

Parlamentarischer Beratungsdienst

Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten in kommunalen Gesellschaften und Informationsrechte der Gemeindevertretung

Bearbeiterin: Ulrike Schmidt

Datum: 29. Oktober 2010

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

I.	Auftrag.....	3
II.	Stellungnahme.....	4
1.	Informationsrechte der Aufsichtsräte und ihrer Mitglieder.....	4
a)	Aktiengesellschaften.....	4
aa)	Berichte des Vorstands.....	5
bb)	Einsichtsrechte.....	6
cc)	Jahresabschluss.....	7
dd)	Frist und Form der Berichte und der Auskunftersuchen.....	7
b)	GmbHs.....	9
aa)	GmbHs mit obligatorischem Aufsichtsrat.....	10
bb)	GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat.....	11
c)	Zusammenfassung.....	11
2.	Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder.....	12
a)	Überblick.....	12
b)	Insbesondere Verschwiegenheitspflicht.....	17
aa)	Aktiengesellschaften und GmbHs mit obligatorischem Aufsichtsrat.....	18
bb)	GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat.....	20
c)	Haftung bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht.....	22
aa)	Strafrechtliche Konsequenzen.....	22
bb)	Zivilrechtliche Konsequenzen.....	22
d)	Zusammenfassung.....	23
3.	Abstimmung im Aufsichtsrat.....	23
a)	Aktiengesellschaften.....	24
b)	Aktiengesellschaften und GmbHs nach dem Mitbestimmungsgesetz.....	24
c)	GmbHs nach dem Drittelbeteiligungsgesetz.....	25
d)	GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat.....	25
e)	Zusammenfassung.....	26
4.	Informationsrechte der Gemeindevertretung und ihrer Mitglieder.....	26
a)	§ 97 Abs. 7 BbgKVerf.....	26
aa)	Informationsrechte gegenüber Vertretern der Gemeinde, die Gesellschafterrechte wahrnehmen.....	28
bb)	Informationsrechte gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern.....	30
b)	§ 29 Abs. 1 BbgKVerf.....	31
c)	Zusammenfassung.....	32

I. Auftrag

Die Kommunalverfassung des Landes Brandenburg (BbgKVerf) räumt den Gemeinden die Möglichkeit ein, sich unter bestimmten Voraussetzungen wirtschaftlich zu betätigen und dazu auf der Grundlage eines Beschlusses der Gemeindevertretung Unternehmen zu gründen. Neben den sog. Eigenbetrieben und den kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts erlaubt § 92 Abs. 2 Nr. 3 BbgKVerf auch die Gründung rechtlich selbständiger Unternehmen in der Form einer juristischen Person des privaten Rechts. Soweit hiervon Gebrauch gemacht wird, dürfte in der Praxis die Gesellschaftsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) vorherrschen; aber auch die Aktiengesellschaft (AG) stellt eine mögliche Rechtsform dar. Soweit die Gemeinde alleiniger Gesellschafter ist, handelt es sich um sog. Eigengesellschaften, zulässig ist daneben auch die (Mit-)Beteiligung an Gesellschaften in privater Rechtsform (§ 92 Abs. 2 Nr. 4 BbgKVerf).

Die folgende Ausarbeitung, der ein umfangreicher Fragenkatalog zugrunde liegt, befasst sich in erster Linie mit den Rechten und Pflichten der Personen, die von den Gemeinden in die Aufsichtsräte der gemeindeeigenen Unternehmen entsandt worden sind. Von Interesse ist,

- welche **Informationsrechte** der jeweilige **Aufsichtsrat** und seine Mitglieder gegenüber der Geschäftsführung haben und wie diese durchgesetzt werden können,
- welche **Pflichten** die Aufsichtsratsmitglieder haben, ob diese über die gesetzlichen hinaus erweitert werden können und welche straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen sich bei der Verletzung von Verschwiegenheitspflichten ergeben und
- welchen Verfahrensregelungen die **Abstimmung** im Aufsichtsrat unterliegt.

Daneben soll dargestellt werden, welche **Informationsrechte** die **Gemeindevertretung**, ihre einzelnen Mitglieder, die Ausschüsse und Fraktionen gegenüber der Geschäftsführung eines gemeindlichen Unternehmens und den von der Gemeinde in dessen Aufsichtsrat entsandten Vertretern haben. In diesem Zusammenhang soll auch das Verhältnis zwischen Kommunalverfassungsrecht einerseits und (Bundes-)Gesellschaftsrecht andererseits erörtert werden.

II. Stellungnahme

1. Informationsrechte der Aufsichtsräte und ihrer Mitglieder

Da die innere Verfassung der Aktiengesellschaften und der GmbHs in jeweils unterschiedlichen Gesetzen geregelt ist, wird auf die Frage der Informationsrechte der Aufsichtsräte und ihrer Mitglieder im Folgenden getrennt nach Aktiengesellschaften und GmbHs eingegangen.

a) Aktiengesellschaften

Der Aufsichtsrat ist neben dem Vorstand und der Hauptversammlung notwendiges Organ der Aktiengesellschaft. Während die Geschäftsleitung dem Vorstand obliegt, überwacht der Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 1 Aktiengesetz (AktG)¹ eben diese Geschäftsleitung. Er ist das Kontroll- und Beratungsorgan innerhalb der internen Struktur der Aktiengesellschaft. Seine Überwachungsfunktion umfasst sowohl die vergangenheitsbezogene Kontrolle als auch die zukunftsorientierte Beratung.² Die Kontrolle beschränkt sich nicht auf eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle, sondern bezieht sich auch auf die Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung.³

Aus dem verwendeten Begriff der „Geschäftsleitung“ folgt, dass sich die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats nicht auf sämtliche Zweige der Verwaltung einer AG erstreckt, insbesondere nicht auf die Erledigung des laufenden Tagesgeschäfts. Gegenstand der Überwachung sind vielmehr die Leitungsmaßnahmen in der Gesellschaft, die der Vorstand trifft. Hierzu gehören sowohl die eigentlichen Führungsentscheidungen als auch wesentliche Einzelmaßnahmen.⁴ Die Informationsrechte des Aufsichtsrats sind unmittelbar an seine gesetzlichen Aufgaben geknüpft, da er letztere nur dann verantwortlich ausüben kann, wenn er über die dazu erforderlichen Informationen verfügt.

1 Vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2509).

2 *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, § 2 Rn. 58 m. w. Nachw.

3 *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 3 Rn. 71 ff.; *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, 141 <142>.

4 *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 3 Rn. 65 f.

aa) Berichte des Vorstands

Ein Teil der Informationsrechte des Aufsichtsrats ist in § 90 AktG geregelt, der im Einzelnen bestimmt, worüber der Vorstand dem Aufsichtsrat **regelmäßig zu berichten** hat. Danach bezieht sich die Berichtspflicht u. a. auf

- die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (insbes. die Finanz-, Investitions- und Personalplanung), einschließlich der Abweichungen von ursprünglichen Planungen nebst einer Begründung,
- die Rentabilität der Gesellschaft,
- den Gang der Geschäfte, insbes. den Umsatz, und auf die Lage der Gesellschaft,
- Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können.

Die Berichte sind in bestimmten Mindestzeitabständen zu erstatten (§ 90 Abs. 2 AktG).

Neben diesen regelmäßigen Unterrichtungen kann der Aufsichtsrat vom Vorstand auch jederzeit **Berichte anfordern** über Angelegenheiten der Gesellschaft, über ihre rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie über geschäftliche Vorgänge bei diesen Unternehmen, die die Lage der Gesellschaft erheblich beeinflussen können. Die Anforderung setzt einen entsprechenden Beschluss des Aufsichtsrats voraus. Daneben steht auch dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied das Recht zu, solche Berichte anzufordern. Die Gegenstände, über die berichtet werden soll, müssen ausreichend präzise umschrieben sein; das Berichtsverlangen darf zudem nicht missbräuchlich ausgeübt werden. Von einem Missbrauch wird ausgegangen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Aufsichtsratsmitglied die Information unter Verstoß gegen seine Verschwiegenheitspflicht zu Lasten von Gesellschaftsinteressen nutzen würde, wenn also z. B. konkret zu befürchten ist, dass eingeforderte Informationen an Wettbewerber der Gesellschaft weitergegeben würden.⁵

Empfänger der regelmäßigen wie auch der angeforderten Berichte ist allein der Aufsichtsrat als Organ, d. h. die Berichte werden zu Händen des Aufsichtsratsvorsitzenden erstattet. Eine Berichterstattung nur gegenüber einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern genügt demgegenüber nicht. Die Berichterstattung kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Jedes Mitglied hat das Recht, von den Berichten Kenntnis zu nehmen. Soweit der Aufsichtsrat nichts anderes beschlossen hat, kann das einzelne Aufsichtsratsmitglied auch verlangen, dass ihm

⁵ Hüffer, Aktiengesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2008, § 90 Rn. 12a m. w. Nachw.; Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, Kommentar, 1. Aufl. 2008, § 90 Rn. 45.

schriftliche Berichte, die dem Aufsichtsrat(-svorsitzenden) erstattet worden sind, übermittelt werden.⁶

Berichtspflichtig ist der Vorstand. Der Aufsichtsrat hat daher grundsätzlich nicht das Recht, sich über den Vorstand hinweg bei Angestellten der Aktiengesellschaft zu informieren. Ausnahmen sind allenfalls denkbar, wenn der dringende Verdacht besteht, dass sich der Vorstand einer erheblichen Pflichtverletzung schuldig gemacht hat.⁷

Gemäß § 23 Abs. 5 AktG kann von den Vorschriften des Aktiengesetzes in der Satzung der Aktiengesellschaft nur abgewichen werden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen in der Satzung sind nur zulässig, sofern die jeweilige gesetzliche Bestimmung nicht abschließend ist. Für die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats kann nichts anderes gelten. Ob eine Regelung abschließend ist, lässt sich nur in jedem Einzelfall entscheiden; soweit sie aber den Zuständigkeitsbereich der Organe und ihre innere Organisation zum Gegenstand haben, sind sie zwingender Natur.⁸ Bei den Bestimmungen über die Berichtspflichten des Vorstands und vor allem über die Anfordernungsberechtigten und über die Empfänger der Berichte handelt es sich um solche Regelungen der inneren Organisation und der Zuständigkeiten des Organs Aufsichtsrat. Daher wäre es nicht zulässig, den Empfängerkreis, gegenüber dem der Vorstand zu berichten hat, auf einzelne Aufsichtsratsmitglieder oder auf eine Gruppe von Mitgliedern auszuweiten. Empfänger ist nach dem Gesetz der Aufsichtsrat als Gesamtorgan. Diese Regelung steht nicht zur Disposition des Aufsichtsrats.

bb) Einsichtsrechte

Nach § 111 Abs. 2 AktG hat der Aufsichtsrat das Recht, zum Zwecke der Überwachung „die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren,“ einzusehen und zu prüfen. Dieses Einsichts- und Prüfungsrecht ergänzt die Berichtspflicht des Vorstands und gibt dem Aufsichtsrat, besonders bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten, die Möglichkeit, die Berichte des Vorstands zu prüfen und sich – auch gegen dessen Willen – Informationen zu verschaffen. Das Recht kann grundsätzlich jederzeit ausgeübt werden.

6 *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006 (im Folgenden: „Lutter, Information“), § 5 Rn. 182.

7 *Hüffer* (Fn. 5), § 90 Rn. 11; *Krieger/Sailer* (Fn. 5), § 90 Rn. 39.

8 *Hüffer* (Fn. 5), § 23 Rn. 56.

Das Einsichts- und Prüfungsrecht steht nur dem Aufsichtsrat als Organ zu, nicht dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied.⁹ Der Aufsichtsrat kann jedoch einzelne Mitglieder mit der Einsichtnahme beauftragen oder einen Ausschuss nach § 107 Abs. 3 AktG für diesen Zweck einsetzen. Zudem erlaubt § 111 Abs. 2 AktG, „für bestimmte Aufgaben“ besondere Sachverständige einzuschalten.

Die Regelung über das Einsichtsrecht in Art. 111 Abs. 2 AktG ist zwingendes Recht,¹⁰ abweichende Bestimmungen in der Satzung der Aktiengesellschaft oder gar in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats sind nicht zulässig.

cc) Jahresabschluss

Unverzüglich nach der Aufstellung hat der Vorstand dem Aufsichtsrat den Jahresabschluss und den Lagebericht sowie einen Vorschlag für die Gewinnverwendung vorzulegen (§ 170 Abs. 1 und 2 AktG). Wie schon bei den Berichten des Vorstands nach § 90 AktG hat auch in diesem Falle jedes Mitglied das Recht, von den Vorlagen Kenntnis zu nehmen. Außerdem sind die Vorlagen und Prüfberichte jedem Aufsichtsratsmitglied zu übermitteln, es sei denn, der Aufsichtsrat hat beschlossen, dass die Unterlagen nur einem von ihm eingesetzten Ausschuss zu übermitteln sind.

Auch hier handelt es sich um eine Regelung, die den Adressaten des Jahresabschlusses (das Organ Aufsichtsrat) und die Information der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder hierüber abschließend benennt. Abweichungen sind daher nicht zulässig.

dd) Frist und Form der Berichte und der Auskunftersuchen

Sowohl für die regelmäßigen als auch für die angeforderten Berichte nach § 90 AktG verlangt § 90 Abs. 4 Satz 2 AktG, dass sie „möglichst rechtzeitig“ und, soweit es sich nicht um Berichte aus wichtigem Anlass (§ 90 Abs. 1 Satz 3 AktG) handelt, in der Regel „in Textform“ zu erstatten sind. Textform heißt in diesem Zusammenhang, dass die Berichte entweder schriftlich oder per Fax oder E-Mail zu erstatten sind¹¹ und nur deren aktuelle Ergänzung oder die Mitteilung neuester Ereignisse und Entwicklungen mündlich in der Sitzung des Aufsichtsrats erfolgen kann. Die mündliche Berichterstattung ist somit die Aus-

9 *Drygala*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 5), § 111 Rn. 26; *Hüffer* (Fn. 5), § 111 Rn. 11.

10 *Drygala* (Fn. 9), § 111 Rn. 3.

11 Vgl. auch die Legaldefinition in § 126b BGB.

nahme. Sowohl das Erfordernis der Schriftform als auch der möglichst rechtzeitigen Mitteilung soll die Aufsichtsratsmitglieder zu einer effektiven Kontrolle befähigen, indem sie in die Lage versetzt werden, sich gründlich auf die Sitzung vorzubereiten, die Plausibilität der Argumente des Vorstands zu prüfen und zu bewerten sowie etwaige Probleme zu erkennen, zu denen in der Sitzung ggf. Nachfragen gestellt werden können.¹²

Da das Gesetz keine weiteren Bestimmungen zum Verfahren der Berichterstattung durch den Vorstand enthält und insofern keine abschließende Regelung trifft, ist der Aufsichtsrat nicht daran gehindert, für die Informations- und Berichtspflichten des Vorstands Fristen festzulegen oder auch für die regelmäßigen Berichte einen geringeren Zeitabstand zu bestimmen, als er im Gesetz vorgesehen ist. Dies kann z. B. in einer Informations- und Berichtsordnung des Aufsichtsrats für den Vorstand geschehen.¹³ In diesem Sinne empfiehlt auch der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK), dass der Aufsichtsrat die Informations- und Berichtspflichten des Vorstands näher festlegt.¹⁴ Bei einer solchen Informations- und Berichtsordnung würde es sich der Sache nach um eine Geschäftsordnung des Aufsichtsrats für den Vorstand handeln, die für letzteren verpflichtend ist.¹⁵ Allerdings ist bei der generellen Regelung von Fristen für die Berichterstattung zu beachten, dass die jeweils erforderliche Dauer für die Beantwortung je nach Einzelfall unterschiedlich sein kann. Sie hängt vom Gegenstand der Anfrage, der Wichtigkeit und Dringlichkeit der Angelegenheit, aber auch den anderen zu erledigenden Aufgaben des Vorstands ab.¹⁶

Umgekehrt ist es dem Aufsichtsrat nicht verwehrt, in seiner Geschäftsordnung oder in einer Informations- und Berichtsordnung den Mitgliedern des Aufsichtsrats vor einer Sitzung die Einhaltung bestimmter Fristen für ihre Auskunftersuchen vorzugeben, um eine effektive Beantwortung der Fragen in der Sitzung zu gewährleisten. Das Recht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds, in der Sitzung mündlich Anfragen zu stellen, kann jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Denn Berichte können „jederzeit“ (§ 90 Abs. 3 AktG) angefordert werden; zudem kann sich das Informationsbedürfnis auch erst anhand der Antworten des Vorstands und der Diskussionen in der Aufsichtsratssitzung ergeben. Im Übrigen dürfte vielfach das frühzeitige Einreichen einer Frage vor der nächsten Aufsichtsrats-

12 *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 6 Rn. 225, 227.

13 *Lutter*, Information (Fn. 6), § 8 Rn. 100; *Hüffer* (Fn. 5), § 90 Rn. 11.

14 Nummer 3.4. Abs. 3 DCGK in der Fassung vom 26. Mai 2010, Bekanntmachung vom 2. Juli 2010 im elektronischen Bundesanzeiger (eBAZ AT68 2010 B1) – Amtlicher Teil –, einsehbar unter: www.ebundesanzeiger.de [19. Oktober 2010].

15 *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 6 Rn. 317.

16 *Krieger/Sailer* (Fn. 5), § 90 Rn. 37.

sitzung den Vorstand eher befähigen, die Frage umfassend, sachgerecht und zutreffend zu beantworten. Dies liegt gerade auch im Interesse des Aufsichtsratsmitglieds.

b) GmbHs

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte der Aufsichtsräte von GmbHs unterscheiden sich danach, ob es sich um sog. „mitbestimmte GmbHs“ oder um sonstige GmbHs handelt.

In der Regel gilt für GmbHs das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)¹⁷. Danach haben GmbHs grundsätzlich nur zwei Organe (Gesellschafterversammlung und einen oder mehrere Geschäftsführer). Gemäß § 52 GmbHG können die Gesellschafter jedoch im Gesellschaftsvertrag festlegen, dass ein Aufsichtsrat zu bestellen ist (**fakultativer Aufsichtsrat**).

Sind in einer kommunalen GmbH mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt und handelt es sich nicht um ein sog. Tendenzunternehmen¹⁸, so gilt für sie das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG)¹⁹. Das bedeutet, dass die Arbeitnehmer das Mitbestimmungsrecht nach diesem Gesetz haben (§ 1 Abs. 1 MitbestG), und insbesondere, dass in der Gesellschaft gemäß § 6 Abs. 1 MitbestG zwingend ein Aufsichtsrat zu bilden ist (**obligatorischer Aufsichtsrat**). Er ist paritätisch, d. h. zur Hälfte mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen. Bei diesen mitbestimmten GmbHs richten sich die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder nach dem Mitbestimmungsgesetz.

Ein obligatorischer Aufsichtsrat besteht auch in GmbHs, die unter das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG)²⁰ fallen. Dazu zählen GmbHs mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG).²¹ Auch sie haben einen Aufsichtsrat zu bilden. Er besteht

17 In der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2509).

18 Hierunter fallen gemäß § 1 Abs. 4 Nr. 1 MitbestG z. B. Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecken dienen (etwa Krankenhäuser, Sanatorien, Kinder- und Altenheime, Forschungseinrichtungen, Theater- und Konzertunternehmen), sofern sie nicht überwiegend kommerziell tätig sind; vgl. dazu *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2002, § 1 Rn. 41.

19 Vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2479).

20 Vom 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2479).

21 Ausgenommen sind auch hier die sog. Tendenzbetriebe (§ 1 Abs. 2 DrittelbG). Vgl. zur Definition Fn. 18.

zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern (§ 4 Abs. 1 DrittelbG). Seine Rechte und Pflichten ergeben sich aus dem Drittelbeteiligungsgesetz.²²

aa) GmbHs mit obligatorischem Aufsichtsrat

Bei einer GmbH, für die das Mitbestimmungsgesetz einschlägig ist, ergeben sich die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder aus § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, der – neben speziellen Regelungen im Mitbestimmungsgesetz selbst – auf verschiedene Bestimmungen des Aktiengesetzes verweist, darunter § 90 Abs. 3, 4 und 5 Satz 1 und 2 sowie §§ 111 und 170 AktG. Damit stehen den Aufsichtsratsmitgliedern einer mitbestimmten GmbH im Prinzip dieselben Informationsrechte zu wie den Mitgliedern eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. Nicht in die Verweisungskette einbezogen ist allerdings § 90 Abs. 1 und 2 AktG und damit die Pflicht des Vorstands, von sich aus kontinuierlich über bestimmte Gegenstände zu berichten. Der Aufsichtsrat einer mitbestimmten GmbH ist dennoch nicht daran gehindert, im Rahmen seines Rechts, vom Vorstand regelmäßige Berichte, vergleichbar denen in § 90 Abs. 1 AktG, anzufordern. Dies wird in Teilen der Literatur sogar als eine Pflicht des Aufsichtsrats angesehen, da eine sachgerechte Überwachung der Geschäftsführung die regelmäßige und umfassende Information des Aufsichtsrats voraussetzt.²³

Nach § 25 Abs. 2 MitbestG können im Gesellschaftsvertrag oder in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats weitergehende oder abweichende Regelungen getroffen werden, sofern sie nicht zwingenden Regelungen des Aktiengesetzes widersprechen.²⁴ Insofern gelten auch für die mitbestimmten GmbHs die oben bei der Aktiengesellschaft gemachten Ausführungen zu den Möglichkeiten, ergänzende Bestimmungen, etwa Fristenregelungen u. ä., in der Geschäftsordnung vorzusehen. Eine Berichtspflicht gegenüber einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern einzuführen, ist aber wie schon bei der Aktiengesellschaft auch bei mitbestimmten GmbHs nicht zulässig, da insoweit die Vorschriften des Aktienrechts abschließend und damit zwingend sind.

Im DrittelbG wird ebenfalls ein umfangreicher Katalog aktienrechtlicher Bestimmungen für anwendbar erklärt (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG), darunter die Regelungen über die In-

22 Auf weitere Spezialgesetze, die die Bildung eines Aufsichtsrats zwingend vorschreiben (z. B. Montan-Mitbestimmungsgesetz, Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz und Investmentgesetz) wird hier mangels vermuteter praktischer Relevanz nicht eingegangen.

23 *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 15 Rn. 1123 m. w. Nachw.

24 Vgl. auch *Raiser* (Fn. 18), § 25 Rn. 17, 46.

formationsrechte des Aufsichtsrats. Ausgenommen ist wiederum die regelmäßige Berichterstattung nach § 90 Abs. 1 und 2 AktG. Für die GmbHs, die unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallen, gelten somit die soeben für mitbestimmte GmbHs gezogenen Schlussfolgerungen.

bb) GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat

Sieht der Gesellschaftsvertrag einer GmbH die Bestellung eines Aufsichtsrats vor, so sind auf diesen Aufsichtsrat wiederum zahlreiche Bestimmungen des Aktienrechts entsprechend anzuwenden. Dazu gehören auch hier – soweit für die Informationsrechte maßgeblich – § 90 Abs. 3, 4, 5 Satz 1 und 2 sowie die §§ 111 und 170 AktG, allerdings mit der Einschränkung, dass diese nur zur Anwendung kommen, soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt ist (§ 52 Abs. 1 GmbHG). Regelungen im Gesellschaftsvertrag über die Zusammensetzung, die Kompetenzen und die innere Ordnung des Aufsichtsrats gehen daher den in Bezug genommenen aktienrechtlichen Bestimmungen regelmäßig vor. Trifft der Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Befugnisse des fakultativen Aufsichtsrats jedoch keine Regelung, gelten die genannten Bestimmungen des Aktienrechts.

c) Zusammenfassung

Sowohl für die Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften als auch für die Aufsichtsräte der meisten GmbHs gelten die im Aktiengesetz geregelten Informationsrechte. Danach kann der Aufsichtsrat insbesondere Berichte anfordern und in Akten und Unterlagen der Gesellschaft Einsicht nehmen. Sowohl der Aufsichtsrat als Gesamtorgan als auch jedes Aufsichtsratsmitglied kann vom Vorstand Berichte über Angelegenheiten der Gesellschaft anfordern. Diese Berichte sind jedoch immer dem Aufsichtsrat insgesamt zu erstatten, nicht dagegen dem einzelnen Mitglied. Diese Regelung ist zwingend, von ihr kann nicht abgewichen werden. Die Ersuchen um Auskunft und Berichte sind grundsätzlich an den Vorstand zu richten. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann direkt von Mitarbeitern Auskunft erbeten werden. Der Aufsichtsrat ist befugt, Form und Fristen für Anfragen und Auskunftsersuchen im Zusammenhang mit einer anstehenden Aufsichtsratssitzung zu bestimmen; mündliche Anfragen einzelner Mitglieder in der Aufsichtsratssitzung können jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen werden.

Etwas anderes kann für GmbHs gelten, die weder unter das Mitbestimmungsgesetz noch unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallen und die daher nicht verpflichtet sind, einen Auf-

sichtsrat einzurichten. Wird bei ihnen ein Aufsichtsrat eingerichtet (fakultativer Aufsichtsrat), können im Gesellschaftsvertrag (nicht aber in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats) von den aktienrechtlichen Bestimmungen abweichende Regelungen getroffen werden. Existieren solche Regelungen nicht, gelten auch für die fakultativen Aufsichtsräte die eben dargestellten Bestimmungen des Aktienrechts.

In der Kommunalverfassung sind keine vom Gesellschaftsrecht abweichenden Informationsrechte der Aufsichtsräte oder ihrer Mitglieder geregelt.

2. Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder

Da sowohl das GmbHG, als auch das MitbestG und das DrittelbG hinsichtlich der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder auf das Aktienrecht verweisen, stimmen die Regelungen über seine Pflichten bei Aktiengesellschaften und GmbHs mit obligatorischem und fakultativem Aufsichtsrat weitgehend überein. Daher werden die Pflichten der Aufsichtsräte im Folgenden zusammengefasst dargestellt und nur, wo notwendig, auf Unterschiede im Einzelfall hingewiesen. Die Sonderfälle, in denen der Gesellschaftsvertrag einer GmbH abweichende Regelungen enthält, bleiben außer Betracht.

a) Überblick

Die Aufsichtsratsmitglieder haben selbstverständlich und vorrangig die Pflicht, an der Aufgabenerfüllung des Aufsichtsrats mitzuwirken. Wie bereits ausgeführt, besteht die wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats darin, die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG). Aus dieser Aufgabe folgen zahlreiche weitere Pflichten, wie z. B. die Prüfung des Jahresabschlusses (§ 171 Abs. 1 AktG), die Erteilung des Prüfauftrags an den Abschlussprüfer (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG), die Entscheidung über die Zustimmung zu bestimmten Geschäften, bei denen sich der Aufsichtsrat die Zustimmung vorbehalten hat (§ 111 Abs. 4 AktG), und die Kenntnisnahme und Überprüfung von Berichten des Vorstands, die dieser dem Aufsichtsrat regelmäßig oder auf Anforderung erstattet. Der Aufsichtsrat hat außerdem die Hauptversammlung einzuberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert (§ 111 Abs. 3 AktG). Daneben vertritt er die Gesellschaft gegenüber den Mitgliedern des Vorstands oder der Geschäftsführung (§ 112 AktG). Bei Aktiengesellschaften und bei GmbHs, die unter das Mitbestimmungsgesetz fallen, ist es ferner Aufgabe des Aufsichtsrats, den Vorstand zu bestellen und ggf. abuberufen (§ 84 AktG). Bei den unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallenden GmbHs wie auch bei den sonstigen GmbHs fällt diese Auf-

gabe – vorbehaltlich abweichender Bestimmung im Gesellschaftsvertrag – in die Kompetenz der Gesellschafter (§ 46 Nr. 5 GmbHG).²⁵

Bei der Durchführung der genannten Aufgaben haben die Aufsichtsratsmitglieder besondere Sorgfalt walten zu lassen. Nach § 116 AktG gilt für ihre Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit § 93 AktG sinngemäß, der die Sorgfaltspflichten der Vorstandsmitglieder in Absatz 1 wie folgt festlegt:

(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekannt geworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren. Die Pflicht des Satzes 3 gilt nicht gegenüber einer nach § 342b des Handelsgesetzbuchs anerkannten Prüfstelle im Rahmen einer von dieser durchgeführten Prüfung.

Die Regelung gilt sinngemäß für Aufsichtsratsmitglieder. Das bedeutet, dass ihre Sorgfaltspflichten nicht durchweg mit denen der Vorstandsmitglieder übereinstimmen. Vielmehr sind Unterschiede in den Aufgaben, in der Struktur der Tätigkeit und der beruflichen Herkunft zu berücksichtigen.²⁶ Aufsichtsratsmitglieder haben mithin die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds anzuwenden. Bei ihnen steht nicht die Geschäftsleitung als Aufgabe im Vordergrund, sondern die Überwachungsfunktion. Zur sorgfältigen Überwachung der Geschäftsleitung gehört es beispielsweise, dass sich das einzelne Mitglied nicht darauf beschränken darf, lediglich an den von anderen Mitgliedern initiierten Beschlüssen des Aufsichtsrats mitzuwirken, sondern es muss selbst initiativ werden und ggf. darauf dringen, dass bestimmte Beschlüsse gefasst und Maßnahmen ergriffen werden.²⁷ Die Pflichten des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds lassen sich im Übrigen wie folgt zusammenfassen:²⁸

– Pflicht zur Mitarbeit im Aufsichtsrat:

das Aufsichtsratsmitglied hat regelmäßige an Aufsichtsratssitzungen teilzunehmen und sich auf die zu erörternden Themen vorzubereiten,

²⁵ Vgl. z. B. auch die Auflistung bei *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Kommentar, 19. Aufl. 2010, § 52 Rn. 66.

²⁶ *Hüffer* (Fn. 5), § 116 Rn. 1.

²⁷ *Zöllner/Noack* (Fn. 25), § 52 Rn. 66.

²⁸ Der folgende Aufgabenkatalog folgt der Aufstellung bei *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 12 Rn. 885 ff.

- Pflicht zur Urteilsbildung:
das Aufsichtsratsmitglied hat sich über Verhandlungsgegenstände des Aufsichtsrats oder eines Ausschusses, in dem es Mitglied ist, sowie ferner über die Eignung des Vorstands ein Urteil zu bilden,
- Organisationspflicht:
das Aufsichtsratsmitglied hat auf funktionsgerechte Organisation und Arbeitsweise des Aufsichtsrats hinzuwirken und eine effiziente Arbeitsweise des Aufsichtsrats (mit) zu gewährleisten; in dringenden Fällen ist es verpflichtet, die Einberufung des Aufsichtsrats zu erzwingen,
- Informationspflicht:
das Aufsichtsratsmitglied hat sich über alle für die Tätigkeit des Aufsichtsrats erforderlichen Angelegenheiten zu informieren, um sich ein Urteil über einzelne Beschlussgegenstände bilden zu können; die Berichte des Vorstands nach § 90 AktG hat es zur Kenntnis zu nehmen und unter Umständen individuell zusätzliche Berichterstattung anzufordern,
- Prüfungspflicht:
das Aufsichtsratsmitglied hat an der Aufgabe des Aufsichtsrats mitzuwirken, Jahresabschluss, Lagebericht und Vorschlag für die Gewinnverwendung zu prüfen und zum Prüfungsbericht Stellung zu nehmen; dazu hat es sich ein eigenes Urteil zu bilden,
- Pflicht zum Einschreiten bei Anhaltspunkten für eine Pflichtverletzung des Vorstands:
das Aufsichtsratsmitglied hat ihm bekannt gewordenes Fehlverhalten des Vorstands oder eine Verletzung seiner Geschäftsführungspflichten den anderen Aufsichtsratsmitgliedern oder zumindest dem Aufsichtsratsvorsitzenden bekannt zu machen.

Neben diesen Sorgfaltspflichten ergibt sich aus § 116 in Verbindung mit § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG außerdem die Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder auf das Wohl der Gesellschaft. Sie sind nicht etwa Vertreter von Partikularinteressen derjenigen, die sie in ihre Funktion gewählt oder entsandt haben, sondern dem Wohl der Gesellschaft bzw. dem Unternehmensinteresse verpflichtet.²⁹ Dieses Interesse entspricht weder dem Interesse der Gesellschafter, noch demjenigen der Vertragspartner, der Arbeitnehmer oder der Region oder gar der Allgemeinheit. Es besteht auch kein Vorrang öffentlicher Interessen vor dem Unternehmensinteresse.³⁰ Was im Interesse des Unternehmens liegt, ist vielmehr in jedem konkreten Einzelfall aus dessen Sicht zu entscheiden. Dabei ist eine Abwägung und Ge-

29 Lutter/Krieger (Fn. 2), § 12 Rn. 893.

30 Lutter/Krieger (Fn. 2), § 12 Rn. 914.

wichtung der verschiedenen von der Entscheidung betroffenen Interessen vorzunehmen. Diese Interessenabwägung obliegt jedem Mitglied des Aufsichtsrats.

Schließlich könnte sich aus der Kommunalverfassung des Landes Brandenburg eine weitere Pflicht ergeben: Gemäß § 97 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 6 BbgKVerf kann die Gemeindevertretung den von der Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitgliedern Richtlinien und Weisungen erteilen. Diese Regelung legt den Umkehrschluss nahe, dass die betreffenden Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet sind, Weisungen der Gemeindevertretung Folge zu leisten. Fraglich ist, in welchem Verhältnis eine solche Pflicht zu der soeben dargestellten Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder auf das Wohl der Gesellschaft steht. Denn mit ihr wäre eine Weisungsbindung schwerlich vereinbar.

Nach herrschender Meinung³¹ haben auch die Vertreter der öffentlichen Hand im Aufsichtsrat einer Gesellschaft ihr Amt eigenverantwortlich und frei von Weisungen zu führen. Auch sie sind allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Begründet wird dies überwiegend mit dem Vorrang des Gesellschaftsrechts gegenüber Landesrecht gemäß Art. 31 GG. Der Gemeinde, die sich als wirtschaftlicher Unternehmer betätigt, komme kein Sonderstatus zu. Vereinzelt wird allerdings die Auffassung vertreten, dass die Gemeinde zwar kein uneingeschränktes Weisungsrecht habe, dass die Weisungsgebundenheit der von ihr entsandten Aufsichtsratsmitglieder aber bestehe, solange die Weisung bzw. ihre Umsetzung mit dem Wohl der Gesellschaft im Einklang stehe. Nur wenn dies nicht der Fall sei, werde die gemeindliche Weisungsgebundenheit durch die bundesrechtlichen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts überlagert.³² Dieser Auffassung wird jedoch nicht nur Art. 31 GG, sondern auch das Argument entgegengehalten, dass die Frage, welche Maßnahmen dem Wohl einer Gesellschaft entsprechen, weder von der Gemeindevertretung noch von einem ggf. angerufenen Verwaltungsgericht beantwortet werden könne, sondern ausschließlich von dem dafür zuständigen Gesellschaftsorgan, also dem Aufsichtsrat.³³

31 Vgl. HessVGH – 8 B 304/09 –, Beschluss vom 4. Mai 2009, juris, Rn. 50, 54; *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 121 Rn. 914, § 20 Rn. 1426; *Zöllner/Noack* (Fn. 25), § 52 Rn. 130 m. w. Nachw.; *Banspach/Nowak*, *Der Konzern* 2008, 195 <198>; *Schwintowski*, NJW 1995, 1316 <1318>; *Altmeyden*, NJW 2003, 2561 <2564>; *Obermann*, in: Schumacher (Hrsg.), *Kommunalverfassung Brandenburg, Loseblatt-Kommentar*, § 97 BbgKVerf (Stand: August 2008), Anm. 3, S. 6; vgl. auch die Zusammenfassung des Meinungsstands bei *Strobel*, *Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen*, 2002, S. 88 ff.

32 Vgl. VG Arnsberg – 12 K 3965/06 –, Urteil vom 13. Juli 2007, juris, Rn. 69 f., und OVG NRW – 15 B 2625/06 –, Beschluss vom 12. Dezember 2006, juris, Rn. 8 ff.

33 *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 20 Rn. 1426.

Auch wenn eine Weisungsgebundenheit der gemeindlichen Aufsichtsratsmitglieder im Ergebnis letztlich wohl abzulehnen ist, ist es nicht ausgeschlossen, dass die Aufsichtsratsmitglieder die Interessen bestimmter Gesellschaftergruppen im Rahmen ihrer eigenverantwortlichen Mandatswahrnehmung berücksichtigen. Denn das Unternehmensinteresse muss keinen Gegensatz zum öffentlichen Interesse darstellen. Vielmehr enthält das Schutzziel „Unternehmensinteresse“ immer auch die Interessen der Anteilseigner bzw. Gesellschafter und damit auch diejenigen der öffentlichen Hand. Letztere gehen über die Interessenabwägung in die Entscheidungsfindung des Aufsichtsratsmitglieds mit ein.³⁴ In diesem Sinne ist wohl auch die Gesetzesbegründung zu der mit § 97 Abs. 2 BbgKVerfG vergleichbaren Regelung in der ursprünglichen brandenburgischen Gemeindeordnung zu verstehen. Sie geht davon aus, dass Verstöße gegen Weisungen der Gemeindevertretung die Stimmabgabe des Aufsichtsratsmitglieds nicht ungültig werden lassen. Folge das Aufsichtsratsmitglied jedoch einer Weisung nicht, sei es gegenüber der Gemeindevertretung rechenschaftspflichtig; diese könne ggf. die Konsequenz ziehen und den vor ihr in den Aufsichtsrat entsandten Vertreter abberufen.³⁵ Im Übrigen ist es nicht ausgeschlossen, bestimmte Ziele des Unternehmens ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag zu verankern und so bestimmte Gemeinwohlinteressen für jedermann nachvollziehbar zum Bestandteil der Unternehmensinteressen zu machen.

Man könnte schließlich daran denken, bei GmbHs mit einem fakultativen Aufsichtsrat ein Weisungsrecht der Gesellschafter oder eben der Gemeindevertretung einer GmbH gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG im Gesellschaftsvertrag zu verankern. Hierzu wird jedoch überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Weisungsungebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder zum Kernbestandteil der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats gehört. Eine Beschränkung der Weisungsfreiheit bei einem Gesellschaftsorgan, das als Aufsichtsrat bezeichnet wird, wäre für die Öffentlichkeit zumindest irreführend und wird daher als unzulässig angesehen.³⁶ Teilweise wird allerdings eine Ausnahme in den Fällen für zulässig erachtet, in denen die Gemeinde die Alleingesellschafterin ist (sog. Eigengesellschaft), da der Rechtsverkehr in einer solchen Konstellation ohnehin nicht von der Weisungsfreiheit des Aufsichtsrats ausgehe und nur die Wahrung der Gläubigerschutzbestimmungen erwarte.³⁷

34 *Banspach/Nowak*, Der Konzern 2008, 195 <198>; *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 20 Rn. 1428; *Schwintowski*, NJW 1990, 1009 <1014>; *ders.* NJW 1995, 1316 <1318>.

35 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Kommunalverfassung im Land Brandenburg, Drs. 1/1902, Begründung zu Artikel 1, Zu § 103, S. 165.

36 *Banspach/Nowak*, Der Konzern 2008, 195 <198>; *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 20 Rn. 1428; *Obermann* (Fn. 31), § 97 BbgKVerf, Anm. 3, S. 6; *Strobel* (Fn. 31), S. 89; a. A. OVG NRW, Urteil vom 24. April 2009 – 15 A 2592/07 –, juris, Rn. 59 ff., insbes. 61.

37 *Altmeppen*, NJW 2003, 2561 <2565>; *Zieglmeier*, LKV 2005, 338 <340>; *Zöllner/Noack* (Fn. 25), § 52 Rn. 130; a. A. *Schwintowski*, NJW 1995, 1316 <1319>, der gerade wegen des Gläubigerschutzes jegli-

Als **Zwischenergebnis** lässt sich festhalten, dass die Aufsichtsratsmitglieder eine Vielzahl von Aufgaben und Pflichten zu erfüllen haben. Diese ergeben sich zum einen unmittelbar aus der Funktion des Aufsichtsrats innerhalb der inneren Ordnung einer Gesellschaft, die Geschäftsleitung zu überwachen, zum anderen aus der besonderen Sorgfaltspflicht, die – neben der Geschäftsführung – auch den Aufsichtsratsmitgliedern gesetzlich auferlegt ist. Ob es zulässig ist, die gesetzlichen Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder durch Regelungen in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats zu erweitern, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss jeweils anhand der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen geprüft werden. Das kommunalrechtlich vorgesehene Weisungsrecht der Gemeindevertretung gegenüber den von der Gemeinde in die Aufsichtsräte entsandten Vertretern ist allerdings grundsätzlich nicht geeignet, zusätzliche Rechtspflichten der Aufsichtsratsmitglieder zu begründen.

b) Inbesondere Verschwiegenheitspflicht

Die sinngemäße Anwendung des § 93 Abs. 1 AktG umfasst die gesamte Regelung, also auch die Pflicht zur Verschwiegenheit nach § 93 Abs. 1 Satz 3. Konkret verpflichtet sie die Aufsichtsratsmitglieder dazu, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Aufsichtsratsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren. Diese Regelung wird durch § 116 Satz 2 AktG noch ergänzt:

Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet.

Die Bestimmungen über die Verschwiegenheitspflicht sind das Gegenstück zu den umfassenden Informationsrechten des Aufsichtsrats. Die Aufsichtsratsmitglieder ebenso wie der Vorstand müssen sich darauf verlassen können, dass geheime und vertrauliche Informationen nicht an Dritte weitergegeben werden.

Vertraulichkeit oder auch ein Geheimnis setzt zunächst voraus, dass eine Tatsache nicht offenkundig ist. Ob eine solche nicht offenkundige Tatsache der Schweigepflicht unterliegt, ist sodann anhand des objektiven Interesses des Unternehmens an der Geheimhaltung zu ermitteln. Hinweise auf ein solches objektives Geheimhaltungsinteresse lassen sich insbe-

ches Weisungsrecht der Gemeinde auch bei Eigengesellschaften für unzulässig hält.

sondere aus dem geäußerten Willen (ausdrücklicher Hinweis auf Vertraulichkeit), aber auch aus einem mutmaßlichen (aus dem Gesellschaftsinteresse ableitbaren) Willen herleiten. Dieser geäußerte oder mutmaßliche Wille ist allerdings nur Hilfskriterium, der die Ermittlung des objektiven Geheimhaltungsinteresses der Gesellschaft nicht in vollem Umfang ersetzen kann.³⁸

Als geheimhaltungsbedürftig werden in der Literatur beispielhaft folgende Informationen und Sachverhalte genannt: Unternehmensplanung, Forschungstätigkeit, Produktionsmethoden, Personalangelegenheiten, Kundenstamm, Finanzpläne.³⁹ Hinzu kommen die gesamten Beratungsinhalte der Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse sowie das Abstimmungsverhalten der Aufsichtsratsmitglieder.⁴⁰ Denn die Überwachungsaufgabe ist nur dann wirkungsvoll wahrzunehmen, wenn über die Probleme und Planungen des Unternehmens im Aufsichtsrat offen und ehrlich berichtet und diskutiert werden kann. Nur in Extremfällen und als ultima ratio kann die Verschwiegenheitspflicht nach den Ausführungen des BGH durchbrochen werden:

So kann es gerade im Interesse des Unternehmens notwendig werden, eine im Aufsichtsrat besprochene Angelegenheit anderweit in einem geschlossenen Kreis oder auch öffentlich zu erörtern, um Missverständnisse auszuräumen, Gerüchten entgegen zu treten, Unruhen zu vermeiden oder sonst die Beziehungen und das Bild der Gesellschaft nach innen und außen günstig zu beeinflussen; wann dies der Fall ist, lässt sich nicht nach starren Regeln, sondern nur für den Einzelfall entscheiden.⁴¹

aa) Aktiengesellschaften und GmbHs mit obligatorischem Aufsichtsrat

Bei Aktiengesellschaften und bei GmbHs mit einem obligatorischen Aufsichtsrat ist die gesetzliche Regelung über die Verschwiegenheitspflicht abschließend und zwingend. Im Gegensatz zum fakultativen Aufsichtsrat kann sie durch die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag weder abgeschwächt noch verschärft werden.⁴² Allerdings ist nicht ausgeschlos-

38 BGHZ 64, 325 <329>; Lutter/Krieger (Fn. 2), § 6 Rn. 259 ff., 264; Banspach/Nowak, Der Konzern 2008, 195 <199>; Hüffer (Fn. 5), § 93 Rn. 7; Schwintowski, NJW 1990, 1009 <1010>.

39 Banspach/Nowak, Der Konzern 2008, 195 <199>; Hüffer (Fn. 5), § 93 Rn. 7; Zöllner/Noack (Fn. 25), § 52 Rn. 67.

40 BGHZ 64, 325 <330>; Hüffer (Fn. 5), § 116 Rn. 6 f.; Lutter/Krieger (Fn. 2), § 6 Rn. 266 f.

41 BGHZ 64, 325 <331>.

42 BGHZ 64, 325 <326 f.>; Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2009, § 52 Rn. 53; Ganzer/Tremml, GewArch 2010, 141 <142>; Zieglermeier, ZGR 2007, 144 <159>. Letzterer äußert aber Bedenken, ob dies mit dem im Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip verankerten Öffentlichkeitsprinzip der kommunalen Daseinsverordnung vereinbar ist, ZGR 2007, 141 <163>. Lutter, Information (Fn.6), § 31 Rn. 772, hält es allerdings bei GmbHs mit Pflicht-Aufsichtsrat für zulässig, den Geheimnis-

sen, dass – unverbindliche – Anregungen, Empfehlungen oder Richtlinien formuliert werden (z. B. in Form einer sog. Vertraulichkeitsordnung), durch die die sehr allgemein gehaltenen Regelungen ausgefüllt werden.⁴³

Speziell für Aktiengesellschaften mit kommunalen oder sonstigen öffentlichen Anteilseignern enthält § 394 AktG aber eine Ausnahmeregelung von der generellen Verschwiegenheitspflicht, soweit Aufsichtsratsmitglieder auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt worden sind. Hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft erstatten, sind sie von der Verschwiegenheitspflicht grundsätzlich befreit. Dafür werden aber die Personen, denen die Berichte erstattet werden, ihrerseits gemäß § 395 AktG zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass §§ 394, 395 AktG nur für Berichtspflichten aufgrund eines Gesetzes gelten.⁴⁴ Eine solche Berichtspflicht enthält z. B. § 97 Abs. 7 BbgKVerf, der die Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat verpflichtet, die Gemeindevertretung über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten und auf Verlangen dem Hauptausschuss oder der Gemeindevertretung Auskünfte zu erteilen. Diese Regelung steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

§ 395 AktG schränkt den Empfängerkreis der Berichte auf die Personen ein, die damit betraut sind, die Beteiligungen einer Gebietskörperschaft zu verwalten oder als Aktionär die Betätigung der Gesellschaft zu prüfen. Hierzu dürften in den Brandenburger Gemeinden der Hauptverwaltungsbeamte oder ein von ihm betrauter Beschäftigter der Gemeinde zählen (§ 97 Abs. 1 BbgKVerf) sowie die Mitarbeiter der nach § 98 BbgKVerf bei der Gemeinde einzurichtenden Stelle für Beteiligungsverwaltung. Dagegen wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Gemeindevertretung nicht unter § 395 AktG zu fassen sei; sie sei nicht das für die Vertretung der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung zuständige Organ. Zudem wird eine Berichtspflicht gegenüber der Gemeindevertretung nicht zuletzt auch mit dem Hinweis abgelehnt, dass solche Gremien die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht nicht gewährleisten können.⁴⁵ Im Ergebnis dürfte daher der Gesetzesvorbe-

schutz durch Regelung im Gesellschaftsvertrag abzuschwächen, und leitet dies mittelbar aus dem Weisungsrecht des Gesellschafters gegenüber der Geschäftsführung her.

43 BGHZ 64, 325 <328>; vgl. dazu z. B. Muster einer „Richtlinie zur Wahrung der Vertraulichkeit im Aufsichtsrat“ bei *Lutter*, Information (Fn. 6), S. 307 ff.

44 *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 20 Rn. 1429; *Hüffer* (Fn. 5), § 394 Rn. 37 f. mit ausführlicher Wiedergabe des Meinungsstands in Rn. 37; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, LKV 2001, 246 <251>.

45 So jedenfalls die herrschende Meinung: *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 20 Rn. 1431 m. zahlr. Nachw.; *Banspach/Nowak*, Der Konzern 2008, 195 <200>; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, LKV 2001, 246 <251>; *Schwintowski*, NJW 1990, 1009 <1014>; *Hüffer* (Fn. 5) Art. 394 Rn. 43, *Hüffer* hält allerdings eine Berichterstattung gegenüber einem begrenzten Personenkreis bei Einhaltung besonderer organisatori-

halt nach § 97 Abs. 7 Satz 3 BbgKVerf zum Tragen kommen, so dass die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft trotz der Durchbrechung in den §§ 394 und 395 AktG gegenüber der Gemeindevertretung uneingeschränkt gilt.

Umstritten ist, ob die §§ 394 und 395 AktG auch auf GmbHs mit obligatorischem Aufsichtsrat Anwendung finden. Dagegen spricht, dass weder § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG noch § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 DrittelbG auf §§ 394 f. AktG verweisen.⁴⁶ Vielfach wird jedoch die entsprechende Anwendung gleichwohl befürwortet, da der Verweis auf die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht des § 116 AktG letztlich die §§ 394, 395 AktG mit umfasse.⁴⁷ Die Frage kann hier aber offen bleiben, da das GmbH-Recht mit § 51a GmbHG ein wesentlich weitergehendes Informationsrecht des Gesellschafters kennt als das Aktienrecht.⁴⁸ Auch bezogen auf dieses Recht gilt jedoch, dass Gesellschafter der GmbH nicht die Gemeindevertretung ist, sondern die Gemeinde. Diese wird aber in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin vom Hauptverwaltungsbeamten vertreten (§ 97 Abs. 1 Satz 1 BbgKVerf).⁴⁹ Ein Informationsrecht der Gemeindevertretung ergibt sich mithin in der Regel auch nicht aus § 51a GmbHG.

bb) GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat

Bei GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat kann der Umfang der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder im Gesellschaftsvertrag näher festgelegt, erweitert oder eingeschränkt werden.⁵⁰ Dies ergibt sich aus § 52 Abs. 1 GmbHG, der zwar hinsichtlich der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats auf das Aktienrecht verweist, diese jedoch zugleich für abdingbar erklärt („... soweit nicht im Gesellschaftsvertrag anderes bestimmt ist.“).⁵¹ Eine völlige Abschaffung dürfte allerdings bei GmbHs, an denen mehrere Gesellschafter

scher Vorkehrungen für denkbar.

46 *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, 141 <143 f.>.

47 *Zöllner/Noack* (Fn. 25), § 52 Rn. 67; so wohl auch BayVGh Urteil vom 8. Mai 2006 – 4 BV 05.756 –, juris, Rn. 32

48 *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 20 Rn. 1433; *Lutter*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 42), § 52 Rn. 25; a. A. *Zöllner/Noack* (Fn. 25), § 52 Rn. 67; *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, 141 <144>.

49 So für die vergleichbare bayerische Regelung *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, 141 <145, 147>.

50 BayVGh, Urteil vom 8. Mai 2006 (Fn. 47), juris, Rn. 24, 29; *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 16 Rn. 1216; *Zöllner/Noack* (Fn. 25), § 52 Rn. 67; *Lutter*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 42), § 52 Rn. 25; *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, 141 <148>; *Zieglmeier*, ZGR 2007, 144 <159>.

51 So sah BayVGh eine Regelung im Gesellschaftsvertrag für zulässig an, nach der vor einer Aufsichtsratssitzung die Geheimhaltungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder auf Tagesordnungspunkte beschränkt wird, die zum Wohl der kommunalen GmbH zwingend der Geheimhaltung bedürfen. Mit dieser Regelung sollte eine frühzeitige öffentliche Diskussion ermöglicht werden, Urteil vom 8. Mai 2006 (Fn. 47), juris, Rn. 24 ff.

beteiligt sind, schon deshalb ausgeschlossen sein, weil Aufsichtsratsmitglieder in mehrgliedrigen Kapitalgesellschaften keineswegs die Interessen nur eines Gesellschafters zu verfolgen haben.⁵² Zudem dürfte ein Kernbereich gesellschaftlicher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse einer vollkommenen Lockerung entgegenstehen.⁵³

Anders als bei der GmbH mit mehreren Gesellschaftern kann bei sog. Eigengesellschaften, d. h. bei GmbHs, die lediglich eine Gesellschafterin haben (die Gemeinde als Alleingesellschafterin), davon ausgegangen werden, dass der Kreis der Personen, denen gegenüber die Aufsichtsratsmitglieder nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, im Gesellschaftsvertrag ausgeweitet werden kann. Dies wird jedenfalls bezogen auf die Gemeindevertretung so vertreten.⁵⁴ Fraglich ist jedoch, ob die Aufsichtsratsmitglieder auch ohne eine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag berechtigt sind, neben dem die Alleingesellschafterin vertretenden Organ, nämlich dem Hauptverwaltungsbeamten, auch die Gemeindevertretung zu unterrichten. Dies wird in Teilen der Literatur bejaht,⁵⁵ wobei allerdings die rechtliche Ableitung dieser These nicht einheitlich und nicht immer nachvollziehbar ist. Im Übrigen wird teilweise nicht deutlich, ob ein Dispens von der Verschwiegenheitspflicht auch ohne Grundlage im Gesellschaftsvertrag wirksam ist.

Angesichts der Regelung des § 97 Abs. 7 BbgKVerf dürfte aber auch ohne besondere Maßgabe im Gesellschaftsvertrag davon auszugehen sein, dass zumindest die dort genannten Unterrichtungspflichten gegenüber der Gemeindevertretung bestehen und die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder insoweit gelockert ist. § 97 Abs. 7 BbgKVerf tritt quasi an die Stelle einer vergleichbaren Klausel im Gesellschaftsvertrag. Dies kann jedoch nur für die Eigengesellschaft mit fakultativem Aufsichtsrat gelten, nicht dagegen für GmbHs mit mehreren Gesellschaftern oder mit obligatorischem Aufsichtsrat.⁵⁶ Für diese greift wiederum der in § 97 Abs. 7 BbgKVerf enthaltene Vorbehalt entgegenstehenden Gesellschaftsrechts.⁵⁷

52 *Altmeppen*, NJW 2003, 2561 <2566> m. w. Nachw.; *Zieglmeier*, ZGR 2007, 144 <161>.

53 *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, 141 <148 a. E.>; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, LKV 2001, 246 <250>.

54 *Altmeppen*, NJW 2003, 2561 <2566>; *Zieglmeier*, LKV 2005, 338 <340>; *ders.*, ZGR 2007, 144 <161>.

55 *Zöllner/Noack* (Fn. 25), § 52 Rn. 67; *Altmeppen*, NJW 2003, 2561 <2566>; *Zieglmeier*, ZGR 2007, 144 <161>; wohl auch *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 20 Rn. 1433; ausdrücklich a. A. *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, 141 <147>, der dem Gesellschaftsrecht absoluten Vorrang vor dem Kommunalrecht gibt.

56 So ausdrücklich auch *Ganzer/Tremml*, GewArch 2010, 141 <148, 150>; s. a. *Zieglmeier*, ZGR 2007, 144 <161>.

57 Vgl. insoweit auch Entwurf eines Gesetz zur Reform der Kommunalverfassung und zur Einführung der Direktwahl der Landräte sowie zur Änderung sonstiger kommunalrechtlicher Vorschriften (Kommunalrechtsreformgesetz – KommRRefG), Drs. 4/5056, S. 281, Begründung zu § 97 Abs. 7 BbgKVerf.

c) Haftung bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

aa) Strafrechtliche Konsequenzen

Verletzt ein Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft die ihm obliegende Verschwiegenheitspflicht, indem es ein Geheimnis der Gesellschaft, namentlich ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis, unbefugt offenbart, macht es sich nach § 404 AktG strafbar. Der Strafraum reicht von Geldstrafe bis zu zwei Jahren, bei börsennotierten Gesellschaften bis zu drei Jahren. Es handelt sich um ein sog. Antragsdelikt, das nur auf Antrag verfolgt wird; antragsberechtigt ist der Vorstand oder ggf. der Abwickler (§ 404 Abs. 3 AktG).

Für Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH findet sich eine nahezu identische Vorschrift in § 85 GmbHG. Der Strafraum reicht hier von Geldstrafe bis zu zwei Jahren; antragsberechtigt sind die Geschäftsführer oder die Liquidatoren.

bb) Zivilrechtliche Konsequenzen

Gemäß § 116 in Verbindung mit § 93 Abs. 2 AktG ist ein Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft, das seine Verschwiegenheitspflicht schuldhaft verletzt, gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig. Aus § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG folgt eine Beweislastumkehr zu Lasten des Aufsichtsratsmitglieds: Weist die Gesellschaft ihm einen bezifferbaren Schaden nach, der auf einem möglicherweise pflichtwidrigen Verhalten des Aufsichtsratsmitglieds beruht, wird ein objektiver Pflichtenverstoß und das Verschulden des Aufsichtsratsmitglieds vom Gesetz vermutet. Das bedeutet, dass das betreffende Aufsichtsratsmitglied seinerseits das Fehlen einer objektiven Pflichtverletzung oder – im Falle einer tatsächlich begangenen Pflichtverletzung – das fehlende Verschulden dargetun und nachweisen muss.⁵⁸

Da sowohl das GmbHG als auch das MitbestG und das DrittelbG auf §§ 116, 93 Abs. 2 AktG verweisen, gelten für die Mitglieder eines GmbH-Aufsichtsrats die gleichen Schadensersatzpflichten.

Für Aufsichtsratsmitglieder, die von einer Gemeinde in den Aufsichtsrat entsandt oder gewählt worden sind, gilt eine besondere Haftungsbeschränkung. Werden sie aus ihrer Tätigkeit haftbar gemacht, so hat ihnen die Gemeinde gemäß § 97 Abs. 6 BbgKVerf grundsätzlich den Schaden zu ersetzen. Ausgenommen hiervon sind Schäden, die das Aufsichts-

58 Lutter/Krieger (Fn. 2), § 13, Rn. 982, 1009 m. w. Nachw.

ratsmitglied vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, es sei denn, das Mitglied hat auf Weisung gehandelt.

d) Zusammenfassung

Die Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder sind vielfältig und letztlich sämtlich an deren Hauptaufgabe orientiert, die Geschäftsleitung des Vorstands/der Geschäftsführung zu überwachen. Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben haben die Aufsichtsratsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds anzuwenden. Ob eine Erweiterung ihrer Pflichten durch Gesellschaftsvertrag oder Geschäftsordnung zulässig ist, lässt sich nicht abstrakt beantworten, sondern muss jeweils unter Berücksichtigung der einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen geprüft werden.

Die Aufsichtsratsmitglieder sind grundsätzlich verpflichtet, Verschwiegenheit zu wahren. Sowohl die für kommunale Gesellschaften geltende Ausnahmeregelung des § 394 AktG als auch der generell geltende § 51a GmbHG durchbrechen die Verschwiegenheitspflicht, indem sie Berichte der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber den (kommunalen) Gesellschaftern gestatten. Da nach Kommunalrecht die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung vom Hauptverwaltungsbeamten vertreten wird, geht die herrschende Meinung davon aus, dass er Adressat der Berichte ist, nicht dagegen die Gemeindevertretung. Im Übrigen kann die Verschwiegenheitspflicht bei Mitgliedern von fakultativen Aufsichtsräten von GmbHs durch den Gesellschaftsvertrag gelockert und bei Eigengesellschaften zudem die Verschwiegenheitspflicht zumindest gegenüber der Gemeindevertretung gänzlich aufgehoben werden. Fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, findet in Eigengesellschaften jedenfalls die Unterrichts- und Auskunftspflicht gegenüber der Gemeindevertretung nach § 97 Abs. 7 BbgKVerf Anwendung. Gesellschaftsrecht steht dem nicht entgegen.

Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflichten kann sowohl strafrechtliche (§ 404 AktG, § 85 GmbHG) als auch zivilrechtliche (§§ 116, 93 Abs. 2 AktG) Konsequenzen nach sich ziehen.

3. Abstimmung im Aufsichtsrat

Die Abstimmungsregelungen für die Aufsichtsräte unterscheiden sich je nach der Rechtsform der Gesellschaft, in der der Aufsichtsrat bestellt ist:

a) Aktiengesellschaften

Die Abstimmung in den Aufsichträten von Aktiengesellschaften, die nicht unter das Mitbestimmungsgesetz fallen, richtet sich nach § 108 AktG. Gemäß § 108 Abs. 1 AktG entscheidet der Aufsichtsrat durch Beschluss. Eine Bestimmung über das Mehrheitserfordernis enthält die Regelung nicht. Es wird aber allgemein davon ausgegangen, dass die Beschlüsse des Aufsichtsrats mit einfacher Mehrheit gefasst werden. Die Satzung (nicht aber die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats) kann unter bestimmten Voraussetzungen andere Mehr vorsehen. Anerkannt ist insbesondere, dass in der Satzung ein Stichentscheid bei Stimmengleichheit zu Gunsten des Aufsichtsratsvorsitzenden geregelt werden und insoweit der Grundsatz der gleichen Stimmengewichtung durchbrochen werden kann.⁵⁹

Außerhalb einer Sitzung kann der Aufsichtsrat sich nach § 108 Abs. 4 AktG auch anderer Formen der Abstimmung (z. B. schriftlich, fernmündlich oder per E-Mail) bedienen, sofern kein Mitglied des Aufsichtsrats widerspricht. Die Satzung oder die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats kann das Widerspruchsrecht aufheben oder modifizieren, aber auch derartige Beschlussformen ausschließen oder an besondere Voraussetzungen knüpfen.⁶⁰

b) Aktiengesellschaften und GmbHs nach dem Mitbestimmungsgesetz

Für Aktiengesellschaften und GmbHs, die unter das Mitbestimmungsgesetz fallen, gilt die besondere Regelung des § 29 MitbestG. Nach § 29 Abs. 1 beschließt der Aufsichtsrat – vorbehaltlich besonderer Mehrheitserfordernisse bei der Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden (§ 27), bei der Bestellung und Abberufung der Mitglieder des geschäftsführenden Organs (§ 31) sowie bei der Ausübung von Beteiligungsrechten (§ 32) – mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen; ergibt eine Abstimmung Stimmengleichheit und kommt es auch bei der Wiederholung der Abstimmung zu Stimmengleichheit, hat der Aufsichtsratsvorsitzende nach § 29 Abs. 2 MitbestG zwei Stimmen. Nach dem Mitbestimmungsgesetz ist der Stichentscheid zu Gunsten des Aufsichtsratsvorsitzenden bei der zweiten Abstimmung über denselben Gegenstand zwingend; eine Abweichung in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag ist ausgeschlossen.⁶¹

59 Hüffer (Fn. 5), § 108 Rn. 8; Lutter/Krieger (Fn. 2), § 11 Rn. 730; Drygala (Fn. 9), § 108 Rn. 5, 24 m. w. Nachw.

60 Vgl. z. B. Lutter/Krieger (Fn. 2), § 11 Rn. 726; Drygala (Fn. 9), § 108 Rn. 20.

61 Drygala (Fn. 9), § 108 Rn. 28; Raiser (Fn. 18), § 29 Rn. 14.

Im Übrigen verweist § 25 Abs. Nr. 1 und 2 MitbestG für Aktiengesellschaften und GmbHs auf § 108 AktG, so dass für die verschiedenen Formen der Abstimmungen außerhalb der Sitzungen das zuvor für die Aktiengesellschaften Ausgeführte gilt: Grundsätzlich hat jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied ein Vetorecht gegen die Beschlussfassung außerhalb einer Aufsichtsratssitzung; dieses Recht kann jedoch durch Satzung oder Geschäftsordnung des Aufsichtsrats modifiziert oder auch gänzlich ausgeschlossen werden.

c) GmbHs nach dem Drittelbeteiligungsgesetz

§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG verweist hinsichtlich der Rechte des obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbH uneingeschränkt auf § 108 AktG. Für diese gelten also die Ausführungen zu den Aktiengesellschaften (oben Buchstabe a) entsprechend.⁶² Der Stichtentscheid des Aufsichtsratsvorsitzenden dürfte ebenfalls eine zulässige Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aller Aufsichtsratsmitglieder sein. Anderes könnte allenfalls für bestimmte Formen der Abstimmung außerhalb der Aufsichtsratssitzungen gelten. Denn im Einzelfall lassen sich Konstellationen denken, in denen die Abstimmung für einzelne Aufsichtsratsmitglieder, und zwar insbesondere für Arbeitnehmervertreter, durch die besondere Situation, die technische Ausstattung oder auch sonstige Umstände ungleich erschwert ist, so dass die Gefahr einer Diskriminierung besteht. Dies wäre im Einzelfall zu beurteilen und entsprechend im Gesellschaftsvertrag zu berücksichtigen.

d) GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat

In der Verweisungskette des § 52 Abs. 1 GmbHG auf aktienrechtliche Normen fehlt § 108 AktG. Dennoch ist die Vorschrift, sofern im Gesellschaftsvertrag nicht anderes bestimmt ist, grundsätzlich entsprechend anwendbar.⁶³ Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat – vorbehaltlich abweichender Regelungen – mit einfacher Mehrheit beschließt. Im Gesellschaftsvertrag kann abweichend davon geregelt werden, dass bei Stimmengleichheit der Aufsichtsratsvorsitzende zwei Stimmen hat.

Ob auch § 108 Abs. 4 AktG für fakultative Aufsichtsräte entsprechend gilt, falls weder der Gesellschaftsvertrag noch die Geschäftsordnung das Verfahren der Beschlussfassung außerhalb der Sitzungen des Aufsichtsrats regelt, wird nicht einheitlich beantwortet.⁶⁴ Es

62 Lutter/Krieger (Fn. 2), § 15 Rn. 1154; Zöllner/Noack (Fn. 25), § 52 Rn. 160.

63 Lutter/Krieger (Fn. 2), § 16 Rn. 1217; Lutter, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 42), § 52 Rn. 27; Zöllner/Noack (Fn. 25), § 52 Rn. 88.

64 Vgl. zum Meinungsstand Lutter/Krieger (Fn. 2), § 16 Rn. 1217 f.

bleibt aber den Gesellschaftern unbenommen, im Gesellschaftsvertrag andere Formen der Abstimmung auch ohne Vetorecht einzelner Aufsichtsratsmitglieder zuzulassen. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Regelung zur Abstimmung im Aufsichtsrat, dürfte es zulässig sein, eigene Regelungen, auch abweichend von dem Beschlussverfahren nach § 108 Abs. 4 AktG in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats vorzusehen.⁶⁵

e) Zusammenfassung

Die Aufsichtsräte fassen ihre Beschlüsse grundsätzlich mit einfacher Mehrheit, sofern nicht für bestimmte Entscheidungen eine höhere Mehrheitsanforderung besteht. Das Mitbestimmungsgesetz sieht als zwingendes Recht bei Stimmgleichheit den Stichentscheid durch den Aufsichtsratsvorsitzenden vor, wenn auch die Wiederholung der Abstimmung ein Patt ergibt. In allen nicht unter das Mitbestimmungsgesetz fallenden Gesellschaften kann ein solcher Stichentscheid ebenfalls (jedoch nur im Gesellschaftsvertrag) geregelt werden.

Außerhalb von Aufsichtsratssitzungen sind bei Aktiengesellschaften und GmbHs mit obligatorischem Aufsichtsrat auch andere Formen der Beschlussfassung (schriftlich, per E-Mail, in Videokonferenzen etc.) zulässig. Das gesetzlich vorgesehene Vetorecht einzelner Mitglieder gegen derartige Beschlussfassungen kann im Gesellschaftsvertrag oder in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats ausgeschlossen werden. Bei GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat empfiehlt es sich, im Gesellschaftsvertrag oder in der Geschäftsordnung derartige besondere Beschlussverfahren mit oder ohne Vetorecht zu regeln, da bei diesen Gesellschaften umstritten ist, ob die ansonsten geltende aktienrechtliche Bestimmung unmittelbar anwendbar ist.

4. Informationsrechte der Gemeindevertretung und ihrer Mitglieder

a) § 97 Abs. 7 BbgKVerf

Gemäß § 97 Abs. 7 BbgKVerf haben die Vertreter der Gemeinde, also der Hauptverwaltungsbeamte oder der von ihm beauftragte Beschäftigte der Gemeinde und ggf. weitere Vertreter in der Gesellschafterversammlung (§ 97 Abs. 1 BbgKVerf) sowie die Aufsichtsratsmitglieder, die Gemeindevertretung frühzeitig über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung des jeweiligen Unternehmens zu unterrichten. Der Hauptausschuss bzw. die Gemeindevertretung kann zudem von den Vertretern der Gemeinde jederzeit Auskunft ver-

65 So im Ergebnis auch *Lutter/Krieger* (Fn. 2), § 16 Rn. 1218.

langen. Die Informationspflicht gilt gegenüber der Gemeindevertretung, das Auskunftsrecht steht der Gemeindevertretung oder dem Hauptausschuss zu. Für ein Auskunftsbegehren bedarf es also eines Beschlusses des entsprechenden Organs. Dagegen sind weder die einzelnen Gemeindevertreter noch die Fraktionen nach § 97 Abs. 7 BbgKVerf auskunftsbe-rechtigt.⁶⁶

Sowohl die Informationspflicht als auch das Auskunftsrecht stehen gemäß § 97 Abs. 7 Satz 3 BbgKVerf unter dem Vorbehalt anderer gesetzlicher Bestimmungen („..., soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist“). Mit dieser Einschränkung wird berücksichtigt, dass das landesgesetzliche Kommunalrecht, soweit es die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen mittels eigenständiger Unternehmen in privater Rechtsform regelt, durch bundesgesetzliches Handels- und Gesellschaftsrecht überlagert wird.⁶⁷ Kommunalrecht und Gesellschaftsrecht stehen hier in einem Spannungsfeld zueinander. Einerseits darf sich die Gemeinde zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben der Formen des Privatrechts bedienen mit der Folge, dass die öffentliche Hand sich selbst beschränken und der privaten Gesellschaft einen gewissen eigenverantwortlichen Aktionsraum belassen muss. Andererseits verbietet das auch auf der kommunalen Ebene geltende Demokratieprinzip, kontrollfreie Räume zu schaffen. Vielmehr gelten auch im Kommunalrecht das Öffentlichkeits- und Transparenzgebot.⁶⁸ Zudem darf die Kontroll- und Steuerungsfunktion der demokratisch legitimierten Gemeindevertretung auch gegenüber den selbständigen Unternehmen nicht vollständig ausgehöhlt werden.

Diese Konfliktsituation, in der der jeweilige Auskunftspflichtige steht, muss einzelfallbezo-gen gelöst werden. Dabei ist anzustreben, dass die häufig entgegengesetzten Interessen möglichst weitgehend verwirklicht werden können. Im Folgenden kann nur versucht wer-den, den generellen rechtlichen Rahmen aufzuzeigen, der bei der Einzelentscheidung als Orientierung dienen mag.

66 *Obermann* (Fn. 31), § 97 BbgKVerf, Anm. 8, S. 8 und 10; vgl. dazu auch *Zieglmeier*, ZGR 2007, 141 <162>; *Schwintowski*, NJW 1990, 1009 <1014>.

67 Gesetzesbegründung zum Kommunalrechtsreformgesetz (Fn. 57), Drs. 4/5056, S. 281, zu § 97 Abs. 7 BbgKVerf; OVG NRW, Beschluss vom 12. Dezember 2006 (Fn. 32) juris, Rn. 8.

68 Vgl. z. B. zum Auskunftsrecht der Presse gegenüber einer GmbH mit kommunalem Anteilseigner: BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 – III ZR 294/04 – juris, Rn. 18.

aa) Informationsrechte gegenüber Vertretern der Gemeinde, die Gesellschafterrechte wahrnehmen

Nach § 97 Abs. 1 BbgKVerf wird die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem der Gesellschafterversammlung vergleichbaren Organ eines Unternehmens vom Hauptverwaltungsbeamten vertreten. Er nimmt also im Regelfall die Gesellschafterrolle für die Gemeinde wahr, kann aber auch einen Beschäftigten der Gemeinde mit dieser Aufgabe betrauen. Stehen der Gemeinde weitere Sitze in dem betreffenden Unternehmensorgan zu, werden weitere Vertreter von der Gemeindevertretung in entsprechender Anwendung der §§ 40, 41 BbgKVerf gewählt. Die Pflicht dieser Vertreter der Gemeinde, die Gemeindevertretung über wesentliche Angelegenheiten zu unterrichten, kann sich naturgemäß nur auf solche Informationen beziehen, auf die die Vertreter ihrerseits zurückgreifen können.

Soweit die Vertreter die Gemeinde als Aktionär in der Hauptversammlung einer **Aktiengesellschaft** vertreten, haben sie nach § 131 AktG ein Informationsrecht gegenüber dem Vorstand, das jedoch gegenständlich nach Maßgabe von § 131 Abs. 1 und 3 AktG beschränkt ist. Es besteht grundsätzlich nur in der Hauptversammlung und bezieht sich ausschließlich auf Angelegenheiten, deren Kenntnis für die sachgemäße Beurteilung eines Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist. Ferner kann der Vorstand der Aktiengesellschaft die Auskunft unter bestimmten Voraussetzungen verweigern. Dies gilt beispielsweise dann, wenn die Erteilung der Auskunft nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet ist, der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen. Erhalten die Vertreter auf der Grundlage des § 131 AktG Informationen, die für die Gemeinde von Bedeutung sind, bestehen die Verpflichtungen der Vertreter der Gemeinde zur Unterrichtung der Gemeindevertretung nach § 97 Abs. 7 BbgKVerf ohne gesellschaftsrechtliche Beschränkung.⁶⁹

Nach § 394 AktG sind die Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Hauptverwaltungsbeamten von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden, soweit sie Berichte an ihn zu erstatten haben. Solche Berichte könnten wiederum zu einer Unterrichtungspflicht des Hauptverwaltungsbeamten gegenüber der Gemeindevertretung führen. Eine Berichtspflicht der Aufsichtsratsmitglieder wird allerdings von der herrschenden Meinung nur angenommen, wenn sie gesetzlich angeordnet ist. An einer solchen gesetzlichen Anordnung fehlt es hier (§ 97 Abs. 7 BbgKVerf verpflichtet nicht zur Berichterstattung gegenüber dem Hauptverwaltungsbeamten). Selbst wenn man aber § 394 AktG auch ohne gesetzliche Pflicht für anwendbar hielte, wäre der Hauptverwaltungsbeamte gemäß § 395 AktG daran gehindert,

69 Obermann (Fn. 31), § 97 BbgKVerf, Anm. 8, S. 9.

die Gemeindevertretung über die ihm zugänglich gemachten Informationen zu unterrichten, da er seinerseits hinsichtlich der Berichte der Aufsichtsratsmitglieder der Verschwiegenheit unterliegt (§ 395 AktG).

Die Informationsrechte der Gesellschafter einer **GmbH** gehen sehr viel weiter als bei Aktionären. Denn nach § 51a GmbHG haben die Geschäftsführer jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft zu erteilen und Einsicht in Bücher und Schriften zu gewähren. Dieses umfassende Recht steht dem einzelnen Gesellschafter zu, einer Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung bedarf es also nicht. Auskunft und Einsicht in Unterlagen dürfen nur in den engen Grenzen des § 51a Abs. 2 GmbHG verweigert werden, also dann, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass der Gesellschafter die erlangte Information zu gesellschaftsfremden Zwecken verwendet und der GmbH dadurch ein erheblicher Nachteil zugefügt würde. Der Beschluss über die Verweigerung wird von den Gesellschaftern der GmbH gefasst, die ihre Entscheidung in der Regel auf Veranlassung der Geschäftsführung treffen dürften.

Angesichts der weitgehenden Informationsrechte der GmbH-Gesellschafter dürfte es im Prinzip zulässig sein, dass die Gemeindevertretung die Vertreter der Gemeinde nach § 97 Abs. 1 Satz 6 BbgKVerf anweist, bestimmte Informationen bei der Geschäftsführung einzufordern und an die Gemeindeverwaltung oder den Hauptausschuss weiterzugeben.⁷⁰ Auch wenn sich die Vertreter der Gemeinde auf kein entgegenstehendes Verweigerungsrecht berufen können, haben sie dabei dennoch eine mitgliedschaftliche Treuepflicht zu wahren, die es ihnen verbieten würde, beispielsweise Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse öffentlich zu machen. Dementsprechend haben sie dafür zu sorgen, dass vertrauliche Informationen über die Gesellschaft nur dann an die Gemeindevertretung oder den Hauptausschuss weitergegeben werden, wenn deren Vertraulichkeit durch entsprechende Vorkehrungen auch in diesen Gremien gewährleistet ist.⁷¹ Ist es in der Vergangenheit zu Verletzungen der Vertraulichkeit gekommen, bestünde die Gefahr, dass dies bei späteren Informationsanforderungen des Hauptverwaltungsbeamten gegenüber der GmbH als Verweigerungsgrund im Sinne des § 51a Abs. 2 GmbHG herangezogen wird.⁷²

70 So für die vergleichbare Rechtslage in Mecklenburg-Vorpommern *Darsow*, in: *Darsow/Gentner/Glaser/Meyer*, *Schweriner Kommentierung der Kommunalverfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern*, 3. Aufl. 2005, § 71 GO, Rn. 14.

71 *Darsow* (Fn. 70), § 71 GO, Rn. 14.

72 Vgl. *Lutter*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 42), § 51a Rn. 27.

bb) Informationsrechte gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern

Die Grenzen der Informationspflichten der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gemeindevertretung und der Auskunftsrechte des Gemeindevertretung und des Hauptausschusses ergeben sich im Umkehrschluss zu den oben⁷³ dargestellten Verschwiegenheitspflichten der Aufsichtsratsmitglieder:

Sowohl bei **Aktiengesellschaften** als auch bei **GmbHs mit obligatorischem Aufsichtsrat** ist die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder insoweit durchbrochen, als sie gegenüber dem Gesellschafter berichten dürfen/müssen. Die Gesellschafterfunktion wird in den Gemeinden vom Hauptverwaltungsbeamten wahrgenommen, so dass die herrschende Meinung davon ausgeht, dass die Aufsichtsratsmitglieder nur diesem Gemeindeorgan, nicht aber der Gemeindevertretung gegenüber zur Information berechtigt bzw. verpflichtet sind. Insoweit geht das Gesellschaftsrecht dem in § 97 Abs. 7 BbgKVerf geregelten Informations- und Auskunftsrecht der Gemeindevertretung vor.

Bei **GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat**, die sich im ausschließlichen Besitz einer Gemeinde befinden (Eigengesellschaften), hat die Gemeindevertretung ein Auskunfts- und Informationsrecht, sofern dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen ist. Darüber hinaus dürfte es zulässig sein, im Gesellschaftsvertrag ein Frage- und Auskunftsrecht auch der Gemeindevertreter und der Fraktionen zu etablieren.⁷⁴ Insoweit sind gesellschaftsrechtliche Grenzen nicht ersichtlich. Besteht im Einzelfall ein objektives Interesse der Gesellschaft an der Geheimhaltung wäre diesem durch begleitende Maßnahmen (nicht öffentliche Sitzung, Delegation auf ein kleineres Gremium, Behandlung als Verschlussache o. ä.) Rechnung zu tragen.

Handelt es sich bei der GmbH um eine **Eigengesellschaft**, sind die Aufsichtsratsmitglieder auch dann zur Unterrichtung und zur Auskunftserteilung nach § 97 Abs. 7 BbgKVerf verpflichtet, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung über die Unterrichtung der Gemeindevertretung enthält. Besonderen Geheimhaltungsbedürfnissen der Gesellschaft kann auch hier durch entsprechende Vorkehrungen Rechnung getragen werden.

73 Abschnitt I 2 b, S. 17 ff.

74 So auch *Zieglmeier*, ZGR 2007, 141 <162>.

b) § 29 Abs. 1 BbgKVerf

§ 29 Abs. 1 BbgKVerf gewährt jedem Gemeindevertreter einen Anspruch auf Auskunft und auf Akteneinsicht. Der Anspruch ist nicht vom Erreichen eines bestimmten Quorums abhängig, sondern steht jedem einzelnen Mitglied der Gemeindevertretung individuell zu. Er richtet sich gegen den Hauptverwaltungsbeamten. Der Informationsanspruch dient der Kontrolle der Verwaltung und besteht daher in allen Angelegenheiten, in denen die Verbandskompetenz der Gemeinde gegeben ist, d. h. sowohl bei den klassischen Selbstverwaltungsangelegenheiten als auch bei Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung und bei Auftragsangelegenheiten.⁷⁵

Es kann davon ausgegangen werden, dass sich der Auskunftsanspruch auch auf Angelegenheiten der Gemeinde erstreckt, für deren Wahrnehmung sie sich einer privatrechtlichen Gesellschaft bedient.⁷⁶ Aber auch hier gilt, dass das Auskunftsrecht sich nur auf solche Informationen beziehen kann, über die der Hauptverwaltungsbeamte im Rahmen seiner Zuständigkeit als Leiter der Gemeindeverwaltung oder als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde nach außen Kenntnis erlangt hat. Hierunter fallen insbesondere Kenntnisse, die er als Vertreter der Gemeinde in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin nach § 51a GmbHG erlangt hat. Dagegen bezieht sich das Auskunftsrecht nicht auf Informationen, von denen der Hauptverwaltungsbeamte in einer anderen Funktion, etwa als Mitglied eines Aufsichts- oder Verwaltungsrat, Kenntnis erlangt hat.⁷⁷

Nicht geklärt ist, ob sich das Auskunftsrecht des Mitglieds der Gemeindevertretung auch auf Kenntnisse erstreckt, über die der Hauptverwaltungsbeamten kraft seiner Funktion als Vertreter der Gesellschafterin „Gemeinde“ zwar nicht verfügt, die er aber erlangen könnte, indem er von seinen Rechten nach § 51a GmbHG Gebrauch macht.⁷⁸ Ein Recht, sich selbst direkt mit Fragen an die Gesellschaft bzw. ihre Geschäftsführung zu wenden, steht

75 *Schumacher*, in: Schumacher (Hrsg.), Kommunalverfassung Brandenburg, Loseblatt-Kommentar, § 29 BbgKVerf (Stand: November 2008), Anm. 3.6.

76 *Schumacher* (Fn. 75), § 29 Anm. 4.1, sieht den Anspruch offenbar nur als gegeben an, wenn die Gemeinde die absolute Mehrheit der Anteile an einer GmbH hält; NdsOVG, Urteil vom 3. Juni 2009 – 10 LC 217/07 –, juris, Rn. 78, setzt für das Bestehen eines Auskunftsanspruchs ausdrücklich voraus, dass das privatrechtliche Unternehmen, an dem die Gemeinde beteiligt ist, Aufgaben der Gemeinde wahrnimmt; ebenso *Dehn*, in: Bülow/Erps/Schliesky/von Allerwörden (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, Loseblatt-Kommentar, Bd. I, § 30 GO (Stand November 2009), Rn. 3.

77 NdsOVG, Urteil vom 3. Juni 2009 (Fn. 76), juris, Rn. 62.

78 Für eine Verpflichtung des Hauptverwaltungsbeamten, sich Informationen über die GmbH aus Anlass der Anfrage eines Mitglieds der Gemeindevertretung zu besorgen NdsOVG, Urteil vom 3. Juni 2009 (Fn. 76), juris, Rn. 62, 79; ebenso *Dehn* (Fn. 76), § 30 GO Rn. 3; a. A. aber VG Gießen, Urteil vom 28. Oktober 2009 – 8 K 1861/08.GI –, juris, Rn. 55.

dem Mitglied der Gemeindeverwaltung jedenfalls nicht zu.⁷⁹ Aus dem Umstand, dass das Fragerecht der Kontrolle der Verwaltung dient („Zur Kontrolle der Verwaltung besteht der Auskunfts- und Akteneinsichtsanspruch in allen Angelegenheiten, die“), lässt sich im Übrigen eine Beschränkung insoweit ableiten, dass Anfragen nur zulässig sind, die das Verhalten des Hauptverwaltungsbeamten oder des von ihm beauftragten Beschäftigten der Gemeindeverwaltung in Bezug auf sein Tätigwerden in einer AG oder GmbH betreffen. Rein interne Vorgänge einer GmbH, die nicht im Zusammenhang mit Vertretungsbefugnissen des Hauptverwaltungsbeamten stehen, dürften daher nicht zum Gegenstand einer Anfrage gemacht werden.⁸⁰

Regelungen über Form und Frist der Anfragen, enthält die Kommunalverfassung nicht. Aus § 30 Abs. 3 BbgKVerf folgt aber, dass Anfragen jedenfalls in der Sitzung der Gemeindevertretung gestellt werden können. Da Anfragen in der Regel auch in der Sitzung der Gemeindevertretung beantwortet werden, kann die Geschäftsordnung regeln, dass Anfragen eine bestimmte Zeit vor der Sitzung vorgelegt werden müssen, um der Gemeindeverwaltung Gelegenheit zu geben, sich sachkundig zu machen.

c) Zusammenfassung

Informationsrechte der Gemeindevertretung ergeben sich aus § 97 Abs. 7 BbgKVerf. Danach sind die Vertreter der Gemeinde in einem selbständigen Unternehmen in privater Rechtsform einerseits verpflichtet, die Gemeindevertretung über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten, andererseits wird der Gemeindevertretung bzw. dem Hauptausschuss ein allgemeines Auskunftsrecht gewährt. Diese Informationsrechte richten sich sowohl gegen den gesetzlichen Vertreter der Aktionärin/Gesellschafterin „Gemeinde“ (in der Regel den Hauptverwaltungsbeamten) als auch gegen die von der Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitglieder. Überlagert werden diese Informationsrechte durch das Gesellschaftsrecht, das zum Kommunalverfassungsrecht in einem besonderen Spannungsverhältnis steht.

Grundsätzlich gilt zunächst, dass die Vertreter der Gemeinde nur über solche Sachverhalte informieren können, von denen sie aufgrund ihrer jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Organstellung Kenntnis haben oder erlangen können. Über die weitestgehenden Informationen verfügen die Aufsichtsratsmitglieder, die jedoch – je nach Rechtsform und Beteili-

79 Darsow (Fn. 70), § 71 GO, Rn. 14.

80 Vgl. dazu auch VG Gießen, Urteil vom 28. Oktober 2009 (Fn. 78), juris, Rn. 55.

gungsverhältnissen – in unterschiedlicher Abstufung gesellschaftsrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Die gesetzlichen Vertreter der Gemeinde in ihrer Rolle als Aktionärin haben ein nur eingeschränktes Informationsrecht, das sich im Wesentlichen auf die Tagesordnungspunkte der jeweiligen Hauptversammlung beschränkt; der Weitergabe dieser Informationen an die Gemeindevertretung stehen keine gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen entgegen. Die Informationsrechte der GmbH-Gesellschafter gehen sehr viel weiter. Mit Gesellschaftsrecht ist es prinzipiell vereinbar, der Gemeindevertretung die so erlangten Kenntnisse über Angelegenheiten der GmbH weiterzugeben. Allerdings sind beispielsweise bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um die Vertraulichkeit solcher Informationen zu gewährleisten. Dies gebietet die mitgliedschaftliche Treuepflicht der Gemeinde gegenüber der GmbH und anderen Gesellschaftern.

Dem einzelnen Mitglied der Gemeindevertretung steht ein Recht auf Auskunft und auf Akteneinsicht nach § 29 Abs. 1 BbgKVerf zu. Der Anspruch erstreckt sich auf alle Angelegenheiten der Gemeinde, darunter auch diejenigen, für deren Wahrnehmung sie sich privater Dritter bedient. Auskunftspflichtig ist (nur) der Hauptverwaltungsbeamten. Das Auskunftsrecht bezieht sich auf alle Sachverhalte, von denen er entweder als Leiter der Gemeindeverwaltung oder als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde nach außen Kenntnis hat. Dazu gehören auch die Informationen, die ihm als Gesellschaftervertreter bekannt geworden sind. Soweit er die Funktion eines Aufsichtsratsmitglieds ausübt, ist er nicht zur Auskunft verpflichtet. Die Anfragen der Mitglieder der Gemeindeverwaltung sollen allerdings nach § 29 Abs. 1 BbgKVerf der Kontrolle der Verwaltung, hier also der Beteiligungsverwaltung dienen, so dass Anfragen zu rein internen Vorgängen einer GmbH grundsätzlich unzulässig wären.

Im Übrigen sind weder die Gemeindevertretung noch einzelne Mitglieder berechtigt, sich zur Gewinnung von Unternehmensinformationen direkt an die Geschäftsführung einer AG oder GmbH zu wenden.

gez. Ulrike Schmidt