



Ministerium für Inneres und Kommunales NRW, 40190 Düsseldorf

Bezirksregierungen

Arnsberg, Detmold, Düsseldorf,

Köln und Münster



29. Juli 2014  
Seite 1 von 5

Aktenzeichen  
(bei Antwort bitte angeben)  
35-49.02.01-75.12-740/14

MRin Schneider  
Telefon 0211 871-2462  
Telefax 0211 871-16-2462  
monika.schneider@mik.nrw.de

### Kommunalaufsicht - Gemeindegewirtschaftsrecht

**Weisungsrecht** der zuständigen kommunalen Organe gegenüber Mitgliedern fakultativer Aufsichtsräte kommunal beherrschter Gesellschaften sowie

**Unterrichtungspflicht** kommunaler Vertreter in Gesellschaftsgremien gegenüber dem Rat

Mein Erlass vom 20. Oktober 2011

Ein u. a. in der Zeitschrift „Städte- und Gemeinderat“, Ausgabe 7-8/2014 veröffentlichter Beitrag der Autoren RA/StB Ulf Erik Belcke und RA Robert Mehrhoff, Mitglieder der PwC Legal AG Rechtsanwaltsgesellschaft Düsseldorf, zu den Rechten und Pflichten von Mitgliedern der bei kommunalen Gesellschaften gebildeten Aufsichtsräte veranlasst mich, aktuell auf meinen Bezugserlass hinzuweisen. In diesem hatte ich mich zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 31.08.2011 - 8 C 16.10 - (Juris) geäußert. In diesem Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht ein **Weisungsrecht** der zuständigen kommunalen Organe gegenüber Vertretern der Gemeinde in fakultativen Aufsichtsräten kommunal beherrschter Gesellschaften nach dem nordrhein-westfälischen Gemeindegewirtschaftsrecht im Ergebnis bestätigt. In Würdigung der

Dienstgebäude und  
Lieferanschrift:  
Haroldstr. 5, 40213 Düsseldorf  
Telefon 0211 871-01  
Telefax 0211 871-3355  
poststelle@mik.nrw.de  
www.mik.nrw.de

Öffentliche Verkehrsmittel:  
Rheinbahnlinien 704, 709, 719  
Haltestelle: Poststraße



Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts hatte ich ferner empfohlen, künftig unbedingt darauf zu achten, dass im Gesellschaftsvertrag an geeigneter Stelle entsprechend § 108 Absatz 5 Nr. 2 GO NRW eine ausdrückliche Regelung des Inhalts vorgesehen ist, dass die von der Kommune in den fakultativen Aufsichtsrat entsandten oder gewählten Vertreter dem Weisungsrecht des Rates unterliegen. Ich hatte ferner darum gebeten, die kreisfreien Städte und Kreise Ihres Bezirks entsprechend zu informieren, die Kreise als untere Kommunalaufsichtsbehörden ergänzend mit der Bitte, auch deren kreisangehörige Kommunen in Kenntnis zu setzen.

In dem o. g. Beitrag wird dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts entgegengehalten, dass der Lehre des Bundesgerichtshofs vom Vorrang des Gesellschaftsrechts nicht ausreichend Rechnung getragen werde. Schließlich habe sich die Kommune bewusst für die Rechtsform GmbH entschieden. Sie könne sich deshalb nicht die „Rosinen“ aus beiden Rechtsgebieten herauspicken.

In der Annahme, dass die o. g. Zeitschrift im kommunalen Bereich vielfach gelesen wird, sehe ich mich veranlasst, darauf hinzuweisen, dass diese von den Autoren vertretene Auffassung weder der gesetzgeberischen Intention (vgl. hierzu Drs. 12/3730, S. 109) noch der hier vertretenen Rechtsauffassung entspricht. Zudem ist durch das o. g. Urteil höchstrichterlich bestätigt - und insoweit ausjudiziert -, dass der Landesgesetzgeber in Abweichung vom bundesrechtlichen Gesellschaftsrecht eine Weisungsbindung fakultativer Aufsichtsräte kommunal beherrschter Gesellschaften - als Zulässigkeitsvoraussetzung gemeindewirtschaftsrechtlicher Betätigung regeln darf.

Eine wirksame Ausübung des Weisungsrechts des Rates gemäß § 113 Absatz 1 Satz 2 GO NRW setzt voraus, dass ihm entsprechende



Informationen über bedeutsame, in den Gesellschaftsgremien zur Entscheidung anstehende Angelegenheiten bekannt sind. Daher regelt § 113 Absatz 5 GO NRW, dass die Vertreter der Gemeinde den Rat über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten haben. Die Unterrichtungspflicht, die jedenfalls besteht, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist, impliziert stets die Möglichkeit des Rates, von seinem Weisungsrecht nach § 113 Absatz 1 GO NRW Gebrauch machen zu können; die Vorschrift zum Weisungsrecht würde leer laufen, wenn die kommunalen Vertreter der Gesellschaft ihrer nach § 113 Absatz 5 GO NRW bestehenden Unterrichtungspflicht nicht nachkommen, sondern den Rat vor vollendete Tatsachen stellen.

Vor diesem Hintergrund sehe ich mich veranlasst, auch die in dem Aufsatz zur **Verschwiegenheitspflicht** enthaltenen Aussagen kritisch zu würdigen. Zwar ist in dem Aufsatz am Ende des betreffenden Abschnitts unter Hinweis auf das Aktiengesetz - gemeint sein dürfte die Regelung des § 394 AktG - von einer „Auflockerung“ der Verschwiegenheitspflicht die Rede. In diesem Zusammenhang hätte auch die bereits genannte Unterrichtungspflicht der gemeindlichen Vertreter in Gesellschaftsgremien nach § 113 Absatz 5 GO NRW Erwähnung verdient. Soweit im Aufsatz im Kontext mit der Regelung des § 394 AktG und der nach der GO NRW erforderlichen Berichte der Beteiligungsbericht genannt wird, ist dies nicht nachvollziehbar. Die Erstellung eines Beteiligungsberichts obliegt der Körperschaft Gemeinde und nicht den von der Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitgliedern. Schon von daher ist ein Zusammenhang der Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern und dem kommunalen Beteiligungsbericht nicht erkennbar.



Darüber hinaus vertreten die Autoren - allerdings ohne die aus meiner Sicht gebotene Differenzierung zwischen obligatorischen und fakultativen Aufsichtsräten vorzunehmen - die Auffassung, dass von der Kommune entsandte Aufsichtsratsmitglieder grundsätzlich derselben strengen Verschwiegenheitspflicht unterliegen wie andere Aufsichtsratsmitglieder, die gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten auch für kommunale Aufsichtsratsmitglieder zwingend seien und die gesellschaftsrechtlichen Regelungen Vorrang gegenüber den kommunalrechtlichen haben.

Diese Auffassung teile ich nicht. Für fakultative Aufsichtsräte ist § 52 Absatz 1 GmbHG einschlägig. Die dort in Bezug genommenen §§ 116 i. V. m. 93 AktG schreiben eine Verschwiegenheitspflicht bezüglich vertraulicher Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse vor, die Aufsichtsratsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt geworden sind. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 52 Absatz 1 GmbHG kann allerdings die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder durch Gesellschaftsvertrag abweichend von den Bestimmungen des Aktiengesetzes geregelt werden. Nach zutreffender Meinung handelt es sich insoweit um dispositives Recht (siehe Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, RdNrn. 23 und 67 zu § 52; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, RdNr. 17a zu § 52). Danach kann bei unter § 52 Absatz 1 GmbHG fallenden Gesellschaften der Umfang der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder näher festgelegt, erweitert oder eingeschränkt werden (vgl. auch Urteil des BayVGh vom 08.05.2006 - 4 BV 05.756 - Juris - mit weiteren Literaturnachweisen).

Ich bitte, die kreisfreien Städte und Kreise Ihres Bezirks entsprechend zu informieren, die Kreise als untere Kommunalaufsichtsbehörden



ergänzend mit der Bitte, auch deren kreisangehörige Kommunen in  
Kenntnis zu setzen. Seite 5 von 5

Den kommunalen Spitzenverbänden habe ich einen Abdruck dieses  
Erlasses zugeleitet.

Im Auftrag

A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'Winkel'.

Winkel