

Teil II

Rechte und Pflichten kommunaler Aufsichtsräte im Land Hessen

Stand: Februar 2024

Inhaltsverzeichnis

1. Konkurrenz zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht	5
2. Vertretung der Kommunen in den Organen der Gesellschaft	8
3. Rechtsgrundlagen für die Arbeit von Aufsichtsräten	9
4. Der Aufsichtsrat einer AG	9
4.1. Mitgliedschaft im Aufsichtsrat	9
4.2. Kommunales Vorschlagsrecht für die Wahl oder Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat	11
4.3. Weisungsrecht der Kommune an ihre Vertreter im Aufsichtsrat	13
4.4. Berichtspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft	14
4.5. Beendigung der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat	15
4.6. Der Aufsichtsratsvorsitzende	16
4.7. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates als Organ	17
4.8. Rechte und Pflichten des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes	18
4.9. Sorgfaltspflicht	19
4.10. Kontroll- und Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates	20
4.11. Treuepflicht	23
4.12. Verschwiegenheitspflicht	24
4.13. Nichtöffentlichkeit des Aufsichtsrates	26
4.14. Haftung	27
4.15. Strafbarkeit	28
4.16. Entlastung	28
4.17. Steuerliche Folgen der Aufsichtsrats Tätigkeit	28
4.18. Informationsrechte der Öffentlichkeit gegenüber kommunalen Unternehmen	29
5. Der Aufsichtsrat in einer GmbH	31
5.1. Aufsichtsräte bei kommunalen GmbHs	31
5.2. Mitgliedschaft im Aufsichtsrat einer GmbH	32
5.3. Sorgfaltspflicht	35
5.4. Treuepflicht	37
5.5. Verschwiegenheitspflicht	38
5.6. Haftung	38

5.7. Strafbarkeit	39
6. Der Aufsichtsrat einer Genossenschaft, eines eingetragenen Vereins oder einer Stiftung	40
6.1. Der Aufsichtsrat in der Genossenschaft	40
6.2. Aufsichtsrat in einem eingetragenen Verein	42
6.3. Aufsichtsrat einer Stiftung	42
6.4. Verwaltungsrat Sparkassen.	43
7. Kleines Begriffs-ABC	50
7.1. Aktiengesellschaft (AG)	50
7.2. Auflösung der GmbH	50
7.3. Aufsichtsrat	51
7.4. Aufsichtsratsvergütung	51
7.5. Beherrschender Gesellschaftervertrag	51
7.6. Bilanz	52
7.7. Cashflow	52
7.8. Finanzrechnung	53
7.9. Gesellschafterversammlung	53
7.10. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	53
7.11. Gewerbesteuer bei einer GmbH	54
7.12. Gewinnabführungsvertrag	55
7.13. Gewinn- und Verlustrechnung	55
7.14. Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter	55
7.15. Jahresabschluss	56
7.16. Kapitalertragsteuer	56
7.17. Körperschaftsteuer	56
7.18. Kosten- und Leistungsrechnung	56
7.19. Liquidation der GmbH	56
7.20. Rechte und Pflichten der Gesellschafter	57
7.21. Umsatzsteuer	57
7.22. Verdeckte Gewinnausschüttung	57
7.23. Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen	58
8. Zum Autor	61

1. Konkurrenz zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht

Nachfolgend soll die Konkurrenz zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht lediglich bezüglich der Arbeit der Aufsichtsräte dargestellt werden.

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 Haushaltsgrundsätzegesetz/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).

Bei Kapitalgesellschaften kann die Kommune mögliche Kollisionen zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht durch eine **präzise Gestaltung der Gesellschaftssatzung (Gesellschaftsvertrag)** vermeiden.

Durch einen sogenannten **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:

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.

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.

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 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 beigelegt.

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 Gesellschaftsrecht 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. 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 Kommunen 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.

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:

- der Vorstand, der unabhängig und grundsätzlich weisungsfrei ist,
- der Aufsichtsrat, zu dessen Pflichten die Überwachung des Vorstands, die Bestellung der Vorstandsmitglieder und die Feststellung des Jahresabschlusses zählen, und
- die Hauptversammlung, der als oberstem Organ Grundlagenentscheidungen (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.

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 Gesellschaftsvertrag 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 Gesellschaftsvertrag 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 Aufsichtsratsmitglieds 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 einigen Kommunalverfassungen werden die gesetzlichen Bestimmungen für die Ausschussbesetzungen auch für die Besetzung sonstiger Gremien zur Anwendung gebracht. Abschließend ist aber nicht entschieden, ob unter „sonstigen Gremien“ auch Aufsichtsräte erfasst sind.

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.

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.

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 Abbe-

rufung ihrer Vertreter aus den Unternehmensgremien verlangen zu können, wenn diese ihren Weisungen zuwidergehandelt haben.

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, 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.

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 **Berichtspflichten 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 (gegebenenfalls unter Anwendung der kommunalen Verschwiegenheitsbestimmungen).

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 Insolvenzpra-

xis 90, S. 311ff.). Wann jedoch ein solch wichtiger Grund vorliegt, ist nicht abschließend geklärt.

Die Mitgliedschaft kommunaler Vertreter in Aufsichtsräten endet im Regelfall mit dem Ausscheiden aus dem hauptamtlichen oder ehrenamtlichen Dienst (Amt) der Kommune. Diese kommunalrechtliche Vorgabe wirkt gesellschaftsrechtlich jedoch 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 entbehrlich.)

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 Vorstandes 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 Aufsichtsrats 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.

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 abuberufen; 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. fehlende 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).

Im Gesellschaftervertrag kann die Übertragung des Stimmrechtes auf andere Aufsichtsratsmitglieder normiert werden.

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 Aufsichtsratsmitglied sich allein am Gesellschaftsinteresse zu orientieren, auch wenn das nebenamtliche Aufsichtsratsmitglied in seiner Haupttätigkeit andere Interessen verfolgen muss. Dabei auftretende Interessenswiderrsprüche 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. 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 geheim zu haltende 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 Gesellschaftsgeheimnisse 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.

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. Kämmerei, 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. § 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 Aufsichtsratsitzungen sind grundsätzlich nichtöffentlich (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 Einzel-

fall, 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, sodass 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.

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 22.000 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 Landespressesgesetz liege ein eigenständiger Behördenbegriff zugrunde, dem auch private Unternehmen unterliegen, die von kommunalen Aktionären 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 zu-

komme 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 GmbHs

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 überwa-

chenden Aufgaben immer für die Bildung eines Aufsichtsrates entscheiden. Dies bringt auch Klarheit nach außen. Als beratendes Gremium kann ein Beirat allerdings durchaus gebildet werden.

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 Gesellschaftervertrag 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 Amts wegen (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 Aufsichtsratssitzungen 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, NWVBl 97, S. 67ff.). Um auch hier Missverständnissen vorzubeu-

gen, 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, sodass 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. Der Aufsichtsrat 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 abzurufen 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 Gesellschaftsvertrages 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 Gesellschaftsvertrag 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 Überwa-

chungsfunktion 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 Rechtsauffassung, 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 Aufsichtsratssitzungen jederzeit einsehen kann, ergibt 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 hinsichtlich 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).

Entlastung

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

gaben, 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.

6.4. Verwaltungsrat Sparkassen

Die Regelungen zum Verwaltungsrat sind im Sparkassengesetz Hessen (SparkG HE) normiert.

6.4.1. Verwaltungsrat (§ 5 SparkG HE)

Der Verwaltungsrat ist das oberste Organ der Sparkasse. Das zweite Sparkassenorgan ist der Vorstand.

Er bestimmt insbesondere die Richtlinien der Geschäftspolitik der Sparkasse und beaufsichtigt die Geschäftsführung des Vorstandes.

Der Verwaltungsrat, vertreten durch seinen Vorsitzenden, vertritt die Sparkasse gegenüber den Vorstandsmitgliedern und den Stellvertretern mit Sitz und Stimme gerichtlich und außergerichtlich.

6.4.2. Zusammensetzung des Verwaltungsrates (§ 5a SparkG HE)

Der Verwaltungsrat besteht aus

1.
dem Vorsitzenden,
2.
fünf, sieben oder neun weiteren sachkundigen Mitgliedern, die der Vertretungskörperschaft, dem Verwaltungsorgan oder gesellschaftlich relevanten Gruppen angehören,
3.
entsprechend der jeweiligen Zahl der Verwaltungsratsmitglieder drei, vier oder fünf Dienstkräften der Sparkasse.

Bei Sparkassen mit 250 und mehr Beschäftigten besteht der Verwaltungsrat aus

1.
dem Vorsitzenden,

2.

neun weiteren sachkundigen Mitgliedern, die der Vertretungskörperschaft, dem Verwaltungsorgan oder gesellschaftlich relevanten Gruppen angehören,

3.

fünf Dienstkräften der Sparkasse.

Bei einer Vereinigung von Sparkassen kann die Aufsichtsbehörde auf Antrag für die Dauer von höchstens zehn Jahren eine erhöhte Zahl von Mitgliedern des Verwaltungsrates genehmigen.

6.4.3. Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und des Stiftungsvorstandes (§ 5b SparkG)

Die Mitglieder des Verwaltungsrates werden für die **Dauer der Wahlperiode nach den für den Träger geltenden Vorschriften von der Vertretungskörperschaft des Trägers gewählt.**

Von den gewählten Mitgliedern dürfen **nicht mehr als die Hälfte den Organen des Trägers, aber nicht mehr als ein Mitglied dem Verwaltungsorgan** angehören.

Für die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder durch die Vertretungskörperschaft gelten **die Grundsätze der Verhältniswahl nach Hare-Niemeyer.**

Die Mitglieder des Verwaltungsrates aus den Reihen der Beschäftigten werden von den wahlberechtigten Bediensteten der Sparkasse gewählt.

Die in der Sparkasse vertretenen Arbeitnehmerorganisationen können Bedienstete der Sparkasse vorschlagen. Das Nähere über die Wahl und Wählbarkeit der Bediensteten in den Verwaltungsrat regelt eine Rechtsverordnung.

Vor der Wahl der Verwaltungsratsmitglieder findet in der Vertretungskörperschaft des Trägers oder deren zuständigem Ausschuss eine Anhörung der zur Wahl stehenden Personen statt.

Die Mitglieder des Verwaltungsrates führen nach Ablauf ihrer Wahlzeit oder nach Auflösung der Vertretungskörperschaft des Trägers ihre Tätigkeit bis zum Zusammentritt des neu gewählten Verwaltungsrates weiter.

Für den Fall des Ausscheidens eines Mitgliedes des Verwaltungsrates vor Ablauf der Wahlperiode sieht die Satzung ein Nachrückverfahren und die Wahl von Ersatzmitgliedern vor, wenn andernfalls Sitze frei bleiben würden.

6.4.4. Wählbarkeit als Verwaltungsratsmitglied (§ 5c SparkG HE)

Als Mitglieder des Verwaltungsrates dürfen **nicht gewählt** werden

1.

Bedienstete des Trägers – ausgenommen Wahlbeamte, der Finanzverwaltung, der Deutschen Bundespost POSTBANK sowie kreditwirtschaftlicher Verbände;

2.

Personen, die Unternehmer, persönlich haftende Gesellschafter, Kommanditisten, Aufsichtsrats- oder Verwaltungsratsmitglieder, Leiter, Beamte oder Angestellte von Kreditinstituten und anderen Unternehmungen sind, die im Wettbewerb mit der Sparkasse Einlagen annehmen oder gewerbsmäßig Kreditgeschäfte betreiben oder vermitteln.

Der Verwaltungsrat kann Ausnahmen zulassen, wenn es sich um öffentlich-rechtliche oder um unter beherrschendem Einfluss der öffentlichen Hand stehende privatrechtliche Kreditinstitute handelt. Die Regelungen gelten hinsichtlich Versicherungen entsprechend,

3.

hauptamtliche Beamte, Angestellte und Arbeiter der Sparkasse; diese Beschränkung gilt nicht für Bedienstete der Sparkasse, die dem Verwaltungsrat als Vertreter*innen der Beschäftigten angehören;

4.

Personen,

a)

die wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens, das gegen fremdes Vermögen gerichtet ist, rechtskräftig verurteilt sind oder

b)

die in den letzten zehn Jahren als Schuldner an einem Insolvenzverfahren oder einem Verfahren zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach § 807 der Zivilprozessordnung oder nach § 284 der Abgabenordnung beteiligt waren oder noch sind;

5.

Personen, die untereinander, mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates oder mit einem Mitglied des Vorstandes bis zum dritten Grade verwandt, bis zum zweiten Grade verschwägert, verheiratet, durch eingetragene Lebenspartnerschaft oder durch Adoption verbunden sind.

Tritt ein Hinderungsgrund ein oder entfällt eine der Wählbarkeitsvoraussetzungen, so endet die Mitgliedschaft.

Tritt ein Hinderungsgrund im Zusammenhang mit verwandtschaftlichen Verhältnissen ein, so endet

1.

wenn einer der Beteiligten der Vorsitzende des Verwaltungsrates oder ein Mitglied des Vorstandes ist, die Mitgliedschaft des anderen Beteiligten,

2.

in den übrigen Fällen die Mitgliedschaft des an Lebensjahren jüngeren Beteiligten, wenn eine Einigung nicht zustande kommt.

6.4.5. Vorsitz im Verwaltungsrat (§ 5d Abs. 1, 2 SparkG HE)

Den Vorsitz im Verwaltungsrat führt der Vorsitzende der Verwaltung des Trägers.

Im Falle seiner Verhinderung kann er sich nach Maßgabe der Satzung vertreten lassen.

In kreisfreien Städten und in Gemeindeverbänden kann der Vorsitzende der Verwaltung des Trägers einen Beigeordneten oder ein dem Verwaltungsrat angehörendes Mitglied aus dem Kreis der Trägervertreter als Vorsitzenden bestellen.

Er bleibt auch in diesen Fällen berechtigt, selbst den Vorsitz zu übernehmen.

Sind mehrere Träger vorhanden, kann der Vorsitz im Verwaltungsrat wechseln.

Die Vorsitzenden der Verwaltungen der Träger, die nicht den Vorsitz innehaben, sind Verwaltungsratsmitglieder und stellvertretende Vorsitzende des Verwaltungsrates.

Die Zahl der vom Verwaltungsorgan zu wählenden Verwaltungsratsmitglieder mindert sich um die Zahl der Vorsitzenden der Verwaltungen der Träger, die nicht den Vorsitz innehaben.

Bei einer Zweckverbandssparkasse kann für nicht mehr als die Hälfte der zu wählenden sachkundigen Mitglieder für jedes Mitglied des Zweckverbandes, das nicht den Vorsitz im Verwaltungsorgan des Zweckverbandes innehat, der oder die Vorsitzende der Verwaltung des Zweckverbandes als weiteres Verwaltungsratsmitglied bestellt werden, wenn die Satzung der Sparkasse dies vorsieht.

Die Zahl der vom Verwaltungsorgan zu wählenden Verwaltungsratsmitglieder mindert sich entsprechend; der Vorsitz im Verwaltungsrat kann wechseln.

6.4.6. Rechte und Pflichten der Verwaltungsratsmitglieder

(§ 5d Abs. 3 bis 11 SparkG HE)

Die Mitglieder des Verwaltungsrates üben ihr Amt **ehrenamtlich** aus.

Die beamtenrechtlichen Vorschriften über die Haftung wegen Pflichtverletzung gelten mit der Maßgabe, dass die Verpflichtung zum Schadensersatz nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit gilt.

6.4.7. Aufwandsentschädigung für Verwaltungsratsmitglieder

(§ 5d Abs. 3 bis 11 SparkG HE)

Die Verwaltungsratsmitglieder erhalten eine **angemessene Aufwandsentschädigung**.

Die Höhe der Aufwandsentschädigung wird durch eine Richtlinie des Sparkassenverbandes geregelt und ist u. a. abhängig von der Bilanzsumme der jeweiligen Sparkasse. Über die Höhe der Aufwandsentschädigung entscheidet der Verwaltungsrat selbst. Eine Beteiligung der Trägerkommunen ist nicht vorgesehen.

Die Höhe der Aufwandsentschädigung kann Bestandteil des Fragerechts kommunaler Mandatsträger an den Gemeindevorstand oder Bürgermeister/Landrat sein.

Eine Veröffentlichungspflicht der Aufwandsentschädigungen regelt das Sparkassengesetz nicht.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass hier die allgemeinen Veröffentlichungsregeln nach Handelsgesetzbuch und HGO (Beteiligungsbericht) zur Anwendung kommen.

6.4.8. Fortbildungspflicht für Verwaltungsräte

(§ 5d Abs. 4 SparkG HE)

Die Verwaltungsratsmitglieder sollen sich **regelmäßig über aktuelle Entwicklungen im Kreditwesen fortbilden**.

Die Kosten für die Teilnahme an vom Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen anerkannten Fortbildungsveranstaltungen trägt die Sparkasse.

6.4.9. Anträge zur Tagesordnung der Verwaltungsratssitzungen

(§ 5d Abs. 5 SparkG HE)

Jedes Verwaltungsratsmitglied kann **Anträge zur Ergänzung der Tagesordnung** der Sitzungen des Verwaltungsrates und seiner Ausschüsse stellen.

6.4.10. Einberufung Verwaltungsrat (§ 5d Abs. 6 SparkG HE)

Auf Antrag von **mindestens einem Drittel der Verwaltungsratsmitglieder ist innerhalb von drei Wochen eine Sitzung des Verwaltungsrates einzuberufen.**

Auf Antrag von **mindestens einem Drittel der Ausschussmitglieder ist innerhalb von drei Wochen eine Sitzung des Ausschusses einzuberufen.**

6.4.11. Hinzuziehung Sachverständige (§ 5d Abs. 7 SparkG HE)

Auf Antrag von **mindestens einem Drittel der Verwaltungsratsmitglieder** sind zu einzelnen Sitzungen des Verwaltungsrates oder seiner Ausschüsse **externe Sachverständige** hinzuzuziehen.

6.4.12. Sorgfaltspflicht (§ 5d Abs. 8 SparkG HE)

Die Mitglieder des Verwaltungsrates haben ihre Tätigkeit uneigennützig und verantwortungsbewusst auszuüben und im **Interesse der Sparkasse mit der Sorgfalt eines ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedes** wahrzunehmen.

Die Mitglieder des Verwaltungsrates handeln nach **ihrer freien, nur durch die Rücksicht auf das öffentliche Wohl und die Aufgaben der Sparkasse bestimmten Überzeugung und sind an Weisungen nicht gebunden.**

6.4.13. Verschwiegenheitspflicht (§ 5d Abs. 9ff SparkG HE)

Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind zur **Amtsverschwiegenheit** über den Geschäftsverkehr der Sparkasse und die sonstigen vertraulichen Angelegenheiten verpflichtet.

Sie dürfen die bei ihrer Tätigkeit erworbene Kenntnis vertraulicher Angelegenheiten nicht unbefugt verwerten.

Diese Verpflichtungen bleiben auch nach dem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat bestehen.

Die Mitglieder des Verwaltungsrates dürfen auch nach ihrem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat ohne vorherige Genehmigung über Angelegenheiten der Sparkasse weder vor Gericht noch außergerichtlich aussagen oder Erklärungen abgeben. Die Genehmigung erteilt der Verwaltungsrat, in Eilfällen dessen Vorsitzender.

Die Genehmigung darf für eine gerichtliche Vernehmung nur versagt werden, wenn es das Wohl des Landes, des Bundes oder die Interessen der Allgemeinheit erfordern.

Auf Antrag des Verwaltungsrates kann ein Mitglied, das in grober Weise gegen seine Pflichten verstoßen hat, nach Anhörung des Trägers oder der Träger der Sparkasse durch die Aufsichtsbehörde aus dem Verwaltungsrat **vorzeitig ausgeschlossen** werden.

Rechtsbehelfe haben keine aufschiebende Wirkung.

6.4.14. Kreditausschuss und Bilanzausschuss (§ 6 SparkG HE)

Der Verwaltungsrat bildet aus **seiner Mitte einen Kreditausschuss**.

Der Kreditausschuss besteht aus dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates und zwei vom Verwaltungsrat für die Dauer seiner Amtszeit bestimmten Mitgliedern.

In begründeten Fällen kann die Zahl der Kreditausschussmitglieder um bis zu zwei erhöht werden. Für die Mitglieder sind Stellvertreter zu bestellen.

Vorsitzender des Kreditausschusses ist der Vorsitzende des Verwaltungsrates. Dem Kreditausschuss obliegt die Zustimmung zur Gewährung von Krediten nach Maßgabe der Satzung.

Der Verwaltungsrat kann dem Kreditausschuss die Zustimmung zu Organkrediten nach § 15 des Gesetzes über das Kreditwesen übertragen.

Zur Vorbereitung der Beschlussfassung über die Feststellung des Jahresabschlusses, die Billigung des Lageberichts, die Verteilung des Überschusses und die Entlastung des Vorstandes bildet der Verwaltungsrat **aus seiner Mitte einen Bilanzausschuss**.

Die Regelungen für den Kreditausschuss gelten analog für den Bilanzausschuss.

7. Kleines Begriffs-ABC

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

7.1. 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).

7.2. 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 Ge-

schäftsführer. Wird das Insolvenzverfahren mangels Masse abgewiesen, so sind die Geschäftsführer die Liquidatoren, wenn nichts anderes bestimmt ist.

7.3. 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).

7.4. 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 selbständiger Tätigkeit voll einkommensteuerpflichtig. Aufwendungen im Zusammenhang mit der Aufsichtsrats Tätigkeit sind dabei abzugsfähig, soweit nicht zur pauschalierten Abgeltung ein zusätzliches Sitzungsgeld gezahlt wird.

7.5. 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 ge-

setzlich 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 Unternehmens 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.

7.6. 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.

7.7. 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 an Fremdkapital ermittelt werden.

7.8. 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.

7.9. 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.

7.10. 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 Perso-

nen 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).

7.11. Gewerbesteuer 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 Einnahmehasis zu stabilisieren. Der sogenannte Belastungshebesatz (ab dem Hebesatz wird das Unternehmen im

Vergleich zu den Regelungen vor der Unternehmenssteuerreform mehr belastet) liegt bei der GmbH bei 859 von Hundert.

7.12. 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.

7.13. Gewinn- und Verlustrechnung

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

7.14. 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.

7.15. 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.

7.16. Kapitalertragsteuer

Schüttet die GmbH Gewinn an ihre Gesellschafter aus (Dividende), muss sie davon Kapitalertragssteuer einbehalten (derzeitiger Steuersatz: 25 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.

7.17. Körperschaftssteuer

Eine GmbH unterliegt mit ihrem Einkommen der Körperschaftssteuer, unabhängig von der Gewinnverwendung. Der Steuersatz beträgt derzeit 15 Prozent (ohne Progression).

7.18. Kosten- und Leistungsrechnung

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

7.19. 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).

7.20. 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.

7.21. Umsatzsteuer

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

7.22. 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.

7.23. 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 voraussichtlichen 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.

8. 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, Aberkennung 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,

ab 2019 Leiter des Instituts für kommunale Bildung und Beratung (IKBB)

1994 bis heute Mitglied des Kreistages Ilm-Kreis,

seit März 2023 Vorsitzender der Fraktion „linkegrünespd“,

1995 bis 2010 Geschäftsführer des Kommunalpolitischen Forums

Thüringen e. V., 2014 Vorsitzender des Vereins (Amtsenthebung durch Thüringer Innenministerium), seit 2015 Vorstandsmitglied,

1995 bis heute Mitglied der Thüringer Bürgerallianz für sozial-gerechte

Kommunalabgaben, 1998 bis 2019 Schatzmeister, seit 2020 Vorsitzender,

2004 bis 2019 Stadtrat Stadt Arnstadt, 2011 bis 2019 Vorsitzender der

Fraktion DIE LINKE, seit 2019 sachkundiger Bürger im Finanzausschuss,

2004 bis 2019 Mitglied des Thüringer Landtages, kommunalpolitischer

Sprecher DIE LINKE

2004 bis heute Aufsichtsratsmitglied der Städtischen Wohnungsbaugesellschaft Arnstadt mbH

2007 bis 2020 (Auflösung durch Beschluss Versammlung) Mitglied

Verbraucherbeirat des Wasser- und Abwasserzweckverbandes Arnstadt und Umgebung

2011 bis heute Geschäftsführender Gesellschafter und Verlagsleiter des
Thüringer Kommunalverlags/THK-Verlag Arnstadt
2020 bis heute Landesbeauftragter Thüringen des Verbandes deutscher
Grundstücksnutzer (VDGN)

Anschrift: Frank Kuschel, Am Dornheimer Berg 27, 99310 Arnstadt,
Telefon: 0170/47 06 198, Mail: frankkuschel@gmx.de,
Internet: www.frankkuschel.de
Büroadresse: THK-Verlag/IKBB, An der Weiße 18, 99310 Arnstadt

Stand: Februar 2024

Frank Kuschel

Impressum

THK-Verlag UG
An der Weiße 18, 99310 Arnstadt
www.thk-verlag.de
info@thk-verlag.de

Herausgegeben von KommuneLinks –
Kommunalpolitisches Forum Hessen e.V.
Allerheiligentor 2–4, 60311 Frankfurt/M

www.kommunelinks.de
Mail: vorstand@kommunelinks.de

Druck und Herstellung: WIRmachenDRUCK GmbH, Backnang