

**Qualifikation, Rechte und Pflichten
der Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen**

Leitfaden

für Mitglieder in kommunalen Vertretungen,
Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen

sowie

Mitarbeiter in den Beteiligungsverwaltungen der Kommunen

INHALTSVERZEICHNIS

I. EINLEITUNG	1
II. DIE AUSWAHL DER AUFSICHTSRATSMITGLIEDER	2
III. QUALIFIKATION DES AUFSICHTSRATSMITGLIEDS	3
1. Erforderliche Kenntnisse	3
2. Ausreichend verfügbare Zeit	4
3. Gewissenhafte Aufgabenwahrnehmung	4
4. Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit	4
IV. RECHTE UND PFLICHTEN VON AUFSICHTSRATSMITGLIEDERN	5
1. Allgemeines	5
2. Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder	7
a) Verschwiegenheitspflicht/Pflicht zur Wahrung des Unternehmensinteresses	7
b) Pflicht zur höchstpersönlichen Amtsführung	9
c) Mitwirkungspflichten	9
3. Rechte der Aufsichtsratsmitglieder	10
a) Mitwirkungsrechte	10
b) Recht auf Vergütung und Aufwendungsersatz	11
V. HAFTUNG DER AUFSICHTSRATSMITGLIEDER	11

I. Einleitung

Die Tätigkeit von Aufsichtsräten wird im Falle auftretender Probleme oder Fehlentwicklungen immer wieder kritisch beobachtet und kommentiert. Dies betrifft auch kommunale Unternehmen. Unternehmenskrisen haben die Diskussion über die Überwachung und Kontrolle im Unternehmensbereich neu entfacht. Der Gesetzgeber hat durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.04.1998 (BGBl. I S. 786 ff.) mit neuen Regeln die Überwachungskompetenzen der Aufsichtsräte gestärkt¹ und insoweit das Bewußtsein für den Aufsichtsrat als Kontrollinstanz geschärft. Am bedeutsamsten ist die direkte Anbindung des Abschlußprüfers an den Aufsichtsrat, die den Pflichtenkreis des Aufsichtsrats im Hinblick auf die Finanzdaten erweitert, § 171 Abs. 1 Satz 2 Aktiengesetz (AktG), § 318 Abs. 7 Satz 5 Handelsgesetzbuch (HGB)². Das KonTraG hat sich zum Ziel gesetzt, „Verbesserungen im Rahmen der Arbeit des Aufsichtsrats“ und „Verbesserungen der Qualität der Abschlußprüfung und der Zusammenarbeit von Abschlußprüfer und Aufsichtsrat ...“ (BR-Drs. 872/97 S. 1, 25) zu erreichen. Durch die Neuregelungen des KonTraG wird dem Aufsichtsrat eine Chance gegeben, die Qualität seiner Überwachungstätigkeit - und damit auch sein Ansehen in der Öffentlichkeit - erheblich zu verbessern.³

Zur ordnungsgemäßen Durchführung von **Abschlußprüfungen** liegen mehrere Standards vor (zu nennen sind insbesondere die Prüfungsstandards und fachlichen Verlautbarungen des Instituts der Wirtschaftsprüfer - IDW), denen jedenfalls faktisch eine berufsrechtliche Bindungswirkung zukommen dürfte. Für die **Tätigkeit der Aufsichtsräte** gibt es keine derartigen Standards. Die in der Literatur erhobene Forderung nach Entwicklung von Grundsätzen ordnungsgemäßer AR-Tätigkeit ist insbesondere durch die „Corporate Governance“ - Grundsätze der „Organization for Economic and Development (OECD)“ nunmehr jedoch Rechnung getragen worden⁴ - sie enthalten unverbindliche Empfehlungen u.a. zu den Pflichten der Aufsichtsräte.

Ogleich die gesetzlichen Regelungen als ausreichend angesehen werden, resultieren Überwachungsmängel aus der tatsächlichen Handhabung der vorhandenen Regelungen. Ein Hauptgrund hierfür dürften oftmals nur unzureichende persönliche Vorkenntnisse der eingesetzten Aufsichtsräte sein.⁵

Das Amt des Aufsichtsratsmitglieds ist nach gängigem Vorverständnis ein typisches „Nebenamt“; diese Bezeichnung darf allerdings nicht zu dem Mißverständnis führen, es handele sich um eine nebensächliche Aufgabe. Die nachfolgenden Ausführungen sollen einen (groben) Überblick darüber verschaffen, welche Kriterien für die **Auswahl** und die **Qualifikation** der Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen maßgeblich sein sollten und welche **Rechte** und **Pflichten** das einzelne Aufsichts-

¹ vgl. Potthoff, Der Betrieb (DB) 2000 Nr. 4 S. I, Gastkommentar

² Thümmel, DB 1999 S. 1891 (1892)

³ vgl. Ludewig, DB 2000 S. 634 (636)

⁴ s. hierzu z.B. Grundsatzkommission Corporate Governance, DB 2000 S. 238 ff. sowie auch Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance, DB 2000 S. 1573 ff. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die von der Bundesregierung eingesetzten Regierungskommissionen „Corporate Governance“ (Internetadressen: <http://www.bundesregierung.de>, www.corporate-governance-code.de).

⁵ hierzu bspw. Scheffler, DB 2000 S. 433

ratsmitglied zu beachten hat; daneben wird kurz auf haftungsrechtliche Aspekte eingegangen. Die in den Fußnoten angegebene Literatur sowie die dort genannten Literaturhinweise ermöglichen es, sich tiefergehend mit der Thematik zu befassen.

II. Die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder

In der Praxis werden die zu bestellenden Vertreter in den Aufsichtsräten häufig vorrangig nach politischen Proporzgesichtspunkten ausgewählt. Die dahinterstehende Idee der kommunalpolitischen Kontrolle über das privatrechtliche Unternehmen ist nachvollziehbar. Gleichwohl erfordert die Notwendigkeit, evtl. unternehmerische Risiken zum Zwecke der Gegensteuerung rechtzeitig erkennen und beurteilen zu können, ebenso nachvollziehbar eine zunehmend **professionelle Unternehmensaufsicht**.⁶ Bei der Vergabe von Aufsichtsratsmandaten sollten sich die zuständigen Gremien daher von folgenden Fragestellungen leiten lassen:

- Bringen die vorgesehenen Personen die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen mit?
- Ist eine ausreichende zeitliche Verfügbarkeit gewährleistet, so daß die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied sorgfältig und gewissenhaft ausgeübt werden kann?
- Besteht die Gewähr dafür, daß die vorgesehenen Personen oder die ihnen nahestehenden Personen oder Unternehmen keine eigenen Interessen verfolgen, die im Widerspruch zu den Interessen der Gesellschaft stehen?
- Können durch die Aufsichtsratsbesetzung evtl. bestehende Lücken bei den unternehmerischen Erfahrungen und Fertigkeiten oder im Bereich wünschenswerter Fachkenntnisse geschlossen werden?

Um Kollisions- und Überlastungsprobleme möglichst zu vermeiden und im Hinblick auf mögliche Bestellungshindernisse gem. § 100 AktG, sollten die zur Wahl stehenden Kandidaten vom Wahlgremium verpflichtet werden, mitzuteilen, welche selbständigen und unselbständigen Tätigkeiten sie in anderen Unternehmen ausüben.⁷

Soweit § 71 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. Abs. 2 KV M-V für die Bestellung der Vertreter grundsätzlich die Verhältniswahl vorschreibt, bedeutet dies nicht, daß allein die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Partei, Wähler- oder Zählgemeinschaft bei der Wahl in den Aufsichtsrat den Ausschlag geben darf oder muß. Unter Berücksichtigung der o.g. Fragestellungen und im Hinblick auf die Tatsache, daß das Kommunalverfassungsrecht als Landesrecht die gesellschaftsrechtlichen (bundesrechtlichen) Anforderungen an persönliche Eigenschaften oder Kenntnisse von Aufsichtsratsmitgliedern weder abändern noch ergänzen kann, kommen vielmehr auch sachkundige Bürger oder Mitarbeiter der Verwaltung in Betracht.⁸

Vor dem Hintergrund zunehmender Deregulierung im europäischen Markt gewinnt die

⁶ hierzu Thümmel, a.a.O. (Fn. 2), S. 1893

⁷ vgl. Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, 4. Auflage 1999, S. 118/282

⁸ hierzu Darsow in: Schweriner Kommentierung, § 71 Rz 3 sowie § 75 Rz 1, ebenso Schröder, KVR M-V Nr. 5 zu § 71

fachliche Qualifikation der kommunalen Aufsichtsratsmitglieder noch an Bedeutung. Kommunale Monopole wurden oder werden teilweise abgeschafft, die Kommunen sehen sich mit veränderten Wettbewerbssituationen sowie neuen Ordnungsrahmen konfrontiert. Von daher würde es sich anbieten, zunehmend auch unabhängige Fachleute in die Aufsichtsräte zu berufen.

III. Qualifikation des Aufsichtsratsmitglieds

Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung haben die sich aus dem Aktiengesetz ergebenden allgemeinen Anforderungen in den vergangenen Jahren präzisiert und auch verschärft. Vor der Annahme des Mandats sollte daher jedes potentielle Aufsichtsratsmitglied prüfen, ob es folgenden Anforderungen entsprechen kann:⁹

1. Erforderliche Kenntnisse

Die ordentliche und gewissenhafte Wahrnehmung des Amtes setzt gewisse **Mindestkenntnisse** voraus, um persönlich und eigenverantwortlich das Amt ausüben zu können. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) sind dies „Mindestkenntnisse allgemeiner, wirtschaftlicher, organisatorischer und rechtlicher Art, die erforderlich sind, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können“ (amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH - BGHZ 85, S. 293, 295).

Hierzu gehören nach herrschender Meinung in der Fachliteratur insbesondere:

- die Kenntnisse der gesetzlichen und satzungsmäßigen Aufgaben des Aufsichtsrats;
- die Kenntnisse der Rechte und Pflichten als Aufsichtsratsmitglied;
- die Kenntnisse, um die dem Aufsichtsrat vorliegenden Berichte verstehen, bewerten und daraus Schlußfolgerungen ziehen zu können;
- die Kenntnisse für die Prüfung des Jahresabschlusses mit Hilfe des Abschlußprüfers;
- die Kenntnisse zur Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit von Führungsentscheidungen;
- nach Möglichkeit eigene unternehmerische Erfahrungen.

Allein schon aus haftungsrechtlichen Gründen sollte jedes Aufsichtsratsmitglied bereits bei Amtsantritt diese Mindestkenntnisse besitzen. Sie sind zu trennen von den **Fachkenntnissen**, zu denen alle über den Rahmen der Mindestkenntnisse hinausgehenden Kenntnisse für die Beurteilung komplizierter und besonderer Unternehmensprobleme (z.B. Krisen) oder Geschäftsvorfälle gehören (z.B. für spezielle steuerliche, bilanzielle oder technische Fachprobleme). Die Aneignung von speziellen Fachkenntnissen liegt im Interesse des Unternehmens; entsprechende Fortbildungskosten der AR-Mitglieder sollten daher von den Unternehmen übernommen werden.

⁹ Im wesentlichen in Anlehnung an Potthoff/Trescher, a.a.O. (Fn. 7), S. 108 ff.

Jedes Aufsichtsratsmitglied sollte insbesondere die kritischen Erfolgs- und Risikofaktoren des Unternehmens erkennen und in ihren wesentlichen Zusammenhängen und Veränderungen zutreffend beurteilen können. Nur dann wird es in der Lage sein, Entwicklung und Erfolg der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, den Einfluß des relevanten Unternehmensumfeldes und die Risiken seiner künftigen Entwicklung einschätzen zu können. Zu Beginn seiner Amtszeit muß sich jedes AR-Mitglied daher mit den gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen, der Branchensituation und -entwicklung, der Organisation und Führungsstruktur des Unternehmens, seiner Geschäftsaktivitäten und deren Risikostruktur sowie mit der finanziellen Lage und Leistungskraft vertraut machen.¹⁰

Erste grundlegende Informationen über „sein Unternehmen“ sollte das AR-Mitglied bereits dem gemäß § 73 Abs. 3 KV M-V vorgeschriebenen Beteiligungsbericht entnehmen können. Die mit der Verwaltung der Beteiligungen einer Gebietskörperschaft betrauten Personen sind im übrigen gehalten, die Vertreter in den Aufsichtsräten in fachlicher Hinsicht zu unterstützen und zu beraten.

2. Ausreichend verfügbare Zeit

Eine ordentliche und gewissenhafte Überwachung bedingt, daß das AR-Mitglied über die zur Amtsausführung erforderliche Zeit verfügt, um mit der gebotenen Sorgfalt und dem notwendigen Engagement den AR-Pflichten nachkommen zu können. Ist diese Zeit nicht verfügbar, ist von der Übernahme des Mandats abzuraten; ergibt sich eine der Amtsausübung schädliche Überlastung später, dann muß das AR-Mitglied den Rücktritt erwägen.

3. Gewissenhafte Aufgabenwahrnehmung

Das AR-Mitglied muß alles Mögliche und Zumutbare tun, damit der AR seine Aufgaben in bestmöglicher Weise erfüllt. Es reicht deshalb nicht aus, sich einfach auf die Rolle eines interessierten Beobachters zu beschränken; erforderlich ist es vielmehr, durch eigene Initiativen und Sachbeiträge die Arbeit des AR zu fördern (Näheres s. unter IV, 2c).

4. Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit

Der **Vertreter** der Gemeinde in der privatrechtlichen Gesellschaft wird **innerhalb zweier Rechtsverhältnisse** tätig. Neben den Statuten des Gesellschaftsrechts (z.B. GmbH-Gesetz, Aktiengesetz) hat er verschiedene öffentlich-rechtliche Bestimmungen zu beachten (z.B. Landesbeamtengesetz, Kommunalverfassung). Entscheidend ist letztlich, in welcher Eigenschaft die betreffende Person tätig wird.

Die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied wird durch gesellschaftsrechtliche Vorgaben geprägt. Hierzu gehören die Grundsätze der Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit, die auch gegenüber dem kommunalen Anteilseigner gelten. In einer Grundsatzentscheidung hat der BGH die Lehre vom „Vorrang des Gesellschaftsrechts“ entwickelt. Wörtlich führt der BGH aus: „Entsante Aufsichtsratsmitglieder haben dieselben Pflichten wie die gewählten Aufsichtsratsmitglieder. Als Angehöriger eines Gesellschaftsorgans haben sie den Belangen der Gesellschaft den Vor-

¹⁰ s. Scheffler, a.a.O. (Fn. 5), S. 434

zug vor denen des Entsendungsberechtigten zu geben und die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ohne an Weisungen des Entsendungsberechtigten gebunden zu sein.“ (BGHZ 36, 296, 306)

Auch außerhalb der Gesellschaft stehende Dritte müssen auf die Kontrolle seitens des Überwachungsorgans vertrauen können. In einem Beitrag „Die kommunale GmbH - Gesellschaftsrechtliche Grenzen und politische Instrumentalisierung“ führt Keßler¹¹ zutreffend aus, daß es den Geboten einer funktionalen Unternehmenspublizität widerspräche, durch die Einrichtung eines „Aufsichtsrats“ den Anschein ausreichender Risikovorsorge bei der Überwachung der Leitungstätigkeit zu erwecken und andererseits die Mitglieder des Überwachungsorgans in Abhängigkeit von fremden Gesetzen der zentralen Funktionsbedingung ihrer Tätigkeit zu berauben.

Die Vorgaben des Gesellschaftsrechts begrenzen mithin die Verpflichtung von Aufsichtsratsmitgliedern, Weisungen und Richtlinien der Gemeindevertretung zu befolgen. § 71 Abs. 2 KV M-V trägt dem durch die Formulierung „soweit nicht gesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrechts entgegenstehen“ Rechnung. Das bedeutet, daß Weisungen des öffentlichen Anteilseigners kommunalrechtlich zwar zulässig, aber gesellschaftsrechtlich unverbindlich sind. Eine Weisung entfaltet lediglich im Verhältnis zur entsendenden Gebietskörperschaft Bindungswirkung.¹² Verstöße gegen Weisungen entfalten keine Rechtswirkungen nach außen, sie führen nicht zur Ungültigkeit der Stimmabgabe im Aufsichtsrat. Werden Weisungen nicht befolgt, können gem. § 172 Abs. 1 KV M-V Ordnungsgelder verhängt oder die betreffende Person abberufen werden (§ 32 Abs. 3 KV M-V).¹³

Ergehen Weisungen, deren Inhalte für das Unternehmen nachteilig sind und werden sie befolgt, so schuldet die Gebietskörperschaft u.U. Schadensersatz (s. §§ 117, 311, 317 f. AktG, § 71 Abs. 3 Satz 2 KV M-V).

Die für das Amt eines Aufsichtsratsmitglieds erforderliche Unabhängigkeit kann nicht nur durch Weisungen und Verträge, sondern auch durch eine Fülle anderer Faktoren beeinträchtigt werden, die gesetzlich schwer zu fassen sind, z.B. durch familiäre oder andere persönliche Bindungen oder Rücksichtnahmen. Gesetzlich sind nur einzelne Aspekte dieser Problematik geregelt (s. z.B. §§ 105 Abs. 1, 114, 115 AktG). Im übrigen verläßt der Gesetzgeber sich darauf, daß die Bestellungs-gremien die richtigen Personen auswählen und diese für Verletzungen der Treuepflicht ggf. haften.¹⁴

IV. Rechte und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern

1. Allgemeines

Das einzelne Aufsichtsratsmitglied hat ebenso wie der Aufsichtsrat selbst zahlreiche Pflichten und Rechte zu beachten. Im **Mittelpunkt** aufsichtsratlicher Pflichten steht die **Überwachung der Geschäftsführung (§ 111 Abs. 1 AktG)**. Dies gilt nicht nur für den Aufsichtsrat der AG, sondern auch der GmbH, unabhängig davon,

¹¹ GmbHR 2000 S. 71 (77)

¹² Näheres hierzu s. z.B. Darsow in: Schweriner Kommentierung, § 71 Rz 8 bzw. Schröder, KVR M-V Nr. 6 zu §71

¹³ Näheres hierzu s. z.B. Matzick in: Schweriner Kommentierung, § 172 Rz 17 bzw. Gentner, ebenda, § 32 Rz 18

¹⁴ vgl. Potthoff/Trescher, a.a.O. (Fn. 7), S. 111

ob es sich um ein fakultatives oder obligatorisches Organ handelt; anderes kann nach § 52 Abs. 1 GmbHG zwar im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, ein Aufsichtsrat ohne Kontrollfunktion ist allerdings kaum vorstellbar.¹⁵

Zielgruppe der Überwachung ist das geschäftsführende Organ; dies ist bei der AG der Vorstand, bei der GmbH die Geschäftsführung. Kontrolliert wird die Funktion dieses Organs. **Gegenstand** der Überwachung ist die Geschäftsführung (§ 111 Abs. 1 AktG). Sie umfaßt die der Geschäftsführung obliegende Leitungstätigkeit, die Wahrnehmung der organschaftlichen Treuepflichten, die Beachtung spezieller gesetzlicher Geschäftsführungsaufgaben sowie die Wahrung der Sorgfaltspflichten; schließlich ist Gegenstand der Überwachung auch die Frage, ob die Organmitglieder die für ihr Amt erforderliche Eignung besitzen.¹⁶

Bei der Überwachungsaufgabe ist zu unterscheiden zwischen **rückschauender** und **in die Zukunft gerichteter (präventiver)** Kontrolle. Bei ersterer geht es um die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit von abgeschlossenen Geschäftsführungsmaßnahmen, während bei der präventiven Überwachung der Aufsichtsrat unternehmerisch tätig wird und an laufenden oder geplanten Maßnahmen (z.B. Erschließung neuer Geschäftsfelder, Umstrukturierung, Akquisitionen) mitwirkt. Wesentlicher Bestandteil der Kontrollaufgabe ist die Beschaffung von Informationen über das Geschehen im Unternehmen.

Die Aufsichtsräte müssen die zur Verfügung stehenden Instrumentarien im Sinne der vorstehend beschriebenen vergangenheits- und zukunftsbezogenen Überwachungsaufgabe nutzen. Mit den sich insbesondere aus den **§§ 90, 111, 170 ff. AktG ergebenden Rechten** ist umgekehrt die Pflicht verbunden, von diesen Optionen zum Zwecke einer möglichst effektiven Kontrolle auch verantwortlichen Gebrauch zu machen.¹⁷

Rechte und Pflichten der **AR-Mitglieder** sollen dazu dienen, ein optimales Organhandeln zu bewirken. Das Prinzip der **Gesamtverantwortung** fordert deshalb von jedem AR-Mitglied, sich für die Arbeit des Aufsichtsrats und deren Ergebnisse vorausschauend verantwortlich zu fühlen. Die **Einzelverantwortlichkeit** des AR-Mitglieds ergibt sich im Ansatz aus den §§ 116, 93 AktG (gilt gem. § 52 GmbHG grundsätzlich auch für die GmbH). Die hier geregelten Verweisungen besagen, daß die Sorgfaltungsregeln für den Vorstand auf die AR-Mitglieder sinngemäß anzuwenden sind. Unter der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers wird allgemein verstanden, „die Sorgfalt, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter anwenden würde, wenn er sein Geschäft einem Dritten zur selbständigen Leitung überlassen, sich aber wegen seines in dem Geschäft steckenden Kapitals die Überwachung der Geschäftsführung und die Prüfung des Jahresabschlusses vorbehalten hat“ (allgem. Meinung, Geßler, 1974, Rn 8 zu § 116 AktG).¹⁸

In Abhängigkeit von der Unternehmensform (z.B. AG, GmbH mit obligatorischem bzw. fakultativem Aufsichtsrat) können die sich insbesondere aus dem AktG ergebenden Rechte und Pflichten unterschiedlich gestaltet sein. Zum Teil bestehen die-

¹⁵ Thümmel, a.a.O. (Fn. 2), S. 1892

¹⁶ zum Überwachungsauftrag des Aufsichtsrats s. z.B. Potthoff/Trescher, a.a.O. (Fn. 7), S. 61 ff.

¹⁷ vgl. Thümmel, a.a.O. (Fn. 2), S. 1892

¹⁸ s. Potthoff/Trescher, a.a.O. (Fn. 7), S. 107

se nur, soweit sie

- aufgrund der Unternehmensform überhaupt anzuwenden sind (s. z.B. § 52 Abs. 1 GmbHG, § 77 BetrVG 52),
- im Gesellschaftsvertrag nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden (z.B. auf Basis von § 52 Abs. 1 GmbHG) oder
- in der Geschäftsordnung oder Satzung (Gesellschaftsvertrag) ausdrücklich benannt sind.

Zu beachten ist allerdings darüber hinaus, daß aufgrund „herrschender Meinung“ bzw. Rechtsprechung eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften z.B. für eine GmbH zulässig sein kann, auch ohne daß diese in den Verweisungsnormen (z.B. § 52 Abs. 1 GmbHG, § 77 BetrVG 52) bzw. der Geschäftsordnung oder Satzung explizit erwähnt werden müßten (s. hierzu z.B. unter IV, 2a).

2. Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder

Die **Pflichten** des Aufsichtsratsmitglieds lassen sich allgemein wie folgt umreißen:¹⁹

a) Verschwiegenheitspflicht/Pflicht zur Wahrung des Unternehmensinteresses²⁰

Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind grundsätzlich verpflichtet, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft (namentlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse) Stillschweigen zu wahren, soweit sie ihnen durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekanntgeworden sind (§§ 116, 93 Abs. 1 AktG). Kriterium für die Geheimhaltungsbedürftigkeit ist das Unternehmensinteresse (BGHZ 64, 325, 330 f.), welches verlangt, daß Geheimnisse und vertrauliche Angaben nicht in unbefugte Hände gelangen. Die Überwachungsaufgabe ist nur dann wirkungsvoll wahrzunehmen, wenn über die Probleme und Planungen des Unternehmens im Aufsichtsrat offen und ehrlich berichtet und diskutiert wird. Die AR-Mitglieder müssen sich darauf verlassen können, daß geheime und vertrauliche Informationen nicht an Dritte weitergegeben werden.

Die Forderung, daß sich jedes AR-Mitglied, gleichgültig, von wem es gewählt oder entsandt wurde, bei der Ausübung seines Amtes ausschließlich vom Interesse des Unternehmens leiten zu lassen hat, kann bei Vertretern der Gemeinde, die gem. § 71 Abs. 4 KV M-V Berichtspflichten gegenüber der Gemeindevertretung haben, zu Konflikten führen. Der Gesetzgeber hat in Kauf genommen, daß solche Interessenkonflikte bestehen. Das AR-Mitglied muß aber in solchen Konfliktsituationen bei der Ausübung seines Amtes seiner Treuepflicht folgen; es muß allein den Vorteil des Unternehmens wahren und Schaden von ihm abwehren. Als **Zwischenergebnis** ist mithin festzuhalten, daß das AR-Mitglied aufgrund seiner Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft eine Schweigeverpflichtung hat, **soweit ein objektives** Geheimhaltungsinteresse besteht.

¹⁹ Im wesentlichen in Anlehnung an Potthoff/Trescher, a.a.O. (Fn. 7), S. 111 ff.

²⁰ Vertiefende Literatur zur Thematik:

- Säcker, NJW 1986, S. 803 ff.
- Schmidt-Aßmann/Ulmer, Betriebs-Berater, Beilage 13 zu Heft 27/1988
- Hüffer, AktG, 4. Auflage (1999), § 394 Rn 42 f. mit weiteren Nachweisen

Im **Aktiengesetz** ist für AR-Mitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, eine **Ausnahme** von der nach § 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG bestehenden Verschwiegenheitspflicht geregelt worden. Nach § 394 AktG sind diese AR-Mitglieder zur Weitergabe geheimer Informationen befugt, **soweit dies** zur Erfüllung ihrer Berichtspflicht notwendig ist. Aus § 395 AktG ist abzuleiten, daß ein Aufsichtsratsmitglied, wenn es vertrauliche Angaben weitergibt, sicherzustellen hat, daß der Kreis der Eingeweihten nicht unverhältnismäßig erweitert wird. Generell gilt für alle Fälle der zulässigen Weitergabe vertraulicher Angaben, daß sie nur in der für das Unternehmen schonendsten Form erfolgen und nicht weitergehen darf, als es das Unternehmensinteresse erfordert. Beide Vorschriften (§ 394 Satz 1, § 395 Abs. 1 AktG) stehen insoweit in einer unmittelbaren Wechselbeziehung. Eine direkte Berichterstattung vor der Gemeindevertretung in öffentlicher Sitzung oder eine Zuleitung der Berichte an diese kann daher nicht nur nicht geboten, sondern mit der in § 395 AktG geforderten wirksamen körperschaftsinternen Geheimhaltung nicht vereinbar sein. Vor diesem Hintergrund scheint es ratsam, daß das AR-Mitglied im Zweifel Berichte in nichtöffentlicher Sitzung vorträgt bzw. sich vor einer Berichterstattung zunächst an den Bürgermeister als gesetzlichem Vertreter der Gemeinde bzw. an die von ihm mit der Beteiligungsverwaltung beauftragten Personen wendet.

Im Ergebnis ist also festzustellen, daß die AR-Mitglieder im Rahmen ihrer gesetzlichen Berichtspflicht nach § 71 Abs. 4 KV M-V und unter Beachtung der o.g. Bestimmungen des Aktiengesetzes von ihrer Verschwiegenheitspflicht befreit sind.²¹

Die Frage, ob die Regelungen in den §§ 394, 395 AktG auch für Aufsichtsratsmitglieder einer **GmbH** gelten, ist wie folgt zu beantworten: Für die obligatorischen Aufsichtsräte gelten die §§ 93, 116 AktG entsprechend (s. bspw. § 77 Betriebsverfassungsgesetz 1952); für fakultative Aufsichtsräte gelten diese Bestimmungen, soweit sie im Gesellschaftsvertrag nicht abgedungen werden (s. § 52 GmbHG). Die §§ 394, 395 AktG sind in § 52 GmbHG bzw. § 77 BetrVG zwar nicht explizit erwähnt, dies schließt jedoch nicht aus, daß bei Bestehen einer Regelungslücke aktienrechtliche Normen analog anzuwenden sind. Der Hintergrund für die Regelungen in den §§ 394, 395 AktG ist die besondere Situation der Gebietskörperschaften, die anders als rein privatwirtschaftlich Tätige, immer den öffentlichen Zweck der Gesellschaft in den Vordergrund ihrer Überlegungen treten lassen müssen und einer erhöhte Bindung an die öffentliche Ordnung haben. Nach herrschender Meinung besteht daher kein Grund, diese Regelung nicht auch analog bei einer GmbH anzuwenden.²²

Außerdem ist zu beachten, daß § 51a GmbHG jedem Gesellschafter ein umfassendes Einsichtsrecht, welches sich grundsätzlich auch auf Aufsichtsratsprotokolle bezieht (BGHZ 135, S. 48 ff.), eröffnet. Folglich ist auch vor diesem Hintergrund eine Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter der Entsendungskörperschaft und der von diesem benannten Informationsempfänger (Beteiligungsverwaltung) nicht anzuer-

²¹ Vgl. Darsow in: Schweriner Kommentierung, § 71 Rz 12; zur aktiven Unterrichtungspflicht bei Angelegenheiten von besonderer Bedeutung auch Rz 10

²² Siehe z.B. Kupferschmidt, Kommunal Praxis 1998, S. 281

kennen.²³

b) Pflicht zur höchstpersönlichen Amtsführung

Das AR-Mitglied muß seinen Pflichten persönlich nachkommen; es darf deshalb seine Aufgaben nicht durch andere ausüben lassen (§ 111 Abs. 5 AktG). Es besteht mithin grundsätzlich ein Vertretungs- und Delegationsverbot.²⁴ Dies schließt nicht aus, daß - soweit dies für eine ordnungsgemäße Amtsführung erforderlich ist - sich das Mitglied bei der Erledigung von **Hilfsfunktionen** zuarbeiten läßt.

Nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 85, S. 293 ff.) darf das AR-Mitglied **externe Beratungshilfe** nur ausnahmsweise in Anspruch nehmen, wenn

- es sich um eine konkrete, auf den Einzelfall beschränkte Fragestellung handelt, die mit der gesetzlich vorausgesetzten Mindestsachkunde allein nicht bewältigt werden kann,
- die Beratung ausschließlich der Erfüllung gesetzlicher AR-Aufgaben dient, hierzu erforderlich und nicht durch eine gesellschaftsinterne Klärung ersetzbar ist und
- bei der Auswahl des Beraters einem Mißbrauch vertraulicher Informationen vorgebeugt wird.

c) Mitwirkungspflichten

- *Teilnahmepflicht*

Sie entspricht dem Teilnahmerecht des AR-Mitglieds an der AR-Sitzung. Nur eine objektive Verhinderung entbindet hiervon; im Rahmen des Zumutbaren hat das AR-Mitglied auch in solchen Fällen für eine schriftliche Stimmabgabe zu sorgen, wenn dies geboten ist, um Schaden von der Gesellschaft abzuwehren.

- *Pflicht zur Kenntnisnahme der Beratungsunterlagen*

Diese Pflicht beinhaltet auch die Pflicht zum sorgfältigen Studium der Beratungsunterlagen. Dieses Studium soll das Mitglied auf dem Dialog mit der Geschäftsführung vorbereiten, die zu stellenden Fragen, die Bewertung der Fakten und die sich ergebenden Schlußfolgerungen so weit zu klären, daß eine fundierte Erörterung möglich ist. Die Erfüllung dieser Pflicht ist von fundamentaler Bedeutung für die Arbeit des AR-Mitglieds und des Aufsichtsrats.²⁵

- *Erkundigungspflicht*

Diese Pflicht des AR-Mitglieds kann sich aus sehr unterschiedlichen Anlässen ergeben. Sie besteht zunächst für alle Daten, die für eine sachgerechte Erledigung der einzelnen Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats erfor-

²³ Vgl. Darsow in: Schweriner Kommentierung, §71 Rz 14; siehe auch Schröder, KVR M-V Nr. 9 zu § 71

²⁴ Näheres hierzu s. Darsow in: Schweriner Kommentierung, § 71 Rz 6

²⁵ Näheres hierzu Potthoff/Trescher, a.a.O. (Fn. 7), S. 165 ff.

derlich sind. Die Kenntnis der Strukturdaten des Unternehmens ist in aller Regel eine Voraussetzung für eine sachgerechte Berichts- und Situationsanalyse. Auch aus Geschäftsführungs- und Abschlußberichten sowie aus Erörterungen innerhalb des AR oder seiner Ausschüsse können sich Erkundigungs- und Fragepflichten ergeben; dies ist dann der Fall, wenn ein hinreichender Anlaß zu Fragen, Zweifeln oder Bedenken besteht und es sich um Angelegenheiten handelt, aus denen für das Unternehmen Nachteile entstehen können. Darüber hinaus besteht eine Erkundigungspflicht auch, soweit dem AR-Mitglied Kenntnisse fehlen, die für die Erfüllung seiner konkreten Aufgaben erforderlich sind, z.B. für die Bewertung komplexer Sachverhalte und schwieriger Fachprobleme.²⁶

– *Förderungspflicht*

Das AR-Mitglied darf sich nicht nur mit einer passiven Rolle begnügen. Die optimale Erfüllung der AR-Aufgaben erfordert es vielmehr, eigene Initiativrechte wahrzunehmen und die Beratungen durch Anregungen und Sachbeiträge zu fördern. So sind sie bspw. gehalten, ihre eigenen Fachkenntnisse und Erfahrungen in die Aufsichtsratsarbeit einzubringen oder AR-Kollegen, denen besondere Fachkenntnisse auf bestimmten Gebieten fehlen, auf deren Wunsch beratend zu unterstützen. AR-Mitglieder haben ebenso eine Informationspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat, wenn sie außerhalb ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit Informationen erhalten, aus denen sich wesentliche Aspekte für die Überwachungstätigkeit ergeben können.

Aus den Initiativrechten können Initiativpflichten werden, wenn ein hinreichender Anlaß dazu besteht, z.B. um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Das AR-Mitglied muß also z.B. die Einberufung einer AR-Sitzung verlangen, wenn er dies zur Abwehr von Gefahren für das Unternehmen für erforderlich halten muß.

Die Förderungspflicht des Mitglieds beinhaltet auch die Bereitschaft zur Mitarbeit in den Ausschüssen. Ein Mitglied kann deshalb die Kandidatur für einen Ausschuß nur ablehnen, wenn es wichtige Gründe (z.B. fehlende Spezialkenntnisse) hat; Mangel an verfügbarer Zeit reicht in der Regel nicht aus.

3. Rechte der Aufsichtsratsmitglieder

Die **Rechte** des AR-Mitglieds korrespondieren vielfach mit seinen Pflichten. Im wesentlichen sind folgende Rechte zu nennen:²⁷

a) Mitwirkungsrechte

Die Mitwirkungsrechte des AR-Mitglieds sind zu unterscheiden von den Rechten des AR als Organ. Das Mitglied kann bspw. Auskunft vom Vorstand gem. § 90 Abs. 3 AktG verlangen; es kann aber nicht die Vorlage bestimmter Dokumente gem. § 111 Abs. 2 AktG fordern, da dieses Recht nur dem Aufsichtsrat zusteht. Das Mitglied kann hierzu lediglich einen entsprechenden Antrag im Plenum stellen. Für die praktische Arbeit des AR und des AR-Mitglieds ist dies von erheblicher Bedeutung.

²⁶ Näheres hierzu Potthoff/Trescher, a.a.O. (Fn. 7), S. 110

²⁷ Im wesentlichen in Anlehnung an Potthoff/Trescher, a.a.O. (Fn. 7), S. 120 ff.

Die Mitwirkungsrechte können unterschieden werden in **Teilnahmerechte** (Recht auf Ladung und Sitzungsteilnahme, Teilnahmerecht abwesender Aufsichtsratsmitglieder - § 108 AktG), **Informationsrechte gegenüber der Geschäftsführung** (hier § 90 Abs. 3 AktG; nur bei der GmbH mit fakultativem AR kann dieses Recht durch den Gesellschaftsvertrag beschränkt oder abgedungen werden - § 52 Abs. 1 GmbHG), **aufsichtsratsinterne Informationsrechte** (Recht auf Kenntnisnahme der Beratungsunterlagen - s. z.B. § 170 Abs. 3 AktG -, Recht auf Aushändigung der Aufsichtsratsprotokolle - § 107 Abs. 2 Satz 4 AktG -, Recht auf Einsichtnahme in die Aufsichtsratsakten), **Initiativrechte** (Recht die Einberufung des Aufsichtsrats zu verlangen - § 110 Abs. 1 -, Selbsteinberufungsrecht - § 110 Abs. 2 AktG -, Recht auf Ergänzung der Tagesordnung, Vetorecht gegen eine Beschlußfassung ohne Sitzung - § 108 Abs. 4 AktG -, Antragsrechte, Recht auf Vertagung der Beschlußfassung, Recht auf Durchführung einer zweiten Abstimmung, Recht auf Protokollierung und Protokollberichtigung), **Rechte in bezug auf die Anteilseignerversammlung**.

Aus den Mitwirkungsrechten können sich auch **Klagerechte** und **gerichtliche Antragsbefugnisse** ergeben.

b) Recht auf Vergütung und Aufwendungsersatz

Nach dem Gesetz ist die AR-Tätigkeit unentgeltlich, wenn eine Vergütung nicht in der Satzung verankert ist oder auf einen Beschluß der Anteilseignerversammlung (Hauptversammlung, Gesellschafterversammlung oder Generalversammlung) beruht (§ 113 AktG, § 77 Abs. 1 BetrVG 52, § 52 Abs. 1 GmbHG). Ist eine Vergütung vorgesehen, so hat der Vertreter der Gemeinde diese gemäß § 71 Abs. 5 KV M-V an die Gemeinde abzuführen.²⁸

V. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder²⁹

Als Anspruchsgrundlagen für die Haftung eines AR-Mitglieds sind im wesentlichen die §§ 116, 93 AktG für die **Innenhaftung** und § 823 BGB für die **Außenhaftung** zu nennen. Für den Aufsichtsrat als reinem Innenorgan ist der Bereich der Außenhaftung weniger bedeutsam. Im Zentrum steht die Innenhaftung, d.h., die Einstandspflicht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds für Schäden, die es dem eigenen Unternehmen zugefügt hat. Die §§ 116, 93 AktG gelten über die Verweisungsformen auch für den obligatorischen oder fakultativen Aufsichtsrat der GmbH. Eine Inanspruchnahme erfordert ein **pflichtwidriges** und **schuldhaftes** Verhalten des Aufsichtsrats, das zu einem Schaden des Unternehmens führt (§§ 93 Abs. 2, 116 AktG). Vor allem der Verzicht auf effektive Kontrollen (keine Nachfragen, keine Konsequenzen bei offenkundigen Problemlagen), die fehlende oder unprofessionelle Aufbereitung von Entscheidungsgrundlagen, die Mißachtung satzungsmäßig vorgeschriebener Prozeduren und Zuständigkeiten sowie die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht kann Aufsichtsräte in die persönliche Haftung

²⁸ Näheres hierzu s. Darsow in: Schweriner Kommentierung, § 71 Rz 15.

Im übrigen wird zu dieser Thematik auf den Runderlaß des Innenministeriums M-V vom 23. April 2001 - Az.: II 340 - 173.101.16 - verwiesen.

²⁹ Vertiefende Literatur zur Thematik:

- Thümmel, DB 1995, S. 1013 ff.
- Thümmel, DB 1999, S. 885 ff.
- Potthoff/Trescher, a.a.O. (Fn. 7), S. 327 ff.

bringen.³⁰ Ein AR-Mitglied handelt schuldhaft, wenn es bei seinem Tun oder Unterlassen die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Überwachers“ außer acht läßt. Die in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG angeordnete Beweislastumkehr führt dazu, daß die Gesellschaft lediglich ein schadenstiftendes Verhalten benennen muß, während sich der Aufsichtsrat vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit einschließlich des Verschuldens zu entlasten hat.

Seit einigen Jahren können die Gesellschaften Versicherungen zur Abdeckung des Haftungsrisikos für AR-Mitglieder abschließen. Eine Deckung wird jedoch ausgeschlossen, wenn das AR-Mitglied vorsätzlich gehandelt hat.

Die gesetzliche Haftung des AR-Mitglieds ist der selbständigen Regelung durch die Gesellschaft entzogen. Sie kann weder durch Dienstvertrag noch durch Satzung ausgeschlossen oder beschränkt werden. Zulässig - wenn auch haushaltsrechtlich nicht unproblematisch - ist jedoch z.B. die in § 71 Abs. 3 KV M-V verankerte (grundsätzliche) mittelbare Haftungsfreistellung³¹; diese aus Fürsorgegesichtspunkten getroffene Regelung, die ausdrücklich auf Schadenersatz abstellt, sollte das AR-Mitglied jedoch auf keinen Fall zu der Schlußfolgerung verleiten, daß eine persönliche Haftung für die fehlerhafte Ausübung seines Amtes in der Rechtswirklichkeit keine Rolle spielt. Denn es gibt insbesondere für mangelnde Kenntnisse und Fähigkeiten genauso wenig einen „Rabatt“ wie für fehlende Zeit.

C:\TEXTE1\ÄNDERUNG\NICA\340A2109.DOC, A:3//Frau Mazik//12.03.02 12:46

³⁰ vgl. Thümmel, a.a.O. (Fn. 2), S. 1893

³¹ s. hierzu auch Darsow in: Schweriner Kommentierung, § 71 Rz 9 bzw. Schröder, KVR Nr. 8 zu § 71