

GB 4  
Dr. Slawig

403.03 ./ Fraktion DIE LINKE (Ratsantrag: öffentliche Aufsichtsratssitzungen)  
hier: rechtliche Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Dr. Slawig,

ich nehme Bezug auf die gestrige Ratssitzung und darf Ihnen die diesseitige Stellungnahme vom 23.04.13 an das Beteiligungsmanagement bzgl. des Ratsantrags der Fraktion DIE LINKE zu öffentlichen Aufsichtsratssitzungen in komprimierter Fassung zusenden.

#### I. Zusammenfassendes Ergebnis

Nach dem Gesellschaftsrecht sind Aufsichtsratssitzungen von GmbHs grundsätzlich nichtöffentlich. Die Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen kann daher – wie im Antrag der Fraktion DIE LINKE gefordert – für den Regelfall nicht zugelassen werden. Die konkrete Formulierung des Ratsantrags ist zudem rechtswidrig.

Im Falle der kostenpflichtigen Umsetzung der Änderung der zahlreichen Gesellschafterverträge durch einen Notar kann eine zivilrechtliche Haftungsfreistellung der Stadtverordneten als Aufsichtsratsmitglieder nicht garantiert werden.

Zudem bestehen erhöhte strafrechtliche Risiken bei der Veröffentlichung von objektiv und nicht durch Mehrheitsbeschluss zu bestimmenden (Betriebs-) Geheimnissen.

Es wird dringend empfohlen, aus Gründen der Rechtsicherheit, der möglichen zivil- und strafrechtlichen Folgen für die Aufsichtsratsmitglieder den Antrag der Fraktion DIE LINKEN vom 17.04.13 auch aufgrund der hohen Notar- und Gerichtskosten nicht zuzustimmen. Bei einem Beschluss des Antrags (VO/0376/13) müsste der Oberbürgermeister nach diesseitiger Auffassung den Ratsbeschluss beanstanden.

#### II. rechtliche Würdigung der begehrten Satzungsänderungen im Allgemeinen

Nach dem Gesellschaftsrecht sind Aufsichtsratssitzungen von Unternehmen grundsätzlich nichtöffentlich. Die Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen kann daher im Gesellschaftsvertrag für den Regelfall nicht zugelassen werden.

Für Aktiengesellschaften bestimmt § 109 AktG, dass Aufsichtsratssitzungen nicht öffentlich sind. Von diesem Grundsatz kann nur in Einzelfällen z. B. bei der Hinzuziehung von Sachverständigen oder Auskunftspersonen (z. B. Wirtschaftsprüfern) abgewichen werden.

Für den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH ergibt sich dies bereits aus § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (DrittelbG).

Für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH fehlt zwar eine entsprechende ausdrückliche Regelung, jedoch ist der Rechtsgedanke des § 109 AktG anzuwenden, sodass auch in diesem

Fall die Aufsichtsratssitzungen nach der ganz herrschenden Rechtsprechung und Literatur<sup>1</sup> grundsätzlich nichtöffentlich sind.

Als wesentliche Argumente werden dabei genannt, dass die Aufsichtsratsmitglieder bei der Kontrolle der Geschäftsführung Kenntnis von Vorgängen, Informationen und Geschäftsgeheimnissen erlangen, die im Interesse der Gesellschaft einer vertraulichen Behandlung bedürfen.

Zudem bestehen häufig schutzwürdige Interessen Dritter, wie beispielsweise im Hinblick auf persönlichkeitsbezogene Daten bei der Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern oder Prokuristen.

Vor allem aber ist eine offene Diskussion über Probleme und Planungen der Gesellschaft für die Ausübung der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats unabdingbar.

Der Rechtsverkehr darf annehmen, dass die Tätigkeit der Geschäftsführer besser kontrolliert sei als ohne ein solches Organ. Das erfordert eine Vertraulichkeit der jeweiligen Sitzungen, die nicht durch den Gesellschaftsvertrag vorab ganz oder teilweise eingeschränkt werden kann.

Die Aufsichtsratsmitglieder selbst haben ein schützenswertes Interesse an der Nichtöffentlichkeit, um ihre Kontrollfunktion ohne Einflüsse von außen wahrnehmen zu können. Sie haben daher einen rechtlichen Anspruch darauf, dass über alle Gegenstände ohne Anwesenheit Dritter beraten und abgestimmt werden kann. Ob sie im Einzelfall darauf verzichten und mit der Teilnahme Dritter (zum Beispiel mit einem Wirtschaftsprüfer) einverstanden sind, kann nur von ihnen selbst entschieden werden und nicht durch einen Gesellschaftsvertrag.

Eine allgemeine Einschränkung der Nichtöffentlichkeit durch die Gesellschaftssatzung ist daher nicht möglich. Auch aus § 52 Abs. 1 GmbHG folgt nicht, dass von dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit durch Satzung abgewichen werden kann. Nach § 52 Abs. 1 GmbHG sind für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH einige Vorschriften des Aktiengesetzes entsprechend anzuwenden, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt ist. Zwar wird dort § 109 AktG nicht aufgeführt. Die entsprechende Anwendung des § 109 AktG auf den fakultativen Aufsichtsrat erfolgt nicht durch eine erweiternde Auslegung des § 52 Abs. 1 GmbHG, sondern durch ein unmittelbares Heranziehen des Rechtsgedankens des § 109 AktG, d. h. der zwingenden Nichtöffentlichkeit. Die Möglichkeit, durch Satzung von diesem Grundsatz abzuweichen, besteht daher nicht.

Diese Rechtsauffassung steht auch nicht in Widerspruch zu dem Urteil des BayVGh vom 08.05.2006<sup>2</sup>. In der dortigen Urteilsbegründung wird ausgeführt: *„Die Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht für die Aufsichtsratsmitglieder führt nicht dazu, die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats zu unterlaufen.“* Diese Aussage zeigt deutlich, dass der BayVGh weiterhin von dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen ausgeht.

Unterstrichen wird dies noch durch die Bezugnahme auf das Urteil des hiesigen OVG Münster vom 21.12.1995<sup>3</sup>, das sich gegen die Zulässigkeit der Öffentlichkeit in Aufsichtsratssitzungen ausspricht. Das OVG NRW hat im Jahr 1995 eine Regelung für rechtswidrig erachtet, der zufolge sämtlichen Ratsmitgliedern die Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen ermöglicht werden sollte. Dabei hat es das OVG NRW offengelassen, ob § 109 des Aktiengesetzes trotz der fehlenden ausdrücklichen Aufzählung in § 52 Abs. 1 GmbHG etwa aufgrund systematischer Erwägungen auch für Gesellschaften mit einem fakultativen Aufsichtsrat gelten muss (dies

---

<sup>1</sup> Siehe u.a. Auffassung des bayerischen Innenministeriums vom 21.03.2007 (Drucksache 15/7754 des bayerischen Landtags) und Darstellung der verschiedenen Literaturmeinungen in Meiski, NVwZ 2007, 1355ff

<sup>2</sup> Urteil des BayVGh vom 08.05.2006, Az. 4 BV 05.756

<sup>3</sup> OVG Münster, Beschluss vom 21.12.1995 - 15 B 3199/95, NWVBl. 1997, 67

bejaht etwa das Urteil des VG Regensburg vom 2.2.2005<sup>4</sup>). Die Unzulässigkeit der Teilnahme sämtlicher Ratsmitglieder an den Aufsichtsratssitzungen leitet das OVG Münster vielmehr aus der einem Aufsichtsrat zugedachten Stellung und dessen Aufgaben her, die auch nicht aufgrund der Öffnungsklausel in § 52 Abs. 1 letzter Halbsatz GmbHG beeinträchtigt werden dürfe. Die Ausübung der einem Aufsichtsrat zugedachten Überwachungsaufgaben sowie die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit der Geschäftsführung sieht das Gericht durch ein Teilnahmerecht der Ratsmitglieder an den Sitzungen „offenkundig“ erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass das OVG NRW bei konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung eine öffentliche Aufsichtsratssitzung, also ein Teilnahmerecht für Jedermann, erst Recht für rechtswidrig hielte.

Tatsächlich birgt eine Eingrenzung der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder die Gefahr in sich, dass der Aufsichtsrat bei der Kontrolle der Geschäftsführung zugleich gesellschaftsfremde Interessen mitberücksichtigt und damit seine Kontrollfunktion aufgrund der bundesgesetzlichen Regelungen des Gesellschaftsrechts nicht mehr wirksam ausüben kann.

Zudem ist es praktisch nicht von vornherein absehbar, bei welchen Informationen für die jeweilige Gesellschaft Geheimhaltungsbedarf bestehen könnte. Ggfs. müsste unverzüglich die öffentliche Sitzung des Aufsichtsrates durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, der unter Umständen ein Stadtverordneter ist, unterbrochen werden, um in nichtöffentlicher Sitzung die Beratung durchzuführen.

Nach alledem bestehen erhebliche grundsätzliche rechtliche Bedenken gegen die begehrte Änderung der Gesellschafterverträge.

### III. rechtliche Bewertung der konkreten Formulierungen des Ratsantrags der Fraktion DIE LINKE

Neben den obigen allgemeinen Bedenken ergibt sich die Rechtswidrigkeit des etwaigen Ratsbeschlusses aus der konkreten Formulierung der „Rückausnahme“, dass „zum Schutze von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ein Ausschluss der Öffentlichkeit erforderlich (ist), wenn der Gesellschaft durch eine Veröffentlichung der Geheimnisse schwere Nachteile drohen“<sup>5</sup> und dass „über den Ausschluss der Öffentlichkeit der Aufsichtsrat mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder (entscheidet).“

Die vorgeschlagene „Rückausnahmeklausel“ ist rechtlich nicht geeignet, die Interessen eines Dritten ausreichend zu schützen. Schließlich soll nur dann der Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgen, wenn die eigene Gesellschaft betroffen ist. Betroffen kann aber auch eine andere, „dritte“ Gesellschaft sein. Zudem ist die Nichtöffentlichkeit zur Wahrung des (Betriebs-) Geheimnisses zu gewährleisten, wenn insgesamt ein Nachteil droht. Die Einschränkung auf „schwere“ Nachteile ist rechtlich unzulässig, in jedem Fall aufgrund des unbestimmten Rechtsbegriffes nicht praktikabel.

Zudem ist die Nichtöffentlichkeit nach objektiven Gesichtspunkten und nicht durch eine subjektive Mehrheitsentscheidung der anwesenden Aufsichtsratsmitgliedern zu bestimmen.

Mithin sind die konkreten Formulierungen rechtlich ungeeignet. Ein etwaiger Ratsbeschluss müsste vom Oberbürgermeister somit beanstandet werden.

### IV. mögliche strafrechtliche Folgen

Selbst eine vorhergehende Auflistung von Fallgruppen, die aus Sicht des Aufsichtsrates nicht

<sup>4</sup> VG Regensburg, Urteil vom 2. 2. 2005 - 3 K 04.01408

<sup>5</sup> Hervorhebungen sind durch den Unterzeichner erfolgt

verschwiegenheitsbedürftig sind, würde nicht zu einem Ausschluss der möglichen Strafbarkeit nach § 85 GmbHG oder § 404 AktG wegen Verletzung der Geheimhaltungspflicht führen. In strafrechtlicher Hinsicht ist der Begriff des Geheimnisses nämlich allein aufgrund des jeweiligen Gesetzes, nicht jedoch aufgrund der womöglich fehlerhaften Erläuterung desselben z. B. in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates zu bestimmen.

Der für eine Strafbarkeit nach § 85 GmbHG bzw. § 404 AktG erforderliche strafrechtliche Vorsatz kann im Rahmen des Eventualvorsatzes (dolus eventualis) bereits dann vorliegen, wenn die Möglichkeit der Geheimnisoffenbarung erkannt wird und diese Folge billigend in Kauf genommen wird.

#### V. mögliche zivilrechtliche Folgen

Darüber hinaus sind zivilrechtliche Haftungsansprüche gegenüber den Aufsichtsräten aufgrund von Schädigungen der Gesellschaft (sog. Eigenschäden) bzw. von Fremdschäden Dritter nicht ausgeschlossen, wenn gegen die objektiv und nicht durch einen Mehrheitsbeschluss zu bestimmende Verschwiegenheitspflicht bzw. gegen den Grundsatz der Nicht-Öffentlichkeit verstoßen wird. Zum Teil bestehen zwar sog. D & O Versicherungen zugunsten der Aufsichtsratsmitglieder, die aber ggfs. einen Selbstbehalt oder entsprechende Haftungsausschlüsse vorweisen.

Zudem ist zu beachten, dass jedes Aufsichtsratsmitglied eigenverantwortlich die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers anzuwenden hat. Ein uneingeschränktes Vertrauen in die Sachkenntnis anderer Aufsichtsratsmitglieder oder sogar in die Fähigkeiten der zu überwachenden Geschäftsführung ist nicht zielgerichtet im Hinblick auf die geforderte eigenständige Amtsausführung.<sup>6</sup>

#### VI. Zusammenfassung

Es wird daher dringend empfohlen, den Antrag der Fraktion DIE LINKE vom 17.04.13 aus Gründen der Rechtssicherheit, der möglichen Haftungsfragen, der möglichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit, aber auch aufgrund der entstehenden hohen Gebührenforderungen eines Notars und des Registergerichts nicht zu entsprechen.

Ein etwaiger Ratsbeschluss müsste nach diesseitiger Auffassung vom Oberbürgermeister beanstandet werden.

Nach diesseitiger Information ist ein nahezu identischer Antrag der Fraktion DIE LINKE im Rat der Stadt Köln am 04.05.2009 aus den obigen Gründen abgelehnt worden.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Radtke

---

<sup>6</sup> Keller / Paetzelt, KommJur 2005, 451, 452