



FOTO: S. HOFSCHLAGER / PIXELIO.DE

Prüfen wie die Profis

▲ Bevor Ratsmitglieder am Aufsichtsrat eines kommunalen Unternehmens teilnehmen, sollten sie sich über ihre Rechte und Pflichten informieren

Neubesetzung des Aufsichtsrates in kommunalen Unternehmen

Nach der NRW-Kommunalwahl benötigen Ratsmitglieder, die erstmals in den Aufsichtsrat eines Unternehmens entsandt werden, Basis-Informationen über ihre Rechte und Pflichten

Bei der Kommunalwahl in Nordrhein-Westfalen am 25. Mai 2014 wurden die Räte der Städte und Gemeinden sowie die Kreistage in den Kreisen und die Bezirksvertretungen in den kreisfreien Städten für sechs Jahre neu gewählt.¹ Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf die Besetzung der Organe in den kommunalen Unternehmen, insbesondere dem Aufsichtsrat als Überwachungsorgan. Für die neu gewählten und von den Räten entsandten gemeindlichen Vertreter/innen, die dann als Aufsichtsratsmitglied bestellt werden, stellt das Aufsichtsratsmandat, das mit umfangreichen Rechten und

Pflichten verbunden ist, in vielen Fällen Neuland dar. Hilfreich ist daher ein Überblick über die zu beachtenden Fallstricke, insbesondere die bestehenden Haftungsrisiken und Sorgfaltspflichten, aber auch über die dem Aufsichtsratsmitglied zustehenden Rechte. Dies geschieht auch vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung an kommunale Aufsichtsratsmitglieder dieselben Anforderungen stellt wie an jedes andere Aufsichtsratsmitglied.

Rechtsgrundlage Aktiengesetz Das Aktiengesetz legt wichtige Kompetenzen und Pflichten des Aufsichtsrats fest. Diese finden auch auf die GmbH Anwendung, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist. Nach der gesetzlichen Verfassung sind dem Aufsichtsrat als wesentliche Aufgaben die Bestellung und Abberufung des Vorstands respektive der Geschäftsführung, der Abschluss, die Änderung und Beendigung des Anstellungsvertrags zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft, die Kontrolle der Geschäftsführung des Vor-

stands sowie die laufende Beratung des Vorstands zugewiesen.

Zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats ist die Kontrolle der Legalität, Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung. Zur Erfüllung seiner Aufgaben bedarf der Aufsichtsrat umfassender Informationen, was ein weitreichendes Informationsrecht des Aufsichtsrats nach sich zieht. Grundsätzlich nimmt der Aufsichtsrat seine Aufgaben als Kollegialorgan durch die Gesamtheit seiner Mitglieder wahr.

Dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied stehen die dem Aufsichtsrat als Organ eingeräumten Befugnisse nicht zu. Jedoch unterliegen die Aufsichtsratsmitglieder kraft ihrer Bestellung organschaftlichen Treuebindungen, die einen festen Bestandteil der Sorgfaltspflichten des Aufsichtsratsmitglieds bilden. Bestandteil dieser Treuepflicht ist insbesondere die Verschwiegenheitspflicht.

Verschwiegenheitspflicht Nach dem Aktiengesetz sind Aufsichtsratsmitglieder zur Verschwiegenheit über vertrauliche Angaben, Berichte und Geheimnisse, die ihnen während ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit bekannt geworden sind, sowie zur Verschwiegenheit hinsichtlich vertraulicher Beratungen verpflichtet. Dennoch gehen neue Mandatsträger in kommunalen Aufsichtsräten mitunter davon aus, dass ihre öffentlich-rechtliche Stellung uneingeschränkte Informations- und Mitteilungsrechte gegenüber der Gemeindevertretung oder dem Gemeinderat verkörpert.

Es kollidieren somit bundesrechtliches Gesellschaftsrecht und landesrechtliches Kommunalrecht. Während der obligatorische Aufsichtsrat² der Verschwiegenheitspflicht ohne Vorbehalt unterliegt, gilt diese für den fakultativen Aufsichtsrat³ nur, soweit der Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes bestimmt. Somit unterliegen von der Kommune entsandte Aufsichtsratsmit-

¹ Weitere Einzelheiten siehe unter: <http://www.mik.nrw.de/themen-aufgaben/buergerbeteiligungswahlen/wahlen-auf-allen-ebenen/kommunalwahlen.html>; MBl. NRW 2013, Ausgabe Nr. 27 vom 06.11.2013, S. 487.

² Unter obligatorischem Aufsichtsrat versteht man insbesondere den Aufsichtsrat einer kommunalen Aktiengesellschaft und solche, die aus Gründen der Mitbestimmung zwingend zu implementieren sind (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG)

³ Unter fakultatивem Aufsichtsrat versteht man insbesondere den Aufsichtsrat einer kommunalen, nicht zwingend mitbestimmten GmbH.

DIE AUTOREN



RA/StB Ulf Erik Belcke ist Mitglied der PwC Legal AG Rechtsanwalts-gesellschaft Düsseldorf



RA Robert Mehrhoff ist Mitglied der PwC Legal AG Rechtsanwalts-gesellschaft Düsseldorf

glieder grundsätzlich derselben strengen Verschwiegenheitspflicht wie andere Aufsichtsratsmitglieder.⁴

Jedoch bleibt die Frage, ob die Verschwiegenheitspflicht kommunaler Aufsichtsratsmitglieder auch gegenüber Organen der Gemeinde – beispielsweise die Gemeindevertretung – gilt. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass aus dem gesellschaftsrechtlich verankerten Recht auf Information folgt, dass in kommunalen GmbH's gegenüber der Gemeindevertretung keine Verschwiegenheitspflicht besteht.⁵ Tatsächlich sind jedoch die gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten auch für kommunale Aufsichtsratsmitglieder zwingend. Denn die gesellschaftsrechtlichen Regelungen haben gegenüber kommunalrechtlichen Vorschriften Vorrang, und die Kommune hat sich bewusst für die GmbH als Rechtsform entschieden.⁶

Eine Auflockerung der Verschwiegenheitspflicht enthält das Aktiengesetz lediglich für von Gebietskörperschaften in den Aufsichtsrat gewählte oder entsandte Aufsichtsratsmitglieder. Diese sind bei ihrer Berichterstattung gegenüber der Gebietskörperschaft zur Offenlegung der ihnen im Rahmen der Aufsichtsratsstätigkeit bekanntgewordenen Umständen verpflichtet. Dies bezieht sich aber nur auf die nach der Gemeindeordnung (GO) erforderlichen Berichte, etwa den Beteiligungsbericht.

Haftung Aufsichtsratsmitglieder haben ihr Amt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds zu erledigen.⁷ Wer diese Pflicht schuldhaft verletzt, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Als Regelfall wird vom Gesetz ein Verschulden vermutet, sodass das betroffene Aufsichtsratsmitglied bei einem objektiven Pflichtverstoß darzulegen hat, dass ein Verschulden nicht vorliegt.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass diese Beweislastumkehr sich nicht nur auf das Verschulden selbst, sondern auch auf die Pflichtwidrigkeit bezieht.⁸ Die vorrangig zu beachtende Sorgfaltspflicht des Aufsichtsratsmitglieds ist die Überwachung des Vorstands und dessen Führungsentscheidungen. Überwachungsmaßstab hierbei sind die Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung durch den Vorstand.

Bei Überprüfung der Zweckmäßigkeit ist von besonderer Bedeutung die Business Judgment Rule, die einen weiten Ermessensspielraum zubilligt. Mithin scheidet eine Haftung des Aufsichtsratsmitglieds aus, wenn dieses

auf Grundlage einer angemessenen Informationslage die mit einem Geschäft zusammenhängenden Chancen und Risiken sorgfältig ermittelt und abgewogen hat.⁹

Frage der Pflichtverletzung Eine Haftung des Aufsichtsratsmitglieds setzt eine individuelle Pflichtverletzung voraus. Es reicht aber nicht aus, bei einer problematischen Entscheidung lediglich mit Nein zu stimmen oder sich der Stimme zu enthalten. Vielmehr ist es erforderlich, seinen eigenen Standpunkt darzulegen und beurteilungsrelevante Informationen weiterzugeben.¹⁰ Gemeindliche Vertreter in einem Aufsichtsrat werden nach der GO NRW von der Haftung freigestellt, sofern sie den Schaden weder vorsätzlich noch grob fahrlässig herbeigeführt haben. Sollte das durch die Gemeinde entsandte Aufsichtsratsmitglied nach Weisung des Rates gehandelt haben, entfällt sogar für diese Fälle die Haftung. Zur Eindämmung des Haftungsrisikos ist in der Praxis der Abschluss einer Directors' and Officers' (D&O)-Versicherung weit verbreitet.¹¹

Durch die zahlreichen Einschränkungen, die in der Regel vereinbart werden, schließt eine D&O-Versicherung aber längst nicht das gesamte Haftungsspektrum aus. Vor allem liefe ein vollständiger Regressverzicht ohne fühlbaren Eigenanteil dem im deutschen Recht verankerten Charakter der Organhaftung zuwider. Zwar schreibt das Gesetz für Aufsichtsräte im Gegensatz zu Vorständen eine angemessene Selbstbeteiligung nicht vor. Jedoch wird diese vom Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) sowie vom Public Corporate Governance Kodex des Landes Nordrhein-Westfalen (PCGK NRW) empfohlen.¹²

Weisungsrecht Eine Weisungsmöglichkeit des Rates gegenüber den von der Kommune bestellten oder auf deren Vorschlag entsandten Aufsichtsratsmitgliedern ist nach GO NRW Voraussetzung für die kommunale Beteiligung an einer GmbH. Die kommunalen Aufsichtsratsmitglieder sind an die Beschlüsse des Rates gebunden. Davon abweichend sieht das Gesellschaftsrecht eine Weisungsfreiheit vor. Bei Gesellschaften mit obligatorischem Aufsichtsrat ist die Vereinbarung eines Weisungsrechts unzulässig. Hier kann nur mittels Beschluss der Gesellschafterversammlung Einfluss auf den Aufsichtsrat genommen werden.

Das Bundesverwaltungsgericht¹³ hat entschieden, dass kommunale Gremien gegenüber fakultativen Aufsichtsratsmitgliedern von Unternehmen, an der die Gemeinde

mehrheitlich beteiligt ist, nicht nur weisungsbefugt sind, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich geregelt ist. Vielmehr gilt dies auch dann, wenn im Gesellschaftsvertrag eine explizite Regelung hierzu fehlt. Denn das Nichtvorhandensein einer solchen ausdrücklichen Regelung führe zu einer auslegungsbedürftigen Lücke der Satzung.

Diese auslegungsbedürftige Lücke sei mit der kommunalrechtlichen Weisungsgebundenheit so auszulegen, dass §§ 108 Abs. 5 Nr. 2, 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW gelten würden. Dem ist entgegenzuhalten, dass durch diese Wertung der Lehre des Bundesgerichtshofs vom Vorrang des Gesellschaftsrechts nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Denn schließlich hat sich die Kommune bewusst für die Rechtsform GmbH entschieden. Sie kann sich deshalb nicht die „Rosinen“ aus beiden Rechtsgebieten herauspicken.¹⁴ Die Themen Verschwiegenheitspflicht, Haftung und Weisungsrecht werden in der Praxis am häufigsten diskutiert und stellen die neuen Mandatsträger/innen regelmäßig vor Schwierigkeiten bei der Wahrnehmung ihres Mandats. Nicht zuletzt aufgrund der möglichen Haftungsfolgen sollten sich neue Mandatsträger/innen frühzeitig mit ihren Rechten und Pflichten vertraut machen. Denn nur ein Aufsichtsratsmitglied, das seine Rechte und Pflichten kennt, kann das Mandat gewissenhaft und mit der nötigen Sorgfalt ausüben. ●

⁴ Spindler, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 52, Rn. 592.

⁵ Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 52 Rn. 29; Altmeppen, NJW 2003 S. 2561 (2566); Spindler, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 52, Rn. 592.

⁶ BGH-Urteil vom 29.1.1962 - II ZR 1/61, BGHZ 36 S. 296 (306) = DB 1962 S. 298.

⁷ Folglich gilt ein objektivierter Verschuldensmaßstab für alle Aufsichtsratsmitglieder. Nach der Rechtsprechung hat das Aufsichtsratsmitglied für die Sorgfalt einzustehen, die von einem durchschnittlichen Aufsichtsratsmitglied erwartet werden kann (BGH-Urteil vom 15.11.1982 - II ZR 27/82; AG 1983, 133).

⁸ BGH-Urteil vom 15.1.2013 - II ZR 90/11 ("Corealcreditbank"); AG 2013, 259; Hüffer, Aktiengesetz, § 93, Rn. 16 m.w.N.

⁹ BGH vom 6.11.2012, AG 2013, 90.

¹⁰ Weitere Hinweise und Fallbeispiele: Lutter/Krieger/Verse, 6. Aufl., Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, § 13, Rn. 999.

¹¹ Weitere Einzelheiten siehe Semler/v. Schenk, 4. Auflage, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, § 15.

¹² Siehe aktuelle Fassung des DCGK, Ziffer 3.8 Abs. 3: <http://www.dcgk.de/de/kodex/aktuelle-fassung/zusammenwirken-von-vorstand-und-aufsichtsrat.html>; siehe aktuelle Fassung des PCGK, Ziffer 4: http://www.fm.nrw.de/haushalt_und_finanzzplatz/Kodex/Corporate-Governance_Kodex.pdf

¹³ BVerwG-Urteil vom 31.8.2011 - 8 C 16.10; ZIP 2011, 2054.

¹⁴ Mit guten Argumenten gegen eine Weisungsgebundenheit s. Lutter, in: ZIP 2007, 1991.