

2023/10/055

Beschlussvorlage der Verwaltung
öffentlich



Besetzung des Aufsichtsrates der Tourismus, Freizeit & Kultur GmbH Kühlungsborn

<i>Organisationseinheit:</i> Bürgermeister <i>Bearbeitung:</i> Dirk Lahser	<i>Datum</i> 12.04.2023 <i>Verfasser:</i>
---	---

<i>Beratungsfolge</i>	<i>Geplante Sitzungstermine</i>	<i>Ö / N</i>
Hauptausschuss (Vorberatung)	26.10.2023	N
Stadtvertretung Kühlungsborn (Entscheidung)	09.11.2023	Ö

Beschlussvorschlag

Die Stadtvertreterversammlung der Stadt Ostseebad Kühlungsborn beschließt die folgende Besetzung des Aufsichtsrates der Tourismus, Freizeit & Kultur GmbH Kühlungsborn (TFK GmbH):

1. ...
2. ...
3. ...
4. ...
5. ...
6. ...
7. ...

Der Bürgermeister wird ermächtigt in der Gesellschafterversammlung einen entsprechenden Beschluss herbeizuführen.

Sachverhalt

Gemäß § 8 Abs. 1 des Gesellschaftervertrages der TFK GmbH besteht der Aufsichtsrat aus sieben Mitgliedern und wird gemäß § 8 Abs. 3 für eine Dauer von vier Jahren gewählt. Die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder endet mit **dem Schluss der Gesellschafterversammlung, die über die Entlastung für das dritte Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt. Hierbei wird das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, nicht mitgerechnet.**

Der Aufsichtsrat der TFK GmbH wurde mit Beschluss der Stadtvertretung (Beschlussnummer SVVV) am 31.01.2019 gewählt. Sodann wurde dieser Beschluss in der Gesellschafterversammlung, vertreten durch den Bürgermeister, umgesetzt. Alleiniger Gesellschafter der TFK GmbH ist die Stadt Ostseebad Kühlungsborn.

Die Amtszeit des derzeit bestehenden Aufsichtsrates wird voraussichtlich mit dem Schluss der ordentlichen Gesellschafterversammlung, die über die Feststellung des Jahresabschlusses zum 31.12.2022 sowie über die Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrates beschließt (dritte Geschäftsjahr nach der Wahl des Aufsichtsrates im GJ 2019 - GJ 2020, 2021, 2022 -), am 10.11.2023 enden.

Vor diesem Hintergrund ist ein neuer Aufsichtsrat zu wählen bzw. zu bestellen.

Nach § 8 Abs. 2 des Gesellschaftervertrages soll der Aufsichtsrat aus vier Fachleuten aus

den Bereichen Tourismus, Kunst, Kultur, Recht und Finanzen sowie aus drei Mitgliedern der Stadtvertretung bestehen.

Folgende Kandidaten wurden vorgeschlagen bzw. stehen für ein Aufsichtsratsmandat zur Verfügung:

Ifd. Nr.	Vorschlag von	Kandidat/Kandidatin	Beruf	(letzte) ausgeübte Tätigkeit	Kategorie
1	Grüne/Sorge Fraktion	Sarah Koller	Hotelier	Geschäftsführerin Hotel Polar-Stern Verwaltungs GmbH	Fachmann/Fachfrau
2	SPD	Wolfgang Kraatz, Dr.	Pensionär	Stellvertretender Landrat LK Rostock	Stadtvertreter/-in
3	Kühlungsborner Liste	Anne-Kathleen Jacob	Bankfachwirtin	Hotelier (Kühn Hotelbetriebe oHG)	Stadtvertreter/-in
4	Kühlungsborner Liste	Stephan Giersberg	Diplom-Hotelbetriebswirt	Hoteldirektor Aucamarin Hotel GmbH	Fachmann/Fachfrau
5	UWG Kühlungsborn	Silke Radeke	Richterin	Richterin	Fachmann/Fachfrau
6	HGV/Ziesig	Uwe Ziesig	Verwaltungsfachangestellter	Pensionär	Stadtvertreter/-in
7	CDU	Johannes Hülsmann	Master of Business Administration	Geschäftsführer Galeria Kaufhof Karstadt GmbH, Rostock	Fachmann/Fachfrau
8	IZ	Reiner Kukeit	Matrose der Binnenschifffahrt	Tourismusedienstleister	Fachmann/Fachfrau
9	IZ	Gunnar Günther	Musiker	freischaffender Künstler/ Einzelhändler	Fachmann/Fachfrau
10	Verwaltung	Oliver Brünlich	Diplom-Kaufmann (FH)	Vorstandsvorsitzender Stadtwerke Rostock AG	Fachmann/Fachfrau
11	Verwaltung	Tobias Weitendorf	Master of Arts	Geschäftsführer TMV / Tourismusbeauftragter Land MV	Fachmann/Fachfrau

Der Leitfaden des Innenministeriums zur Besetzung von Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen dient als Richtlinie und ist der Beschlussvorlage als Anlage beigefügt.

Finanzielle Auswirkungen

Finanzielle Auswirkungen?

Ja

Nein

Anlage/n

1	Leitfaden+Aufsichtsratsmitglieder (öffentlich)
---	--



Leitfaden über
Qualifikation, Rechte und Pflichten
der Aufsichtsratsmitglieder
in kommunalen Unternehmen und Einrichtungen

für Mitglieder in kommunalen Vertretungen,
Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen und Einrichtungen
sowie Mitarbeiter in den Beteiligungsverwaltungen der Kommunen

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung.....	1
2.	Die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder	2
2.1.	Verfahren.....	2
2.2.	Qualifikation.....	2
2.3.	Geschlechterparitätische Besetzung.....	5
3.	Rechte und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern.....	5
3.1.	Allgemeines.....	5
3.2.	Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder.....	6
3.3.	Rechte der Aufsichtsratsmitglieder.....	10
3.4.	Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit.....	11
3.5.	Rechtsfolgen bei Verletzung der Aufsichtsratspflichten.....	13

Stand: 12. Dezember 2012

Ministerium für Inneres und Sport Mecklenburg-Vorpommern

Abteilung 3: Kommunalangelegenheiten; Ausländerrecht

Referat 340: Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen;
Kommunalprüfungswesen; Vergabeangelegenheiten

1. Einleitung

Eine Gemeinde darf Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts nur errichten, übernehmen, sich an ihnen beteiligen oder sie auf andere Wirtschaftsbereiche ausdehnen, wenn sie einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens oder der Einrichtung erhält und dieser durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise gesichert wird, vgl. § 69 Absatz 1 Nummer 4 der Kommunalverfassung (KV M-V).

Die zwingende Bildung eines Aufsichtsrates ist nur bei Aktiengesellschaften und in speziellen Fällen (vgl. § 6 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer) auch bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung gesetzlich vorgesehen („*obligatorischer Aufsichtsrat*“). Auch wenn vereinzelt Ausnahmen bekannt sind (insbesondere Wohnungsgesellschaften, Stadtwerke und Verkehrsunternehmen), unterliegen die in einer Rechtsform des privaten Rechts betriebenen kommunalen Unternehmen und Einrichtungen regelmäßig nicht der Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrates.

Gleichwohl sieht § 52 Absatz 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) die Möglichkeit vor, bei einer GmbH durch eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag freiwillig einen Aufsichtsrat einzurichten („*fakultativer Aufsichtsrat*“). Zur Sicherung einer effektiven Überwachung, Einflussnahme und Steuerung – mithin also zur engen Bindung der Gesellschaft an den gemeindlichen Willen – wird den Kommunen empfohlen, regelmäßig von der gesetzlich eingeräumten Möglichkeit zur freiwilligen Bildung eines Aufsichtsrates Gebrauch zu machen. Dementsprechend beziehen sich die rechtlichen Erwägungen dieses Leitfadens auf einen solchen fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH.

Die nachstehenden Ausführungen sollen einen Überblick darüber verschaffen, welche Kriterien für die Auswahl und die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen maßgeblich sein sollten, welche Rechte und Pflichten ein Aufsichtsratsmitglied zu beachten hat und welche Folgen Pflichtverletzungen haben können.

2. Die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder

2.1. Verfahren

Die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder erfolgt durch Wahl der Gesellschafterversammlung oder Entsendung infolge satzungsmäßig eingeräumter Entsenderechte zugunsten der Kommune (§ 101 Absatz 1 Satz 1 AktG i. V. m. § 52 GmbHG). Die Auswahl der zu bestellenden Aufsichtsratsmitglieder innerhalb der Kommune richtet sich nach der Kommunalverfassung. Besteht nach dem Gesellschaftsvertrag ein Entsendungsrecht der Kommune, benennt ihr gesetzlicher Vertreter in der Gesellschafterversammlung die zu entsendenden Aufsichtsratsmitglieder, die zuvor durch einen Beschluss (§ 31 KV M-V) nach den Grundsätzen der Verhältniswahl durch die Vertretung bestimmt werden, vgl. § 71 Absatz 1 Satz 1 i. V. m. Absatz 2 Satz 1 KV M-V. Im Falle der Bestellung durch Wahl der Gesellschafterversammlung erfolgt die Bestimmung der im Wahlverfahren von der kommunalen Gesellschafterin vorzuschlagenden Kandidaten durch einen vorherigen Beschluss der Gemeindevertretung, für den die Grundsätze der Verhältniswahl Anwendung finden.

Die mit § 71 Absatz 1 Satz 4 i. V. m. Absatz 2 KV M-V gesetzlich vorgeschriebene Anwendung der Grundsätze der Verhältniswahl gewährleistet, dass die in der Stadt vertretenen Fraktionen bzw. die sich bildenden Zählgemeinschaften eigene Vorschläge für die Besetzung der Aufsichtsratsmandate entsprechend ihrem Stärkeverhältnis durchsetzen können, soweit kein gemeinsamer Vorschlag zur Besetzung zustande kommt. Da das Gesetz ungeachtet dieser Grundsätze keine „Wahl“, sondern eine „Bestellung“ vorsieht, richtet sich die Abstimmung formal nach § 31, nicht nach § 32 KV M-V, was insbesondere eine offene Abstimmung und die Beachtung der Mitwirkungsverbote erfordert.

2.2. Qualifikation

In der Praxis werden die zu bestellenden Vertreter in den Aufsichtsräten häufig vorrangig nach politischen Erwägungen ausgewählt. Die dahinter stehende Idee der kommunalpolitischen Kontrolle über das privatrechtliche Unternehmen ist nachvollziehbar. Die gesetzlich angeordnete Verhältniswahl bedeutet jedoch nicht, dass allein die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Partei, Wähler- oder Zählgemeinschaft bei der Wahl in den Aufsichtsrat den Ausschlag geben darf oder muss. Im Vordergrund sollte die Gewähr-

leistung einer angemessenen Überwachung und Steuerung der jeweiligen Beteiligung zur Vermeidung von Risiken und Fehlentwicklungen stehen.

Insbesondere wenn aufgrund von mangelnder Erfahrung und Sachkunde aus dem Kreis der Gemeindevertretung keine ausreichende Anzahl geeigneter Personen zur Verfügung steht, sollte die Bestellung fachkundiger Dritter in Betracht gezogen werden. Denkbar wären hier insbesondere Angehörige der rechts- und steuerberatenden Berufe und mit der jeweiligen Branche vertraute Personen.

Bei der Vergabe von Aufsichtsratsmandaten sollten sich die zuständigen Gremien daher von folgenden Fragestellungen leiten lassen:

- Bringen die vorgesehenen Personen die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten sowie fachlichen Erfahrungen mit und ergänzen diese die unternehmerischen Fähigkeiten und Erfahrungen der übrigen Aufsichtsratsmitglieder?
- Ist eine ausreichende zeitliche Verfügbarkeit gewährleistet, so dass die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied sorgfältig und gewissenhaft ausgeübt werden kann?
- Ist bei der Auswahl der in Frage kommenden Personen auch auf Vielfalt geachtet worden, wurden Frauen angemessen berücksichtigt?
- 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?

Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung haben die sich aus dem Aktiengesetz ergebenden allgemeinen Anforderungen an die Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern in den vergangenen Jahren präzisiert und auch verschärft. Vor der Annahme des Mandats sollte daher jedes potentielle Aufsichtsratsmitglied prüfen, ob es den persönlichen und sachlichen Anforderungen entsprechen kann.¹

¹ nachfolgende Ausführungen im Wesentlichen nach Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl. 2003, Rn. 805 ff.

2.2.1. Erforderliche Kenntnisse

Die ordentliche und gewissenhafte Wahrnehmung des Amtes setzt Mindestkenntnisse voraus, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können.²

Allein schon aus haftungsrechtlichen Gründen sollte jedes Aufsichtsratsmitglied diese Mindestkenntnisse bereits bei Amtsantritt besitzen. Zu ihnen gehören insbesondere Kenntnisse

- über die gesetzlichen und satzungsmäßigen Aufgaben des Aufsichtsrats,
- über die Rechte und Pflichten als Aufsichtsratsmitglied,
- für die Bewertung der dem Aufsichtsrat vorzulegenden Berichte,
- für die Prüfung des Jahresabschlusses mit Hilfe des Abschlussprüfers,
- für die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit von Führungsentscheidungen, sowie
- nach Möglichkeit eigene unternehmerische Erfahrungen.

Die vorstehend genannten Mindestkenntnisse sind zu trennen von den *Fachkenntnissen*, zu denen alle über den Rahmen der Mindestkenntnisse hinausgehenden Kenntnisse für die Beurteilung komplizierter und besonderer Unternehmensprobleme (beispielsweise Krisen) oder Geschäftsvorfälle gehören (zum Beispiel für spezielle steuerliche, bilanzielle oder technische Fachprobleme). Die Aneignung von Fachkenntnissen liegt im Interesse des Unternehmens; entsprechende Fortbildungskosten der Mitglieder des Aufsichtsrates sollten daher von den Unternehmen übernommen werden.

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 einschät-

² BGH, Urt. v. 15.11.1982, II ZR 27/82

zen zu können. Dies schließt Kenntnisse über das Unternehmen und seine Geschäftstätigkeit ein.

Schließlich sollten die für die Beteiligungsverwaltung verantwortlichen Bediensteten der Kommune in der Lage sein, die Vertreter in den Aufsichtsräten in fachlicher Hinsicht zu unterstützen und zu beraten.

2.2.2. Ausreichend verfügbare Zeit

Eine ordentliche und gewissenhafte Überwachung bedingt, dass das Aufsichtsratsmitglied über die zur Amtsausführung erforderliche Zeit verfügt, um den ihm obliegenden Pflichten mit der gebotenen Sorgfalt und dem notwendigen Engagement 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 Mitglied des Aufsichtsrates die Niederlegung des Amtes erwägen.

2.3. Geschlechterparitätische Besetzung

Den Kommunen wird empfohlen, bei der Vergabe der Mandate entsprechend Randziffer 67 der Hinweise für die Verwaltung von Beteiligungen des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Verwaltungsvorschrift des Finanzministeriums vom 13. Januar 2012) zu verfahren. Danach soll auf eine gleichberechtigte Teilhabe von Frauen hingewirkt werden. Diesen soll bei gleicher fachlicher Befähigung der Vorrang eingeräumt werden, solange weniger Frauen als Männer in den entsprechenden Gremien vertreten sind. Es soll auf eine geschlechterparitätische Besetzung der Aufsichtsratsmandate hingewirkt werden.

3. Rechte und Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern

3.1. Allgemeines

Das einzelne Aufsichtsratsmitglied hat ebenso wie der Aufsichtsrat als Organ selbst zahlreiche Rechte aber auch Pflichten zu beachten. Im Mittelpunkt der Pflichten steht die Überwachung der Geschäftsführung nach § 111 Absatz 1 AktG. Gegenstand der Überwachung ist die Funktion des geschäftsführenden Organs, bei der GmbH also der Geschäftsführung. Sie umfasst die der Geschäftsführung obliegende Leitungstätigkeit, die Wahrnehmung der organschaftlichen Treuepflichten, die Beachtung spezieller gesetzlicher Geschäftsführungsaufgaben sowie die Wahrung der Sorgfaltspflichten.

Schließlich ist Bestandteil der Überwachung auch die Frage, ob die Organmitglieder die für ihr Amt erforderliche Eignung besitzen.

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

Zur Wahrnehmung der Überwachungsfunktion werden Aufsichtsräten verschiedene Rechte eingeräumt. Aus der Stellung als Kontrollorgan ergibt sich zugleich die Pflicht, diese Rechte in dem erforderlichen Umfang wahrzunehmen.

Rechte und Pflichten der Mitglieder des Aufsichtsrates sollen dazu dienen, ein optimales Organhandeln zu bewirken. Das Prinzip der Gesamtverantwortung fordert deshalb von jedem Mitglied, sich für die Arbeit des Aufsichtsrats und deren Ergebnisse vorausschauend verantwortlich zu fühlen. Die Einzelverantwortlichkeit des Aufsichtsratsmitglieds ergibt sich insbesondere aus § 93 Absatz 1 Satz 1 i. V. m. § 116 AktG, wonach die Sorgfaltsregeln für das geschäftsführende Organ sinngemäß auf die Mitglieder des überwachenden Organs anzuwenden sind.

Nachfolgend werden die wesentlichen Rechte und Pflichten von Mitgliedern in freiwillig gebildeten Aufsichtsräten im Einzelnen dargestellt. Mit Blick auf die nach § 52 Absatz 1 GmbHG vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten sollte das Aufsichtsratsmitglied jedenfalls Einsicht in den Gesellschaftsvertrag und die Geschäftsordnung des Aufsichtsrates nehmen, um sich Klärung über die ihm obliegenden Pflichten und eingeräumten Rechte zu verschaffen.

3.2. Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder

Die Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds lassen sich allgemein wie folgt umreißen:³

³ im Wesentlichen nach Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl. 2003, Rn. 886 ff.

3.2.1. Pflicht zur Verschwiegenheit

Die Mitglieder des Aufsichtsrates 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 bekannt geworden sind, vgl. § 93 Absatz 1 Satz 2 i. V. m. § 116 AktG. Dies gilt auch für vertrauliche Berichte und Beratungen. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder ist das Gegenstück zu dem umfassenden Informationsrecht des Aufsichtsrats in allen Angelegenheiten der Gesellschaft. Durch sie soll die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats gewährleistet und die Gesellschaft insgesamt vor Nachteilen geschützt werden.

Würde die vorstehend beschriebene Verschwiegenheitspflicht jedoch so weit bestehen, dass die auf den kommunalen Gesellschafter entfallenden Aufsichtsratsmitglieder keine Auskunft gegenüber den Beschlussgremien der Gemeinde erteilen dürften, so ergäbe sich ein Informationsdefizit, das die erforderliche angemessene Einflussnahme und Steuerung durch die Kommune einschränken würde.

Aufsichtsratsmitglieder haben nach § 71 Absatz 4 Satz 1 KV M-V deshalb die Verpflichtung, den Hauptausschuss oder die Gemeindevertretung über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten. Dabei sind Kreditaufnahmen außerhalb des gültigen Wirtschaftsplanes stets Angelegenheiten von besonderer Bedeutung, vgl. § 71 Absatz 4 Satz 2 KV M-V. Weiterhin muss der Hauptausschuss oder die Gemeindevertretung auf Antrag einer Fraktion oder eines Viertels aller Mitglieder von den Aufsichtsratsmitgliedern Auskunft verlangen. Die Unterrichtungspflicht und das Auskunftsrecht bestehen aber nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

Der aktienrechtliche Grundsatz der Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern steht den kommunalverfassungsrechtlichen Informations- bzw. Unterrichtungspflichten nicht entgegen, da die den Aufsichtsrat betreffenden Regelungen des Aktiengesetzes bei freiwillig gebildeten Aufsichtsräten nur dann entsprechend anzuwenden sind, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes bestimmt, vgl. § 52 Absatz 1 GmbHG.

In der Praxis kommt es also darauf an, ob und in welchem Umfang der Gesellschaftsvertrag Regelungen hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht enthält. Auch wenn mögli-

cherweise bereits die kommunalverfassungsrechtliche Unterrichtungspflicht als normatives Umfeld bei der Auslegung derjenigen Gesellschaftsverträge herangezogen werden könnte, die keine explizite Regelung zur Befreiung der Aufsichtsratsmitglieder von der Verschwiegenheitspflicht enthalten⁴, wird aus Gründen der Rechtssicherheit eine diesbezügliche Klarstellung im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich empfohlen. Eine gesellschaftsvertragliche Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht für die erforderliche Berichterstattung an die Kommune dürfte mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zur Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter bei fakultativen Aufsichtsräten auch zulässig sein.⁵

Bestehen Zweifel über Inhalt und Umfang der Verschwiegenheitspflicht, erscheint es jedenfalls ratsam, dass das Aufsichtsratsmitglied sich vor einer Berichterstattung zunächst an den Vertreter der Kommune in der Gesellschafterversammlung und an die mit der Beteiligungsverwaltung beauftragten Personen wendet und Berichte in nichtöffentlicher Sitzung vorträgt.

3.2.2. Pflicht zur höchstpersönlichen Amtsführung

Die Aufsichtsratsmitglieder sind verpflichtet, ihre Aufgaben persönlich wahrzunehmen; eine Übertragung auf Dritte ist nicht möglich. Gleichwohl ist die Bestellung von Stellvertretern grundsätzlich möglich, da § 101 Absatz 3 Satz 1 AktG mangels Verweisung in § 52 Absatz 1 GmbHG bei freiwillig gebildeten Aufsichtsräten keine unmittelbare Anwendung findet. Aufsichtsratsmitglieder sollten daher den Gesellschaftsvertrag darauf überprüfen, ob die Bestellung von Stellvertretern zugelassen, beschränkt oder ausgeschlossen wurde.

Die Inanspruchnahme der Stellvertretung ist aber auch bei einer gesellschaftsvertraglich zugelassenen Bestellung von Stellvertretern auf das zwingend erforderliche Maß beschränken, um eine kontinuierliche Amtsausübung durch das Aufsichtsratsmitglied zu gewährleisten.

3.2.3. Mitwirkungspflichten

Dem Teilnahmerecht des Mitglieds an der Sitzung des Aufsichtsrates entspricht die *Teilnahmepflicht*. Nur eine objektive Verhinderung entbindet hiervon; im Rahmen des

⁴ vgl. insoweit BVerwG, Urt. v. 31.08.2011, 8 C 16/10 zur Weisungsgebundenheit von kommunalen Vertretern im Aufsichtsrat einer GmbH

⁵ BVerwG, Urt. v. 31.08.2011, 8 C 16/10

Zumutbaren hat das Aufsichtsratsmitglied auch in solchen Fällen für eine schriftliche Stimmabgabe zu sorgen.

Die *Pflicht zur Kenntnisnahme der Beratungsunterlagen* beinhaltet auch die Pflicht zum sorgfältigen Studium der Beratungsunterlagen. Dieses Studium soll das Mitglied auf den Dialog mit der Geschäftsführung vorbereiten und es in die Lage versetzen, den Sachverhalt zu bewerten und daraus Schlussfolgerungen abzuleiten, um eine fundierte Erörterung zu ermöglichen. Die Erfüllung dieser Pflicht ist von fundamentaler Bedeutung für die Arbeit des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds und des Aufsichtsrats als Ganzem.

Die dem Aufsichtsratsmitglied obliegende *Erkundungspflicht* kann sich aus unterschiedlichen Anlässen ergeben. Sie besteht zunächst für alle Daten, die für eine sachgerechte Erledigung der einzelnen Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats erforderlich 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 Aufsichtsrates 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 Erkundungspflicht auch, soweit dem Mitglied des Aufsichtsrates Kenntnisse fehlen, die für die Erfüllung seiner konkreten Aufgaben erforderlich sind, zum Beispiel für die Bewertung komplexer Sachverhalte und schwieriger Fachprobleme.

Das Aufsichtsratsmitglied darf sich nicht nur mit einer passiven Rolle begnügen und unterliegt daher auch einer *Förderungsspflicht*. Die optimale Erfüllung der Aufgaben erfordert es, eigene Initiativrechte wahrzunehmen und die Beratungen durch Anregungen und Sachbeiträge zu fördern. So sind die Mitglieder des Aufsichtsrates beispielsweise gehalten, ihre eigenen Fachkenntnisse und Erfahrungen in die Aufsichtsratsarbeit einzubringen oder weitere Mitglieder des Organs, denen Fachkenntnisse auf bestimmten Gebieten fehlen, auf deren Wunsch beratend zu unterstützen.

Aufsichtsratsmitglieder 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 da-

zu besteht, insbesondere um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Das Mitglied muss zum Beispiel die Einberufung einer Sitzung verlangen, wenn dies erkennbar zur Abwehr von Gefahren für das Unternehmen erforderlich ist. 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 (wie fehlende Spezialkenntnisse) hat; Mangel an verfügbarer Zeit ist in der Regel kein hinreichender Grund.

3.3. Rechte der Aufsichtsratsmitglieder

Folgende wesentliche Rechte der Aufsichtsratsmitglieder sind zu nennen:⁶

3.3.1. Mitwirkungsrechte

Die Mitwirkungsrechte des Aufsichtsratsmitglieds sind zu unterscheiden von den Rechten des Aufsichtsrates als Organ. So kann das Mitglied beispielsweise gemäß § 90 Absatz 3 Satz 2 AktG Auskunft von der Geschäftsführung verlangen; es kann aber nicht nach § 111 Absatz 2 AktG die Vorlage bestimmter Dokumente fordern, da dieses Recht nur dem Aufsichtsrat als Ganzem zusteht. Das Mitglied kann hierzu lediglich einen entsprechenden Antrag im Gremium stellen. Für die praktische Arbeit des Aufsichtsrates und der jeweiligen Mitglieder ist dies von erheblicher Bedeutung.

Die Mitwirkungsrechte können unterschieden werden in *Teilnahmerechte* (Recht auf Ladung und Sitzungsteilnahme, Teilnahmerecht abwesender Aufsichtsratsmitglieder), *Informationsrechte gegenüber der Geschäftsführung* (§ 90 Absatz 3 Satz 2 AktG), *aufsichtsratsinterne Informationsrechte* (Recht auf Kenntnisnahme der Beratungsunterlagen nach § 170 Absatz 3 AktG), *Initiativrechte* (zum Beispiel das Recht die Einberufung des Aufsichtsrats zu verlangen gemäß § 110 Absatz 1 AktG, Selbsteinberufungsrecht nach § 110 Absatz 2 AktG), und *Rechte in Bezug auf die Gesellschafterversammlung*. Aus den Mitwirkungsrechten können sich auch *Klagerechte* und *gerichtliche Antragsbefugnisse* ergeben.

Diese Mitwirkungsrechte sind für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH grundlegend übertragbar, vgl. § 52 GmbHG. Die Ausgestaltung der einzelnen Rechte und damit der Tätigkeit des Aufsichtsrates ist dem jeweiligen Gesellschaftsvertrag und ggf. auch der

⁶ im Wesentlichen nach Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, 6. Aufl. 2003, Rn. 825 ff.

Geschäftsordnung für den betreffenden Aufsichtsrat zu entnehmen und kann von Gesellschaft zu Gesellschaft individuell verschieden sein.

3.3.2. Recht auf Vergütung und Aufwendungsersatz

Nach dem Gesetz ist die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied unentgeltlich, wenn eine Vergütung nicht in der Satzung verankert ist oder auf einen Beschluss der Generalversammlung beruht, vgl. § 113 AktG.

Ist eine Vergütung vorgesehen, so hat das kommunale Aufsichtsratsmitglied diese gemäß § 71 Absatz 5 Satz 1 KV M-V in der einen in der Hauptsatzung festgelegten Betrag übersteigenden Höhe an die Gemeinde abzuführen. Bei der Abführung ist sicherzustellen, dass mindestens die im Zusammenhang mit der Tätigkeit nachweislich entstandenen Aufwendungen ausgeglichen werden, § 71 Absatz 5 Satz 2 KV M-V.

3.4. Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit

Aufsichtsratsmitglieder üben ihr Mandat grundsätzlich unabhängig und weisungsfrei aus. Sie sind ausschließlich dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Aufsichtsratsmitglieds ist in § 111 Absatz 5 und § 116 i. V. m. § 93 Absatz 1 AktG festgelegt.

Diese Weisungsfreiheit ist bei Unternehmen und Einrichtungen mit kommunaler Beteiligung jedoch problematisch, sofern sie einer Umsetzung des gemeindlichen Willens entgegensteht. Nach § 71 Absatz 2 Satz 1 i. V. m. § 71 Absatz 1 Satz 5 KV M-V haben Aufsichtsratsmitglieder Weisungen und Richtlinien der Gemeindevertretung zu folgen, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Diese Bindung der Vertreter an den Willen der Gemeindevertretung dient einer angemessenen Einflussnahme und Steuerung der Beteiligungen durch die Kommune und letztlich auch der Wahrung des Demokratieprinzips.

Der aktienrechtliche Grundsatz der Weisungsfreiheit von Aufsichtsratsmitgliedern steht der kommunalverfassungsrechtlichen Weisungsgebundenheit nicht entgegen, da die den Aufsichtsrat betreffenden Regelungen des Aktiengesetzes bei freiwillig gebildeten Aufsichtsräten nur dann entsprechend anzuwenden sind, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes bestimmt, vgl. § 52 Absatz 1 GmbHG.

In der Praxis kommt es also darauf an, ob und in welchem Umfang der Gesellschaftsvertrag Regelungen hinsichtlich der Weisungsgebundenheit enthält. Sofern eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag getroffen wurde, haben die Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat den Weisungen und Richtlinien der Gemeindevertretung zu folgen. Selbst wenn im Gesellschaftsvertrag keine explizite Regelung zur Weisungsgebundenheit verankert ist, erscheint es mit Blick auf das bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrages zu berücksichtigende normative Umfeld nicht ausgeschlossen, dass bereits die hiesige kommunalverfassungsrechtliche Verpflichtung zur Weisungsgebundenheit im Einzelfall dazu führt, dass die Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat an die Weisungen des Vertretungsorgans gebunden sind.⁷ Rechtssicherheit bietet jedoch die Aufnahme einer entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Regelung.

Diese zu treffen, sind die Kommunen nunmehr seit der im Zuge der Novellierung der Kommunalverfassung im Jahr 2011 eingefügten Bestimmung des § 71 Absatz 2 Satz 2 KV M-V verpflichtet. Danach ist durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages sicherzustellen, dass die von der Gemeinde bestellten Mitglieder des Aufsichtsrates oder eines ähnlichen Organs von Unternehmen und Einrichtungen an die Weisungen und Richtlinien der Gemeindevertretung gebunden sind, sofern dem gesetzlich nichts entgegensteht. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Zulässigkeit einer solchen Regelung angesichts einer großen organisatorischen Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter bejaht.⁸

Lediglich klarstellend bleibt hervorzuheben, dass die Bindung der Aufsichtsratsmitglieder nur so weit besteht, wie entsprechende Weisungen getroffen wurden; im Übrigen verbleibt es dabei, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihr Mandat unabhängig ausüben und ausschließlich dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind.

Die Grenze der Weisungsgebundenheit wird dort erreicht sein, wo die kommunalen Aufsichtsratsmitglieder einen existenzgefährdenden oder -vernichtenden Eingriff in das Vermögen der Gesellschaft vornehmen sollen, was zu einer Haftung der Kommune als Gesellschafter führen kann. In den Bereichen der kommunalwirtschaftlichen Betätigung dürften derartige Sachverhalte jedoch nicht häufig zu erwarten sein. Etwaige Beschlüsse der Gemeindevertretung unterlägen mit Blick auf die vorbezeichneten gesellschafts-

⁷ BVerwG, Urt. v. 31.08.2011, 8 C 16/10

weiterführend zur Thematik: Anmerkungen von Cranshaw, jurisPR-InsR 23/2011 Anm. 4

⁸ BVerwG, Urt. v. 31.08.2011, 8 C 16/10

rechtlichen Folgen zudem auch einer kommunalverfassungsrechtlichen Prüfung durch den Bürgermeister.

Entscheidet sich ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied entgegen einer wirksamen Weisung abzustimmen, so bleibt seine diesbezügliche Stimmabgabe wirksam. Allerdings kann die Kommune die von ihr entsandten Aufsichtsratsmitglieder jederzeit abberufen. Eine rechtliche Möglichkeit zur Durchsetzung der Weisung besteht hingegen nicht.

3.5. Rechtsfolgen bei Verletzung der Aufsichtsratspflichten

Die Rechtsfolgen für die Aufsichtsratsmitglieder bei der Verletzung ihrer Pflichten (zum Beispiel durch Verzicht auf effektive Kontrollen, Missachtung satzungsmäßig vorgeschriebener Verfahren, Verletzung der Verschwiegenheitspflicht, Vorteilsannahme) können sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Natur sein.

So kommt die Verwirklichung von Straftatbeständen wie §§ 331 ff. Strafgesetzbuch (StGB) (Straftaten im Amt, Vorteilsnahme, Bestechlichkeit), § 266 StGB (Untreue) sowie §§ 82 (Falsche Angaben) und 85 (Verletzung der Geheimhaltungspflicht) GmbHG und §§ 331, 334 Handelsgesetzbuch (unrichtige Darstellung) in Betracht.

Gerade im Hinblick auf §§ 331 ff. StGB ist mit der jüngsten Rechtsprechung bestätigt worden, dass kommunale Aufsichtsratsmitglieder Amtsträger im Sinne von § 11 Absatz 1 Ziffer 2 StGB sind, wenn die betreffende Gesellschaft zwar in privatrechtlicher Form organisiert ist, die von der Gesellschaft wahrzunehmende Aufgabe aber nicht den Charakter als Verwaltungsaufgabe verloren hat, sondern nur die Organisation ihrer Wahrnehmung privatisiert worden ist.⁹

Als Anspruchsgrundlagen für die zivilrechtliche Haftung eines Mitglieds des Aufsichtsrates sind im Wesentlichen die §§ 116, 93 Absatz 2 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, also die Einstandspflicht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds für Schäden, die es dem eigenen Unternehmen zugefügt hat. Die §§ 116, 93 Absatz 2 AktG gelten über die Verweisungsnormen auch für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH.

⁹ BGH, Urt. v. 09.05.2006, 5 StR 453/05

Eine Inanspruchnahme erfordert ein pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten des Aufsichtsrats, das zu einem Schaden des Unternehmens führt (vgl. §§ 93 Absatz 2, 116 AktG). Ein Aufsichtsratsmitglied handelt schuldhaft, wenn es bei seinem Tun oder Unterlassen die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Überwachers“ außer Acht lässt. Die in § 93 Absatz 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.

Grundsätzlich ist es zur Begrenzung bzw. zum Auffangen des persönlichen Haftungsrisikos der Aufsichtsratsmitglieder möglich, eine spezielle Haftpflichtversicherung (so genannte „D&O-Versicherung“) abzuschließen. Der Abschluss erfolgt regelmäßig durch die Gesellschaft. Allerdings versagt der Deckungsschutz auch hier dann, wenn das Aufsichtsratsmitglied vorsätzlich gehandelt hat.

Die gesetzliche Haftung des Aufsichtsratsmitglieds ist der selbständigen Regelung durch die Gesellschaft entzogen. Sie kann weder durch Dienstvertrag noch durch Satzung ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Zu beachten ist jedoch § 71 Absatz 3 KV M-V. Danach hat die Kommune dem haftungsrechtlich in Anspruch genommenen Aufsichtsratsmitglied den entstandenen Schaden zu ersetzen, wenn und soweit dieses ihn fahrlässig herbeigeführt hat. In Weisungsfällen erfasst die Schadensfreistellung auch vorsätzliche oder grob fahrlässige herbeigeführte Schäden durch das Aufsichtsratsmitglied. Diese aus Fürsorgegesichtspunkten getroffene Regelung, die ausdrücklich auf Schadensersatz abstellt, sollte das Mitglied des Aufsichtsrates 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.

Im Falle einer Abstimmung des Aufsichtsratsmitgliedes entgegen einer wirksamen Weisung des Vertretungsorgans liegt ein Ordnungsverstoß vor, der nach § 172 Absatz 1 Satz 1 KV M-V mit einem Ordnungsgeld belegt werden kann. Entsteht der Kommune aus dieser Pflichtverletzung ein Schaden, so haftet das Aufsichtsratsmitglied nach § 172 Absatz 3 KV M-V, wenn es vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.