

Dokumentnummer: 13120
letzte Aktualisierung: 23.9.2003

GmbHG § 52; GO NW § 108

Weisungsbefugnis der Gemeinde (Nordrhein-Westfalen) gegenüber den Mitgliedern eines fakultativen Aufsichtsrates; entsprechende Satzungsbestimmungen; Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

I. Sachverhalt

Eine Kommune, die alleinige Gesellschafterin einer Stadtwerke GmbH ist, beabsichtigt eine vollständige Neufassung des bestehenden Gesellschaftsvertrages. Die GmbH verfügt über einen fakultativen Aufsichtsrat. Im Rahmen der Diskussion über den vorgelegten Vertragsentwurf der Neufassung der Satzung ist eine kontroverse Diskussion darüber entstanden, ob der Gesellschaftsvertrag vor dem Hintergrund des § 108 Abs. 4 Ziff. 2 GO NW dahin auszugestalten ist, dass der Gemeinde bzw. den Ratsvertretern ein unmittelbares Weisungsrecht gegenüber dem Aufsichtsratsmitgliedern einzuräumen ist. Ursächlich für die Kontroverse ist die Befürchtung von Aufsichtsratsmitgliedern, dass sie sich schadensersatzpflichtig machen, wenn sie etwaigen rechtswidrigen Weisungen des Rates Folge leisten.

II. Fragen

1. Muss nach Maßgabe des § 108 Abs. 4 Ziff. 2 GO NW dem Rat zwingend ein Weisungsrecht gegenüber dem Aufsichtsrat eingeräumt werden?
2. Bejahendenfalls, hat zumindest im Rahmen einer vollständigen Neufassung der Satzung einer bestehenden GmbH (§ 108 GO NW bezieht sich ausdrücklich nur auf die Gründung oder die Beteiligung an einer GmbH) eine Anpassung i. S. der vorzitierten Vorschrift zu erfolgen?
3. Inwieweit besteht die Gefahr, dass sich Aufsichtsratsmitglieder Dritten gegenüber haftbar machen, wenn sie (rechtswidrigen) Weisungen der Gemeinde bzw. des Rates Folge leisten? Wie können sich Aufsichtsratsmitglieder im Falle einer Inanspruchnahme schützen bzw. wie sind sie gesichert?

III. Zur Rechtslage

1. Weisungsunterworfenheit von Aufsichtsratsmitgliedern

Die Beantwortung der Fragen hängt zunächst einmal davon ab, ob bzw. inwieweit es gesellschaftsrechtlich überhaupt zulässig ist, Aufsichtsratsmitgliedern bei einer GmbH Weisungen zu erteilen.

- a) Nach ganz h. M. ist der **obligatorische Aufsichtsrat** einer GmbH **organisatorisch unabhängig**. Das bedeutet erstens, dass die Gesellschafter dem Aufsichtsrat keine Wei-

sung erteilen können, und zweitens, dass die Aufsichtsratsmitglieder kein gebundenes Mandat haben. Sie unterliegen weder einer gesteigerten Treuepflicht gegenüber dem Bestellungsorgan noch organisationsrechtlichen Weisungen. Auch die Aufsichtsratsmitglieder, die mit den Stimmen einer Kommune gewählt oder von ihnen entsandt werden, sind ohne Unterschied zu den anderen Aufsichtsratsmitgliedern nur den Gesellschaftsinteressen verpflichtet (BGHZ 36, 296, 306; BGHZ 69, 334, 339; Scholz/Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 52 Rn. 232; Kessler, GmbHR 2000, 76).

- b) Umstritten ist jedoch, ob dies auch für den **fakultativen Aufsichtsrat** gilt. Die Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage noch nicht geäußert, so dass die Rechtslage insoweit unsicher ist.

Die wohl **überwiegende Meinung** geht auch hier davon aus, dass die **Aufsichtsratsmitglieder unabhängig und weisungsfrei** sind (Kessler, GmbHR 2000, 76; Scholz/Schneider, § 52 GmbHG, Rn. 232; Püttner, DVBl. 1986, 751 ff.; Schwintowsky, NJW 1990, 1009, 1013; Michalski/Heyder, GmbHG, 2002, § 52 Rn. 174; Piehler, in: Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen, 2003, S. 69). Es widerspräche den Geboten einer funktionellen Unternehmenspublizität, durch die Einrichtung eines Aufsichtsrates den Anschein ausreichender Regelvorsorge bei der Überwachung der Leistungstätigkeit zu erwecken und andererseits die Mitglieder des Überwachungsorgans durch Weisungen der zentralen Funktionsbedingung ihrer Tätigkeit zu berauben.

Die **Gegenmeinung** vertritt hingegen die Meinung, dass der durch § 52 GmbHG eröffnete Dispositionsbereich es gestatte, die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrates einer externen Weisungsbindung zu unterziehen (Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, 4. Aufl. 2003, GmbHG, § 52 Rn. 8; Schulz, BayVbl. 1996, 97, 101; Lux, NWVbl. 2000, 7, 11; Schmid, ZGR 1996, 345, 355; Meier, VR 1998, 217, 218 ff.).

Zu einer differenzierenden Auffassung gelangt *Raiser* (in: Hachenburg, 8. Aufl. 1997, § 52 Rn. 142). Soweit der Kern der Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrates berührt sei, müsse es bei der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder bleiben, denn allenfalls verlöre die Überwachung den Sinn und die damit verbundenen Erwartungen der Gesellschafter und außenstehender Dritter würden vereitelt. Soweit im Aufsichtsrat dagegen über die Überwachung der Geschäftsführer hinaus weitere Aufgaben sozusagen als Exekutiv-Vorgang der Gesellschafter übertragen würden, liege es im Sinne der Bestellung, auch Weisungen bezüglich der Amtsführung zuzulassen.

Noack hält schließlich ein Weisungsrecht für zulässig, soweit die angewiesene Handlung nicht das Gesellschaftswohl verletzt (SuG 1995, 379, 381).

2. Auswirkungen des Meinungsstreites auf die Gestaltung der Satzung der GmbH

- a) Geht man davon aus, dass gegenüber dem fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH Weisungen unzulässig sind, so stellt sich die Frage, ob die Regelung des **Art. 108 Abs. 4 Ziff. 2 GO NW** eine zulässige Ausnahme von diesem Grundsatz darstellt. Leitet man freilich die Weisungsfreiheit des Aufsichtsrates aus § 111 AktG oder aus der gesellschaftsrechtlichen Funktion ab, so wird man davon ausgehen müssen, dass die landesrechtliche Vorschrift des Art. 108 Abs. 4 Ziff. 2 GO NW nicht eingreifen, da die bundesrechtliche Regelung insoweit vorgeht (Art. 31 GG).

- b) Hält man aber Weisungen generell für zulässig bzw. zumindest in gewissen Bereichen für gestattet, stellt sich die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag der Gemeinde geändert werden muss. Die Rechtsprechung hat sich diese Frage – soweit ersichtlich – noch nicht geäußert. Die Rechtslage ist also unsicher. Gegen die Annahme einer Verpflichtung zur Änderung der Satzung spricht u. E. der Wortlaut des § 108 Abs. 4 GO NW. Denn dort heißt es, dass die Gemeinde Gesellschaften mit beschränkter Haftung nur **gründen** darf, wenn die entsprechenden in § 108 Abs. 4 GO NW genannten Anforderungen an die Satzungsgestaltung erfüllt werde. In der Literatur wird hingegen vertreten, dass soweit die Kommune über eine satzungsändernde Mehrheit verfüge, zumindest in dem Augenblick, in dem eine Änderung der Satzung ohnehin vorgenommen werden soll oder muss (beispielsweise bei einer Euromstellung) auch § 108 Abs. 4 GO NW zu berücksichtigen sei (Held u. a., Kommunalverfassungsrecht NW, Loseblattsammlung, Stand: Juli 2002, § 108 GO Rn. 7).
- c) Nach der persönlichen Auffassung des Sachbearbeiters ist wie folgt zu differenzieren. Die Gesellschafter einer GmbH haben beim Aufsichtsrat einen sehr großen Gestaltungsspielraum. So können sie etwa durch entsprechenden Beschluss den Aufsichtsrat jederzeit aufheben oder ändern (vgl. nur: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 52 Rn. 2). Soweit ein obligatorischer Aufsichtsrat also nicht zu bilden ist, geben die Gesellschafter Rechte freiwillig ab, denn die Gesellschafterversammlung kann als oberstes Organ alle Entscheidungen an sich ziehen. Soweit die Gesellschafter nun Befugnisse an den fakultativen Aufsichtsrat freiwillig übertragen, ist ihnen demnach u. E. auch das Recht der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates zuzubilligen. Insofern kann auf den Wortlaut des § 52 Abs. 1 GmbHG verwiesen werden, wonach die aktienrechtlichen Vorschriften und damit auch der im Aktienrecht anerkannte Grundsatz der Weisungsfreiheit von Aufsichtsratsmitgliedern nur anzuwenden ist, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist. Entsprechend der Regelung des § 108 Abs. 4 Ziff. 2 GO NW ist somit in der Satzung ein entsprechendes Weisungsrecht zu verankern.

Hiervon zu trennen ist die Frage, ob es dementsprechend auch eine Verpflichtung für die Gemeinde gibt, die Satzung einer GmbH, die bei der Einführung des § 108 Abs. 4 GO NW bereits bestand, zu ändern. Diese Frage ist nach der persönlichen Auffassung des Sachbearbeiters aufgrund des eindeutigen Wortlautes der Norm zu verneinen.

3. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

- a) Nach § 52 GmbHG i. V. m. §§ 116, 93 Abs. 1 und 2 AktG haben die Aufsichtsratsmitglieder bei ihrer Tätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Verletzt ein Aufsichtsratsmitglied entsprechende Pflichten, so kann er gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig sein. Ob darüber hinaus auch eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Gesellschafter in Betracht kommt, ist umstritten (vgl. Scholz/Schneider, § 52 GmbHG Rn. 363 ff.). Vorliegend dürfte diese Frage freilich keine Bedeutung haben, da bei einer rechtswidrigen Weisung des Gesellschafters dieser sich nicht nachträglich auf einen Schadensersatzanspruch aufgrund Befolgung dieser Weisung berufen kann.

In Literatur und Rechtsprechung konnten wir keine Stellungnahmen zu der Frage finden, ob bei einer rechtswidrigen Weisung an ein Aufsichtsratsmitglied durch den Gesellschafter eine Schadensersatzverpflichtung gegenüber der Gesellschaft besteht. Unseres Erachtens ist dies jedoch äußerst zweifelhaft. Ein Anspruch auf Schadensersatz der

Gesellschaft besteht nur, wenn die Pflichtverletzung des Aufsichtsrates kausal für den Eintritt des Schadens war (vgl. Scholz/Schneider, § 52 GmbHG Rn. 359a). Insoweit ist zu beachten, dass es wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrates ist, die Geschäftsführung der GmbH zu überwachen und die Gesellschafter über etwaige Fehlentwicklungen zu informieren. Es ist daher für uns in der Praxis nur schwer erkennbar, wie eine rechtswidrige Weisung an den Aufsichtsrat überhaupt kausal für einen Schaden sein soll. In Der Praxis kann zudem die Gesellschafterversammlung – ohne Berücksichtigung des Aufsichtsrates – die Geschäftsführung direkt anweisen.

- b) Will man ein etwaiges Restrisiko gänzlich ausschließen, so dürfte es u. E. genügen, wenn der Gesellschafter für den Fall einer rechtswidrigen Weisung das betreffende Aufsichtsratsmitglied von Schadensersatzansprüchen freistellt. Im Übrigen kann sich das Aufsichtsratsmitglied im Konfliktfall notfalls dadurch behelfen, dass er sein Aufsichtsratsmandat niederlegt und damit der Weisung nicht Folge leistet.