

Workshop

Die Rolle des Aufsichtsrats in kommunalen Unternehmen



Dr. Henrik Bremer

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater

Telefon: 040 / 350036-0
E-Mail: h.bremer@wr-recht.de

Berufliche Tätigkeit

- WIRTSCHAFTSRAT GMBH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft, Hamburg; seit 2004 als Geschäftsführer
- Partner / Geschäftsführer in der WIRTSCHAFTSRAT Recht – Bremer Weitag Rechtsanwaltsgesellschaft mbH; zuvor seit 2015 als Partner und Geschäftsführer der BHVSM Bremer Heller Rechtsanwälte Partnerschaft mbB; zuvor seit 2004 Partner und Geschäftsführer der WIRTSCHAFTSRAT Recht Bremer Heller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Hamburg

Ausbildung und Studium

- Promotion zum französischen Steuerrecht bei Prof. Dr. Samson
- Referendariat am Hanseatischen OLG, Abschluss 2. Staatsexamen mit der Note „gut“
- Jessup C. Moot Court; Gewinn des deutschen Finales
- Studium in Paris, Diplôme de langue française
- Studium der Rechtswissenschaft in Kiel, Abschluss 1. Staatsexamen mit der Note „gut“
- High School Diploma, USA

Wesentliche Tätigkeitsfelder

- Durchführung von Jahres- und Konzernabschlussprüfungen, Branchenschwerpunkte: Energieversorgung, Telekommunikation, Kommunalwirtschaft (über fünfzehnjährige Projekterfahrung)
- Beratung nationaler und internationaler Unternehmen in Fragen des Wirtschafts-, Gesellschafts-, Wertpapier- und Steuerrechts (über fünfzehnjährige Projekterfahrung)
- Beratung und Konzeptionierung von PPP-Modellen sowie deren Begleitung in der Durchführungsphase unter Einbeziehung der Finanzierungsstrategie und Beratung (über fünfzehnjährige Projekterfahrung)

Mitgliedschaften

- Mitglied des gemeinsamen Prüfungsamtes Hamburg für das 2. Staatsexamen
- Mitglied der Prüfungskommission am Hanseatischen Oberlandesgericht für das 1. Staatsexamen
- Mitglied der Prüfungskommission beim Schleswig-Holsteinischen Finanzministerium für das Steuerberaterexamen
- Vorstandsmitglied Steuerberaterkammer Schleswig-Holstein

1. Grundlagen wirtschaftliche Betätigung der Kommunen

- a) Einführung
- b) Öffentliche Unternehmen mit privatrechtlicher Organisation
- c) Probleme & Beispiele

2. Aufgaben des Aufsichtsrats

- a) Aufbau & Struktur
- b) Rechte & Pflichten

01

Kommunale wirtschaftliche Betätigung



- Die mittelbare oder unmittelbare Beteiligung einer Gemeinde – wie ein Privater – am allgemeinen Wirtschaftsleben setzt grundsätzliche **zwei Aspekte** voraus:
 - Perspektive der Einwohner der Gemeinde und des gemeinen Wohls der Gemeinde ist zu berücksichtigen
 - Schutz privater Mitbewerber in gewissem Umfang vor einer zu ausgedehnten gemeindlichen Tätigkeit auf Wirtschaftsmärkten aufgrund möglicher Wettbewerbsvorteile der Gemeinde (z.B. fehlende Insolvenzfähigkeit nach § 131 Abs. 2 GO)
- Ein starkes Verdrängen privater Marktteilnehmer liegt nicht im allgemeinen Interesse.
- Gründen der wirtschaftlichen Aufgabenerledigung und der effektiven Versorgung der Gemeinde – besonders in Mangelsituationen → sinnvolle Beteiligung der Gemeinde am Wirtschaftsleben

01

Kommunale wirtschaftliche Betätigung



Bei den Marktzutrittsregelungen unterscheidet der Gesetzgeber drei Formen von marktgängigen Leistungen und knüpft an deren Zulässigkeit unterschiedlich hohe Anforderungen

- Abgrenzung erfolgt branchenbezogen → nicht nach kaufmännischen Gesichtspunkten
- Zu unterscheiden sind:
 - Die **wirtschaftliche** (§ 101 Abs. 1 GO SH),
 - Die **nichtwirtschaftliche** (§ 101 Abs. 4 GO SH) und
 - Die **energiwirtschaftliche** (§ 101a GO SH)

01

Kommunale wirtschaftliche Betätigung



- Maßgeblich ist → in welche der in §§ 101, 101a GO SH definierten Marktkategorien die in Rede stehende kommunale Leistung einzuordnen ist
- **Energiewirtschaftlichen Betätigung** = Die wirtschaftliche Betätigung zur Erzeugung oder zur Gewinnung, zum Vertrieb oder zur Verteilung von Energie zur Strom-, Gas-, Wärme- oder Kälteversorgung, vgl. § 101a Abs. 1 GO SH

01

Kommunale wirtschaftliche Betätigung



Anforderungen eines wirtschaftlichen Unternehmens nach § 101 GO SH

- Gemäß **Absatz 1** darf das **wirtschaftliche Unternehmen** errichtet, übernommen oder wesentlich erweitert werden, wenn
 - Ein öffentlicher Zweck, dessen Erfüllung im Vordergrund der Unternehmung stehen muss, das Unternehmen rechtfertigt,
 - Die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und des Unternehmens steht und
 - Der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann

Diese Merkmale müssen kumulativ, d.h. nebeneinander vorliegen

- Gemäß **Absatz 2** ist die wirtschaftliche Betätigung **außerhalb des Gemeindegebietes** zulässig, wenn
 - Die Voraussetzungen des Absatzes I vorliegen und
 - Berechtigte Interessen der Gebietskörperschaften gewahrt sind (nur solche, die nach bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbes zulassen, § 101 II 2 GO SH)

01

Kommunale wirtschaftliche Betätigung



Anforderungen eines wirtschaftlichen Unternehmens nach § 101 GO SH

- Gemäß **Absatz 3** ist die wirtschaftliche Betätigung im Ausland zulässig, wenn
 - Die Voraussetzungen des Absatzes I erfüllt sind,
 - Berechtigte Interessen des Bundes oder des Landes Schleswig-Holstein **nicht entgegenstehen**
 - Die Kommunalaufsichtsbehörde die Aufnahme vorher genehmigt hat

Nicht wirtschaftliches Unternehmen im Sinne des § 101 GO SH sind gemäß **Absatz 4**

- Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
- Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art und
- Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen

Sie müssen trotzdem **wirtschaftlich** und **sparsam** verwaltet werden

01

Kommunale wirtschaftliche Betätigung



- **Energiewirtschaftliche** Betätigung → § 101a GO SH
- **Besondere Bedeutung** → aufgrund der unverändert oligopolistischen Strukturen der Energiemärkte → insbesondere im Bereich der Energieerzeugung
- **Gesetzliche Privilegierung der** wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden → in den Bereichen der **Strom-, Gas- und Wärmeversorgung** → unterliegt deutlich geringeren Anforderungen als die übrige wirtschaftliche Betätigung
- **Ziel** → diese Privilegierung sollen die kommunalen Energieversorgungsunternehmen neben den großen privatwirtschaftlichen Verbundunternehmen zu leistungsfähigen Mitunternehmern machen, wobei insbesondere auch Kraftwerke außerhalb der Grenzen des eigenen Gemeindegebiets betrieben werden können, sofern es sich beim Standort um angrenzende Gemeindegebiete handelt und ein Einvernehmen mit der betroffenen Gemeinde besteht

01

Kommunale wirtschaftliche Betätigung



Sonderregelung: energiewirtschaftliche Betätigung § 101a GO SH

- **Legaldefinition energiewirtschaftliche Betätigung in § 101a Abs. 1 Satz 1 GO SH** → Die wirtschaftliche Betätigung zur Erzeugung oder zur Gewinnung, zum Vertrieb oder zur Verteilung von Energie zur Strom-, Gas-, Wärme- oder Kälteversorgung
- Sie ist zulässig, wenn
 - Sie grundsätzlich einem öffentlichen Zweck dient und
 - Soweit die Voraussetzungen des § 101 I Nr. 2 GO SH erfüllt sind
(die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und des Unternehmens steht, § 101 I Nr. 2 GO SH)
- Für eine energiewirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes oder im Ausland gelten § 101 Abs. 2 und 3 GO SH entsprechend (siehe Folien 9 und 10)
- Zuständig für die Genehmigung ist die oberste Kommunalaufsichtsbehörde, § 101 Abs. 3 Satz 2 GO SH

02

Institutionelle Möglichkeiten & materielle Anforderungen



- In öffentliche Unternehmen mit privatrechtlicher Organisation gibt im wesentlichen die gewählte privatrechtliche Rechtsform – unabhängig von der öffentlichen Beteiligung – den rechtlichen Rahmen vor. Dieser wird durch kommunalrechtliche Zusatzanforderungen ergänzt:
- Institutionelle Möglichkeiten zur Einflussnahme
 - Errichtung, Gründung, Übernahme, wesentliche Erweiterung kommunaler Unternehmen sowie Veräußerung von Anteilen erfordert jeweils **Beschluss der Gemeinde** (§ 28 Nr. 17 GO SH)
 - Pflicht zur **Anzeige** gegenüber **Kommunalaufsichtsbehörde** (§ 108 Abs. 1 S. 1 GO SH); Recht zum Widerspruch jedoch nur bei drohender Rechtsverletzung (§ 108 Abs. 1 S. 4 GO SH)
 - Einwirkung der Gemeinde auf Gesellschaftsvertragsklausel zur **Mitgliedschaft von Gemeindevertretern im Aufsichtsrat** (§ 104 Abs. 1 GO SH)
 - **Weisungsbefugnis** der Gemeinde (§ 25 Abs. 1 GO SH)

02

Institutionelle Möglichkeiten & materielle Anforderungen



- Materielle Anforderungen
 - Kommunales Unternehmen muss Anforderungen der §§ 101ff. GO SH einhalten
- Der Gesellschaftsvertrag der unmittelbaren Beteiligung soll so gestaltet werden, dass ein angemessener Einfluss der Kommune bzw. ihrer Vertreter im kommunalen Unternehmen auf dessen Tochtergesellschaft sichergestellt ist
- Möglichkeiten gemeindlicher Einflussnahme
 - Bei Gesellschaften mit kommunaler Mehrheitsbeteiligung Zustimmung der Gemeinde zu einer Beteiligung einer Gesellschaft an einer anderen nur unter denselben oder ähnlichen Bedingungen, unter denen sie selbst Beteiligungen erwerben darf
 - Die Bindung der Gemeinde erstreckt sich auch auf die Vertreter der Gemeinde in der Gesellschaft (auch solche, bei denen die Gemeinde die Bestellung nur durch ihren Besetzungsvorschlag veranlasst hat)
 - Die Haftung der sich beteiligenden Gesellschaft muss auf einen bestimmten Betrag begrenzt sein

02

Institutionelle Möglichkeiten & materielle Anforderungen



- § 104 GO SH trifft Vorgaben für (mittelbare) Beteiligungen, d.h.
 - **Grundsatz:**
 - Gemeinde sollte Gesellschaftsvertrag so gestalten, dass sie per Weisung auf Vertreter in der Gesellschaft einwirken kann, Abs. 1 S. 2; § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO SH
 - Gemeinde entsendet Vertreter in den Aufsichtsrat, Abs. 1 S. 1
 - Vertreter unterliegen der Weisung des Gemeinderats, § 25 Abs. 1 GO SH
 - **Ausnahme:** Andere Vorkehrungen stellen gemeindlichen Einfluss hinreichend sicher und Satzung oder einzelfallbezogene Beschlusslage spezifiziert das Weisungsrecht entsprechend, Abs. 2, 1 S. 2
- Anzeigepflicht gilt auch bei mittelbaren Beteiligungen
 - § 108 Abs. 1 GO SH erstreckt die Anzeigepflicht auch auf mittelbare Beteiligungen
 - Ausnahmsweise sind Veränderungen hinsichtlich mittelbarer Beteiligungen nicht anzuzeigen, wenn die Kommune hieran zu weniger als 25 % beteiligt ist (§ 108 Abs. 2 GO SH)
- Ebenso muss die Gemeindevertretung der Gründung zustimmen (§ 28 Nr. 17 GO SH)

03

Besetzung des Aufsichtsrats



- **Problem:** Soweit das kommunale Unternehmen an Ausschreibungen der Gemeinde teilnimmt, verstößt die aktive Mitgliedschaft des Bürgermeisters im AR in diesem Zusammenhang gegen die Neutralitätspflicht, vgl. § 6 Abs. 2, 3 VgV
 - Für Stadtwerke ergeben sich insbesondere bei der **Konzessionsvergabe** Schwierigkeiten
 - **Beispiel:** LG Kiel, Urt. v. 13.01.2017, 14 HKO 46/16 Kart
 - **Tatbestand:** Stadtwerk mit Bürgermeister im AR beteiligt sich am Vergabeverfahren der Kommune für Strom- und Gaskonzessionen
 - **Entscheidung:** Dem Antrag auf einstweilige Verfügung eines Mitbieters wird stattgegeben. Vergabeverfahren wird gestoppt; Konzessionen sind neu auszuschreiben.
 - **Grund:** Diskriminierungsfreiheit im Verfahren verlangt personelle und organisatorische Trennung der Verfahrensleitenden Stelle und des kommunalen Betriebs
- Um solche Interessenskonflikte zu vermeiden, sollten Gemeinden daher **niemals den Bürgermeister zum Mitglied im Aufsichtsrat** bestimmen
- Die GO SH sieht dessen Entsendung seit 2016 auch nicht mehr vor (zuvor verpflichtete § 104 Abs. 1 GO SH a.F. ausdrücklich dazu)

03

Besetzung des Aufsichtsrats



- Beispielhafte problematische Ausgestaltung in einem Gesellschaftsvertrag:
 - „Der Aufsichtsrat besteht aus 16 Mitgliedern. Die Mitglieder werden vom Gemeinderat der Kommune A entsandt. Zu den entsandten Mitgliedern gehören auch der Bürgermeister und der Kämmerer der Kommune A.“ (§ X GV)
 - Ausnahmen und Vertretungsregeln sieht der Gesellschaftsvertrag nicht vor
- Um Risiken von Neutralitätspflichtverletzungen vorzubeugen, wäre über eine Anpassung einer solchen Klausel nachzudenken

03

Das Neutralitätsgebot



- **Problem:** Beratende Teilnahme des Bürgermeisters an Aufsichtsratssitzungen provoziert womöglich ebenfalls Verstoß gegen seine Neutralitätspflicht (vgl. § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV)
 - Für Stadtwerke ergeben sich insbesondere bei der Konzessionsvergabe Schwierigkeiten
 - **Beispiel:** LG Kiel, Urt. v. 13.01.2017, 14 HKO 46/16 Kart
 - **Tatbestand:** Stadtwerk mit Bürgermeister im AR beteiligt sich am Vergabeverfahren der Kommune für Strom- und Gaskonzessionen
 - **Entscheidung:** Dem Antrag auf einstweilige Verfügung eines Mitbieters wird stattgegeben. Vergabeverfahren wird gestoppt; Konzessionen sind neu auszuschreiben.
 - **Grund:** Diskriminierungsfreiheit im Verfahren verlangt personelle und organisatorische Trennung der Verfahrensleitenden Stelle und des kommunalen Betriebs

03

Das Neutralitätsgebot



- Einige Gerichte erkennen in der Teilnahme des Bürgermeisters an der Konzessionsentscheidung keine Verletzung seiner Neutralitätspflicht
 - **Beispiel:** OLG Stuttgart, Urt. v. 5.1.2017, 2 U 66/16
 - **Tatbestand:** Stadtwerk mit Bürgermeister im AR beteiligt sich am Vergabeverfahren der Kommune für Strom- und Gaskonzessionen
 - **Entscheidung:** Weitgehende Zurückweisung des Antrags auf einstweilige Verfügung eines Mitbieters
 - **Grund:** Kein Verstoß gegen Neutralitätsgebot, da nach § 104 I 1 GemO-BW grds. der Bürgermeister die Gemeinde vertritt und allenfalls einen Gemeindebediensteten als Vertreter benennen kann
- Urteil ist außerhalb Baden-Württembergs mit Vorsicht zu beachten, da die GemO-BW nur begrenzt einen Ausweg aus der Pflichtenkollision vorsieht

03

Das Neutralitätsgebot



- Ob der Bürgermeister bei Teilhabe an Vergabeentscheidungen zugunsten kommunaler Gesellschaftern seine Neutralität wahrt, ist jedenfalls ungewiss
 - **Beispiel:** OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.4.2017, 6 U 151/16 Kart
 - **Tatbestand:** Stadtwerk mit Bürgermeister als Gesellschaftervertreter beteiligt sich am Vergabeverfahren der Kommune für Strom- und Gaskonzessionen
 - **Entscheidung:** Dem Antrag auf einstweilige Verfügung eines Mitbieters wird stattgegeben. Vergabeverfahren wird gestoppt; Konzessionen sind neu auszuschreiben.
 - **Grund:** Intransparenz der Bewertungsmethode; nicht aber Verstoß gegen Neutralitätsgebot, da der Bürgermeister sich verpflichtet hatte, im Vergabeverfahren nicht an Gesellschafterversammlungen und Sitzungen des Energiebeirats teilzunehmen
- Kautelarjuristisch empfiehlt sich, dass der Bürgermeister jedenfalls Sitzungen fernbleibt, die laut TO unmittelbar die Teilnahme an Vergabeverfahren der Kommune betreffen

03

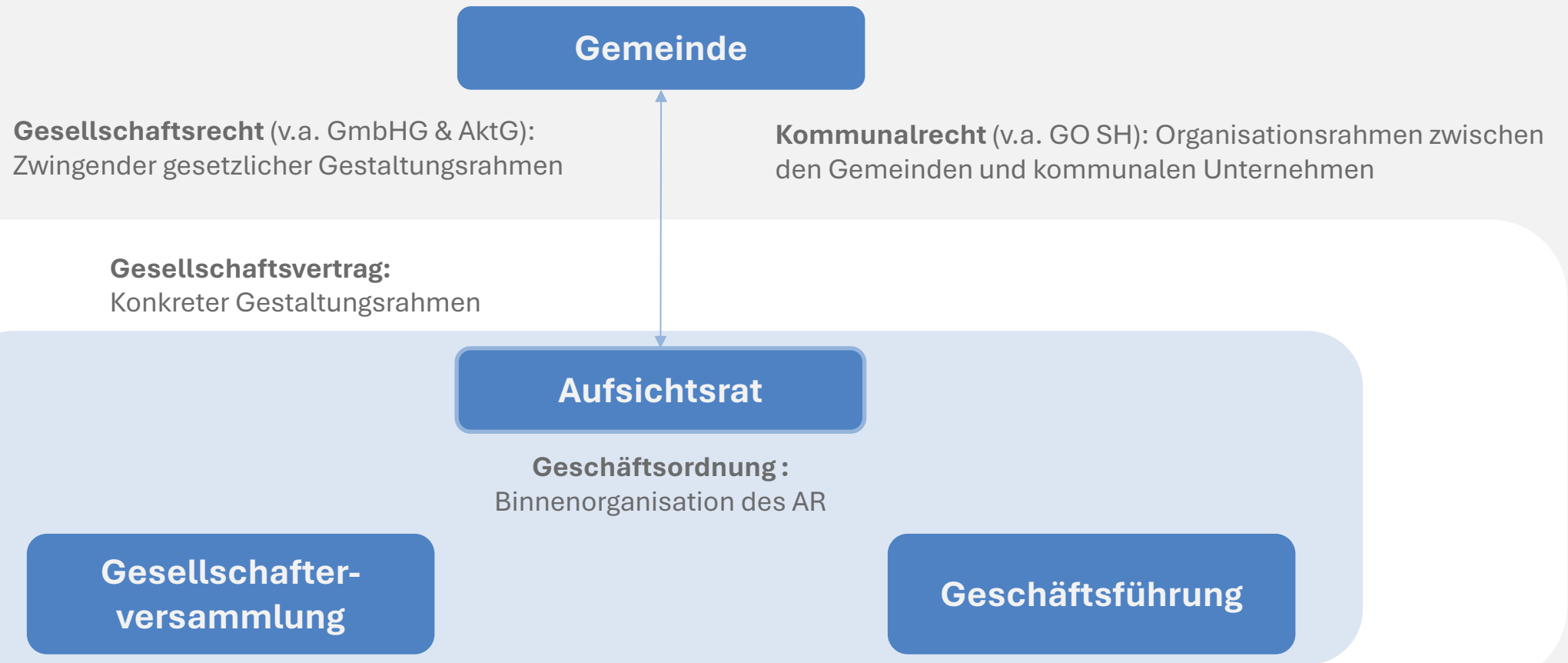
Abberufung des Vertreters



- Die Gemeindevertretung darf den Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat **jederzeit** abberufen (§§ 40a Abs. 1, 104 Abs. 1 S. 1 GO SH)
- Voraussetzung: **Fehlerfreier Ermessensgebrauch**, d.h. keine beliebige Abberufung (VG Köln, Urt. v. 10.12.14, 4 K 948/14)
- Hinreichender Abberufungsgrund ist z.B. Weisungsverstoß
- **Problem:** Abberufung nach Veränderung der Mehrheitsverhältnisse in der Gemeindevertretung (z.B. nach Wahlen)
- **Lösung:** Bestellung
 - mit Befristung für die Dauer der Legislaturperiode oder
 - ohne Befristung, aber nur vorbehaltlich einer Bestätigung bei Beginn der neuen Legislaturperiode
- Ähnlichkeit zur dispositiven Regelung von §§ 52 GmbHG, 102 AktG (Bestellung für 5 Jahre)

04

Rechtlicher Rahmen



04

Der Aufsichtsrat als Unternehmensorgan



- Der Aufsichtsrat hat den Auftrag, die **Geschäftsführung zu überwachen** und dabei treuhänderisch die Interessen des Unternehmens und seiner Anteilseigner zu wahren.
- **Zentrale Aufgaben** des Aufsichtsrats, vgl. § 111 Abs. 1, Abs. 2 AktG
 - Personalkompetenz
 - Überwachungs- und Beratungskompetenz
 - Bilanzkompetenz (v.a. Erteilung des Prüfungsauftrags für Jahres- und Konzernabschluss)
- Der Aufsichtsrat ist nicht Vorgesetzter der Geschäftsführung. Er steht nicht über der Geschäftsführung, sondern mit ganz bestimmten Rechten & Pflichten (z.B. Recht auf Information) neben ihr. Es besteht auch kein Weisungsrecht des Aufsichtsrats gegenüber der Geschäftsführung. Beide Organe erfüllen ihre Aufgabe in **eigener Verantwortlichkeit**

04

Personalkompetenz des Aufsichtsrats



- Die Personalkompetenz, d.h. die Zuständigkeit für die **Bestellung** und **Abberufung** der Mitglieder der Geschäftsführungsorgans, soweit sie dem Aufsichtsrat zukommt, ist die „höchste und verantwortungsvollste Aufgabe“ des Aufsichtsrats. Diese Kompetenz kann weder durch Satzung noch durch Beschluss des Aufsichtsrats übertragen werden.
- Bei der GmbH ist der Widerruf der Bestellung als Geschäftsführer jederzeit zulässig, vgl. § 38 Abs. 1 GmbHG. Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings vorsehen, dass wichtige Gründe i.S.d. § 38 Abs. 2 GmbHG vorliegen müssen.
- Außerhalb der aktienrechtlichen Bestimmungen für die AG sowie die paritätische mitbestimmte GmbH bestehen einige Abweichungen:
 - Die Amtszeit ist gesetzlich nicht begrenzt. Maßgeblich ist, was im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde.

04

Personalkompetenz des Aufsichtsrats



- **Beispiel:** Die G-AG hat zwei Tochtergesellschaften im Inland: die X-GmbH mit 600 Mitarbeitern und die Z-GmbH mit 5.000 Beschäftigten. In beiden Tochtergesellschaften steht die Berufung eines neuen Geschäftsführungsmitglieds an. Während hierüber bei der drittelbestimmten X-GmbH die Gesellschafterversammlung entscheidet (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 S. 2 DrittelbG verweist gerade nicht auf § 84 AktG), ist bei der paritätisch mitbestimmten Z-GmbH deren Aufsichtsrat insoweit zuständig.

04

Überwachungs- und Beratungskompetenz



- Gegenstand der Überwachung ist die Geschäftsführung, vgl. § 111 Abs. 1 AktG, § 52 GmbHG. Durch die Überwachung soll sichergestellt werden, dass die Geschäftsführung ihre Aufgaben im Interesse der Anteilseigner und der Gesellschaft effizient und nachhaltig erfüllt.
- Im Zentrum der Überwachung steht das **Leistungsverhalten der Geschäftsführung**. Ausführungsentscheidungen sowie die Wahrnehmung des Tagesgeschäfts sind grundsätzlich nicht Gegenstand dieser Überwachung.
- Die Überwachung hat nach der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur anhand folgender **vier Kriterien** zu erfolgen:
 - **Rechtmäßigkeit** des Vorstandshandelns
 - **Ordnungsmäßigkeit** der Unternehmensorganisation und –planung
 - **Zweckmäßigkeit** der Geschäftsführung
 - **Wirtschaftlichkeit** der Geschäftsführung

04

Überwachungs- und Beratungskompetenz



- Ebenfalls **nicht** Gegenstand einer unmittelbaren Überwachung durch den Aufsichtsrat sind die Mitarbeiter unterhalb des Vorstands bzw. der Geschäftsführung, auch wenn diese eine maßgebliche Leitungsfunktion ausüben
- Hier ist allein der Vorstand bzw. die Geschäftsführung verantwortlich, da er die Delegation, die Auswahl der Personen und deren Kontrolle zu vertreten hat.
 - Vernachlässigt die Geschäftsführung die Verantwortung, muss der Aufsichtsrat ihn darauf hinweisen
→ Insofern besteht mittelbare Kontrolle
- Aufsichtsrat kann aber im Einzelfall sogar verpflichtet sein, sich mit den Problemen nachgeordneter Bereiche zu befassen (z.B. bei Compliance-Problemen)
- Entscheidend ist, dass derartige Maßnahmen nicht isoliert geschehen dürfen, sondern immer bezogen auf die Kontrolle, ob diesbezüglich die Geschäftsführung ihrer Leitungsverantwortung gerecht geworden ist

→ Funktionszusammenhang

04

Handlungsformen: Überwachung, Information & Prüfung



- Eine **effektive Überwachung** ist nur dann möglich, wenn der Aufsichtsrat Kenntnisse über die Geschäftsvorgänge im Unternehmen hat.
 - Die Informationsrechte des Aufsichtsrats und die ihnen entsprechenden Berichtspflichten des Vorstands sind insbesondere in § 90 AktG geregelt.
- Die **Überwachung der Geschäftsführung** erfolgt durch eine Reihe tatsächlicher Handlungen:
 - Die **Entgegennahme** und Kenntnisnahme mündlicher und schriftlicher Informationen der Geschäftsführung, vgl. § 90 Abs. 1 AktG
 - Die **Anforderung** solcher und erforderlichenfalls ergänzender Informationen zu bestimmten Themen, vgl. § 90 Abs. 3 AktG
 - Wahrnehmung von **Einsichts- und Prüfungsrechten**, vgl. § 111 Abs. 2 AktG
 - Die Hinterfragung und Diskussion dieser Informationen

04

Grenzen der Berichts- und Informationspflicht



- Der **Umfang der Berichtspflicht** kann nicht weiter gehen als die Vorstandspflicht zur Unternehmensplanung. Daraus ergibt sich, dass der Vorstand nicht über sämtliche existierenden Planungen kleinteilig und vollumfänglich zu berichten hat.
- Die Berichtspflicht des GmbH-Geschäftsführers ergibt sich insbesondere aus § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 90 Abs. 3 AktG. Danach kann der Aufsichtsrat jederzeit einen Bericht verlangen über die **Angelegenheiten der Gesellschaft**, über ihre rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie über geschäftliche Vorgänge bei diesen Unternehmen, die auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluss sein können. Das Recht auf jederzeitige Berichterstattung findet seine **Grenzen** in:
 - **Wiederholenden** Berichtsverlangen über dieselbe Angelegenheit
 - **Überzogenen** Berichtsansforderungen
 - Berichtsverlangen, die **offensichtlich** keine Angelegenheit der Gesellschaft sind

04

Grenzen der Berichts- und Informationspflicht



- Die Grenzen der Berichtspflicht sind in § 90 AktG lediglich grob umschrieben. Aber insbesondere trifft den Vorstand keine Pflicht zur Berichterstattung, wenn das Verlangen **offensichtlich nicht** die **Angelegenheiten** der Gesellschaft berührt und kein Bezug zur **Funktion** des **Aufsichtsrats** besteht.
- **Recht auf Berichterstattung, nicht auch ein Einsichtsrecht** - BGH, Urteil vom 23-03-1992 - II ZR 128/91 (KG)
 - Die Prüfung von Unterlagen kann unter Umständen einen stärkeren Eingriff in die Geschäftsführung bedeuten als die bloße Aufforderung, einen Bericht zu erstatten oder eine Auskunft zu erteilen
- **Rechtsmissbräuchliches Informationsverlangen** - LG München I (5. Kammer für Handelssachen), Endurteil vom 31.07.2018 - 5 HK O 7878/18, OLG München, Beschluss vom 9.8.2018 – 7 U 2697/18 = BeckRS 2018, 20130
 - Wie jedes Recht steht auch das Informationsverlangen des Aufsichtsrats unter dem **Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs**. Dieser kann nur angenommen werden, wenn die Rechtsausübung als solche zu missbilligen ist, weil ihre Art oder den Begleitumständen nach ungehörig ist, sie anderweitige Pflichten verletzt oder ihr kein schutzwürdiges Interesse zugrunde liegt. Entscheidend ist dabei, zu welchem Zweck der Aufsichtsrat die Informationserteilung verlangt. Verlangt er sie (die Information) zum Zwecke der Erstellung einer Stellungnahme zu einem Tagesordnungspunkt der Hauptversammlung, so setzt dies nur einen nachvollziehbaren Zusammenhang zwischen der verlangten Information und dem Gegenstand der Tagesordnung voraus.

04

Reichweite & Inhalte der Kontrollpflicht



04

Überwachungs- und Beratungskompetenz



- Ein wichtiges Element der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats ist die **Beratungsfunktion** gegenüber dem Vorstand. Anders als die vergangenheitsbezogene Überwachung dient sie der **Prävention**. Der Aufsichtsrat darf sich nicht auf eine passive Entgegennahme der Berichterstattung (i.d.R. Bringschuld des Vorstands) beschränken
- Wegen der strikten Aufgabentrennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat in **Geschäftsführung (Vorstand)** und **Überwachung (Aufsichtsrat)** hat der Aufsichtsrat explizit keine **Weisungsrechte**. Insbesondere darf die Beratungsfunktion des Aufsichtsrats nicht dazu führen, dass sich dieser **gegen den Willen** des Vorstands in die Geschäftsführung einmischt. Der Aufsichtsrat ist zwar mitverantwortlich für das unternehmerische Geschehen in der Gesellschaft, aber ihm steht kein **Initiativrecht** zu, das ist alleinige Befugnis des Vorstands
- **Praxistipp:** Für die Abgrenzung zwischen organschaftlich geschuldeter Leistung und darüber hinausgehender Beratung kann z.B. der Katalog der Berichtspflichten des § 90 Abs. 1 AktG, herangezogen werden

04

Überwachungs- und Beratungskompetenz



- Aufsichtsrat kann grundsätzlich in das Unternehmensgeschehen im Rahmen von Zustimmungspflichten eingreifen
- Entscheidungen des Aufsichtsrats über zustimmungspflichtige Geschäfte haben in der Praxis große Bedeutung
- Ob Mitwirkung auf einem Beschluss des Aufsichtsrats oder auf Regelung im Gesellschaftsvertrag beruht, ist unerheblich
- Durch Zustimmung übernimmt Aufsichtsrat Mitverantwortung, ohne aber zu Geschäftsführungsorgan zu werden
- Kann zustimmungspflichtige Geschäfte weder selbst vornehmen, noch anweisen oder initiieren.
- Erforderliche Zustimmung ist einzuholen, **bevor** das Geschäft vorgenommen wird
- Gleichwohl kann Vorstand das Geschäft auch ohne Zustimmung wirksam vornehmen, handelt im Innenverhältnis damit jedoch pflichtwidrig

04

Überwachungs- und Beratungskompetenz



■ Exkurs: unzulässiger Eingriff in das operative Geschäft

Das Aktiengesetz sieht eine strikte **Kompetenzabgrenzung** zwischen den Organen vor, das sog. **Trennungsprinzip**. Der Vorstand leitet die Gesellschaft gem. § 76 Abs. 1 AktG eigenverantwortlich. Hiervon umfasst ist jedes **Handeln** für die Gesellschaft, sei es tatsächlicher oder rechtlicher Natur.

Der Aufsichtsrat hat gem. § 111 Abs. 4 AktG die Aufgabe, den Vorstand bei dessen Geschäftsführung für die Gesellschaft zu überwachen.

Dadurch, dass die Überwachungskompetenz nicht auf eine **bloße nachträgliche Kontrolle** beschränkt ist, sondern auch die **präventive Überwachung** umfasst, entstehen häufig Schwierigkeiten.

Im Hinblick auf die umfangreichen Berichts- und Informationspflichten gem. § 90 AktG, kommt dem Aufsichtsrat eine Beratungsfunktion zu. Die Funktionstrennung wird nur dann nicht verletzt, wenn im Rahmen der Beratung die **alleinige Entscheidungskompetenz** weiterhin beim Vorstand verbleibt. Der Aufsichtsrat sollte sich im Rahmen der Entscheidungsfindung als „Sparringspartner“ des Vorstands begreifen.

04

Überwachungs- und Beratungskompetenz



- Unzulässige Eingriffe in das operative Geschäft sind auf vielerlei Arten möglich. Typische Konstellationen sind folgende:
 - Unzulässiger Umfang von **Zustimmungsvorbehalten**, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG
 - Ausgestaltung des **Vergütungssystems**; insb. durch den Aufsichtsrat festgelegte und konkrete Zielvorgaben auf Abschluss eines bestimmten Geschäfts
 - **Delegation** von Geschäftsführungsaufgaben an Mitglieder des Aufsichtsrats
 - **Investorengespräche**

04

Überwachungs- und Beratungskompetenz



Beispiel Zustimmungspflichten:

- AktG verpflichtet **Aufsichtsrat** in **§ 111 Abs. 4 S. 2**, bestimmte Arten von Geschäften an **seine Zustimmung** zu binden, s.o.
- Generalklauselartige Vorbehalte hebeln jedoch Geschäftsführungsautonomie des Vorstands aus
 - Vorbehalt muss sich mithin auf bestimmte Arten von Geschäften beziehen
- Zugleich muss es sich um **bedeutsame Geschäfte** handeln, nicht um schlichte Alltagsgeschäfte
- Unzulässig ist ebenfalls ein Übermaß an Zustimmungsvorbehalten, da durch ein solches die Geschäftsführungsautonomie des Vorstands ebenfalls ausgehebelt würde

04

Überwachungs- und Beratungskompetenz



Beispiel Ausgestaltung des Vergütungssystems:

- Aufsichtsrat ist gemäß § 87 Abs. 1 AktG verpflichtet, angemessene Vergütung für Vorstandsmitglieder festzusetzen.
- Variable Vergütungsbestandteile spielen entscheidende Rolle
 - Hierzu zählen auch Prämien, die für Erreichen bestimmter Unternehmensziele zugesagt werden.
 - Führt zu Problemen, wenn Ziele sehr konkret formuliert werden, z.B. im Hinblick auf Abschluss eines bestimmten Geschäfts oder auch die Stilllegung bestimmter Betriebsteile
- Zur Verhinderung von Versuchen der Umgehung des Trennungsprinzips sind solche konkreten Zielvorgaben auch dann als **unzulässiger Eingriff** in das operative Geschäft anzusehen, wenn die Maßnahme, an die die zugesagte Prämie anknüpft, auf Planungen des Vorstands zurückzuführen ist.
 - Dies gilt aus zweierlei Gründen: Einerseits im Nachhinein häufig **kaum feststellbar**, wer Anstoß zu einer Maßnahme gegeben hat. Zum anderen kann derart konkrete Zielvorgabe auch zu **faktischer Bindung des Vorstands** führen.

04

Überwachungs- und Beratungskompetenz



Rechtsfolge: Eine Verletzung des Trennungsprinzips durch den Aufsichtsrat stellt eine **Pflichtwidrigkeit** gem. §§ 116, 93 AktG dar und kann folglich zu einer **Schadensersatzpflicht** des Aufsichtsrats führen. Auch der Vorstand kann sich schadensersatzpflichtig machen, wenn er sich nicht gegen den Eingriff des Aufsichtsrats in das operative Geschäft mittels einer Unterlassungsklage zur Wehr setzt.

04

Bilanzkompetenz des Aufsichtsrats



- Mit dem **Jahresabschluss** und dem **Lagebericht** legt die Geschäftsführung Rechenschaft über das abgelaufene Geschäftsjahr ab. Um der großen Bedeutung dieser Unterlagen angemessen Rechnung zu tragen, wird der Aufsichtsrat verpflichtet, den Jahresabschluss und den Lagebericht **selbst zu prüfen**
- **Exkurs:** Eine Prüfung des Gewinnverwendungsvorschlags kommt bei der GmbH nur in Betracht, wenn die Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet ist, einen Vorschlag vorzulegen
- Der Aufsichtsrat entscheidet über den vom Vorstand aufgestellten Jahresabschluss. Mit der Billigung durch den Aufsichtsrat ist der Abschluss festgestellt, vgl. § 172 Abs. 1 AktG. Der Aufsichtsrat kann den vom Vorstand aufgestellten Jahresabschluss von sich aus nicht ändern, da dazu rechtlich nur der Vorstand befugt ist. Er kann ihn nur billigen oder ablehnen
- **Exkurs:** Der Vorstand wird sich Bedenken des Aufsichtsrats in der Regel nicht verschließen und ggf. von sich aus einen überarbeiteten Jahresabschluss vorlegen

04

Bilanzkompetenz des Aufsichtsrats



- Um die für eine wirkungsvolle Überwachung erforderliche Distanz zu sorgen, verlangt Gesetz sowohl personell als auch funktional eine Trennung von Überwachung und Geschäftsführung.
- Trennungssystem unterscheidet deutsche Leitungsverfassung wesentlich von dem vor allem in den angelsächsischen Ländern üblichen Board-System
- Mitglieder des geschäftsführenden Organs dürfen nicht zugleich dem Aufsichtsrat angehören und umgekehrt
 - Gilt nicht nur für dauernde Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern, sondern auch für der Geschäftsführung nahe stehende leitende Angestellte (z.B. Prokuristen)

05

Verschwiegenheit und Außenkommunikation



Der Aufsichtsrat als Innenorgan

- Überwachungs- und Beratungsfunktion, keine eigene operative Geschäftsführung
- Außenkommunikation über Unternehmensangelegenheiten grundsätzlich durch die Geschäftsleitung
- Umfassende Verschwiegenheits- und Treuepflichten
- Verschwiegenheit gilt auch nach Ende des Mandats fort
- Keine unmittelbaren oder mittelbaren Hinweise auf vertrauliche interne Vorgänge

06

Social Media und sogenannte Soft Disclosures



- Auch scheinbar harmlose Beiträge können Rückschlüsse auf interne Vorgänge ermöglichen
- Keine Angaben oder Andeutungen zu Zahlen, Personal, Verfahren oder Prüfungen
- Keine Fotos oder Selfies mit internen Bereichen, Slides oder Whiteboards
- „Private Meinung“ beseitigt die Organpflichten nicht
- Mögliche Folgen: Schadensersatz, Strafbarkeit, möglicher Verlust des D&O-Versicherungsschutzes

Praxishinweis: Offizielle Unternehmensbeiträge allenfalls ohne eigenen inhaltlichen Kommentar teilen oder liken

07

Darf ich das posten? – Praxisfälle



Zu bewerten sind die folgenden Beiträge: unproblematisch – abstimmungsbedürftig – nicht veröffentlichen

Beitrag	Bewertung	Begründung
„Tolle Aufsichtsratssitzung heute – es bewegt sich was“	Nicht veröffentlichen	Hinweis auf interne Entwicklungen
„Ich freue mich über meine verantwortungsvolle Tätigkeit im Aufsichtsrat“	Abstimmungsfähig	Nur ohne Bezug zu internen Vorgängen
Offiziellen Unternehmensbeitrag ohne Kommentar teilen	Eher unproblematisch	Bereits freigegebene Kommunikation
Selfie vor Sitzungsraum mit Präsentation im Hintergrund	Nicht veröffentlichen	Gefahr der Offenlegung vertraulicher Inhalte

Im Zweifel: Keine Echtzeitkommunikation aus oder unmittelbar nach der Sitzung

WIRTSCHAFTSRAT RECHT



www.wr-recht.de



info@wr-recht.de



Tel.: 040 / 350036-0



Standort Hamburg

Bleichenbrücke 11

20354 Hamburg

Hinweise

© Der gesamte Inhalt dieser Präsentation mit Ausnahme des Titelfotos ist ausschließliches Eigentum der WIRTSCHAFTSRAT Recht – Bremer Voitag Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. Ohne Einwilligung der Rechtsinhaberin ist jegliche Übernahme zur Vervielfältigung und zur Nutzung für werbliche Zwecke oder die Änderung des Inhalts bei Beibehaltung der wesentlichen strategischen Aussagen – auch einzelner – Vorschläge unzulässig, wenn nicht dafür die schriftliche Genehmigung der Rechtsinhaberin eingeholt wurde.
Das Titelfoto wird unter einer CC 0 Lizenz über die Plattform Unsplash bereitgestellt. Die verwendeten Icons stammen von Flaticons.