



Rechte und Pflichten kommunaler Aufsichtsräte

Inhaltsverzeichnis	Seite
A. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	2
I. Die Organe der GmbH	3
1. Der Geschäftsführer	3
2. Die Gesellschafterversammlung	4
3. Der (fakultative) Aufsichtsrat	5
a. Die Aufgaben des Aufsichtsrates	5
b. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates	7
aa. Sorgfaltspflicht	7
bb. Überwachungspflicht	7
cc. Einsichts- und Informationsrechte	8
dd. Mitwirkungsrechte	9
ee. Verschwiegenheitspflicht	9
ff. Umgang mit Weisungen durch den Gemeinderat	10
II. Die zivilrechtliche Haftung	12
1. Die Haftung der GmbH gegenüber Dritten	12
2. Haftung der Gesellschafter gegenüber Dritten	12
3. Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH	13
4. Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten	14
5. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der GmbH gem. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 116, 93 AktG	14
6. Insbesondere Haftung für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzsreife	15
7. Insbesondere Haftung für pflichtwidrig erteilte Zustimmung	15
8. Haftung nach § 117 AktG	16
9. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB	16

10	Haftung nach § 824 BGB	16
11.	Haftung gemäß § 826 BGB	16
12.	Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber Dritten	17
13.	Haftungsbeschränkungen	17
a.	Zugunsten des Geschäftsführers	17
b.	Zugunsten des Aufsichtsrats	17
B.	Die Aktiengesellschaft (AG)	18
I.	Die Organe der AG	18
1.	Der Vorstand	18
2.	Der Aufsichtsrat	19
3.	Die Hauptversammlung	20
II.	Die Haftung der AG und ihrer Organe	20
1.	Haftung der Gesellschafter	20
2.	Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der AG	20
3.	Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber Dritten	21
4.	Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der AG	22
5.	Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber Dritten	22
6.	Haftungsbeschränkungen	22
C.	Strafbarkeit	25
I.	Vorteilsannahme, § 331 StGB	25
J.	II Bestechlichkeit , § 332 StGB	26
III.	Untreue, § 266 StGB	26
IV.	Weitere Straftatbestände	27

Übersicht über die verschiedenen Gesellschaftsarten

Eine Gesellschaft ist der auf einem Rechtsgeschäft beruhende Zusammenschluss von Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes.

Körperschaft: **rechtsfähig** (bis auf den nicht eingetragenen Verein).

Personengesellschaft: **nur teilrechtsfähig:**

Kapitelgesellschaften:
Mitgliedschaft durch
finanzielle Beteiligung:

Gesellschaft mit
beschränkter Haftung =
GmbH, GmbHG

Sonderform:
haftungsbeschränkte
Unternehmergesellschaft, §
5a GmbHG

Aktiengesellschaft = AG,

Sonstige Körperschaften:

eingetragener Verein = e.V.

eingetragene
Genossenschaft = e.G.

BGB-Gesellschaft, §§ 705ff. BGB
20

Offene Handelsgesellschaft =
OHG, §§ 105ff. HGB

Kommanditgesellschaft = KG, §§
161ff. HGB

GmbH & Co. KG

Stille Gesellschaft, §§ 230ff. HGB

Partnerschaft, PartGG

A. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die GmbH ist eine juristische Person. Sie kann zur Erreichung jedes gesetzlich zulässigen Zweckes von einer oder mehreren Personen gegründet werden. Die gesetzlichen Grundlagen finden sich im Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG).

Die GmbH ist eine Handelsgesellschaft (13 Abs. 3 GmbHG) und ist als solche stets Kaufmann, § 6 HGB.

Die GmbH verfügt über ein Gesellschaftsvermögen in einer gesetzlich festgelegten Höhe, das nicht unterschritten werden darf: das so genannte Stammkapital. Es muss mindestens 25.000,- € betragen, § 5 GmbHG. Dieses Stammkapital wird von den Gesellschaftern aufgebracht: Das Stammkapital wird in Stammanteile aufgeteilt, die dann von den Gesellschaftern quasi gekauft werden. Dabei muss die Stammeinlage jedes Gesellschafters mindestens 100,- € betragen.

Weil die Mitgliedschaft in einer GmbH dadurch entsteht, dass sich die Mitglieder finanziell an der Gesellschaft beteiligen, gehört die GmbH zu den so genannten **Kapitalgesellschaften**.

Gemäß § 129 KVG LSA darf eine Gemeinde nur dann ein Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts unterhalten, errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn

- Ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt,
- wirtschaftliche Betätigungen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen und
- der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Außerdem muss gemäß § 129 KVG LSA sichergestellt sein, dass

- der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso durch einen Zweckverband, einen Eigenbetrieb oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts erfüllt wird oder erfüllt werden kann.
- **durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung sichergestellt ist, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird,**

- die Gemeinde einen **angemessenen Einfluss**, insbesondere im **Aufsichtsrat** oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhält und dieser durch den Gesellschaftsvertrag gesichert wird.
- die **Haftung** der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag **begrenzt** wird.

Wenn diese Voraussetzungen eingehalten werden, kann eine Kommune eine GmbH gründen oder sich an ihr beteiligen. Grundsätzlich unterliegt eine solche GmbH den gesetzlichen Regelungen wie jede andere privatrechtliche GmbH auch. Es gilt der **Vorrang des Gesellschaftsrechts**. Auch die Rechte und Pflichten, die das Mitglied im Aufsichtsrat treffen, richten sich nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln.

Gleichzeitig ist das Unternehmen nicht in erster Linie auf Gewinnerzielung gerichtet, sondern auf die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Daraus ergeben sich im Detail immer wieder Probleme.

I. Die Organe der GmbH

Die GmbH besteht grundsätzlich aus dem Geschäftsführer und der Gesellschafterversammlung.

1. Der Geschäftsführer

Der oder die **Geschäftsführer** nehmen alle Geschäftsführungsaufgaben der Gesellschaft wahr und vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich, § 35 GmbHG. Dabei sind die Geschäftsführer an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden. Zum Geschäftsführer kann jede natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person bestellt werden, § 6 GmbHG. Ein Geschäftsführer kann Mitglied der GmbH sein, muss es aber nicht. Wenn mehrere Geschäftsführer bestellt worden sind, können sie grundsätzlich die Gesellschaft nur gemeinsam vertreten. Es kann aber im Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt werden. Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer ist nach außen hin nicht beschränkbar, § 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG.

Zu den Pflichten des Geschäftsführers gehören:

- Treuepflicht
- Wettbewerbsverbot
- Verschwiegenheitspflicht
- Pflicht, für die Rechtmäßigkeit des Handelns der Gesellschaft Sorge zu tragen

- Rechtmäßigkeit des Handelns der Gesellschaft
- Einhaltung der Gesetze
- Einhaltung des Gesellschaftsvertrages
- Einhaltung des Anstellungsvertrages
- Einhaltung der Weisungen der Gesellschaft
- Kontrolle der Organisation
- Kontrolle der Liquidität
- Erhaltung des Stammkapitals
- Vermeidung unnötiger Risiken
- Rechtzeitige Stellung des Insolvenzantrages, § 15a InsO

2. Die Gesellschafterversammlung

Die **Gesellschafterversammlung** besteht aus der Gesamtheit der Gesellschafter. In § 46 GmbHG ist im Einzelnen geregelt, wofür die Gesellschafterversammlung zuständig ist. Grob gesagt trifft die Gesellschafterversammlung alle Entscheidungen, die dann von den Geschäftsführern ausgeführt werden müssen. Die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung werden durch Beschlüsse getroffen. Nur die Vertretung der Gesellschaft ist der Gesellschafterversammlung nicht möglich, alles andere schon (sog. Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung). Die Gesellschafterversammlung hat insbesondere gegenüber den Geschäftsführern ein **Weisungsrecht, § 37 Abs. 1 GmbHG**. Die Gesellschafter sind quasi Vorgesetzte des Geschäftsführers. Sie können im Extremfall den Geschäftsführer zum reinen Ausführungsorgan machen.

Zu den wichtigsten Aufgaben der Gesellschafterversammlung gehört:

- Feststellung des Jahresabschlusses und Verwendung des Ergebnisses
- Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer
- Entlastung der Geschäftsführer

Jedem Gesellschafter steht ein **Auskunfts- und Einsichtsrecht gemäß § 51a GmbHG** zu.

3. Der (fakultative) Aufsichtsrat

Normalerweise muss eine GmbH keinen **Aufsichtsrat** haben. Ein Aufsichtsrat kann eingerichtet werden, muss aber nicht. Ein Aufsichtsrat ist nur dann zwingend einzurichten, wenn die GmbH der Mitbestimmung unterliegt. Das ist z.B. bei einer GmbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG der Fall. Wenn ein Aufsichtsrat gebildet wird, obwohl es gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, spricht man auch von einem **fakultativen Aufsichtsrat**.

Andererseits darf gemäß § 129 Abs. 1 KVG LSA die Gemeinde ein Unternehmen in Privatrechtsform nur unterhalten, errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn durch die Ausgestaltung der Satzung oder des Gesellschaftsvertrages sichergestellt ist, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird und die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhält und dieser durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise gesichert wird. Aus diesem Grund erhält eine kommunale GmbH oft einen Aufsichtsrat.

Wird ein Aufsichtsrat gebildet, so sind gemäß § 52 GmbHG eine Reihe von aktienrechtlichen Vorschriften entsprechend anwendbar, **soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes regelt**. So kann z.B. geregelt werden, dass der Aufsichtsrat anstelle der Gesellschafterversammlung das Weisungsrecht über die Geschäftsführer ausüben soll.

Der Aufsichtsrat besteht aus drei Mitgliedern, § 95 AktG. Wenn die Kommune nach der Satzung ein Mitglied in den Aufsichtsrat entsenden darf, so gehört der Bürgermeister dem Aufsichtsrat kraft Amtes an, § 131 Abs. 1 i.V.m. Abs. 1 KVG LSA. Allerdings kann der Bürgermeister einen Beamten oder Arbeitnehmer der Gemeinde mit seiner Vertretung beauftragen. Daneben kann die Gemeinde weitere Vertreter entsenden, die über die jeweils notwendige Erfahrung und Sachkunde verfügen sollten, § 131 Abs. 1 S. 2 KVA LSA.

a. Die Aufgaben des Aufsichtsrates

Die Reichweite der Einwirkungspflicht wird durch den **Vorrang des Gesellschaftsrechts** bestimmt.

Der Aufsichtsrat **überwacht den oder die Geschäftsführer** und vertritt die Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer.

Der Aufsichtsrat **überprüft den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns, § 171 AktG.**

Außerdem kann bestimmt werden, dass gewisse Arten von Geschäften der **Zustimmung** des Aufsichtsrates bedürfen.

Grundsätzlich treffen das einzelne Aufsichtsratsmitglied folgende Anforderungen:

- **Gesamtverantwortung:** Jedes Mitglied ist dafür verantwortlich, dass der Aufsichtsrat als Organ seine Aufgaben sachgerecht erfüllt.
- **Einzelverantwortung:** Jedes Mitglied hat die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu beachten.
- **Zeitaufwand realistisch einschätzen:** Ist das Aufsichtsratsmitglied bereits bei Amtsantritt überlastet, dann darf es das Mandat nicht übernehmen.
- **Mindestkenntnisse:** jedes Aufsichtsratsmitglied muss die Mindestkenntnisse allgemeiner, wirtschaftlicher, organisatorischer und rechtlicher Art haben, die erforderlich sind, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können (BGHZ 85, 293). Zur ordentlichen und gewissenhaften Wahrnehmung des Amtes gehören dazu insbesondere:
 - | Die Kenntnisse der gesetzlichen und satzungsmäßigen Aufgaben des Aufsichtsrates.
 - | Die Kenntnisse der Rechte und Pflichten als Aufsichtsratsmitglied.
 - | Die Kenntnisse, um die dem Aufsichtsrat vorliegenden Berichte verstehen, bewerten und daraus Schlussfolgerungen ziehen zu können.
 - | Die Kenntnisse für die Prüfung des Jahresabschlusses mit Hilfe des Abschlussprüfers.
 - | Die Kenntnisse zur Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit von Führungsentscheidungen sowie
 - └ nach Möglichkeit eigene unternehmerische Erfahrungen.

(aus: Bätge, kommunale Betriebe und Beteiligungen)

- **Wahrung des Unternehmensinteresses:** Bei einer Konfliktsituation zum öffentlichen Interesse geht die Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen vor (Lehre vom Vorrang des Gesellschaftsrechts, BGHZ 36, 296, 306).

- **Höchstpersönliche Amtsführung**

b. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates

aa. Sorgfaltspflicht

Bei der Erfüllung seiner Aufgaben hat jedes Aufsichtsratsmitglied gemäß § 52 GmbHG i.V.m. §§ 93, 116 AktG die geschäftlichen Aufgaben wie ein ordentlicher und sorgfältiger Geschäftsleiter wahrzunehmen. Diese Pflicht ist bei der Überwachung der Geschäftsführertätigkeit zu beachten. Um dieser Pflicht nachkommen zu können ist der Aufsichtsrat auf die Informationen des Geschäftsführers angewiesen. Daher müssen regelmäßig Berichte abgefordert werden. In besonderen Fällen muss der Geschäftsführer aber auch von sich aus über bestimmte Dinge informieren.

Zu Beginn der Amtszeit muss sich jedes Aufsichtsratsmitglied mit den gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen, der Branchensituation und – entwicklung, der Organisation und Führungsstruktur der Unternehmens, seiner Geschäftsaktivitäten und deren Risikostruktur sowie mit der finanziellen Lage und Leistungskraft vertraut machen. Erster Einstieg ist der **Beteiligungsbericht** (Bätge, Kommunale Betriebe und Beteiligungen).

bb. Überwachungspflicht

Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrates ist die Überwachung der Geschäftsführung. Nicht ausreichend für die Überwachung ist die bloße Überprüfung der Berichte der Geschäftsführung. Der BGH hat hierzu ausgeführt:

„Nach § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat in erster Linie die Geschäftsführung zu überwachen. Diese Kontrolle bezieht sich nicht nur auf abgeschlossene Sachverhalte, sondern erstreckt sich auch auf grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik; sie ist nicht auf eine Rechtmäßigkeitsprüfung beschränkt, sondern muss die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung einbeziehen. Eine so verstandene Kontrolle kann wirksam nur durch ständige Diskussion mit dem Vorstand und insofern durch dessen laufende Beratung ausgeübt werden; die Beratung ist deshalb das vorrangige Mittel der in die Zukunft gerichteten Kontrolle des Vorstands.“ (BGHZ 114, 127ff).

Ausgehend davon haben die Aufsichtsräte sicherzustellen, dass die Geschäftsführer zentrale Unternehmensentscheidungen, wie die grundsätzlichen Vorgaben der Finanz- Investitions- und Personalplanung gegenüber dem Aufsichtsrat offenlegen und nachvollziehbar erläutern.

Wenn es sich um größere Unternehmen handelt, hat der Aufsichtsrat auch darauf zu achten, dass die Geschäftsführung gemäß § 91 Abs. 2 AktG ein Frühwarnsystem eingerichtet hat, durch das Fehlentwicklungen frühzeitig erkannt werden.

Zur Überwachungspflicht gehört auch die Aufgabe, gegebenenfalls das Bestehen von Schadensersatzansprüchen der AG gegenüber dem Vorstand/Geschäftsführer zu ermitteln (BGHZ 135, 244).

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn der Aufsichtsrat laut Satzung bestimmten Geschäften der Geschäftsleitung zustimmen soll: Der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH, dem die Zustimmung zu bestimmten Rechtsgeschäften der Geschäftsführung nach § 52 Abs. 1 GmbHG, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG vorbehalten ist (hier: Rechtsgeschäfte mit einer Verpflichtung von mehr als 100.000,00 DM), verletzt seine Haftung führenden organschaftlichen Pflichten nicht erst dann, wenn er die Geschäftsführung an von seiner Zustimmung nicht gedeckten Zahlungen nicht hindert sondern bereits dann, wenn er ohne gebotene Information und darauf aufbauender Chancen- und Risikoabschätzung seine Zustimmung zu nachteiligen Geschäften erteilt (BGH, 11.12.2006, II ZR 243/05).

cc. Einsichts- und Informationsrechte

Um die Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführung optimal erfüllen zu können, stehen den Mitgliedern des Aufsichtsrates umfangreiche Informations - und Einsichtsrechte zur Verfügung. Im Einzelnen:

- Gemäß § 52 GmbHG i.V.m. § 90 Abs. 3 AktG kann der Aufsichtsrat vom Geschäftsführer jederzeit einen Bericht verlangen über Angelegenheiten der Gesellschaft, über ihre rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie über geschäftliche Vorgänge bei diesen Unternehmen, die auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluss sein können. Es besteht also – anders als bei einer AG- keine laufend zu erfüllende Berichtspflicht aus §§ 90 Abs. 1, 2 AktG
- Gemäß § 52 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 2 AktG kann der Aufsichtsrat die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren einsehen und prüfen.
- Gemäß § 52 GmbHG i.V.m. § 170 AktG hat der Geschäftsführer den Jahresabschluss und den Lagebericht unverzüglich nach ihrer Aufstellung dem Aufsichtsrat vorzulegen.

Diese Möglichkeiten der Informationsbeschaffung verpflichten den Aufsichtsrat aber auch gleichzeitig, die Informationen abzufordern und die Unterlagen sorgfältig zu studieren.

dd. Mitwirkungsrechte

Jedes Aufsichtsratsmitglied hat das Recht, an den Aufsichtsratssitzungen teilzunehmen, mitzuberaten und mitzustimmen. Damit geht auch die Pflicht zur Teilnahme einher. Das Aufsichtsratsmitglied darf sich nicht nur mit einer passiven Rolle begnügen und unterliegt daher auch einer Förderungspflicht. Die optimale Erfüllung der Aufgaben erfordert es, eigene Initiativrechte wahrzunehmen und die Beratungen durch Anregungen und Sachbeiträge zu fördern. So sind die Mitglieder des Aufsichtsrates beispielsweise gehalten, ihre eigenen Fachkenntnisse und Erfahrungen in die Aufsichtsratsarbeit einzubringen oder weitere Mitglieder des Organs, denen Fachkenntnisse auf bestimmten Gebieten fehlen, auf deren Wunsch beratend zu unterstützen (aus: Qualifikation, Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen, Leitfaden 2 des Ministeriums des Innern des Landes Sachsen-Anhalt).

Es kann die Einberufung einer Sitzung des Aufsichtsrats verlangt werden und die Ergänzung der Tagesordnung einer bereits einberufenen Sitzung.

ee. Verschwiegenheitspflicht

Gemäß § 52 GmbHG i.V.m. §§ 116 S. 2, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG sind die Mitglieder von Aufsichtsräten zur Verschwiegenheit über vertrauliche Berichte und Beratungen verpflichtet. Allerdings kann die Verschwiegenheitspflicht durch die Satzung eingeschränkt werden.

Die Verschwiegenheitspflicht kann für kommunale Aufsichtsräte zu Interessenkonflikten gegenüber der Gemeinde führen.

In §§ 394, 395 AktG sind für Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft gewählt wurden, besondere Offenbarungsrechte vorgesehen. Nach herrschender Meinung wird § 394 AktG auf den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH entsprechend angewendet. Allerdings sollte dies auch im Gesellschaftsvertrag klargestellt werden.

Um den Kreis derer, die von den von der Verschwiegenheitspflicht betroffenen Tatsachen Kenntnis erlangen, möglichst gering zu halten, sollten die Aufsichtsratsmitglieder nicht der Gemeindevertretung unmittelbar berichten, sondern den Mitarbeitern der kommunalen Beteiligungsverwaltung oder dem Bürgermeister.

Die Verletzung der Schweigepflicht kann strafrechtliche (§ 404 AktG) und haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Die Verletzung des Schweigegebotes stellt zudem einen wichtigen Grund für die Abberufung dar, § 103 Abs. 3 AktG

ff. Umgang mit Weisungen durch den Gemeinderat

Gemäß §131 Abs. 1 S. 5 KVG LSA kann die Gemeinde ihren Vertretern

Weisungen erteilen, **soweit nicht Vorschriften des Gesellschaftsrechts entgegenstehen.**

Hier ist zunächst zwischen dem obligatorischen und dem fakultativen Aufsichtsrat zu unterscheiden:

Bei einem **obligatorischen** Aufsichtsrat ist das Weisungsrecht der Gemeinde gegenüber ihren Mitgliedern im Aufsichtsrates **ausgeschlossen**. Bei einem **fakultativen** Aufsichtsrat kommt es darauf an, was im Gesellschaftsvertrag geregelt ist.

Insoweit besteht ein Spannungsverhältnis zwischen den gesellschaftsrechtlichen Regelungen und den Vorschriften der Gemeindeordnung:

Im Gesellschaftsrecht gilt der nahezu unbestrittene Grundsatz, dass Aufsichtsratsmitglieder ein freies Mandat ausüben, unabhängig davon, ob diese von der Gesellschafterversammlung gewählt oder von einem Gesellschafter entsandt sind. Alle Aufsichtsratsmitglieder sind demnach allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet und haben ihre Überwachungsaufgaben eigenverantwortlich und frei von Weisungsbindungen zu erfüllen, BGHZ 36, 296,306.

Demgegenüber sieht § 131 Abs. 1 S. 5 KVG LSA vor, dass die Gemeinde ihren

Vertretern Weisungen erteilen kann, soweit nicht Vorschriften des Gesellschaftsrechts dem entgegenstehen. Eine solche andere gesetzliche Regelung stellt § 52 Abs. 1 GmbHG dar, demzufolge auf einen fakultativen Aufsichtsrat verschiedene Vorschriften des AktG, unter anderem die über die Weisungsfreiheit, entsprechend anwendbar sind, solange nicht im Gesellschaftsvertrag etwas anderes geregelt ist. **Die Gesellschafterversammlung besitzt grundsätzlich ohne Sonderregelung im Gesellschaftsvertrag keine Weisungsbefugnis gegenüber dem Aufsichtsrat.** Daher sollte eine Weisungsbindung sicherheitshalber ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag verankert werden.

Zugunsten der Kommunen hatte allerdings das Bundesverwaltungsgericht entschieden: **Schließt der Gesellschaftsvertrag einer GmbH, bei der eine Gemeinde Mehrheitsgesellschafterin ist, die Anwendung der Bestimmungen des Aktiengesetzes für den vorgesehenen fakultativen Aufsichtsrat aus, so muss er regeln, was stattdessen gelten soll. Dazu gehört auch die Regelung eines eventuellen Weisungsrechts der zuständigen kommunalen Organe. Ist dies nicht ausdrücklich**

erfolgt, kann das Bestehen eines Weisungsrechts durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages ermittelt werden (BVerwG, 31.08.2011, 8 C 16/10).

Eine Weisung entfaltet allerdings nur im Innenverhältnis zwischen entsendender Gemeinde und entsandten Vertreter Bindungswirkungen bis hin zur Abberufungsmöglichkeit (OVG Nordrhein-Westfalen, 21.05.2002 - 15 B 238/02). Im Außenverhältnis zur Gesellschaft sind derartige Weisungen gesellschaftsrechtlich unverbindlich. Dies hat zur Folge, dass im Falle der Nichtbeachtung der Weisung, die abweichende Stimmabgabe nach außen gültig bleibt.

Ergehen Weisungen, die sich als nachteilig für das Unternehmen herausstellen und werden sie von den Aufsichtsratsmitgliedern befolgt, droht der Gemeinde und dem Aufsichtsratsmitglied eine Haftung aus § 117 AktG.

II. Die zivilrechtliche Haftung

1. Die Haftung der GmbH gegenüber Dritten

Als juristische Person haftet die GmbH für die in ihrem Namen eingegangenen Verbindlichkeiten selbst. Für schuldhaftes Verhalten des Geschäftsführers haftet die GmbH gemäß § 31 BGB analog.

2. Haftung der Gesellschafter gegenüber Dritten

Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich. Gläubiger der Gesellschaft können nur auf das Gesellschaftsvermögen zurückgreifen, § 13 Abs. 2 GmbHG.

Dass die Gesellschafter nicht persönlich haften, gilt aber erst ab der Eintragung in das Handelsregister. Für den Zeitraum vor der Eintragung gilt folgendes: Wird die Vorgesellschaft nicht eingetragen, finden die Haftungsvorschriften der GbR Anwendung ("unechte Vorgesellschaft"). Für Schulden der unechten Vorgesellschaft haften die Gesellschafter daher unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen. Solange die Gesellschafter die Geschäftstätigkeit hingegen einverständlich aufgenommen haben und mit dem Ziel der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister betreiben, haften die Gesellschafter gegenüber Gläubigern grundsätzlich nicht unmittelbar persönlich ("echte Vorgesellschaft").

Von dem Grundsatz der Haftung nur der Gesellschaft kann im Ausnahmefall abgewichen werden. Das geht allerdings nur, wenn die Verwendung der Rechtsfigur der juristischen Person dem Zweck der Rechtsordnung widerspricht oder das Festhalten an dem Grundsatz der Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu Ergebnissen führen würde, die mit Treu und Glauben nicht im Einklang stehen. Es kommt dann zu einer so genannten **Durchgriffshaftung**. Es wird § 128 HGB analog angewendet. Ein Durchgriff auf die Gesellschafter erfolgt insbesondere,

- wenn eine Vermögensvermischung stattfindet, also das Vermögen der juristischen Person und das ihrer Gesellschafter nicht hinreichend deutlich getrennt sind. Dies kann der Fall sein, wenn die Vermögensabgrenzung durch z.B. eine undurchsichtige Buchführung verschleiert wird, BGH, Urteil vom 14.11.2005, II ZR 178/03.
- wenn ein **Rechtsformmissbrauch** vorliegt, z.B. wenn ein Konzern für ein bestimmtes, riskantes und kapitalintensives Projekt eine mit nur geringem Kapital ausgestattete GmbH verwendet, sodass sich die Durchführung von vornherein und bereits nach dem Businessplan des Unternehmers als "Spekulation auf Kosten der Gläubiger" darstellt.

- wenn ein **Insolvenzantrag verspätet** gestellt wird.

Dagegen kommt es nicht mehr zu einer Durchgriffshaftung, wenn der Gesellschafter durch einen sog. **existenzvernichtenden Eingriff** in das Gesellschaftsvermögen die Gesellschaft schädigt, also planmäßig der GmbH Kapital entzieht. Es besteht dann nur ein Anspruch der Gesellschaft aus § 826 BGB gegen den Gesellschafter (BGH, Urteil vom 16.07.2007, II ZR 3/04, sog. Trihotel -Entscheidung). Der Gläubiger kann nicht direkt gegen den Gesellschafter vorgehen. Er muss vielmehr einen Titel gegen die Gesellschaft erwirken und dann im Wege der Zwangsvollstreckung den Anspruch der GmbH gegen den Gesellschafter aus § 826 pfänden und an sich überweisen lassen.

Auch im Falle einer Unterkapitalisierung, also wenn die GmbH von vornherein mit zu wenig Kapital ausgestattet wird, kommt es nicht zu einer Durchgriffshaftung.

Während eines Insolvenzverfahrens wird die Durchgriffshaftung gemäß § 93 InsO analog durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht.

3. Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH

Der Geschäftsführer haftet gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG gegenüber der GmbH, wenn er in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht beachtet. Dabei wird dem Geschäftsführer ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt, ohne den unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. Das informierte und bewusste Eingehen geschäftlicher Risiken umfasst grundsätzlich auch Fehleinschätzungen. Schlägt das Geschäft fehl und wird hierdurch die Gesellschaft geschädigt, so ist eine Haftung ausgeschlossen.

Je höher möglicher Schaden ist und je wahrscheinlicher ein Schadenseintritt, umso gründlichere Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten ist erforderlich (Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, § 43 Rn. 23).

Außerdem haftet der Geschäftsführer gemäß § 64 GmbHG, wenn er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit noch Zahlungen leistet.

Zudem kann der Geschäftsführer nach den §§ 823ff. BGB haften. In den Fällen einer unerlaubten Handlung haftet neben dem Geschäftsführer auch die Gesellschaft, da ihr das Verhalten des Geschäftsführers gemäß § 31 BGB zugerechnet wird.

4. Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten

Eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten besteht nur in Ausnahmefällen, z. B. wenn der Geschäftsführer bei Abschluss eines Vertrages besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt oder wenn ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Geschäftsführers besteht, so dass er quasi in eigener Sache tätig wird.

Außerdem besteht eine Eigenhaftung des Geschäftsführers in den Fällen einer persönlich begangenen unerlaubten Handlung, so z.B. gemäß §§ 823 und 826. Von besonderer Bedeutung ist die Möglichkeit einer persönlichen Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO: Der Geschäftsführer ist verpflichtet, innerhalb von drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag zu stellen. Tut er dies nicht, haftet er auf Schadensersatz. Wenn der Geschäftsführer mangels eigener Sachkenntnis zur Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht in der Lage ist, muss er qualifizierten externen Rat einholen.

5. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der GmbH gem. § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m.

§§ 116, 93 AktG

Gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 116, 93 AktG haften die Mitglieder kommunaler Aufsichtsräte für Pflichtverletzungen, durch die der Gesellschaft ein Schaden entsteht. Insbesondere haften sie, wenn sie der Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung nicht nachkommen. Wenn das Aufsichtsratsmitglied auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, muss es beweisen, dass es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns beachtet hat.

Der Sorgfaltsmaßstab ist grundsätzlich objektiver Natur, d.h. es kommt nicht auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse des jeweiligen Aufsichtsratsmitgliedes an, sondern auf die Anforderungen, die sich aus dem vertraglichen und tatsächlichen Geschäftsfeld der GmbH ergeben. Jedoch sind gewisse Grundkenntnisse im Bereich Rechnungswesen und Bilanzierung unverzichtbar. Wenn einem neuen Aufsichtsratsmitglied diese Kenntnisse fehlen, muss es sich diese zeitnah nach seiner Bestellung verschaffen. Wenn das Mitglied dies versäumt oder aus anderen Gründen nicht in der Lage zur sorgfältigen Durchführung seiner Überwachungsfunktion ist, so liegt regelmäßig bereits in der Begründung der Organstellung ein haftungsrelevantes Übernahmeverschulden (Rotermund /Kraft, Kommunales Haftungsrecht, Rn. 1267).

Die Aufsichtsratsmitglieder haben bei der Frage, ob die Gesellschaft Schaden nehmen kann, in erster Linie das Unternehmensinteresse zu berücksichtigen und danach zu handeln. Eine Stimmabgabe

unter Missachtung des Unternehmensinteresses führt daher ggf. zu einer Haftung. Aber auch eine Stimmenthaltung kann eine Schadensersatzpflicht auslösen, da das Aufsichtsratsmitglied seiner Überwachungspflicht nicht durch ein Nichthandeln genügt.

6. Insbesondere Haftung für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife

Die Mitglieder eines **fakultativen** Aufsichtsrats einer GmbH sind bei einer Verletzung ihrer Überwachungspflicht hinsichtlich der Beachtung des Zahlungsverbots aus § 64 Satz 1 GmbHG nur dann der GmbH gegenüber nach § 93 Abs. 2, § 116 AktG, § 52 GmbHG ersatzpflichtig, wenn die Gesellschaft durch die regelwidrigen Zahlungen in ihrem Vermögen i.S. der §§ 249 ff. BGB geschädigt worden ist. Die Aufsichtsratsmitglieder haften dagegen nicht, wenn die Zahlung - wie im Regelfall - nur zu einer Verminderung der Insolvenzmasse und damit zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger geführt hat.

Begründet wird das damit, dass § 52 Abs. 1 GmbHG auf die Schadensersatznorm des § 116 AktG nur mit der ausdrücklichen Einschränkung "in Verbindung mit § 93 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2" verweist. Damit wird § 93 Abs. 3 AktG für den fakultativen Aufsichtsrat über die nur partielle Verweisung in § 52 GmbHG gerade nicht in Bezug genommen, anders als in den entsprechenden Vorschriften über den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 3 Abs. 2 MontanMitbestG, § 3 Abs. 1 Satz 2 MontanMitbestGErgG, § 6 Abs. 2 InvG). Für eine Ersatzpflicht der Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats, die ihre Überwachungspflicht hinsichtlich der Einhaltung des Zahlungsverbots aus § 64 Satz 1 GmbHG verletzt haben, fehlt die in § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG angeordnete Gleichstellung des Zahlungsabflusses mit einem Schaden der Gesellschaft i.S. der §§ 249 ff. BGB. Es bleibt vielmehr dabei, dass die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats der Gesellschaft nur dann ersatzpflichtig sind, wenn durch die Zahlung ausnahmsweise ein eigener Schaden der Gesellschaft entstanden ist, im Übrigen aber - und damit im Regelfall - mangels eines ihr entstandenen Schadens nicht haften. (BGH, 20.09.2010 - II ZR 78/09).

7. Insbesondere Haftung für pflichtwidrig erteilte Zustimmung

Zustimmungsvorbehalte, wie sie die Satzung der Gemeinschuldnerin auf der Grundlage des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG für Geschäfte in einer Größenordnung von mehr als 100.000,00 DM vorsieht, sind das Instrument vorbeugender Kontrolle des Aufsichtsrats (vgl. Hüffer, AktG 7. Aufl. § 111 Rdn. 16), Maßnahmen der Geschäftsleitung, die möglicherweise nicht mehr rückgängig gemacht werden können, von vornherein zu unterbinden. Die Aufsichtsratsmitglieder trifft eine - ggfs. neben die Haftung der geschäftsführenden Organe tretende - Schadensersatzpflicht, wenn sie die Zustimmung

zu einem Geschäft erteilen, die sie bei pflichtgemäßem Handeln hätten verweigern müssen (MünchKomm-AktG/Semler 2. Aufl. § 111 Rdn. 431; Großkomm.z.AktG/Hopt/Roth 4. Aufl. § 111 Rdn. 700, 717; BGH, Urteil vom 11.12.2006, II ZR 243/05).

8. Haftung nach § 117 AktG

Diese Vorschrift ist nach h.M. auch auf den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH anwendbar, auch wenn er in § 52 GmbHG nicht erwähnt wird.

Gemäß § 117 Abs. 1 AktG haftet derjenige, der ein Aufsichtsratsmitglied vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln. Daneben haften gemäß § 117 Abs. 2 die jeweiligen Aufsichtsratsmitglieder als Gesamtschuldner, wenn sie durch ihr Verhalten eine Pflichtverletzung begangen haben. Eine derartige Haftung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn das Aufsichtsratsmitglied auf Weisung der Kommune zum Nachteil der Gesellschaft handelt.

9. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB

Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB kommt bei strafbarem Verhalten eines Aufsichtsratsmitgliedes in Betracht, insbesondere bei einer Strafbarkeit gemäß § 266 StGB.

10. Haftung nach § 824 BGB

Eine Haftung nach § 824 BGB kommt in Betracht, wenn das Aufsichtsratsmitglied unwahre Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Kredit, Erwerb oder Fortkommen des kommunalen Unternehmens zu gefährden.

11. Haftung gemäß § 826 BGB

Gemäß § 826 BGB haftet jeder, der einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. Das Aufsichtsratsmitglied ist z.B. dann zum Schadensersatz aus § 826 BGB verpflichtet, wenn es seinen privaten Interessen gegenüber den Unternehmensinteressen Vorzug gibt oder wenn es Interessenkollisionen mit mehreren Aufsichtsratsmandaten gibt.

12. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber Dritten

Insoweit gelten dieselben Haftungsgrundsätze wie beim Geschäftsführer: Eine Haftung gibt es nur in Ausnahmefällen.

13. Haftungsbeschränkungen

a. Zugunsten des Geschäftsführers

Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten kann grundsätzlich **nicht** durch die Satzungsabbedungen werden. **Eine Haftungsbeschränkung durch Satzung ist nur im Innenverhältnis möglich .**

Da der Geschäftsführer an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden ist, haftet er in den Fällen nicht, in denen er auf eine bindende Weisung hin gehandelt hat. Nur ausnahmsweise haftet der Geschäftsführer aber auch in diesen Fällen, wenn §§ 30,33 GmbHG verletzt werden.

Gemäß § 131 Abs. 4 KVG LSA steht den Vertretern der Kommune aus ihrer Tätigkeit in einem Organ eines Unternehmens in einer Rechtsform des Privatrechts ein Freistellungsanspruch zu, wenn sie wegen ihrer Tätigkeit haftbar gemacht werden. Nur in den Fällen des vorsätzlichen/grob fahrlässigen Verhaltens besteht dieser Anspruch nicht.

Außerdem haftet der Geschäftsführer dann nicht, wenn die Gesellschafterversammlung ihn entlastet hat: Dies stellt einen Verzicht auf die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche dar.

b. Zugunsten des Aufsichtsrats

Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder kann in der Satzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden. Zudem ist eine Haftung gemäß § 131 Abs. 4 KVG LSA ausgeschlossen, wenn auf Weisung der Gesellschafterversammlung hin gehandelt wurde. **Allerdings wirken diese Haftungsbeschränkungen nur im Innenverhältnis, also nicht im Verhältnis zu Dritten.**

Werden Aufsichtsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit haftbar gemacht, dann besteht gemäß § 131 Abs. 4 KVG LSA ein Freistellungsanspruch gegenüber der Gemeinde, es sei denn, das Aufsichtsratsmitglied hat vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt.

Auch die Aufsichtsratsmitglieder haben einen Anspruch darauf, dass sie in regelmäßigen Abständen durch die Gesellschafterversammlung entlastet werden.

B. Die Aktiengesellschaft (AG)

Die Aktiengesellschaft ist wie die GmbH eine Handels- und Kapitalgesellschaft. Sie ist eine juristische Person, für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Die rechtlichen Grundlagen der AG finden sich im Aktiengesetz (AktG). Gemäß § 1 Abs. 2 AktG hat die AG ein in Aktien zerlegtes Grundkapital. Das Grundkapital ist der in der Satzung festgesetzte Kapitalbetrag. Er muss mindestens 50.000,- € betragen, § 7 AktG. Dieses Grundkapital ist in Teile, die Aktien, zerlegt. Dabei können die Aktien entweder als Nennbetragsaktien oder als Stückaktien begründet werden, § 8 AktG.

Nennbetragsaktien lauten auf einen bestimmten Betrag in Euro. Sie sagen aus, wie viel Euro vom Grundkapital der Inhaber aufgebracht hat.

Auf **Stückaktien** steht kein bestimmter Geldbetrag. Vielmehr wird das Grundkapital in Anteile zerlegt. Für jeden Anteil wird eine Aktie ausgegeben. Alle Aktien repräsentieren also den gleichen Betrag am Grundkapital. Die Höhe der Beteiligung ergibt sich daraus, wie viele Aktien jemand hat.

Die Gründer bringen das Grundkapital auf, indem sie Aktien erwerben. Die Aktien können dann weiterveräußert werden. Jeder, der eine Aktie erwirbt, ist Mitglied der AG. Man unterscheidet dabei zwischen Inhaberaktien und Namensaktien.

Bei einer **Inhaberaktie** ist derjenige Mitglied der Aktiengesellschaft, der das Aktienpapier besitzt. Wenn der Inhaber die Aktie nach den Regeln der §§ 929ff. BGB übereignet, wird der neue Eigentümer gleichzeitig Mitglied der AG.

Auf einer **Namensaktie** ist der Inhaber namentlich vermerkt. Nur er kann die Mitgliedschaftsrechte geltend machen.

I. Die Organe der AG

Die Organe der AG sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung.

1. Der Vorstand

Die Vorstandsmitglieder werden vom Aufsichtsrat für fünf Jahre bestellt, § 84 AktG.

Dem **Vorstand** obliegt die Geschäftsführung und die Vertretung der AG, §§ 76 Abs. 1, 78 AktG. Er leitet die AG. Dabei handelt der Vorstand eigenverantwortlich und ist – anders als die Geschäftsführer einer GmbH - nicht weisungsgebunden. Wenn der Vorstand aus mehreren Personen

besteht, können nur alle zusammen die Geschäfte führen, § 77 Abs. 1 S. 1 AktG, und die Gesellschaft vertreten, § 78 Abs. 2 AktG. Allerdings kann in der Satzung etwas anderes bestimmt werden. Die Vertretungsmacht kann nach außen nicht beschränkt werden, § 82 AktG.

Der Vorstand hat die Pflicht, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden und Sillschweigen über die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu bewahren, § 93 Abs. 1 AktG.

Der Vorstand ist nach § 90 AktG verpflichtet, dem Aufsichtsrat regelmäßig Bericht zu erstatten. Inhalte dieser Berichte sind:

- Die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung
- Die Rentabilität der Gesellschaft
- Der Gang der Geschäfte
- Geschäfte, die für die Rentabilität von erheblicher Bedeutung sind

Der Aufsichtsrat kann auch von sich aus Berichte verlangen.

2. Der Aufsichtsrat

Der **Aufsichtsrat** kontrolliert den Vorstand. Er wird von der Hauptversammlung gewählt, § 101 Abs. 1 AktG. Er überwacht die Geschäftsführung, § 111 Abs. 1 AktG. Außerdem vertritt er die Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich, § 112 AktG. Er bestellt den Vorstand und beruft ihn im Notfall ab, § 84 AktG.

Bei der Überwachung müssen die Aufsichtsratsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anwenden.

Nach § 111 Abs. 2 AktG kann in der Satzung festgelegt werden, dass bestimmte Rechtsgeschäfte nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden dürfen.

Eine weitere wichtige Aufgabe ist die Billigung des Jahresabschlusses.

Zur Verschwiegenheitspflicht gilt das zum Aufsichtsrat der GmbH Gesagte entsprechend.

Die Mitglieder des Aufsichtsrates unterliegen keinen Weisungen der entsendenden Gemeinde und sind allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet.

3. Die Hauptversammlung

Die **Hauptversammlung** ist die Versammlung aller Aktionäre der Gesellschaft. Sie wird durch den Vorstand einberufen, der ebenfalls zusammen mit dem Aufsichtsrat an der Hauptversammlung teilnehmen soll, § 118 Abs. 2 S. 1 AktG. Die Zuständigkeit der Hauptversammlung ergibt sich aus § 119 AktG. Es wird durch Beschlüsse entschieden. Zu den wichtigsten Rechten der Hauptversammlung gehört:

- Die Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder
- Entscheidung über die Verwendung des Bilanzgewinnes
- Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat
- Bestellung des Abschlussprüfers
- Satzungsänderungen
- Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und der Kapitalherabsetzung
- Auflösung der Gesellschaft

II. Die Haftung der AG und ihrer Organe

1. Haftung der Gesellschafter

Ebenso wie in der GmbH haftet eine Aktiengesellschaft für die in ihrem Namen eingegangenen Verbindlichkeiten. Eine Durchgriffshaftung auf die Gesellschafter kommt nur im Ausnahmefall in Betracht.

2. Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der AG

Gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG haften die Vorstände der AG gegenüber der eigenen Gesellschaft gesamtschuldnerisch auf Ersatz des durch eine Pflichtverletzung entstandenen Schadens. Welche Pflichten den Vorstand treffen, ist im AktG nicht abschließend geregelt. Im Wesentlichen geht es um die Pflicht, im Rahmen von Gesetz und Ordnung den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von dieser abzuwenden.

Gemäß § 93 Abs. 1 AktG hat der Vorstand die Pflicht, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden und Sillschweigen über die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu bewahren, § 93 Abs. 1 AktG.

Gemäß § 93 Abs. 3 AktG sind die Vorstandsmitglieder namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen der Vorschriften des Aktiengesetzes

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt werden,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt werden,
3. eigene Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft gezeichnet, erworben, als Pfand genommen oder eingezogen werden,
4. Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrags ausgegeben werden,
5. Gesellschaftsvermögen verteilt wird,
6. Zahlungen entgegen § 92 Abs. 2 geleistet werden,
7. Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder gewährt werden,
8. Kredit gewährt wird,
9. bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwerts Bezugsaktien ausgegeben werden.

Kommt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass sich der Vorstand schadenersatzpflichtig gemacht hat, muss er aufgrund einer sorgfältigen und sachgerecht durchzuführenden Risikoanalyse abschätzen, ob und in welchem Umfang die gerichtliche Geltendmachung zu einem Ausgleich des entstandenen Schadens führt. Gewissheit, dass die Schadenersatzklage zum Erfolg führen wird, kann nicht verlangt werden.

Stehen der AG nach dem Ergebnis dieser Prüfung durchsetzbare Schadenersatzansprüche zu, hat der Aufsichtsrat diese Ansprüche grundsätzlich zu verfolgen. Davon darf er nur dann ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegen sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind (BGH, Urteil vom 21.04.1997, II ZR 175/95).

Grundsätzlich kann sich der Vorstand dadurch entlasten, dass er sich extern beraten lässt (LG Lüneburg, 7 O 119/12).

3.Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber Dritten

Grundsätzlich haften die Vorstandsmitglieder und Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich. Schuldhaftes Verhalten des Vorstandes wird wie beim Geschäftsführer der GmbH analog § 31 BGB der Aktiengesellschaft zugerechnet.

Allerdings können die Ersatzansprüche der Gesellschaft aus § 93 Abs. 2 AktG wegen einer **gröblichen** Pflichtverletzung gemäß § 93 Abs. 5 AktG auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Nur in den Fällen des § 93 Abs. 3 AktG kommt es nicht auf das Vorliegen einer gröblichen Pflichtverletzung an.

Außerdem haften Vorstandsmitglieder wie die Geschäftsführer einer GmbH in Ausnahmefällen, z. B. wenn der Geschäftsführer bei Abschluss eines Vertrages besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt oder wenn ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Geschäftsführers besteht, so dass er quasi in eigener Sache tätig wird.

Zuletzt besteht eine Eigenhaftung der Vorstandsmitglieder in den Fällen einer persönlich begangenen unerlaubten Handlung, so z.B. gemäß §§ 823 und 826.

4. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der AG

Insgesamt gelten die gleichen Grundsätze wie beim Aufsichtsrat einer GmbH:

Gemäß § 116 AktG i.V.m. § 93 Abs. 2 AktG haften auch die Mitglieder des Aufsichtsrates für Pflichtverletzungen auf Schadensersatz.

Hauptpflicht ist die sorgfältige Überwachung des Vorstandes. Im Rahmen der Überwachungspflicht muss auch geprüft werden, ob gegen ein Vorstandsmitglied Schadensersatzansprüche geltend zu machen sind (BGH, II ZR 175/95).

5. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber Dritten

Auch für die Mitglieder des Aufsichtsrats gelten die gleichen Grundsätze wie für die Vorstandsmitglieder: Die Ersatzansprüche der Gesellschaft können Gläubiger auf sich überleiten. Im Übrigen haften die Mitglieder des Aufsichtsrates nur ausnahmsweise, wenn bei Abschluss eines Vertrages besonderes Vertrauen in Anspruch genommen wird oder wenn ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Aufsichtsratsmitgliedes besteht, so dass er quasi in eigener Sache tätig wird. Anders als beim Vorstand dürften solche Fälle bei einer kommunalen AG jedoch praktisch ausgeschlossen sein.

6. Haftungsbeschränkungen

Die Ersatzpflicht des Vorstands gegenüber Dritten oder der AG kann nicht durch die Satzung ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.

Gegenüber der Gesellschaft entfällt die Haftung des Vorstandes/Aufsichtsrates in den Fällen, wo die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht, § 93 Abs. 4 AktG. Ein solcher Beschluss wirkt aber nicht hinsichtlich der Haftung gegenüber den Gläubigern, § 93 Abs. 5 S. 3 AktG.

Werden Aufsichtsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit haftbar gemacht, dann besteht gemäß § 131 Abs. 4 KVG LSA ein Freistellungsanspruch gegenüber der Gemeinde, es sei denn, dass Aufsichtsratsmitglied hat vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt. Da der Aufsichtsrat und der Vorstand nicht weisungsgebunden sind, greift die weitergehende Haftungsbeschränkung des §131 Abs. 4 S. 2 KBG LSA nicht ein.

Die **Entlastung** des Vorstandes führt anders als bei der GmbH nicht zum Ausschluss der Schadensersatzansprüche, sondern stellt nur eine Billigung der Geschäftsführung dar sowie den Ausdruck von Vertrauen.

Zusammenfassende Übersicht: Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung

	Die Aktiengesellschaft (AG) gesetzliche Grundlage: AktG	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gesetzliche Grundlage: GmbHG
Allgemeine Beschreibung	Kapitalgesellschaft, Mitgliedschaft durch Beteiligung am in Aktien zerlegten Grundkapital (mind. 50.000, - € , § 7 k t G) .	Kapitalgesellschaft, Mitgliedschaft durch Beteiligung am Stammkapital (mind. 25.000, - € , § 5 GmbHG, Ausnahme: § 5a, Unternehmersgesellschaft)
Organe	1. Vorstand: Geschäftsführung und Vertretung, weisungsfrei 2. Aufsichtsrat: Überwacht die Geschäftsführung, weisungsfrei 3. Hauptversammlung = alle Aktionäre, Zuständigkeit: § 119 AktG	1. Geschäftsführer: Geschäftsführung und Vertretung, weisungsgebunden 2. Gesellschafterversammlung = Gesamtheit der Gesellschafter 3. (fakultativer) Aufsichtsrat Zuständigkeit: § 46 GmbHG
Ablauf der Gründung	1. notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag 2. Bestellung der Organe 3. Gründungsbericht 4. Übernahme der Aktien durch die Gründungsmitglieder → Vor-AG 5. Eintragung im Handelsregister → Rechtsfähigkeit	1. notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag → Vor-GmbH 2. Bestellung des / der Geschäftsführer(s) 3. Aufbringung des Stammkapitals 4. Eintragung im Handelsregister
Haftung	Es haftet grundsätzlich nur die Gesellschaft, nicht die Gesellschafter.	Es haftet grundsätzlich nur die Gesellschaft, nicht die Gesellschafter.

C. Strafbarkeit

I. Vorteilsannahme, § 331 StGB

Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstaussübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

1. Amtsträger

Täter dieser Straftat kann nur ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter sein. Gemeinderatsmitglieder sind in ihrer allgemeinen Mandatsausübung keine Amtsträger im strafrechtlichen Sinne. Daher scheidet insoweit eine Strafbarkeit nach §§ 331 f. StGB aus. Wenn ein Gemeinderatsmitglied in den Aufsichtsrat entsandt wird, wird es aber mit konkreten Verwaltungsfunktionen betraut und kann daher auch eine Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB begehen (BGH, Urteil vom 09.05.2006, 5 StR 453/05).

2. Vorteil

Ein Vorteil ist jede Zuwendung, auf die der Vorteilsempfänger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage, wenn auch nur mittelbar, objektiv messbar verbessert.

Hierzu gehören: Geld- oder Sachgeschenke, aber auch Einladungen und Sexualkontakte.

3. Fordern, Sichversprechenlassen, Annehmen

4. Für die Dienstaussübung

Der Vorteil muss für die Dienstaussübung gewährt werden, wobei nicht erforderlich ist, dass es um eine konkrete Diensthandlung geht, sondern es reicht aus, dass irgendein Zusammenhang zwischen Vorteil und Amt besteht. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Diensthandlung dann tatsächlich vorgenommen wird oder nicht. Hierher gehören auch die Fälle des sog. „nfüttens“. **Es reicht aus, dass der Eindruck der Käuflichkeit der sachlichen Entscheidung entsteht.** Für die Feststellung einer Unrechtsvereinbarung ist eine wertende Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles erforderlich: Wert der Zuwendung, Dauer, Verschleierung.

5. Vorsatz

Der Täter muss wissen, dass er eine Unrechtsvereinbarung geschlossen hat,

6. Rechtswidrigkeit

Die Tat ist dann nicht rechtswidrig, wenn die zuständige Behörde die Annahme genehmigt. Die Entscheidung der Behörde muss ermessensfehlerfrei, mithin **materiell rechtmäßig** sein, soll sie die rechtfertigende Wirkung entfalten. Das Problem ist, dass es eigentlich keine Genehmigungsbehörde für den Aufsichtsrat gibt.

II. Bestechlichkeit, § 332 StGB

Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

III. Untreue, § 266 StGB

Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags Rechtsgeschäftes oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Aufsichtsratsmitglieder können sich wegen Untreue in der Form des Treubruchstatbestandes strafbar machen. Voraussetzung dafür ist:

1. Vermögensbetreuungspflicht

Jedes Aufsichtsratsmitglied trifft im Verhältnis zur Gesellschaft eine Vermögensbetreuungspflicht. Es muss die Vermögensinteressen der GmbH wahrnehmen.

2. Verletzung einer spezifischen Treupflicht

Als Tathandlung kommt jedes Handeln oder Unterlassen im Widerspruch zur Treupflicht in Betracht. Allerdings ist nicht schon jedes Verhalten, das im Widerspruch zur den Pflichten eines ordentlichen Kaufmannes steht, automatisch auch ein strafbarer Treubruch. Vielmehr wird den Entscheidungsträgern und damit auch den Aufsichtsräten ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum bei unternehmerischen Führungs- und Gestaltungsaufgaben zugebilligt. Ein

strafbares Verhalten kommt nur dann in Betracht, wenn keinerlei Nutzen für das betreute Vermögen angestrebt wird.

Für Aufsichtsräte kommt eine Verletzung der spezifischen Treupflicht insbesondere dann in Betracht, wenn Geschäftsführungsmaßnahmen zugestimmt wird, durch die der Geschäftsführer den Tatbestand der Untreue erfüllt. (BGH, 21.12.2005 - 3 StR 470/04, JZ 2006, S. 560 f.)

3. Vermögensnachteil bei dem zu betreuenden Vermögen

Es muss eine Minderung des betroffenen Vermögens eingetreten sein. Nicht erforderlich ist, dass der Täter einen eigenen Vermögensvorteil erlangt.

4. Vorsatz

Der Täter muss sich der Pflichtwidrigkeit seines Handelns bewusst sein.

IV. Weitere Straftatbestände

Das Aktiengesetz und das GmbH-Gesetz enthalten darüber hinaus besondere Straftatbestände. Hierbei sind insbesondere aufzuführen:

- | Bestimmte falsche Angaben in Unterlagen bzw. gegenüber bestimmten Stellen, § 399 AktG, § 82 GmbHG,
- | unrichtige Darstellung der Gesellschaftsverhältnisse in der Hauptversammlung bzw. in der Gesellschafterversammlung, § 400 AktG, § 52 GmbHG,
- | Verletzung der Verschwiegenheitspflicht, § 404 AktG, § 85 GmbHG (nur auf Antrag des Vorstandes bzw. der Geschäftsführer oder der Abwickler, § 404 Abs. 3 AktG, § 85 Abs. 3 GmbHG).

Die Zahlung der Geldstrafe durch die Gemeinde, die einem von ihr entsandten Aufsichtsratsmitglied auferlegt wird, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine Strafverfolgung der verantwortlichen Personen wegen Untreue nach § 266 StGB nach sich ziehen. Eine Strafvereitelung im Amt liegt dagegen nicht vor (BGH, 07.11.1990 - 2 StR 439/90, NJW 1991, S. 990). Die Übernahme der Geldstrafe durch die Gemeinde ist damit ausgeschlossen