 9 Abs. 2 GenG können nur Genossen Mitglieder im Aufsichtsrat und im Vorstand werden. Genosse ist dabei die Gemeinde, nicht das vorgeschlagene Mitglied. Die Gemeinde kann als juristische Person nicht Mitglied des Aufsichtsrates werden. Das bedeutet, dass die von der Gemeinde vorgeschlagenen und von der Generalversammlung gewählten Aufsichtsratsmitglieder als natürliche Personen Mitglied sind. Sie sind für die Folgen ihres Handelns haftbar. Die entsprechenden Regelungen stehen im Statut.

6.1.2 Pflichten des Aufsichtsrates

Die Pflichten des Aufsichtsrates sind analog denen des Aufsichtsrates einer AG und werden im § 34 GenG geregelt. Obwohl die Mitglieder ihre Tätigkeit im Nebenamt ausführen, haben sie eine Sorgfaltspflicht, die aber nicht der des Vorstandes entspricht, sondern den Aufgaben angepasst werden muss.

Der Aufsichtsrat hat die folgenden Pflichten:

- *Bestellung des Vorstandes:* Der Vorstand wird nach § 24 GenG von der Generalversammlung bestellt und kann auch von dieser wieder abberufen werden. 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.

- *Überwachung des Vorstandes:* Gemäß § 38 (1) GenG ist die Überwachung des Vorstandes wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrates. Dazu gibt es in der GmbH keine Berichtspflicht des Vorstandes. Der Aufsichtsrat hat aber das Recht, jederzeit vom Vorstand eine Berichterstattung zu fordern. Er kann auch im Einzelfall Sachverständige einschalten. Ansonsten gelten die Regelungen der AG.

· *Prüfung des Jahresberichts: Der Aufsichtsrat hat den Jahresbericht nach § 38 Abs. 1 GenG zu prüfen und der Generalversammlung zu berichten, nicht aber den Jahresabschluss festzustellen.*

· *Verschwiegenheitspflicht: Ebenso wie für den Aufsichtsrat einer AG gilt auch hier die Verschwiegenheitspflicht mit Haftung und Strafandrohung (§§ 34,41 und 151 GenG). Die Gemeinde sollte darauf hinwirken, dass in der Satzung der Genossenschaft darüber klare Regelungen getroffen werden.*

6.1.3 Rechte des Aufsichtsrates

Der Aufsichtsrat einer Genossenschaft hat – abgesehen von zwei Ausnahmen – die gleichen Rechte wie der Aufsichtsrat einer AG. Die entsprechenden Ausnahmen sind:

1. *Die Berichtspflicht des Vorstandes, die nur auf Verlangen des Aufsichtsrates wirksam wird, und*

2. *ein Zustimmungsvorbehalt steht dem Aufsichtsrat nur zu, wenn das Statut eine entsprechende Regelung vorsieht. Wie bei der AG vertritt der Aufsichtsrat die Genossenschaft außergerichtlich und gerichtlich gegenüber dem Vorstand (§ 39 Abs. 1 GenG), während in Prozessen gegen Aufsichtsratsmitglieder nicht der Vorstand, sondern besondere Vertreter die Genossenschaft vertreten (vgl. § 39 Abs. 3 GenG).*

6.1.4 Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder

Vergütung

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

Haftung

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

Wesentlich ist, ob das Weisungsrecht der Gemeinde anerkannt wird. In diesem Fall muss die Gemeinde dem Mitglied den Schaden sogar ersetzen, wenn dieses auf Weisung schuldhaft handelt. Die Gemeinde muss den Schaden auch ersetzen, wenn ihn das Mitglied ohne Weisung und schuldhaften Vorsatz verursacht hat (§ 74 Abs. 3 ThüKO).

Die Höhe der Vergütung darf sich nicht am Erfolg orientieren

Entlastung

Die Generalversammlung hat nach § 48 Abs. 1 GenG dem Auf-

sichtsrat die Entlastung zu erteilen. Damit wird nach allgemeiner Rechtsauffassung auch der Haftungsverzicht gegenüber den einzelnen Mitgliedern des Vorstandes begründet, wenn die allgemeinen Umstände bekannt waren und kein Straftatbestand vorliegt. Die Entlastung ist eine Billigung des Verhaltens des Aufsichtsrates und das Aussprechen des Vertrauens für die Zukunft.

Abberufung

Gemäß § 36 Abs. 3 GenG kann die Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied jederzeit von der Generalversammlung widerrufen werden. Dazu ist eine Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen nötig. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist hingegen nicht erforderlich.

Strafbarkeit

Es gelten die gleichen Bestimmungen wie in der AG. Im § 150 GenG sind Regelungen für falsche Darstellung, im § 151 für die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht enthalten.

6.2 Aufsichtsrat in einem eingetragenen Verein

Die rechtliche Stellung des eingetragenen Vereins ist in den §§ 22 ff. BGB geregelt. Insbesondere § 25 BGB ermöglicht auch, dass in einer Vereinssatzung z.B. ein Aufsichtsrat als Überwachungsorgan für den Vereinsvorstand eingerichtet wird. Im Wesentlichen bestimmt sich die Rechtsstellung eines derartigen Aufsichtsrates nach der Vereinssatzung. Die Aufgaben sowie die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten sollten möglichst genau in der Vereinssatzung beschrieben werden. Die Mitglieder des Aufsichtsrates haften, wie die des Vorstandes, dem Verein gegenüber für schuldhafte Pflichtverletzungen. Der Verein kann nach § 31 BGB durch Verschulden der Aufsichtsratsmitglieder von Dritten haftbar gemacht werden. Die Ansprüche gegen einzelne Mitglieder können dann zivilrechtlich durchgesetzt werden.

6.3 Aufsichtsrat einer Stiftung

Die Stiftung ist ein verselbstständigtes Vermögen, das nach seiner Widmung der Förderung eines bestimmten Zweckes dient. Dazu gibt es in den Bundesländern Stiftungsgesetze. 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 werden - der sogenannten Destinatäre - wacht. Vorgabe für jede Entscheidung des Aufsichtsrates ist die Verpflichtung, dem Willen des Stifters zu folgen. 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.

7 Oft gestellte Fragen

Was dürfen die Aufsichtsratsmitglieder in den kommunalen Räten und Fraktionen berichten?

Im § 394 AktG ist festgeschrieben, dass die von der Kommune entsandten Aufsichtsratsmitglieder der Kommune gegenüber nicht an eine Verschwiegenheitspflicht gebunden sind, wenn sich dies aus dem Kommunalrecht ergibt. Davon ausgenommen sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Als Geheimnis ist jede Information anzusehen, die nur einem beschränkten Kreis von Personen bekannt ist und deren Verbreitung dem Interesse der Gesellschaft abträglich sein könnte. Vertrauliche Angaben hingegen können alle Informationen sein, an deren Nichterörterung in der Öffentlichkeit die Gesellschaft ein Interesse hat. Der Bundesgerichtshof hat das wie folgt formuliert: „Was bewusst jedermann offenbar ist, ist kein Geheimnis mehr.“ Handelt es sich um Tatsachen oder Vermutungen, die zu einem Schaden der Gemeinde führen können, sollte das Aufsichtsratsmitglied die Gemeinde veranlassen, von ihrem Auskunftsrecht als Aktionär oder Gesellschafter Gebrauch zu machen. Dies betrifft z.B. eine drohende Insolvenz oder Kreditwürdigkeit. In den Kommunalverfassungen gibt es Regelungen zur Informations- bzw. Unterrichtungspflicht der kommunalen Vertreter in kommunalen Unternehmen gegenüber der Kommune. So regelt § 113 Abs. 5 der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GO NRW), dass die Vertreter der Gemeinde (in den kommunalen Unternehmen) den Rat über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten haben. Eine derartige klarstellende Regelung gibt es in Thüringen nicht. Allerdings dürfte in Thüringen dieser Unterrichtsanspruch des Rates aus den allgemeinen Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen ableitbar sein. Eine gesetzlich normierte Berichtspflicht an Fraktionen oder Ausschüssen gibt es zwar nicht, die Fraktionen und Ausschüsse können aber durchaus von den Aufsichtsratsmitgliedern Auskünfte einfordern. Ob und in welchem Umfang diese Auskünfte gegeben werden, ist im Einzelfall zu entscheiden. Es können zudem Anfragen an die Verwaltung gestellt werden, die die Kommune zum Gebrauch ihres Auskunftsrechtes als Aktionäre oder Gesellschafter veranlassen. Beispiele für die Rechtsauffassung, dass kommunale Vertreter in Organen kommunaler Unternehmen sehr wohl gegenüber der Kommune und ihrer Gremien Informationen aus dem Aufsichtsrat weiterleiten können, finden sich u.a. bei

- Altmeyden, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 52 Rn. 29.
- Altmeyden, NJW 2003, 2561, 2566.
- Spindler, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 52 Rn. 592.

Hat die Gemeinde ein Weisungsrecht an die Mitglieder im Aufsichtsrat?

Die Kommunen können ihre Interessen als Aktionär oder Gesellschafter in der Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung durchsetzen. Das Mitglied des Aufsichtsrates ist dagegen höchstpersönliches Mitglied und damit nach Artikel 31 GG zunächst nicht an Weisungen gebunden. Allerdings kann durch Regelungen in den Kommunalverfassungen ein Weisungsrecht an entsendete Aufsichtsratsmitglieder normiert werden. In der ThürKO ist das Handeln auf Weisung in § 74 Abs. 3 enthalten, indem das nach Weisung handelnde Mitglied von der Haftung frei gestellt wird. Vergleichbare Regelungen finden sich in den Kommunalverfassungen anderer Bundesländer. So regelt § 113 Abs. 1 der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GO NRW), dass die Vertreter der Gemeinde in Beiräten, Ausschüssen, Gesellschafterversammlungen, Aufsichtsräten oder entsprechenden Organen von juristischen Personen oder Personenvereinigungen, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, die Interessen der Gemeinde zu verfolgen haben. Sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden. Weiterhin regelt § 108 Abs. 6 der GO NRW, dass die Vertreter der Gemeinde in einer Gesellschaft, an der Gemeinden, Gemeindeverbände oder Zweckverbände unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 25 vom Hundert beteiligt sind,

1. der Gründung einer anderen Gesellschaft oder einer anderen Vereinigung in einer Rechtsform des privaten Rechts, einer Beteiligung sowie der Erhöhung einer Beteiligung der Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft oder einer anderen Vereinigung in einer Rechtsform des privaten Rechts nur zustimmen dürfen, wenn:

- die vorherige Entscheidung des Rates vorliegt,
- für die Gemeinde selbst die Gründungs- bzw. Beteiligungsvoraussetzungen vorliegen und
- sowohl die Haftung der gründenden Gesellschaft als auch die Haftung der zu gründenden Gesellschaft oder Vereinigung durch ihre Rechtsform auf einen bestimmten Betrag begrenzt sind, oder
- sowohl die Haftung der sich beteiligenden Gesellschaft als auch die Haftung der Gesellschaft oder Vereinigung, an der eine Beteiligung erfolgt, durch ihre Rechtsform auf einen bestimmten Betrag begrenzt sind.

Außerdem dürfen sie

2. einem Beschluss der Gesellschaft zu einer wesentlichen Änderung des Gesellschaftszwecks oder sonstiger wesentlicher Änderungen des Gesellschaftsvertrages nur nach vorheriger Entscheidung des Rates zustimmen.

Diese Regelungen in der Gemeindeordnung von NRW haben richtungsweisenden Charakter und kommen auch in Thüringen ohne ausdrückliche Formulierung in der ThürKO zur Wirkung. Dies ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Stellung der Kommunen und ihrer Organe. Das (allgemeine) Weisungsrecht der Aufsichtsmitglieder wird in den Kommunalverfassungen teilweise konkretisiert. So sind bei der Aufnahme von Krediten nach § 74 Abs. 1 ThürKO die Aufsichtsratsmitglieder an die Beschlüsse oder den Haushaltsplan der Gemeinde weisungsgebunden. In der Debatte zu dieser Frage ist auch zu beachten, dass die kommunalen Mandatsträger durch ihre Verpflichtung im Rat/Kreistag angehalten sind, nur zum Wohle der Kommune zu handeln. Letztlich geht es darum, Schaden von der Kommune fern zu halten. Das Weisungsrecht an kommunale Vertreter in Organen der kommunalen Unternehmen wurde auch höchststrichterlich bestätigt (vgl. u.a.: BVerwG 8 C 16.10, Urteil vom 31.08.2011, Vorentscheidung OVG NRW AZ 15 A 2592/07). Zu empfehlen ist in der Debatte zum Weisungsrecht immer eine praktikable Abwägung. Dies schließt auch Regelungen für den Fall ein, dass Aufsichtsratsmitglieder entgegen der Weisung handeln. Als Sanktionsmaßnahme kommt dabei jedoch meist nur die Abberufung in Frage.

Gibt es eine einheitliche Abstimmungspflicht?

Diese Frage ist mit dem Weisungsrecht verbunden. Sind die Vertreter der Kommune an Ratsbeschlüsse gebunden, spricht das für ein einheitliches Abstimmungsverhalten entsprechend der Weisungen. Gibt es keine Weisung der Kommune an die kommunalen Vertreter in einem Unternehmensorgan oder kann aus anderen Gründen diese Weisung nicht erfolgen, ist das Abstimmungsverhalten von den Grundüberzeugungen des Einzelmitgliedes sowie dessen politischer Orientierung bestimmt.

Wie sollen die Mitglieder im Aufsichtsrat durch die Gemeinde bestimmt werden?

In § 26 Abs. 2 Ziffer 14 ThürKO wird festgelegt, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates vom Rat zu wählen (zu bestellen) sind, da diese Aufgabe weder auf einen beratenden Ausschuss noch auf den Bürgermeister übertragen werden kann. Vergleichbare Regelungen gibt es in den Kommunalverfassungen der anderen Bundesländer (vgl. § 113 Abs. 2 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen). Nach welchem Verfahren die Wahl (die Entsendung) zu erfolgen hat, ist gesetzlich nicht normiert. Es ist zulässig, die Regelungen zur Besetzung der

Ausschüsse und der sonstigen kommunalen Gremien zur Anwendung zu bringen. § 27 Abs. 1 ThürKO legt fest, dass das Verfahren zur Besetzung von Ausschüssen und sonstigen Gremien in der Hauptsatzung zu regeln ist. Diese Verfahren sind in der Regel nach Hare-Niemeyer oder de Hondt. Sollen diese Ausschussbesetzungsregelungen nicht zur Anwendung kommen, müssen die Wahl- bzw. Entsendungsbestimmungen im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung festgeschrieben werden. Es sind sowohl die Mehrheitswahl als auch die Verhältniswahl möglich. Im Interesse der kleineren Fraktionen ist die Verhältniswahl der Mehrheitswahl vorzuziehen. Durch die Verhältniswahl können auch Vertreter kleiner Fraktionen, Parteien und Wählergruppen in den Aufsichtsrat gewählt (bestellt) werden.

Können oder müssen sich Aufsichtsratsmitglieder bei Abstimmungen im Gemeinde- oder Aufsichtsrat auf persönliche Beteiligung (Befangenheit) berufen?

§ 38 ThürKO legt eine persönliche Beteiligung bei Auftreten von Vor- oder Nachteilen für sich selbst oder den Ehegatten oder einen Verwandten oder Verschwägerten bis zum dritten Grad oder für eine von dem Mitglied aufgrund eines Gesetzes oder einer Vollmacht vertretenen natürlichen oder juristischen Person fest. Diese juristische Person könnte auch die Gesellschaft oder die Gemeinde sein. Andererseits gibt es die Pflicht zur Einflussnahme der Gemeinde auf die Gesellschaft. Gegen eine Anerkennung der Befangenheit spricht, dass die Gerichte bisher anerkannt haben, dass es sich bei der Tätigkeit im Aufsichtsrat um eine nebenamtliche Tätigkeit als Ehrenamt handelt. Die Mitwirkung im Rat geschieht außerhalb der Gesellschaft. Nach § 38 Abs. 1 ThürKO ist die persönliche Beteiligung davon abhängig, ob das Aufsichtsratsmitglied die Gesellschaft vertritt, was nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen für das Verhältnis der Gesellschaft zum Vorstand (den Geschäftsführern) als gegeben anzusehen ist. Die eigene Mitwirkung ist bei der Wahl (Entsendung) möglich, bei der Abwahl (Abberufung) nicht. Die persönliche Beteiligung nach § 38 ThürKO ist auch deshalb zu verneinen, weil in diesem Paragraphen geregelt ist, dass die persönliche Beteiligung nicht gilt, wenn das Mitglied an der Entscheidung der Angelegenheit lediglich als Angehöriger einer Berufs- oder einer Bevölkerungsgruppe beteiligt ist, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden. Als unmittelbar gilt zudem nur derjenige Vorteil oder Nachteil, der sich direkt aus der Entscheidung ergibt, ohne dass weitere Ereignisse eintreten oder Maßnahmen getroffen werden müssen, die über die Ausführung von Beschlüssen hinausgehen.

Was bedeutet Verschwiegenheitspflicht?

Die Verschwiegenheitspflicht hängt eng mit der Ausgestaltung der Berichtspflicht zusammen. Außerhalb des entsendenden Gemeinderates sollte grundsätzlich nicht über die Tätigkeit im Aufsichtsrat gesprochen werden, um nicht in Konflikte zu geraten. Die Verschwiegenheitspflicht gilt selbstverständlich nicht bei Bekanntwerden von Straftaten. Allgemeine Angaben, die im Interesse der Gesellschaft zum Verständnis der Bürger für deren Tätigkeit beitragen, können in jeder Form gemacht werden. Um den Interessenkonflikt kommunaler Aufsichtsratsmitglieder bezüglich der Verschwiegenheitspflicht zu lösen, wurden die Bestimmungen der §§ 394 und 395 ins AktG eingeführt. Aufsichtsratsmitglieder, die auf Grund des kommunalen Vorschlagsrechtes gewählt oder von der Kommune direkt in den Aufsichtsrat entsandt wurden, unterliegen hinsichtlich der Berichte, die sie der Kommune zu erstatten haben, grundsätzlich keiner Verschwiegenheitspflicht (§ 394 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Verschwiegenheitspflicht endet nicht mit dem Ausscheiden aus dem Amt, sondern sie besteht auch danach fort.

8 Kleines Begriffs-ABC

An dieser Stelle werden nur Begriffe kurz definiert, die bisher im Text nicht näher erläutert wurden.

Aktiengesellschaft (AG)

Die Aktiengesellschaft (AG) ist eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (= juristische Person). Für die Verbindlichkeiten der AG gegenüber ihren Gläubigern haftet nur das Gesellschaftsvermögen (§ 1 AktG). Die Gesellschafter (Aktionäre) sind i.d.R. mit Einlagen an dem Aktienkapital beteiligt. Kapitalgesellschaften sind eine Unternehmensform, bei der das Eigenkapital durch Aktionäre bereitgestellt wird. Aktiengesellschaften sind besonders zur Beschaffung größerer Beträge bei einer Vielzahl kleiner Kapitalgeber geeignet. Diesem Zweck dienen die guten Möglichkeiten zum Handel von Aktien. Die Aktionärhaftung ist auf ihre Einlagen begrenzt. Kennzeichen der AG ist zudem die Trennung von Geschäftsführung (durch den Vorstand) und Mittelbereitstellung (durch die Aktionäre über die Hauptversammlung).

Auflösung der GmbH

Eine GmbH wird u. a. aufgelöst:

- durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrag bestimmten Zeit
- durch Beschluss der Gesellschafter (mehr als 3/4 der Gesellschafterversammlung)
- durch gerichtliches Urteil
- durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Hierbei wird der Zusatz „i. In.“ bzw. „i. IN.“ für in Insolvenz an den Firmennamen der GmbH angefügt
- mit Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist.

Eine Auflistung der Auflösungsgründe befindet sich im GmbH-Gesetz/GmbHG (vgl. § 60 GmbHG). Die Auflösung der Gesellschaft muss zur Eintragung im Handelsregister angemeldet werden. Die Geschäftsführer sind die „geborenen“ Liquidatoren, wenn nichts anderes bestimmt ist. Im eröffneten Insolvenzverfahren erfolgt die Liquidation der GmbH nicht durch die Geschäftsführer. Wird das Insolvenzverfahren mangels Masse abgewiesen, so sind die Geschäftsführer die Liquidatoren, wenn nichts anderes bestimmt ist.

Aufsichtsrat

In der Satzung (im Gesellschaftervertrag) der GmbH kann ein Aufsichtsrat vorgesehen werden. Ein Aufsichtsrat muss grundsätzlich gebildet werden, wenn die GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG). In diesem Falle lautet das Verhältnis Arbeitnehmer zu Arbeitgeber im Aufsichtsrat gemäß Drittelbeteiligungsgesetz eins zu zwei. Wenn eine GmbH mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, liegt das Verhältnis gemäß Mitbestimmungsgesetz bei eins zu eins, wobei der Aufsichtsrat dann aus mindestens zwölf natürlichen Personen bestehen muss. Der Vorsitzende des Aufsichtsrates hat bei Pattsituationen eine sogenannte Zweitstimme. Die Aufgabe des Aufsichtsrats besteht vorwiegend in der Überwachung der Geschäftsführung. Rechtsgrundlage für den Aufsichtsrat einer GmbH ist § 52 GmbH-Gesetz (GmbHG).

Aufsichtsratsvergütung

Aufsichtsratsmitgliedern kann für ihre Tätigkeit eine Vergütung gewährt werden. Diese kann in der Satzung/dem Gesellschaftervertrag festgesetzt oder von der Hauptversammlung/Gesellschafterversammlung bewilligt werden. Sie soll in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen (§ 113 Abs. 1 AktG). Die Vergütung ist, auch wenn sie als Aufwandsentschädigung bezeichnet wird, als Einkommen aus sonstiger selbstständiger Tätigkeit voll einkommenssteuerpflichtig. Aufwendungen im Zusammenhang mit der Aufsichtsrats-tätigkeit sind dabei abzugsfähig, soweit nicht zur pauschalierten Abgeltung ein zusätzliches Sitzungsgeld gezahlt wird.

Beherrschender Gesellschaftervertrag

Der beherrschende Gesellschaftervertrag ist nicht gleichzusetzen mit dem Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG. Der beherrschende Gesellschaftervertrag folgt dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (es darf alles vertraglich geregelt werden, was nicht ausdrücklich gesetzlich verboten oder sittenwidrig ist). Zudem wirken hier das Weisungsrecht des Gesellschafters an die entsendeten Vertreter in der Gesellschafterversammlung bzw. die Aufsichtsratsmitglieder und der Informationsanspruch des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft. Durch Regelungen im Gesellschaftervertrag (Satzung) behält sich dabei ein Beschlussorgan eines Gesellschafters (z.B. Gemeinderat) ein „Vetorecht“ hinsichtlich der Wirksamkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates des Unter-

nehmens vor. Das Beschlussgremium des Gesellschafters kann dabei die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates selbst nicht abändern. Wird vom „Vetorecht“ Gebrauch gemacht, müssen Gesellschafterversammlung oder Aufsichtsrat eine geänderte Beschlussfassung herbeiführen oder eben auf einen Beschluss in der Sache verzichten.

Bilanz

Die Bilanz im Rechnungswesen ist eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der Vermögensgegenstände und der Kapitalgegenstände eines Unternehmens. Die Basis für die Bilanz bildet das Inventar (Anlagevermögen). Die Bilanz enthält im Gegensatz zum Inventar nur Wertangaben in der jeweiligen Währung und keine Mengenangaben. Sie ist aufgeteilt in AKTIVA(= Vermögensgegenstände) und PASSIVA (=Eigenkapital und Fremdkapital, Mittelherkunft). Dabei gilt immer, dass der Wert der AKTIV-Seite dem Wert der PASSIV-Seite entspricht.

Cashflow

Der Cashflow ist der Überschuss der regelmäßigen betrieblichen Einnahmen über die regelmäßigen laufenden betrieblichen Ausgaben. Er gibt damit das aus der Betriebstätigkeit nachhaltig zu erwirtschaftende Zahlungsmittelreservoir zur Deckung besonderer betrieblicher Ausgaben an. Der Cashflow beziffert den Überschuss, der sich ergibt, wenn man von den Einnahmen die Ausgaben abzieht. Er lässt erkennen, in welchem Maße ein Unternehmen Finanzmittel aus eigener Kraft erwirtschaftet hat. Diese Kennzahl zeigt einerseits, wie stark das Unternehmen sich von innen heraus finanzieren kann (Innenfinanzierung) und andererseits, wie groß das finanzielle Potenzial ist, das aus seiner erfolgreichen Tätigkeit in der Wirtschaft wächst. Daraus kann der Bedarf am Fremdkapital ermittelt werden.

Finanzrechnung

Die Finanzrechnung ist, neben der Ergebnisrechnung, eine Nebenrechnung, die sich der Zahlen und Angaben der Kosten- und Leistungsrechnung und des Controllings bedient. Im Gegensatz zu der reinen Einnahmen- und Ausgabenbetrachtung stellt die Finanzrechnung die finanziellen Konsequenzen der betrieblichen Tätigkeit transparent dar. In der Finanzrechnung werden alle Einzahlungen und Auszahlungen für die laufende Geschäftstätigkeit und den investiven Bereich dargestellt.

Gesellschafterversammlung

Oberstes beschließendes Organ der GmbH ist die Gesellschafterversammlung, in der die Gesamtheit der Gesellschafter repräsentiert ist. Ihre Zuständigkeit erstreckt sich – soweit nicht Gesetz oder Satzung/Gesellschaftervertrag etwas anderes bestimmen – auf alle Angelegenheiten der GmbH (vgl. § 45 GmbHG). Die Gesellschafter fassen ihre Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung (vgl. § 48 Abs. 1 GmbHG). Bei Einverständnis aller Gesellschafter ist schriftliche Abstimmung ohne Abhalten einer Versammlung zulässig (§ 48 Abs. 2 GmbHG). Wird ein Aufsichtsrat gebildet oder besteht die Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrates, ist die Zuständigkeit zwischen Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat im Gesellschaftervertrag/Satzung zu bestimmen.

Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gehört zur Gruppe der Kapitalgesellschaften und ist nach deutschem Rechtssystem eine juristische Person des Privatrechts. Die GmbH gilt auch als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs. Die rechtlichen Grundlagen für eine GmbH finden sich im GmbH-Gesetz (GmbHG). Weitere Vorschriften für die GmbH sind die §§ 238–342a Handelsgesetzbuch (HGB), das Umwandlungsgesetz (UmwG) und die Insolvenzordnung (InsO). Zur Gründung einer GmbH ist mindestens eine „Person“ notwendig. Es können aber auch unbegrenzt viele „Personen“ eine GmbH gründen oder später beitreten. Mögliche Gesellschafter können natürliche und juristische Personen sowie andere Kapitalgesellschaften sein (z.B. Offene Handelsgesellschaft/OHG, Kommanditgesellschaft/KG, Gesellschaft bürgerlichen Rechts/GbR).

Der Gesellschaftsvertrag (die Satzung) muss folgenden Mindestinhalt haben:

1. Firma,
2. Sitz,
3. Gesellschaftsgegenstand,
4. Höhe des Stammkapitals und
5. Übernahme der Stammeinlagen durch die Gesellschafter.

Eine GmbH entsteht erst mit der Eintragung in das Handelsregister, d. h. die Eintragung ist konstitutiv. Dazu ist der Gesellschaftsvertrag notariell zu beurkunden. Anschließend muss eine notariell beglaubigte Handelsregisteranmeldung erfolgen. Die GmbH muss einen oder mehrere Geschäftsführer haben (§ 6 Abs. 1 GmbHG). Neben der Vertretung ausschließlich durch Geschäftsführer besteht auch die Möglichkeit der sogenannten

gemischten Gesamtvertretung. Bei dieser erfolgt die Vertretung der Gesellschaft entweder durch die Geschäftsführer gemeinschaftlich oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen als rechtsgeschäftlichem Vertreter (in Anwendung des § 78 Abs 3 AktG).

Gewerbsteuer bei einer GmbH

Eine GmbH gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des HGB (§ 13 Abs. 3 GmbHG). Sie ist somit Gewerbebetrieb und unterliegt, unabhängig von ihrem Unternehmenszweck, der Gewerbesteuer. Es gibt keinen Freibetrag wie bei Einzelunternehmen. Der Steuersatz für die Ermittlung des Gewerbesteuermessbetrages beträgt 3,5 Prozent. Bemessungsgrundlage ist der Unternehmensgewinn unter Berücksichtigung von Hinzurechnungen (z.B. Schuldzinsen, Aufwendungen für kreditähnliche Rechtsgeschäfte). Auf den Messbetrag berechnen die Gemeinden einen eigenen Hebesatz. Bis 2007 betrug der Steuersatz der Gewerbesteuer fünf Prozent. Mit der Reduzierung des Steuersatzes auf 3,5 Prozent wurde zugleich der Körperschaftsteuersatz von 25 auf 15 Prozent reduziert. Hintergrund dieser Steuerentlastung war und ist, dass die Gemeinden die Option erhalten, über höhere Gewerbesteuersätze die eigene Einnahmehbasis zu stabilisieren. Der sogenannte Belastungshebesatz (ab dem Hebesatz wird das Unternehmen im Vergleich zur Regelungen vor der Unternehmenssteuerreform mehr belastet) liegt bei der GmbH bei 859 von Hundert.

Gewinnabführungsvertrag

Mit einem Gewinnabführungsvertrag verpflichtet sich eine Kapitalgesellschaft gegenüber einem Unternehmen in beliebiger Rechtsform, den Gewinn abzuführen. Der Gewinnabführungsvertrag ist ein Unternehmensvertrag, der die Abführung des Gewinns oder den Ausgleich des Verlusts der einen Gesellschaft an oder durch die andere Gesellschaft zum Gegenstand hat. Der Gewinnabführungsvertrag ist ebenso wie der Beherrschungsvertrag in § 291 AktG geregelt. Da das AktG nur für die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt, sind diese Bestimmungen auf andere Kapitalgesellschaften wie die GmbH zunächst nicht unmittelbar anwendbar, zumal sich im GmbH-Gesetz keine Regelung über Unternehmensverträge findet. Diese „Gesetzeslücke“ wurde aber zwischenzeitlich durch die Rechtsprechung geschlossen. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in seinem Urteil vom 24. Oktober 1988 ausführlich dazu Stellung genommen und bei der GmbH als abhängige Gesellschaft bestimmte Formvorschriften für die

Wirksamkeit eines Gewinnabführungsvertrages erlassen. Dabei muss die GmbH im Unternehmensvertrag die Geltung der aktienrechtlichen Vorschriften ausdrücklich vorsehen.

Gewinn- und Verlustrechnung

Die Gewinn- und Verlustrechnung bildet die Erträge und Aufwendungen eines Unternehmens ab. Im Ergebnis wird der unternehmerischen Erfolg (= Gewinn oder Verlust) sichtbar.

Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter

Die GmbH haftet nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Das Vermögen der Gesellschafter bleibt unberührt. Für Verluste aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit einer GmbH haften die Gesellschafter der GmbH nur, sofern sie die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft in rechtswidriger Weise verursacht haben. Dazu hat der Bundesgerichtshof in den letzten Jahren den Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung entwickelt.

Jahresabschluss

Mit dem Jahresabschluss wird eine Geschäftsperiode (i. d. R. ein Geschäftsjahr) abgeschlossen. Das Handelsgesetzbuch (HGB) schreibt gemäß § 242 einen Jahresabschluss verpflichtend vor. Durch den Jahresabschluss wird der wirtschaftliche Erfolg eines Unternehmens bemessen und auch offengelegt. Er stellt damit die Grundlage für zukünftige Planungen und Entscheidungen dar. Zudem kann sich die Öffentlichkeit Einsicht in die finanzielle Lage des Unternehmens verschaffen. Mit dem Jahresabschluss wird zudem die Besteuerung eines Unternehmens bemessen.

Kapitalertragsteuer

Schüttet die GmbH Gewinn an ihre Gesellschafter aus (Dividende), muss sie davon Kapitalertragssteuer einbehalten (derzeitiger Steuersatz: 25 Prozent + Solidaritätszuschlag 5,5 Prozent auf die Kapitalertragssteuer = Gesamtsteuerlast: 26,375 Prozent) und an das Finanzamt abführen. Die weitere steuerliche Behandlung der Dividende und der einbehaltenen Kapitalertragssteuer beim Gesellschafter hängt davon ab, ob der Gesellschafter eine natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz bzw. Sitz im In- oder Ausland ist.

Körperschaftsteuer

Eine GmbH unterliegt mit ihrem Einkommen der Körperschaftsteuer, unabhängig von der Gewinnverwendung. Der Steuersatz beträgt derzeit 15 Prozent zuzüglich 5,5 Prozent Solidaritätszuschlag auf die Körperschaftsteuer, so dass der Steueranteil insgesamt 15,825 Prozent des zu versteuernden Einkommens beträgt.

Kosten- und Leistungsrechnung

Die Kosten- und Leistungsrechnung wird auch als internes Rechnungswesen bezeichnet, weil sie komplett der Hoheit des Unternehmens unterliegt.

Liquidation der GmbH

Die Liquidation ist das Abwicklungsverfahren nach der Auflösung der GmbH. Die Abwicklung der Gesellschaft erfolgt gemäß § 66 GmbHG durch die Liquidatoren. Außer im Fall des Insolvenzverfahrens kommt diese Aufgabe grundsätzlich den bisherigen Geschäftsführern zu. Sie werden im Register eingetragen und haben die laufenden Geschäfte der GmbH zu beenden und das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen (§ 70 GmbHG). Ist die Liquidation beendet, müssen die Liquidatoren den Abschluss der Liquidation zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Gesellschaft ist dann im Handelsregister zu löschen (§ 74 GmbHG).

Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Jeder Gesellschafter hat im Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung zur Leistung eines Anteils am Stammkapital übernommen (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). Die Hauptpflicht eines Gesellschafters besteht darin, seine Stammeinlagepflicht zu erfüllen (§ 19 Abs. 1 GmbHG). Der Gesellschafter kann – soweit nicht durch die Satzung/Gesellschaftervertrag etwas anderes bestimmt ist – über seinen Geschäftsanteil frei verfügen. Der Anteil kann – einen entsprechenden notariell beurkundeten Vertrag (§ 15 Abs. 3 GmbHG) vorausgesetzt – verkauft und im Übrigen auch vererbt oder verschenkt werden. Die Gesellschafter haben Anspruch auf den Jahresüberschuss, soweit sie nicht zulässigerweise von der Beteiligung ausgeschlossen sind (§ 29 Abs. 1 GmbHG). Jeder Gesellschafter kann von den Geschäftsführern verlangen, dass sie ihm unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der GmbH geben und ihm Einsicht in die Bücher gestatten (§ 51a Abs. 1 GmbHG). Ein Gesellschafter kann durch

gerichtliches Urteil aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn ein in seiner „Person“ liegender wichtiger Grund die Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm unzumutbar macht.

Umsatzsteuer

Eine GmbH kann Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuerrechts sein (§ 2 UStG). Als juristische Person kann sie jedoch auch un- selbstständiger Teil einer umsatzsteuerlichen Organschaft sein.

Verdeckte Gewinnausschüttung

Als verdeckte Gewinnausschüttung bezeichnet man Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung,

- *die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist,*
- *sich auf die Höhe des Gewinns auswirkt und*
- *keine offene Gewinnausschüttung ist.*

Als verdeckte Gewinnausschüttung können z.B. die Ausreichung von un- oder unterverzinslichen Darlehen an Gesellschafter (Gesellschafterdarlehen), eine Lieferung an Gesellschafter unter Marktpreisen oder eine Aufgabenerledigung für den Gesellschafter ohne marktüblichen Kostenersatz angesehen werden.

Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen

Die Kommunalverfassungen der Länder bestimmen, dass die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune durch das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnten, gegeben ist. Die Kommunalverfassungen normieren dabei Regelungen zum Schutz der Leistungsfähigkeit der Kommunen. So ist meist geregelt, dass sich die Kommune zur Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen darf, wenn

- *der öffentliche Zweck dies rechtfertigt, wobei die Gewinnerzielung allein keinen ausreichenden öffentlichen Zweck darstellt, und*
- *die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussetzlichen Bedarf steht.*

Schon daraus ergeben sich Grenzen für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen. Die Kommune hat zudem im Interesse

einer sparsamen Haushaltsführung dafür zu sorgen, dass Leistungen, die von privaten Anbietern wirtschaftlicher oder gleich gut erbracht werden können, diesen Anbietern übertragen werden. Dazu sind Angebote einzuholen oder Vergleichsberechnungen vorzunehmen. Ist also ein Privater kostengünstiger, darf die Kommune selbst nicht wirtschaftlich aktiv werden. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen. So gelten die gesetzlichen Schranken der wirtschaftlichen Betätigung für die Kommune nicht, wenn eine wirtschaftliche Betätigung der Kommune im öffentlichen Interesse für erforderlich ist. Diese gesetzliche Ausnahmeregelung ist sehr auslegungsfähig. In jedem Fall muss eine entsprechende Entscheidung begründet werden. Im Regelfall ist die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen auf ihr Gebiet beschränkt (Territorialprinzip). Doch auch hier gibt es wieder Ausnahmen. So ist die wirtschaftliche Betätigung außerhalb der Versorgung der örtlichen Gemeinschaft sowie der Nutzung von Einrichtungen beziehungsweise Angeboten in der Gemeinde auch zulässig

- *für die Versorgung mit Elektrizität, Gas und Fernwärme,*
- *im Rahmen von Vereinbarungen oder Konzessionen der betroffenen Gemeinden, Gemeindeverbände oder kommunalen Unternehmen.*

Selbst die wirtschaftliche Betätigung der Kommune im Ausland ist zulässig, wenn Interessen des Bundes oder des Landes dem nicht entgegenstehen. Hier ist jedoch die Kommunalaufsichtsbehörde rechtzeitig vor Aufnahme der Betätigung zu unterrichten. Im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung dürfen durch die kommunalen Unternehmen sogenannte Nebenleistungen erbracht werden, die im Wettbewerb üblicherweise zusammen mit der Hauptleistung angeboten werden und den öffentlichen Hauptzweck nicht beeinträchtigen. Mit der Durchführung dieser Nebenleistung sollen jedoch im Regelfall private Anbieter beauftragt werden. Dies ist nicht zwingend notwendig, wenn die Auftragsvergabe an Private mit den berechtigten Interessen der Kommune oder des Unternehmens nicht vereinbar ist oder dadurch bestehende Kapazitäten bei der Kommune oder dem Unternehmen brachliegen würden, also nicht nutzbar wären. Bei freien Kapazitäten können die Kommunen und das Unternehmen sehr wohl auch selbst Nebenleistungen erbringen. Im jährlichen Beteiligungsbericht muss regelmäßig die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen begründet werden. Zu beachten ist, dass die Verwaltung des Kommunalvermögens, insbesondere das unmittelbare oder mittelbare Halten von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, keine wirtschaftliche Betätigung ist, wenn mit dem Vermögen keine kommunale Aufgabenerfüllung verbunden ist. Diese Regelung lässt es zu, dass eine Kommune Unternehmensanteile ausschließlich zur Erlangung von Fiskaleinnahmen halten kann.

9 Gesetzliche Grundlagen (Auszüge)

Thüringer Kommunalordnung
 Thüringer Eigenbetriebsverordnung
 Aktiengesetz
 GmbH-Gesetz
 Handelsgesetzbuch



Foto: DIE LINKE Fraktion im Thüringer Landtag

10 Zum Autor

Frank Kuschel ist Verwaltungsbetriebswirt (VWA). Er kann auf umfangreiche kommunalpolitische Erfahrungen seit 1985 verweisen. Zudem war und ist der Autor auch kommunalwissenschaftlich tätig.

1980 Abitur an der EOS Ilmenau

1980 bis 1983 Studium an der OHS Löbau/Zittau, Abschluss als Hochschul-Ingenieur-Ökonom-Pädagoge

1985 bis 1990 Fernstudium an der Akademie für Staat und Recht Potsdam, Abschluss als Diplomverwaltungsjurist, Ab-erkennung durch Beschluss der Hochschulleitung in 10/1990

1999 bis 2002 Studium an der VWA Erfurt, Abschluss als Verwaltungsbetriebswirt (VWA)

1985 bis 1987 Mitarbeiter Rat des Kreises Ilmenau

1987 bis 1988 Stellvertretender Bürgermeister Stadt Ilmenau

1989 bis 1990 Bürgermeister der Stadt Großbreitenbach

1990 bis 1994 Stadtverordneter Stadt Großbreitenbach

1991 bis 1994 Vorsitzender des Kommunalpolitischen Forums Thüringen e.V.

1994 bis heute Fachberater für Kommunal- und Verwaltungsrecht

1994 bis heute Mitglied des Kreistages Ilm-Kreis

1995 bis 2010 Geschäftsführer des Kommunalpolitischen Forums Thüringen e.V., seit 2014 Vorsitzender des Vereins,

2004 bis heute Stadtrat Stadt Arnstadt, seit 2011 Vorsitzender der Fraktion DIE LINKE

2004 bis heute Mitglied des Thüringer Landtages, kommunalpolitischer Sprecher DIE LINKE

2006 bis heute Aufsichtsratsmitglied der Städtischen Wohnungsbaugesellschaft Arnstadt mbH

2007 bis heute Mitglied Verbraucherbeirat des Wasser- und Abwasserzweckverbandes Arnstadt und Umgebung

2011 bis heute Geschäftsführender Gesellschafter des THK-Verlag

Frank Kuschel
 Am Dornheimer Berg 27
 99310 Arnstadt

Tel.: 0170 / 47 06 198
 frankkuschel@gmx.de
 www.frankkuschel.de

Stand: Januar 2018

