

## Einwirkung, Haftung, Information

# Gesellschaftsrechtliche Fragen kommunaler Beteiligung an Gesellschaften des Privatrechts

Universitätsprofessor Dr. Ulrich Noack, Düsseldorf

Viele Ströme wissenschaftlicher Tinte sind geflossen\*, um darzutun, daß die öffentliche Hand bei privatwirtschaftlicher Betätigung ganz oder partiell einen Sonderstatus genieße<sup>1)</sup>. Mittlerweile hat sich die Lage weitgehend geklärt: "When you are in Rome, do as the Romans do". Wer Aktionär oder GmbH-Gesellschafter ist, wird nach bundesgesetzlichem Aktien- oder GmbH-Recht behandelt<sup>2)</sup>.

Gesellschafter mit staatlichem bzw. kommunalem Background geht es immer mehr, denn die Nutzung privater Rechtsformen durch Gebietskörperschaften schreitet, so hat es den Anschein, im Lande voran<sup>3)</sup>. Neue Entwicklungen aus dem gesellschaftsrechtlichen Bereich könnten dies noch beschleunigen.

Die *Umwandlung* kommunaler Eigenbetriebe, die jetzt "Ausgliederung" heißt, ist durch das Umwandlungsgesetz 1994 auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt worden<sup>4)</sup>. Eine *kleine Aktienrechtsreform* im letzten Jahr hat gewisse Erleichterungen für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften gebracht<sup>5)</sup>. Neu ist: Die Ein-Personen-Gründung ist jetzt zugelassen; die Hauptversammlung kann brieflich einberufen werden; bei Anwesenheit aller Aktionäre ist jede Verfahrensförmlichkeit entbehrlich; die Einschaltung eines Notars zur Beurkundung von Beschlüssen ist nicht mehr stets erforderlich. Diese Entwicklungen sind für

Gebietskörperschaften überaus interessant, ermöglichen sie doch einen raschen Zugang zur Aktiengesellschaft und vor allem eine weniger aufwendige Verwaltung der Aktienbeteiligung.

Im folgenden konzentriere ich mich auf drei Themenbereiche aus dem weiten Feld der sog. Organisationsprivatisierung. Das ist zum ersten die sog. kommunale Einwirkung auf die Gesellschaft (B); dann komme ich zu möglichen Folgen dieser Einwirkung, insbesondere zur Haftungsproblematik (C, D); schließlich ist die Frage der Informationsweitergabe zu besprechen (E).

## A. Einwirkung

### I. Anforderungen der neuen Gemeindeordnung: Ausrichtung, Einwirkung, Steuerung

Die neue Gemeindeordnung möchte einer unkontrollierten "Flucht ins Privatrecht"<sup>6)</sup> entgegenreten. Dazu enthält sie eine Vielzahl von Bestimmungen, die Anforderungen an das gesellschaftsrechtliche Engagement der Gemeinde stellen. Teils betreffen diese Vorschriften die *Zulässigkeit* des Einsatzes gesellschaftsrechtlicher Formen, teils regeln sie die *Führung und Kontrolle* dieser öffentlichen Unternehmen<sup>7)</sup>.

Aus dem erstgenannten, dem Zulässigkeits-Bereich sind zwei Normen besonders hervorzuheben: das ist einmal die Sicherung eines *angemessenen Einflusses* (§ 108 I Nr. 6, auch § 113 III GO); des weiteren ist es die Ausrichtung des Unternehmens "*auf den öffentlichen Zweck*" (§ 108 I Nr. 7 GO).

\* Vergl. Fußnote "\*" in Beitrag Oebbecke (S. 387)

1) Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 368 ff. ("Publizierung der privatrechtsförmigen Verwaltung"); Ipsen JZ 1955, 593; Kraft, Th., Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1982.

2) Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 275, 280 ff.

3) Einen Überblick zur formalen und zur funktionalen Privatisierung geben die "Deutschland-Themen" Nr. 142 der Deutsche Bank Research GmbH vom 9.11.1994; krit. neuerdings Erbguth/Stollmann DÖV 1993, 798 ff.

4) Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28.10.1994 (BGBl. I S. 3210); vgl. die §§ 168-171 des neuen UmwG.

5) Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 10.8.1994 (BGBl. I S. 1961); dazu Seibert/Köstler, Die kleine AG, 2. Aufl. 1995; Hoffmann-Becking ZIP 1995, 1 ff.; Claussen AG 1995, 163, 168 ff.

6) Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 326.

7) Näher hierzu die Parallelveröffentlichung von Oebbecke in Staedte- und Gemeinderat 10/1995 S. 383.

8) Schuppert ZGR 1992, 454, 465 f.

## II. Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck

Diese Ausrichtung setzt bei der Angabe des Unternehmensgegenstands in der Satzung der AG oder GmbH an<sup>8)</sup>. Wegen der unbeschränkbaren Vertretungsmacht der Geschäftsleitung (§ 82 I AktG; § 37 II GmbHG)<sup>9)</sup> hat dessen Festlegung grundsätzlich keine Bedeutung für den Rechtsverkehr mit Dritten. Die Relevanz liegt in der Innenbindung der Unternehmensführung und betrifft die Geschäftsführungsbefugnis (§ 82 II AktG; § 37 I GmbHG). Der Unternehmensgegenstand ist ferner Leitlinie für die Kontrolle durch den Aufsichtsrat (§ 111 I AktG). Die Aufnahme des öffentlichen Zwecks in die Formulierung des Unternehmensgegenstands hat also die Funktion, die Geschäftsführung und ihre Kontrolleure im Innenverhältnis zu binden. Ich habe allerdings gewisse Zweifel, ob eine stringente Zweckausrichtung bei der nicht selten gewünschten Beteiligung privater Investoren praktikabel sein wird. Das ist wohl nur dann der Fall, wenn man für diese Ausrichtung bereits die gesellschaftsrechtlich allein geforderte Benennung des Unternehmensgegenstands (zB Betrieb einer Entsorgungsdeponie) genügen läßt.

## III. Einwirkung über Anteilseignerversammlung

Die zweite Komponente ist das Erfordernis eines "angemessenen Einflusses" und dessen Sicherung durch das Gesellschaftsstatut. Hier müssen wir nach Rechtsformen unterscheiden.

### 1. GmbH

Die GmbH bereitet insoweit fast gar keine Probleme<sup>10)</sup>. Die Gesellschafter können die Geschäftsführung jederzeit und sachlich fast unbeschränkt dirigieren (§§ 37 I, 46 Nr. 6 GmbHG). Ratsbeschlüsse sind für die Geschäftsführer der GmbH selbstverständlich irrelevant. Sie müssen erst in Anordnungen der Gesellschafterversammlung umgesetzt werden<sup>11)</sup>. Da die Vertreter der Gesellschafterin "Gemeinde" an die Beschlüsse des Rats gebunden sind (§ 113 I 2 GO), ist die Durchsetzung der Ratsentscheidungen indessen gewährleistet.

Im GmbH-Recht streitet man, ob die Satzung bzw. die Gesellschafterversammlung soweit gehen kann, alle Entscheidungstätigkeit (bis auf die gesetzlichen Mindestbefugnisse) den Gesellschaftern zuzuweisen. Die wohl überwiegende Ansicht läßt auch eine solche kleinliche Regle-

mentierung zu. Danach könnte per Satzung oder Beschluß vorgesehen werden, daß die Geschäftsführer stets rückfragen müssen. Das ist gewiß eine für ein sinnvolles Management ungeschickte Gestaltung, aber sie zeigt, was mit der gutmütigen GmbH alles zu machen ist. Im übrigen: Die Personalkompetenz liegt bei den Gesellschaftern. Die Geschäftsführer werden von ihnen bestimmt und abberufen (§§ 6 III, 46 Nr. 5 GmbHG). Über den ratsgebundenen Gemeindevertreter ist daher für die gewünschte personelle Besetzung gesorgt. Insbesondere bei gemischt-wirtschaftlichen Beteiligungsgesellschaften kann es sich empfehlen, daß sich die Gemeinde im GmbH-Gesellschaftsvertrag ein Vorschlags- oder besser ein Entsendungsrecht einräumen läßt<sup>12)</sup>. Die Ausübung des Entsendungsrechts geschieht außerhalb der Gesellschafterversammlung<sup>13)</sup>. In der Sache wird dann der Geschäftsführer der GmbH vom Rat gewählt (§ 113 IV GO).

### 2. Aktiengesellschaft

#### a) Einflußnahme auf die Unternehmensführung

Bei der AG ist bekanntlich alles ganz anders. Hier hat die Hauptversammlung kein Weisungsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten (außer wenn es der Vorstand verlangt, § 119 II AktG). Auch dem Aufsichtsrat steht ein solches Recht nicht zu. Seine Aufgabe ist die Überwachung; Maßnahmen der Geschäftsführung können ihm nicht übertragen werden (§ 111 IV 1 AktG). Der Aufsichtsrat kann nur Geschäfte verhindern, indem er seine Zustimmung verweigert (§ 111 IV 2 AktG). Diese Vetobefugnis kann benutzt werden, um den Vorstand mittelbar an die kommunale Kette zu legen, indem ein Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte durch die Satzung oder durch den Aufsichtsrat aufgestellt wird. Zu beachten ist allerdings, daß dieser Katalog eine gewisse Abstraktionshöhe einhalten muß, denn das Gesetz spricht von "bestimmten Arten von Geschäften".

#### b) Bestellung von Vorstand und Aufsichtsrat

Einen direkten Zugriff auf das Führungspersonal hat der Groß- oder Alleinaktionär nicht. Der Aufsichtsrat bestellt die Vorstandsmitglieder (§ 84 AktG). Es gibt keine Vorschlags- oder gar Entsendungsrechte einzelner Aktionäre. Insofern geht § 113 IV GO ins Leere. Doch auch hier ist eine gewisse Lenkung möglich, wenn man die Sache von Anfang an richtig anpackt. Das recht verstandene AktG erlaubt die statutarische Aufstel-

lung von abstrakten Voraussetzungen, denen ein Vorstandsmitglied genügen muß (zB: nur Angehörige einer bestimmten Familie bei Familien-AG)<sup>14)</sup>. Allerdings muß eine solche Klausel durch den Gesellschaftszweck gerechtfertigt sein. Daher wäre es nicht zulässig, als statutarisches Bestellungskriterium zu bestimmen, daß der Kandidat jeweils das Plazet des Gemeinderats haben muß. Beim *Aufsichtsrat* ist die Kommune in der Lage, über ihre Stimmenmehrheit für die Bestellung ihrer Leute zu sorgen (§ 101 I 1 AktG). Auch der Direktive des § 113 III GO kann gefolgt werden: Bis zu einem Drittel der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat können durch bestimmte Aktionäre entsandt werden, wenn die Satzung dies so vorsieht (§ 101 II 1, 3 AktG).

#### c) Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder

Die GO bindet die Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat an die Interessen der Gemeinde und an die Beschlüsse des Rats (§ 113 I 1, 2 GO). Hier muß aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zum ersten Mal die rote Karte gezückt werden. Aufsichtsratsmitglieder unterliegen aktienrechtlich keinem imperativen Mandat. Sie haben das Kontrollamt frei von Weisungen auszuüben. Ihre Richtschnur ist das Unternehmensinteresse, darauf allein sind sie verpflichtet. Da dieses Interesse sich am statutarisch auf den öffentlichen Zweck ausge-

9) Instruktiv BGH DB 1981, 466 und ZIP 1991, 509; LG Berlin WM 1992, 22; Kort ZIP 1991, 1274ff.

10) Zur vielfältigen Ausgestaltbarkeit und den Einsatzmöglichkeiten der GmbH Scholz/Westermann, GmbHG, 8. Aufl. 1993, Einl. Rn. 22 und 38.

11) Zur Vertretung der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung Erichsen, Schriftenreihe des Freiherr-von-Stein-Instituts, Bd. 14, 1979, S. 62 ff; Großfeld/Spennemann AG 1979, 132.

12) Ein Vorschlagsrecht verpflichtet die übrigen Gesellschafter zur Wahl der genannten Person, wenn kein wichtiger Grund für ein abweichendes Votum vorliegt; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl. 1995, § 3 Rn. 25 und § 46 Rn. 12; Lutter ZIP 1986, 1195.

13) Das Entsendungsrecht gewährt die Befugnis, den Geschäftsführer direkt zu bestimmen; BGH WM 1989, 250, 252. Zum Ganzen Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994, S. 272 ff.

14) Zöllner im Kölner Kommentar, AktG, 2. Aufl. 1990, § 179 Rn. 71; Hüffer, AktG, 2. Aufl. 1995, § 23 Rn. 38 und § 76 Rn. 26; Luther, FG Hengeler, 1972, S. 167, 179; a.A. Mertens im Kölner Kommentar, AktG, 2. Aufl., § 76 Rn. 116 f.

15) Lutter/Grunewald WM 1984, 395.

16) Entgegen Cronauge, Kommunale Unternehmen, 1992, Rn. 329 besteht auch keine Bindung im Innenverhältnis der Aufsichtsratsmitglieder zur Gemeinde, denn auch dann wäre die eigenverantwortliche Amtsausübung berührt; Leisner WiVerw 1983, 212, 217f.

richteten Unternehmensgegenstand zu orientieren hat, müssen die kommunalen Belange berücksichtigt werden<sup>15)</sup>. Eine Fixierung im Einzelfall, wie sie durch eine Weisung erfolgen würde, ist dagegen nicht zulässig<sup>16)</sup>.

Eine *faktische* Rücksichtnahme auf denjenigen Aktionär, dem man sein Amt verdankt, kann man selbstverständlich nicht verhindern; *rechtlich* ist sie jedoch nicht wirksam zu gestalten. Auch Landesgesetze können solches nicht anordnen, und zwar weder als Bindung an den Ratsbeschuß noch indirekt wie in § 108 III, wo die GO Zustimmungshindernisse für Gemeindevertreter festlegt. Die modernen Gemeindeordnungen wissen das und formulieren vorsichtig, die Weisungsbindung gelte nur, soweit durch *Gesetz* nichts anderes bestimmt sei (§ 113 I 4 GO; ähnl. § 108 III 5 GO). Man wende nicht ein, im AktG finde sich doch gar keine derartige Bestimmung. In der Tat hat sich dieses Gesetz nicht ausdrücklich mit der Frage befaßt. Jedoch folgt aus der Aufgabenstellung für den Aufsichtsrat, daß das AktG ganz selbstverständlich von einer unabhängigen Amtsführung ausgeht. Und so sieht es auch die Rechtsprechung des BGH in Übereinstimmung mit der gesamten aktienrechtlichen Literatur<sup>17)</sup>.

Zweifeln kann man an der völligen Weisungsfreiheit bei *entsandten* Aufsichtsratsmitgliedern. Wenn diese gem. § 103 II 1 AktG von dem Entsender jederzeit abberufen und durch ein anderes ersetzt werden können, dann liegt ein *argumentum a minore ad maius* ("erst-recht-Schluß") nahe: Weisungen sind zulässig, solange sie die Verpflichtung auf das Gesellschaftswohl nicht verletzen<sup>18)</sup>.

Beispiel: Wenn eine Preiserhöhung für ein kostendeckendes Wirtschaften unumgänglich ist, bindet eine gegenteilige Weisung nicht. Vom damaligen Großaktionär Bundesrepublik entsandte Mitglieder zum Aufsichtsrat bei der VW-AG haben daher vor vielen Jahrzehnten richtig gehandelt, als sie einer ministeriellen Direktive nicht entsprochen haben<sup>19)</sup>. Über ihr weiteres Schicksal ist mir allerdings nichts bekannt.

Stehen für eine Entscheidung mehrere Alternativen offen, deren jede dem Gesellschaftsinteresse entspricht, warum soll dann nicht eine Auswahl durch die Gemeinde erfolgen dürfen, die ihren Mandatar insoweit bindet? Eine ältere, jedoch nicht ganz eindeutige Rechtsprechung des BGH sieht das allerdings anders<sup>20)</sup>.

Es besteht keine Rechtspflicht der auf Veranlassung der Gemeinde bestellten Aufsichtsratsmitglieder, ihr Amt auf Beschluß des Rates jederzeit *niederzulegen*. Sie können das aus freien Stücken tun, aktienrechtlich wirksam ist dies aber nur, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Frage ist nun, ob ein auf Amtsniederlegung gerichteter Ratsbeschuß als wichtiger Grund anzuerkennen ist. Entgegen manchen Stimmen im Schrifttum bejahe ich die Frage, denn die Gesellschaft kann selbst nicht daran interessiert sein, einen Konflikt zwischen Aktionär und Aufsichtsratsmitglied zu perpetuieren<sup>21)</sup>.

Bei einer kommunalen Einpersonen-AG ist die Sache auch nicht weiter dramatisch, da nach neuem Aktienrecht<sup>22)</sup> ad-hoc eine Hauptversammlung stattfinden (§ 121 AktG n.F.) und diese per Beschluß das renitente AR-Mitglied abberufen kann (§ 103 I 1 AktG). Entsandte Aufsichtsratsmitglieder können jederzeit abberufen werden (also auch außerhalb der Hauptversammlung). Nach einem Urteil des OVG Münster soll eine Abberufung eines Gemeindevertreters nicht aus Gründen erfolgen dürfen, die ausschließlich in den veränderten Mehrheitsverhältnissen des Gemeinderats wurzeln<sup>23)</sup>. Diese Entscheidung betrifft jedoch die kommunalrechtliche Zulässigkeit, nicht die aktienrechtliche.

#### IV. Steuerpflichten

Die GO enthält, wie eingangs erwähnt, noch etliche Einwirkungsbestimmungen, die sich auf die Unternehmensplanung und -führung beziehen. Dazu zwei kurze Bemerkungen.

##### 1. Finanzplanung

So verlangt § 108 II Nr. 1 b GO von der Gemeinde, darauf hinzuwirken, daß der Wirtschaftsführung eine fünfjährige Finanzplanung zugrunde gelegt und der Gemeinde zur Kenntnis gebracht wird. Der Aufsichtsrat kann vom Vorstand zwar Berichte über die beabsichtigte Geschäftspolitik verlangen (§ 90 I Nr. 1 AktG). Zu einer mehrjährigen Finanzplanung vermag er den Vorstand nicht zu zwingen. Es ist auch nicht zu sehen, aufgrund welchen Rechts eine solche Planung der Gemeinde zur Kenntnis gebracht werden soll. Sollte ein Vorstand bei einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen tatsächlich seine Finanzplanung der Gemeinde mitgeteilt haben, dann steht gem. § 131 IV 1 AktG jedem anderen Aktionär in der Hauptversammlung ein entsprechendes Auskunftsrecht zu. Schon allein diese Folge dürfte einen Vorstand davon

abhalten, seinen Gemeinde-Aktionär vorzugsweise mit Informationen zu versorgen.

##### 2. Wirtschaftsgrundsätze

Auch den sog. Wirtschaftsgrundsätzen (§§ 108 II Nr. 3 iVm § 109 GO) kann nur partiell nachgekommen werden. Von den drei genannten Merkmalen (führen, steuern, kontrollieren) ist bei einer Aktiengesellschaft einigermaßen zuverlässig nur das letztere durch die Gemeinde (über den Aufsichtsrat) erfüllbar.

Führen, steuern, kontrollieren, einwirken: das sind Worte, die jeden Gesellschaftsrechtler sofort daran denken lassen, wie es denn mit der *Haftung* dessen bestellt ist, der da führt und steuert. Wir stehen vor der im 2. Teil zu beantwortenden Frage, ob die Gemeinde als herrschendes Unternehmen nach konzernrechtlichen Grundsätzen in die Pflicht genommen werden kann.

## B. Haftung nach Konzernrecht

### I. Gemeinde als Unternehmen

#### 1. Regelungsproblem des Konzernrechts

Unternehmensverbindungen schaffen spezifische Gefährdungslagen für die Minderheitsgesellschafter und insbesondere für die Gläubiger. Darauf reagiert das Konzernrecht. Für dessen Anwendung ist ausschlaggebend, daß der herrschende Gesellschafter noch außerhalb der Gesellschaft wirtschaftlich relevant engagiert ist<sup>24)</sup>. Dann kann es für ihn vorteilhaft sein, seinen anderweitigen Interessen zu Lasten der Belange der von ihm abhängigen Gesellschaft den Vorzug zu

17) BGHZ 36, 296, 306; 64, 325, 330; 90, 381, 398; Ulmer, FS Stimpel, 1985, S. 705, 719ff; K.P.Martens, AG 1984, 29; Mertens im Kölner Kommentar, AktG, § 101 Rn. 51.

18) Noack, aaO, S. 279; wohl auch Schwintowski NJW 1995, 1316, 1319.

19) Beispiel nach Robert Fischer AG 1982, 85, 91.

20) BGHZ 36, 296, 306; zust. Raiser ZGR 1978, 390, 399f; vgl. aber Hüffer AktG, 2. Aufl. 1995, § 101 Rn. 10, der eine durch das Gesellschaftswohl begrenzte Weisungsgebundenheit von Beamten anerkennt.

21) Mertens im Kölner Kommentar, AktG, 1. Aufl., § 103 Rn. 54; Hüffer AktG, 2. Aufl. 1995, § 103 Rn. 17.

22) Vgl. oben Fn. 5.

23) OVG Münster NVwZ 1990, 791.

24) Ständige Rechtsprechung: BGHZ 69, 334; 74, 359, 365; 80, 69, 72; 95, 330, 337; 115, 187.

geben. Davor müssen die Minderheit und die Gläubiger geschützt werden.

Da die gesellschaftsfremde Interessenbindung den Ausschlag gibt, können auch natürliche Personen<sup>25)</sup> oder juristische Personen, die keine Handelsgesellschaften sind, als Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne angesehen werden. Gilt dies auch für *Gebietskörperschaften*?

## 2. Unternehmenseigenschaft des Staates

Der BGH hat die Frage vor knapp 20 Jahren für die Unternehmenseigenschaft der Bundesrepublik Deutschland in der *VEBA/Gelsenberg*-Entscheidung bejaht<sup>26)</sup>. Allerdings ging es dort nicht um die Haftung, sondern um das aktienrechtliche Spezialproblem der Barabfindung bei Eingliederung. Die Urteilsgründe sind allerdings ganz allgemein gehalten:

„Die aktienrechtlichen Schutzvorschriften sind jedenfalls dann ein sachgerechtes und unentbehrliches Mittel zur Konfliktlösung, wenn die öffentliche Hand sich privatwirtschaftlich in einem Umfang betätigt, daß sich hieraus allein schon die Gefahr ergibt, das Interesse der Gesellschaft“ einem fremden Unternehmensziel zu opfern.

Im Hinblick auf den sonstigen industriellen Beteiligungsbesitz der Bundesrepublik ist es dem BGH nicht schwergefallen, den Staat als Unternehmen im Sinne des Konzernrechts anzusehen. Für eine prinzipielle Freistellung der öffentlichen Hand von dessen Regeln fehlt eine Rechtsgrundlage. Vage Erwägungen darüber, daß hier doch nicht Privat- sondern Steuergelder verwaltet werden<sup>28)</sup>, können sie nicht ersetzen. Schließlich wäre auch nicht einzusehen, warum Gläubiger von Unternehmen mit öffentlichem Träger schlechter behandelt werden sollen als andere.

Mittlerweile haben wir ein historisches Beispiel, daß für eine solche Exemption eine eindeutige Rechtsgrundlage benötigt wird. Der Bundesgesetzgeber kam vor drei Jahren der *Treuhandanstalt* in höchster Not zur Hilfe. In Rechtslehre und bei Instanzgerichten im Osten Deutschlands zeichnete sich ab, daß die Treuhand als herrschendes Unternehmen eines qualifiziert faktischen Konzerns behandelt werden würde. Mit unabsehbaren Konsequenzen, wäre sie (im Ergebnis der Bund) dann doch zur „Anstalt mit unbeschränkter Haftung“ geworden. Schon damals war fraglich, ob angesichts der Singularität der Aufgabe der Treuhand das Rechtsregime des Konzernrechts be-

rufen war: Immerhin lag die Fremdbestimmung der Treuhandunternehmen ja in der Logik ihres bekannten Auftrags<sup>29)</sup>. Ganz im Sinne von *Julius von Kirchmann* machten einige berichtigende Worte des Gesetzgebers die in der ersten Hälfte der neunziger Jahre entstandene Literatur zur Makulatur: „Die Vorschriften des Aktiengesetzes über herrschende Unternehmen“ sind auf die THA nicht anzuwenden, bestimmt jetzt § 28a EGAktG<sup>30)</sup>.

## 3. Kommune als Unternehmen per se

Mit der im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum wohl allgemeinen Meinung ist die Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff auch auf kommunale Gebietskörperschaften zu übertragen, und zwar jedenfalls dann, wenn die Kommune ihre wirtschaftliche Betätigung über verschiedene Unternehmensbeteiligungen entfaltet. Ein prinzipieller Unterschied zwischen Staat, Land und Kommune ist insoweit nicht zu machen.

Man muß aber noch weitergehen und fragen, ob es wirklich zusätzlich darauf ankommt, daß die Kommune außer an der betroffenen Gesellschaft noch an weiteren Gesellschaften privater Rechtsform maßgeblich beteiligt ist. In teleologischer Betrachtung spricht entscheidendes dafür, eine Unternehmenseigenschaft von Gebietskörperschaften schon dann zu bejahen, wenn sie nur über eine *einzig* Beteiligung verfügt. Noch einmal: maßgebend ist der potentielle Interessenkonflikt. Ein solcher ist gewiß vorhanden bei anderweitiger unternehmerischer Betätigung. Das ist ein hinreichendes, aber nicht notwendiges Merkmal. Auch nichtwirtschaftliche Zweckbestimmungen des Gesellschafters können typischerweise das Gesellschaftsinteresse gefährden (und damit das spezifische Schutzinstrumentarium des Konzernrechts auf den Plan rufen). Zwischen dem öffentlichen Interesse an gemeinwohlorientierter Struktur-, Sozial- und Wirtschaftspolitik und der erwerbswirtschaftlichen Zielsetzung können bekanntlich deutliche Konflikte auftreten. Daher ist eine Kommune stets und immer Normadressat des Konzernrechts<sup>31)</sup>.

## II. Vertragskonzernrecht

### 1. Problem: Verlustausgleich

Das ist zunächst günstig für die Gemeinde, denn nur als Unternehmen vermag sie die im AktG vorgesehenen Unternehmensverträge abzuschließen. Der gesetzlich vorgeschriebenen Einwirkungspflicht kann konzernrechtlich am besten

durch den Abschluß eines **Beherrschungsvertrags** nachgekommen werden. Ein solcher Vertrag zwischen Gemeinde und Gesellschaft berechtigt erstere, dem Vorstand hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen, und zwar auch nachteilige Weisungen, wenn sie nur im kommunalen Konzerninteresse liegen<sup>32)</sup>. Geregelt ist dieser Unternehmensvertrag in den §§ 291 und 308 AktG, die entsprechend für Beherrschungsverträge mit einer GmbH gelten<sup>33)</sup>.

Man kann sich fragen, warum denn mit einer GmbH ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen werden sollte, wo doch das GmbHG (im Gegensatz zum Aktiengesetz) Weisungen an die Geschäftsführung per Beschluß gestattet. Zwei Gründe sprechen dafür: (1) Die Ausrichtung auf das „Konzerninteresse“ (hier also die kommunalen Zwecksetzungen) ist erlaubt; im vertragslosen Zustand bleibt es beim Vorrang des jeweiligen Gesellschaftsinteresses; (2) bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ist keine Einschaltung der Gesellschafterversammlung nötig; dissentierende Gesellschafter haben kein Anfechtungsrecht<sup>34)</sup>.

Der angemessene Einfluß, von dem § 108 I Nr. 6 GO spricht, wäre so „in anderer Weise“ als durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung nachhaltig gesichert. Die Gemeindecordnung gießt das Glas aber sofort wieder aus, wenn sie in der nächsten Ziffer bestimmt, die Gemeinde dürfe sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter Höhe verpflichten. Zwingende gesetzliche Rechtsfolge eines Beherrschungsvertrags ist indessen die Pflicht zur Verlustübernahme (§ 302 I AktG)<sup>35)</sup>. Wer die Geschicke der

25) BGH DB 1994, 370; dagegen K.Schmidt AG 1994, 189.

26) BGHZ 69, 334; dazu Zöllner AG 1978, 40.

27) Stober NJW 1984, 455.

28) Kreisgericht Erfurt ZIP 1991, 1233.

29) Dezidiert i.d.S. Schuppert ZGR 1992, 454, 470.

30) BGBII 1992, 1257. Dazu BVerfG v. 29.12.1994, ZIP-aktuell 1995, A 13; Unzulässigkeit der Vorlage des AG Halle-Saalkreis zu § 28a EGAktG.

31) Paschke ZHR 1988, 269; Kuhl/Wagner ZIP 95, 442; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, Anh. § 77 Rn. 22; Emmerich, Konzernrecht, 5. Aufl. 1993, S. 52.

32) Eingehend dazu Sina AG 1991, 1ff.

33) BGHZ 105, 324; Übersicht zu GmbH-Unternehmensverträgen Hoffmann-Becking WiB 1994, 58; zum Inhalt Zöllner ZGR 1992, 176ff.

34) Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 34.

35) K.Schmidt ZGR 1983, 518.

36) Regierungsbegründung zu § 302 AktG, bei Kropff, AktG 1965, S. 391.

Gesellschaft bestimmen kann, muß auch für Verluste einstehen<sup>36)</sup>. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieser Ausgleich im Beherrschungsvertrag eigens vereinbart wurde oder nicht. Es wäre wohl eine zu enge und falsche Interpretation, wenn man die Worte "sich verpflichtet" in Nr. 5 nur auf ausdrückliche rechtsgeschäftliche Abreden bezieht (wie etwa auf eine Nachschußpflicht gem. § 26 GmbHG). Der Landesgesetzgeber wollte das Eingehen von Rechtsverhältnissen verhindern, die - wie hier - notwendig mit Verlusthaftungsgefahren verbunden sind.

Da beide Anforderungen gleichberechtigt nebeneinander stehen (Einflußwahrung; keine Verlustverpflichtung), kann schwerlich argumentiert werden, die Effektivität der Einflußnahme dürfe wegen der haftungsrechtlichen Folgewirkungen nicht beeinträchtigt werden<sup>37)</sup>. Wenn eine Einwirkungsbefugnis nur um den Preis der Verlustübernahme in unbestimmter Höhe zu haben ist, dann muß davon eben Abstand genommen werden<sup>38)</sup>.

### 2. Holding-Konstruktionen

Ein möglicher Ausweg aus dem oben gezeigten Dilemma ist die Einschaltung einer Holding-GmbH. Die kommunale GmbH ist ihrerseits Aktionärin bei den als AG betriebenen Nahverkehrs- oder Energieversorgungsunternehmen. Die GmbH schließt die Beherrschungsverträge mit den Aktiengesellschaften und wird selbst ohne Schwierigkeiten von der Gemeinde dirigiert. Schuldner der Verlustausgleichspflicht nach § 302 I AktG ist "der andere Vertragsteil" - und das ist die GmbH, nicht die Gemeinde.

§ 108 III 1 GO erlaubt die Beteiligung einer Gesellschaft an einer anderen nur dann, wenn die Haftung der sich beteiligenden Gesellschaft auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist. Das ist bei der Beteiligung an einer AG, wo nur die Einlage verloren gehen kann (eine Außenhaftung besteht ohnehin nicht), gewiß der Fall. Eine Anordnung hins. der Verlusttragungspflicht (wie in § 108 I Nr. 5 GO) fehlt. Wie ist die Lücke zu schließen, analog oder e contrario? Letzteres halte ich für richtig, weil es hier nicht um das Risiko der Gemeinde, sondern nur um das ihrer Holding-Gesellschaft geht.

Das Problem ist auf der anderen Seite, daß mindestens zwei Kapitalgesellschaften gegründet werden müssen (mit allen kostenträchtigen Folgen: Aufbringung des Kapitals, Besetzung der Geschäftsführung, Rechnungslegung und Prüfung

usw.). Außerdem wird durch die Einführung einer weiteren Gesellschaft der politisch gewollte Anschluß an den Rat der Gemeinde weiter gelockert (Mediatisierungseffekt).

Bei größeren Einheiten erfreut sich die Konstruktion dennoch einer gewissen Beliebtheit, und zwar vor allem aus steuerlichen Gründen<sup>39)</sup>. Verluste der Verkehrs- und Gewinne der Versorgungsgesellschaft laufen bei der Holding-GmbH saldiert auf, wenn ein sog. Organschaftsverhältnis besteht.

## III. Faktischer Konzern

### 1. Einfacher faktischer Konzern

Läßt man es zwischen Gemeinde und Gesellschaft beim vertragslosen Zustand bewenden, ist hinsichtlich der Haftung zu unterscheiden:

Bei der Aktiengesellschaft ist die nachteilige Einwirkung des unternehmerischen Großaktionärs in gewisser Weise privilegiert. Wer Schaden stiftet, hat normalerweise sofort fälligen Schadenersatz zu leisten. Von diesem Grundsatz weicht § 311 AktG ab und läßt eine Nachteilszufügung zu, wenn diese nur später kompensiert wird. Geschieht das allerdings nicht, kommt es zur Schadenersatzhaftung (§ 317 AktG), die auch von den Gläubigern der beherrschten Gesellschaft geltend gemacht werden kann. Der Vorstand muß alljährlich die Rechtsgeschäfte und Maßnahmen in einem Abhängigkeitsbericht aufführen, sonst trifft ihn selbst eine Ersatzpflicht (§ 318 I AktG). Rechtsgeschäfte der genannten Art können etwa Verträge sein, welche die Preisgestaltung der AG an die Zustimmung der Gemeinde bindet<sup>40)</sup>.

Bei der GmbH gelten strengere Regeln. Schädigende Einflußnahme ist immer eine Treupflichtverletzung<sup>41)</sup>. Da der partiell privilegierende § 311 AktG nicht entsprechend anwendbar ist, muß sofort Schadenersatz geleistet werden. Indessen: Eigengesellschaften sind oft in der Hand einer Gemeinde. Bei einer Ein-Personen-Gesellschaft fällt es schwer, ein verletztes Gesellschaftsinteresse auszumachen, das von demjenigen des Alleingeschafters verschieden sein soll. Die Frage wird im GmbH-Recht kontrovers diskutiert; die Rechtsprechung hat sich noch nicht festgelegt<sup>42)</sup>.

Sicher ist, daß (unabhängig von jeder Konzernhaftung) die Kapitalschutzregeln gelten. Das Gesellschaftsvermögen, welches zur Deckung der Stammkapitalziffer erforderlich ist, darf nicht an den

Gesellschafter zurückfließen (§§ 30 ff GmbHG).

Die bisher genannten Haftungsregeln brauchen die Gemeinde nicht zu schrecken, denn damit haben sie mit § 108 I Nr. 5 GO keine Probleme. Die Zulassung der Betätigung der Gemeinden in privatrechtlichen Formen würde ad absurdum geführt, wollte man annehmen, daß auch die *handlungsbezogenen* Risiken der Verpflichtung zur Haftungsbegrenzung und dem Verbot der Verlustabrede zuwiderlaufen.

### 2. Qualifizierter faktischer Konzern

Zu einer Kollision mit den haftungsrechtlichen Bestimmungen der Gemeindeordnung könnte es allerdings bei qualifiziert faktischer Konzernierung kommen. Die Rechtsprechung des BGH hat - grob skizziert - § 302 AktG entsprechend angewandt, wenn die Verhältnisse eines vertragslosen Konzerns denjenigen eines Vertragskonzerns entsprechen. Eine Zeitlang hat es so ausgesehen, als ob ein Zustand dauernder und umfassender Leitung ausreiche, um die Verlustübernahme auszulösen<sup>43)</sup>. Das aber wäre für die privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden fatal. Sie sind ja kraft öffentlichen Rechts gehalten, ihren Einfluß möglichst geltend zu machen. Die noch nie sehr deutlich markierte Grenze zur qualifizierten Konzernierung wäre wohl schnell überschritten, insbesondere bei personellen Identitäten in Gemeinde- und Gesellschaftsführung.

Inzwischen ist Entwarnung eingetreten. Der BGH verlangt in jedem Fall eine Ausübung der Leitungsgewalt, die sich als *objektiver Mißbrauch* der beherrschenden Gesellschafterstellung darstellt, weil sie keine angemessene Rück-

37) IdS Koppenscheider ZGR 1979, 91, 101.

38) So auch Emmerich AG 1976, 225, 227; Lutter/Grunewald WM 1984, 396.

39) Cronauge, Kommunale Unternehmen, 1992, Rn. 360, 366, 368f.

40) Püttner JA 1980, 218; Bspl. in BGHZ 36, 296; zu Konzessionsverträgen Cronauge, aaO, Rn. 607ff.

41) Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 13; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. KonzernR Rn. 10; eingehend M. Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988.

42) Eingehend dazu M. Winter ZGR 1994, 570.

43) BGHZ 115, 187; dazu auch BVerfG NJW 1993, 2600.

44) BGHZ 122, 123.

sicht auf die Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt<sup>44</sup>). Außerdem darf der insoweit zugefügte Nachteil einer Kompensation durch Einzelausgleichsmaßnahmen nicht zugänglich sein (so daß ein globaler Verlustausgleich nötig wird).

Eine Konzernhaftung der Gemeinde kommt also nur dann in Betracht, wenn sie von ihren Einwirkungsbefugnissen "objektiv mißbräuchlich" Gebrauch macht. Und dieses handlungsbezogene Haftungsrisiko ist, wie bereits erwähnt, einer abstrakten Verpflichtung zum Verlustausgleich nicht gleichzustellen.

Dennoch besteht Anlaß zur Vorsicht. Der Mißbrauch muß eben nur objektiv sein. Wer aus sozialpolitischen oder sonstigen Motiven die gemeindeeigene Gesellschaft von marktüblichen Erwerbschancen abschneidet, Rationalisierungen verhindert und sie nur steinige Felder beackern läßt, der wird sich bei einer Pleite schnell dem Vorwurf ausgesetzt sehen, er habe es an einer angemessenen Rücksicht auf die Belange der Gesellschaft fehlen lassen. Die Gemeinde haftet solchenfalls für ihre vermögenslose GmbH. Zur Zeit ist in einem anderen Bundesland der Prozeß eines Konkursverwalters anhängig, der die Stadt für die Verluste der insolventen kommunalen Kurbetriebs-GmbH in Anspruch nimmt.

Die neueste Rechtsprechung ist zwar weniger gefährlich als das zuvor praktizierte Anknüpfen an einen Beherrschungszustand. Jedoch: Eine ansonsten an langer Leine geführte GmbH, die also keiner dichten Beherrschung unterliegt, kann durch ein paar Male mißbräuchliches Hineinreden des herrschenden Gesellschafters ins Straucheln geraten - mit der Folge der Haftung dieses Gesellschafters.

Von Mißbrauch kann aber dann nicht die Rede sein, wenn die GmbH entsprechend ihrer Funktion gebrannt wurde - und diese Funktion geht aus dem Unternehmensgegenstand hervor<sup>45</sup>).

An unerwarteter Stelle zeigt sich, was eine präzise Aufgabenbestimmung wert sein kann. Der BGH hat jüngst ausdrücklich die begrenzte Einzelfunktion einer Bau-GmbH gebilligt, nur für ein bestimmtes Architektenbüro Aufträge abzuwickeln<sup>46</sup>). Eine solche begrenzte Funktionszuweisung begründe noch keine konzernrechtliche Haftung, solange eine solche Gesellschaft unter Wahrung ihres Eigeninteresses geleitet wird. Der Ausschluß von anderen Marktchancen aufgrund Gesellschafterweisung ist sol-

chenfalls kein Mißbrauch der juristischen Person.

## C. Finanzierungsverantwortung

Die soeben skizzierte Haftung nach konzernrechtlichen Grundsätzen darf nicht den Blick verstellen, daß die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft auch in anderer Hinsicht zu unerwarteten finanziellen Konsequenzen führen kann. Das versteht sich von selbst für den Bereich deliktischer Haftung. Von erheblichem Interesse ist eine vor Jahresfrist ergangene Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs, wonach die Verletzung der Pflicht zu rechtzeitiger Konkursanmeldung nach § 823 II BGB zu beurteilen ist. Den Nengläubigern ist von den Geschäftsführern der volle Schaden zu ersetzen (und nicht wie bislang nur der "Quotenschaden"), den sie dadurch erlitten haben, weil sie mit der maroden GmbH in Geschäftskontakt getreten sind<sup>48</sup>). Nun sind Konkurse öffentlicher Unternehmen bislang eine Seltenheit<sup>49</sup>), so daß diese Problematik der zur Insolvenz führenden Kapitalverminderung zur Zeit nicht vertieft werden muß<sup>50</sup>). Betrachten wir daher die entgegengesetzte Seite, nämlich die *Kapitalaufbringung und -erhaltung*.

### I. Gesellschafterdarlehen

Die öffentliche Hand hilft vielfach ihren Kapitalgesellschaften durch Darlehen und Bürgschaften. Aus haushaltsrechtlichen Gründen geschieht dies meist über zwischengeschaltete Gesellschaften oder nahestehende Kreditinstitute, wie Landesbanken oder Sparkassen. Eine bislang kaum erkannte Gefahrenquelle ergibt sich hierbei aus dem Recht der kapitaleretzenden Gesellschafterleistungen.

Wenn ein Gesellschafter in einem Zeitpunkt, zu dem ein ordentlicher Kaufmann Eigenkapital zugeführt hätte, statt dessen ein Darlehen gewährt, dann wird diese Mittelzuführung wie *Eigenkapital* behandelt (vgl. § 32a I GmbHG). Im Konkurs kann der Gesellschafter einen Rückzahlungsanspruch nicht geltend machen; unter bestimmten Umständen muß er den Betrag, wenn er ihn zurückerhalten hat, wieder erstatten (vgl. § 32b GmbHG). Soweit das Stammkapital nicht durch Vermögen gedeckt ist, werden in der Krise gegebene Gesellschafterdarlehen als Eigenkapitalersatz behandelt<sup>51</sup>). Eine

Rückzahlung führt zu der Erstattungspflicht entspr. § 31 GmbHG.

### II. Sonderregelung für Öffentliche Hand?

Schon vor sieben Jahren hat der BGH klargestellt, daß ein mit dem Gesellschafter verbundenes und deshalb für eine ordnungsgemäße Finanzierung nach den genannten Regeln mitverantwortliches Unternehmen auch eine Gebietskörperschaft sein kann<sup>52</sup>). Zugrunde lag folgender Fall: Die Freie und Hansestadt Hamburg war an den Hamburger Stahlwerken über ihre Hamburger Landesbank zur Hälfte beteiligt. Die Stadt bürgte für Kredite, welche Dritte den kriselnden Stahlwerken gewährten. Der BGH hielt dies für eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen, die im Konkurs nicht geltend gemacht werden können und die erstattungspflichtig sind, falls der Kapitalersatz zuvor abgezogen wurde. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Beteiligung mit der Absicht der Gewinnerzielung erfolge oder ob öffentlich-rechtliche Ziele (hier: Industrieansiedlung) verfolgt werden.

Diese Rechtslage wurde jüngst auch einer Gebietskörperschaft aus dem OLG-Bezirk Düsseldorf zum Verhängnis. Sie beteiligte sich über ihre Tochter-GmbH mit 15% am Stammkapital einer Beschäftigungsförderungsgesellschaft in der Rechtsform der GmbH. Diese GmbH sollte der Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen und Sozialhilfeempfängern dienen. Für diesen Zweck erhielt sie Zuschüsse des Landes NRW, der Bundesanstalt für Arbeit, des Landschaftsverbandes Rheinland und eben auch der beklagten Körperschaft, die Bürgschaften für Drittkredite (als "Anschubfinanzierung") stellte. Der Gesellschaft ging es schlecht: eine hohe Mitar-

45) Vgl. oben A II.

46) BGH ZIP 1994, 1693.

47) Deutlich Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 13 Rn. 20.

48) BGH NJW 1994, 2220; eingehend dazu Hirte, Abschied vom Quotenschaden, ZIP-Dokumentation, 1994.

49) Vgl. OLG Düsseldorf ZIP 1995, 465 und dazu Kuhl/Wagner ZIP 1995, 433; OVG Bremen BB 1980, 370 (Insolvenzversicherung einer städtischen Hafenbetriebsgesellschaft); RGZ 148, 101 (Konkurs einer Straßenbahn-GmbH); Bericht in der FAZ v. 30.6.1994, S. 14 über den Konkurs einer kommunalen Kurbetriebs-GmbH.

50) Zum "Insolvenzrisiko der Gläubiger kommunaler Eigenesellschaften" Kuhl/Wagner ZIP 1995, 433.

51) BGHZ 90, 370, 376; dazu Hommelhoff/Kleindiek, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 421 ff.

52) BGHZ 105, 168 (= NJW 1988, 3143).

beiterzahl, ein hoher Krankenstand und mangelndes Durchhaltevermögen der Beschäftigten ließen die Betriebsverluste anschwellen. Schließlich mußte nach etwa drei Jahren das Konkursverfahren eröffnet werden. Der Konkursverwalter ging gegen die Gebietskörperschaft vor mit dem Argument, sie sei durch die Verwertung von Sicherungsgut durch die Stadtparkasse Oberhausen von ihrer gegenüber diesem Institut eingegangenen Bürgschaft freigeworden. Der Bürge ist zur Rückzahlung an die Gesellschaft verpflichtet, wenn diese seine Sicherheit als kapitalersetzend zu qualifizieren ist (§ 32b GmbHG). Dabei ist es unerheblich, daß nicht die Beklagte, sondern ihre Tochter-GmbH formell die Gesellschafterstellung innehatte. Die Zwischenschaltung nützt ebensowenig wie der öffentlich-rechtliche Status der mittelbaren Gesellschafterin. Das OLG Düsseldorf<sup>53)</sup>, dessen 17. Senat zur Zahlung von über 800 000 DM verurteilt hat, führt dazu aus:

“Es kommt nicht darauf an, ob die Beklagte - wie sie geltend macht - mit ihrer Bürgschaft keine unternehmerischen, sondern sozialpolitische Ziele verfolgt. Unabhängig von subjektiven Zielsetzungen hat ein Gesellschafter allein wegen seiner Gesellschafterstellung im Interesse der Gläubiger es zu verantworten, wenn er der GmbH in der Krise eigenkapitalersetzende Leistungen erbracht hat. Das gilt auch für eine Gebietskörperschaft mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben, wenn sie sich zu deren Erfüllung einer GmbH hedient”.

## D. Verschwiegenheitsgebot und Informationsfluß

### I. Aktuelle Streitigkeiten um Informationsbehren

Nach einem Zeitungsbericht hat die Fraktion der Grünen im Landschaftsverband Westfalen-Lippe das VG Münster angerufen<sup>54)</sup>. Sie will erreichen, daß den zuständigen Ausschüssen alle Protokolle von Sitzungen, an denen die Landschaftsverbands-Vertreter teilnehmen, vorgelegt werden. Der Landschaftsverband entsendet Vertreter in die Vereinigten Elektrizitätswerke, in die RWE-AG und in die Westfälische Verkehrsgesellschaft. Man kann sich leicht vorstellen, welche Brisanz eine auch nur partielle Öffnung der Unternehmensinterna haben würde.

Was sagt das Gesellschaftsrecht zu diesem Problem, das in ähnlicher Zuspitzung vor einiger Zeit schon einmal intensiv diskutiert wurde? Damals ging es um die Unterrichtung der Arbeitnehmer durch deren Vertreter im mitbestimmten Aufsichtsrat. Die Parallele zu den Informationswünschen der Gemeinderäte liegt auf der Hand<sup>55)</sup>.

### II. Rechtslage bei Aktiengesellschaft

#### 1. Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsräte

In § 93 I 2 AktG ist zu lesen: “Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, ..., die ihnen durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren”. Das betrifft direkt die Vorstandsmitglieder. Für Aufsichtsratsmitglieder gilt die Norm sinngemäß, wie § 116 AktG anordnet.

Der Vorstand hat gegenüber dem Aufsichtsrat eine umfassende Informationspflicht (vgl. §§ 90, 111 II AktG) - dafür hat das Aufsichtsratsmitglied eisern zu schweigen, und zwar auch gegenüber dem Großaktionär, dem es seine Stellung verdankt<sup>56)</sup>. Dazu gibt es zwei Ausnahmen, die hier interessieren:

Einmal gilt das Schweigegebot nicht im *Vertragskonzern*<sup>57)</sup>. Das ist verständlich, denn dann hat ja der herrschende Gesellschafter ein umfassendes Weisungsrecht, dem eine Verlustübernahmepflicht allerdings auf dem Fuße folgt. Kommunen schließen aus den bereits dargelegten Gründen keine Beherrschungsverträge. Daher ist dieser Ausweg erledigt.

#### 2. Informationsprivileg für Gebietskörperschaften

Zugunsten von *Gebietskörperschaften* macht § 394 AktG eine weitere Ausnahme. Hier sind Offenbarungsrechte vorgesehen für Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft gewählt oder entsandt wurden. Dabei muß man genau hinschauen: Ein Informationsprivileg besteht nur für “Zwecke der Berichterstattung”. Eine *generelle* Beseitigung der Verschwiegenheitspflicht ist also nicht angeordnet.

Das AktG bestimmt, wenn es von Berichten spricht, die der Gebietskörperschaft zu erstatten sind, nicht den Adressaten innerhalb der Körperschaft. Dafür ist das öffentliche Organisationsrecht zuständig. Hier regelt § 113 V GO:

“Die Vertreter der Gemeinde haben den Rat über alle Angelegenheiten von

besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten”.

Allerdings muß der aktienrechtliche Geheimnisschutz gewährleistet sein. Das zeigt mit wünschenswerter Deutlichkeit § 395 AktG, wonach die Personen, die Beteiligungen einer Gebietskörperschaft verwalten, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft Stillschweigen zu bewahren haben. Die partielle Informationsöffnung steht nach dem System der §§ 394, 395 AktG unter der (ungeschriebenen) Voraussetzung, daß die weiterhin erforderliche Geheimhaltung gewahrt ist<sup>58)</sup>. Die Berichterstattung darf nicht auf eine faktische Veröffentlichung von Unternehmensinterna hinauslaufen (vgl. dazu auch § 395 II AktG).

Das aber wäre der Fall, wenn die Unterrichtung -wie die GO es vorsieht- gegenüber dem Rat zu erfolgen hätte. Das versteht sich für öffentliche Sitzungen von selbst. Aber auch die Berichterstattung in nichtöffentlicher Sitzung würde nach praktischer Erfahrung eine zuverlässige Geheimhaltung nicht gewährleisten. Die aus den §§ 30, 43 GO sich ergebende Verschwiegenheitspflicht der Ratsmitglieder ändert hieran nichts. Die Verbindlichkeit von Geheimhaltungsvorschriften wird bekanntlich umso schwächer empfunden, je geringer die Bindung des Geheimnisträgers an das Gremium oder Amt ist, das die Geheimhaltung verlangt<sup>59)</sup>. Bedenken bestehen auch gegen die Übertragung auf einen *Ratsausschuß*, denn an seinen nichtöffentlichen Sitzungen können die ihm nicht angehörenden Ratsmitglieder als Zuhörer teilnehmen (§ 58 I 4 GO).

Aus der Sicht des Gesellschaftsrechts kommt als Berichtsadressat gewiß der Bürgermeister als Vertreter der Gemeinde (§ 63 GO) in Betracht, der über § 395 I AktG in den Kreis der Schweigepflichtigen einbezogen ist. Wie eine aus den dargelegten Rechtsgründen notwendig gefilterte Informationsweitergabe an den Rat auszusehen hat, ist eine offene, jedenfalls

53) OLG Düsseldorf ZIP 1995, 465 (= EWIR 1995, 155 m. Anm. Dreher).

54) Westfälische Nachrichten v. 19.10.1994.

55) Schmidt-Assmann/Ulmer, BB Beilage Nr. 13, 1988; Schwintowski NJW 1990, 1009; Zöllner AG 1984, 147, 149; K.P.Martens AG 1984, 30, 31.

56) Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2. Aufl. 1984.

57) Decher ZHR 158 (1994), 473, 480.

58) Schmidt-Assmann/Ulmer, BB Beilage Nr. 13, 1988, S. 9.

vom Aktienrecht nicht zu beantwortende Frage.

Da ein wirksamer Geheimschutz *aktienrechtliches Zulässigkeitsmerkmal* für die Informationsweitergabe ist<sup>59)</sup>, sind kommunalrechtliche Regelungen, die den Gemeinderat als Berichtsadressaten vorsehen, nicht haltbar. Die GO hat dies znm Glück bedacht, wenn es die Unterrichtungspflicht nur entstehen läßt, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Das zutreffend interpretierte Aktiengesetz bestimmt, wie ausgeführt, "ein anderes".

### III. Rechtslage bei GmbH

#### 1. Obligatorischer Aufsichtsrat

Für den obligatorischen Aufsichtsrat, der bei der GmbH nach den Mitbestimmungsvorschriften zu bilden ist, gelten dieselben Grundsätze. Nach diesen Vorschriften<sup>61)</sup> bestimmen sich die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats im wesentlichen nach dem Aktiengesetz. Das bedeutet, auch der GmbH-AR ist zu strikter Verschwiegenheit verpflichtet. Versuche in den siebziger Jahren, interpretativ Mitgliedern der Arbeitnehmerseite Freiräume zu verschaffen, um Betriebsräte und Gewerkschaften zu unterrichten<sup>62)</sup>, konnten sich zu Recht nicht durchsetzen<sup>63)</sup>. Für die im GmbH-Recht grds. in weitem Maße bestehende Regelungsaunomie des Gesellschaftsvertrags besteht insoweit kein Spielraum<sup>64)</sup>. Andererseits wird auch hier das Informationsprivileg der öffentlichen Hand zum Zuge kommen können. Die §§ 394 f AktG sind aufgrund der gleichen Interessenlage analog anzuwenden. Eine Unterrichtung direkt gegenüber dem Rat scheidet nach dem soeben Gesagten jedoch aus.

#### 2. Fakultativer Aufsichtsrat

Soweit die Bildung eines Aufsichtsrats auf freiwilliger gesellschaftsvertraglicher Basis erfolgt, kann der Informationsstrom gestaltet werden. Trifft der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen, scheint aus § 52 I GmbHG iVm § 116 AktG wiederum eine generelle Schweigepflicht zu folgen. Das will nicht recht einleuchten, wenn man bedenkt, daß sich die *Gesellschafter* gem. § 51a I GmbHG jederzeit über die Angelegenheiten der Gesellschaft informieren dürfen<sup>65)</sup>. Daher besteht ein Schweigegebot nur dann, wenn zu besorgen ist, daß gesellschaftsfremde, schadensstiftende Zwecke verfolgt werden.

Besser ist allemal, die *GmbH-Satzung* äußert sich zu dem Problem. Sie kann den

Umfang der Verschwiegenheitspflicht näher bestimmen, auch erweitern oder einschränken<sup>66)</sup>. Eine Einschränkung "auf Null" ist aber nicht als zulässig anzusehen. Insofern ist an den Rechtsgedanken aus § 51a II GmbHG zu erinnern (Informationsverweigerung) und daran, daß der Gesellschaftsvertrag gem. § 51a III GmbHG von dieser Vorschrift nicht abweichen kann.

Besonders brisant ist, ob die Satzung vorsehen kann, daß die Kommunalvertreter im Aufsichtsrat nicht nur dem Bürgermeister, sondern dem Rat berichten. Hier ist die Überlegung maßgebend, daß die Treupflicht einem Gesellschafter verbietet, Geschäftsgeheimnisse Dritten zu offenbaren. Was der Gesellschafter also von "seinem" Aufsichtsrat oder über sein Informationsrecht aus § 51a I GmbHG erfahren hat, darf er nur soweit weitererzählen, wie dies loyalen Verhalten entspricht. Soweit allerdings eine Ein-Personen-GmbH vorliegt, besteht keine Treubindung zu anderen Gesellschaftern. Der einzige Gesellschafter einer GmbH ist insoweit in seiner Handlungsweise frei. Genauso liegt es, wenn bei Mehrpersonen-Gesellschaften die anderen zugestimmt haben. Es sprechen daher gute Gründe dafür, das im Einverständnis aller im Einzelfall Geltende (unbegrenzte Informationsweitergabe) auch generell in der Satzung festzuschreiben. Ganz sicher ist diese Lösung allerdings nicht, denn wir unterscheiden durchaus zwischen aktueller Zustimmung und einer im voraus generell erklärten. An letztere sind durchweg strengere Anforderungen zu richten<sup>67)</sup>. Insofern sollte man allerdings die besondere Struktur der kommunalen GmbH bedenken, die noch weniger als die Normal-GmbH auf einen Mitgliederwechsel angelegt ist. Das Ausbleiben potentiell schutzwürdiger Neu-Gesellschafter spricht für die Zulässigkeit der hier diskutierten Satzungsgestaltung.

### IV. Keine Flucht in die Öffentlichkeit

Verschiedentlich wird geltend gemacht, ein politischer Mandatsträger, der gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied sei, könne einen Konflikt zwischen den Publizitätserwartungen seiner Wählerschaft und seinem Kontrollamt im Unternehmen dadurch lösen, daß er aufgrund politischer Legitimation Unternehmensinterna in die Öffentlichkeit trage<sup>68)</sup>.

Bspl.: Ein kommunaler Aufsichtsrat ist Mitglied einer Partei, die eine bestimmte Energiegewinnung vehement ablehnt. Der Aufsichtsrat stimmt Vorstandsplänen

zu, wonach eben diese Energieerzeugung favorisiert werde.

Es ist gewiß schwierig, diese Doppelrolle auszuhalten. Jedes Aufsichtsratsmitglied, das in seinem Hauptamt eine andere Funktion einnimmt, kann in diesen Konflikt geraten. In einer solchen Situation sind nicht nur Politiker, sondern auch Gewerkschaftsvertreter<sup>69)</sup> und Banker<sup>70)</sup>. Die Antwort des Aktienrechts, d.h. die der dazu ergangenen Rechtsprechung, ist eindeutig: Vorrang hat stets die Pflicht gegenüber der Gesellschaft, zu deren Aufsicht man angetreten ist. "Im Grundsatz hat die Geheimhaltungspflicht Vorrang auch vor öffentlichen Interessen, und zwar nicht deshalb, weil diese Interessen nicht zählen, sondern weil die Abwägung nicht in die Hand einzelner Aufsichtsratsmitglieder gelegt werden kann und weil die Aufgabe des Aufsichtsrats in der organisch-funktionellen gesellschaftsinternen Kontrolle, nicht aber darin besteht, als Informant von Behörden oder der Allgemeinheit das Unternehmen an den Pranger zu stellen"<sup>71)</sup>. Eine politisch motivierte Flucht in die Öffentlichkeit ist nicht erlaubt; sie würde das betreffende Aufsichtsratsmitglied schadensersatzpflichtig (§§ 116, 93 I, II AktG) und strafrechtlich belangbar (§ 404 I Nr. 1 AktG) machen.

59) Formulierung nach Schmidt-Assmann/Ulmer, BB Beilage Nr. 13, 1988, S. 22.

60) Schmidt-Assmann/Ulmer, aaO; zust. Schwintowski NJW 1990, 1009, 1014.

61) MitbestG 1976; BetrVG 1952.

62) Nagel BB 1979, 1803; Köstler/Schmidt BB 1981, 89; Naendrup, GK-MitbestG, § 25 Rn. 194.

63) BGHZ 64, 325, 331 (für Aktiengesellschaft); Hanau/Ulmer, MitbestG, § 25 Rn. 100; Lutter, Information ..., S. 58, 186.

64) Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 52 Rn. 119; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 52 Rn. 31.

65) Scholz/Schneider, GmbHG, § 52 Rn. 345.

66) Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 52 Rn. 42.

67) Parallele: Verzicht auf Abfindung im konkreten Ausscheidensfall (zulässig); Verzicht auf Abfindung im Vorhinein in der Satzung (unzulässig).

68) Dazu Säcker NJW 1986, 803; Schwintowski NJW 1990, 1009 ff.

69) BGHZ 64, 325 (Bayer-AG).

70) BGH NJW 1980, 1629; eingehend dazu Matthießen, Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, 1989, S. 3 ff.

71) K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 28 III 1 c, S. 691.