

Die Überwachungstätigkeit von Aufsichtsräten der landeseigenen GmbHs: Maßstäbe - Instrumente - fachliche Qualifikationen

Platter, Julia

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Platter, J. (2013). *Die Überwachungstätigkeit von Aufsichtsräten der landeseigenen GmbHs: Maßstäbe - Instrumente - fachliche Qualifikationen*. (Wahlperiode Brandenburg, 5/78). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-50811-9>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Die Überwachungstätigkeit von Aufsichtsräten der landeseigenen GmbHs: Maßstäbe – Instrumente – fachliche Qualifikationen

Bearbeiterin: Dr. Julia Platter

Datum: 30. September 2013

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

Inhaltsverzeichnis

I.	Gutachtenauftrag (Fragen 1 – 7)	3
II.	Stellungnahme	4
1.	Der Aufsichtsrat als Kontrollgremium eines öffentlichen Unternehmens	4
a)	Gesellschaftsrechtliche Vorgaben	5
b)	Besonderheiten für den Aufsichtsrat einer GmbH mit Landesbeteiligung ...	6
2.	Allgemeine Aufgabe des Aufsichtsrats: Überwachung und Beratung der Geschäftsführung (Frage 1)	8
a)	Überwachungsperspektive: nachgelagerte Kontrolle und begleitende Beratung	8
b)	Maßstäbe der Überwachung	9
c)	Informationsbeschaffung	10
aa)	Umfang	10
bb)	Selbständiges Einsichts- und Prüfungsrecht	11
cc)	Grenzen der Informationsbeschaffung	12
dd)	Situationen der intensivierten Überwachung	12
3.	Besondere Aufgaben (noch Frage 1)	13
a)	Die Prüfung des Jahresabschlusses	13
aa)	Gesellschaftsrechtliche Vorgaben	13
bb)	Erweiterung der Abschlussprüfung nach § 53 HGrG für öffentliche Unternehmen	15
cc)	Ergänzungen des CGKBbg zum Prüfungsumfang	15
b)	Personalentscheidung	16
4.	Instrumente der Einflussnahme (noch Frage 1)	16
a)	Beratung der Geschäftsführung	16
b)	Zustimmungsvorbehalte	17
c)	Bericht an die Gesellschafterversammlung	18
d)	Einberufung der Gesellschafterversammlung	18
e)	Abberufung der Geschäftsleitung	19
5.	Befugnisse und Aufgaben des Aufsichtsrats im Fall der (wiederholten) Verfehlung von Unternehmenszielen (Frage 2)	19
6.	Rechte und Pflichten des Vorsitzenden des Aufsichtsrats einer GmbH (Frage 3)	21
7.	Spezifischer Sachverstand als Bedingung für die Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats (Frage 4)	22
a)	Die „notwendigen“ Kenntnisse als allgemeine Anforderung	22

b)	Gesellschaftsrechtliche Sonderregelungen	23
c)	Sachkundeforderungen des CGKBbg	24
d)	Sonderregeln für die Mitgliedschaft in einem Bilanz- oder Finanzausschuss? (Frage 5)	25
e)	Fortbildung (Frage 6)	26
8.	Die sachverständige Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder – Möglichkeiten und Grenzen (Frage 7)	27
a)	Gesellschaftsrecht	27
b)	Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen	28
III.	Zusammenfassung	29

I. Gutachtauftrag (Fragen 1 – 7)

Der parlamentarische Beratungsdienst wurde gebeten, verschiedene Problemkreise und Fragen zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats landeseigener GmbHs darzustellen und zu prüfen. Es soll insbesondere folgenden Fragen nachgegangen werden:

- 1) Welche Anforderungen an die Überwachungstätigkeit von Aufsichtsräten landeseigener Gesellschaften sind in Brandenburg generell zu beachten?
- 2) Welche Aufgaben hat der Aufsichtsrat, falls die Unternehmensleitung ihre selbstgesteckten Ziele nicht erreicht oder nachträglich ändert, und wie verhält es sich, wenn dies wiederholt geschieht?
- 3) Hat der Vorsitzende des Aufsichtsrats bzw. sein(e) Stellvertreter besondere Kompetenzen oder besondere Pflichten?
- 4) Muss ein Mitglied des Aufsichtsrats „besonderen Sachverstand“, speziell im Bereich des Bilanz- und Rechnungswesens, besitzen?
- 5) Müssen daneben die Mitglieder des Bilanz- und Finanzausschusses besonderen Sachverstand im Bereich des Bilanz- und Rechnungswesens besitzen? Müssen sie dies nachweisen?
- 6) Welche Qualifikationsmaßnahmen und Fort- und Weiterbildungen muss ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied pflichtgemäß wahrnehmen?
- 7) Darf der Aufsichtsrat seine Kontrolltätigkeit als solche (teilweise) an Dritte delegieren und inwieweit dürfen die einzelnen Mitglieder sich bei ihrer Vorbereitung unterstützen lassen?

Entsprechend den gestellten Fragen konzentriert sich die folgende Ausarbeitung auf den Aufsichtsrat als Gremium und auf seine Überwachungs- und Beratungsaufgabe. Die Stellungnahme beinhaltet ausdrücklich keine vollständige Darstellung aller Problemkreise zum Aufsichtsrat der GmbH.

II. Stellungnahme

1. Der Aufsichtsrat als Kontrollgremium eines öffentlichen Unternehmens

Das deutsche Unternehmensrecht favorisiert für die Kapitalgesellschaft als Körperschaft des bürgerlichen Rechts (mit den wichtigsten Formen der Aktiengesellschaft „AG“ und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung „GmbH“) das sog. dualistische Modell: Der Unternehmensleitung (Vorstand, Geschäftsführung) wird ein Kontrollorgan (Aufsichtsrat) zur Seite gestellt, das von jener funktionell und personell getrennt ist.¹ Dieses Modell ist für die Aktiengesellschaft obligatorisch, für die GmbH dagegen nur unter spezifischen Voraussetzungen. Trotz gleichen Namens und mancher Verweisung auf das AktG unterscheiden sich die rechtliche Struktur und der Charakter des Aufsichtsrats einer GmbH aus diesem Grund deutlich von dem einer AG. In der GmbH bleibt, auch soweit ein Aufsichtsrat durch die Satzung vorgesehen oder gesetzlich vorgeschrieben ist, die *Gesellschafterversammlung* das oberste Organ der Gesellschaft, die alle Geschäftsführungsentscheidungen an sich ziehen kann (§ 37 Abs. 1 GmbHG).² Allerdings kann wiederum der jeweilige Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat bestimmte Kompetenzen zur ausschließlichen Wahrnehmung zuweisen (wie z. B. die Bestellung des/der Geschäftsführer[s]).

Für die Unternehmen der öffentlichen Hand (Bund, Länder, Kommunen), die ganz überwiegend in der Rechtsform der GmbH organisiert sind, sind überdies weitere Besonderheiten zu beachten.³

¹ Siehe in diesem Sinne PublicGovernance (Zeitschrift hrsg. vom Institut für den öffentlichen Sektor) Frühjahr 2006, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, S. 6 (6), abrufbar unter http://www.publicgovernance.de/docs/PG_I_2006.pdf.

² *Henssler*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, § 52 GmbHG Rn. 18, 27; *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz – Kommentar, 17. Aufl. 2007, § 52 Rn. 2; *Banspach/Nowak*, Der Aufsichtsrat der GmbH – unter besonderer Berücksichtigung kommunaler Unternehmen und Konzerne, Der Konzern 2008, S. 195 (197).

³ Für Brandenburg siehe dazu Ministerium der Finanzen des Landes Brandenburg, Corporate Governance Kodex für die Beteiligungen des Landes Brandenburg an privatrechtlichen Unternehmen, Neufassung 2010 (im Folgenden CGKBbg), einsehbar unter

a) Gesellschaftsrechtliche Vorgaben

Der Gesellschaftsvertrag einer GmbH kann einen Aufsichtsrat vorsehen. Dies ist aber nicht zwingend. Existenz, Zusammensetzung und Befugnisse des sog. *fakultativen Aufsichtsrats* ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag (Satzung). In den Fällen, in denen die Satzung die Bildung eines Aufsichtsrats zwar vorschreibt, im Übrigen aber ganz oder teilweise schweigt, kommen über die Verweisung in § 52 Abs. 1 GmbHG die Bestimmungen des AktG zur „entsprechenden Anwendung“, d. h. sie sind unter Berücksichtigung der besonderen Struktur der GmbH anzuwenden.⁴ Im Übrigen herrscht große Gestaltungsfreiheit im Rahmen der Satzung.⁵

In bestimmten Zusammenhängen (z. B. Drittelbeteiligungsgesetz⁶, Mitbestimmungsgesetz⁷ als Regelungswerke der Arbeitnehmermitbestimmung)⁸ ist die Bestellung eines Aufsichtsrats zwingend vorgeschrieben (*obligatorischer Aufsichtsrat*). Ihm kommen die in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG bzw. § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG zugewiesenen Aufgaben und Kompetenzen als Mindestkompetenzen zu, die von der Satzung nicht beschnitten werden können.⁹

Der obligatorische Aufsichtsrat nach MitbestG hat zudem von Gesetzes wegen die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung sowie zur Anstellung der Geschäftsführer.¹⁰

<http://www.mdf.brandenburg.de/cms/detail.php/lbm1.c.356538.de>, Tz. 1.3.: „regelmäßige Gestaltung in der Praxis“.

⁴ Lutter, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 3.

⁵ Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 52 Rn. 1.

⁶ Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz – DrittelbG) vom 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974), zul. geänd. durch Gesetz vom 22. Dez. 2011 (BGBl. I S. 3044).

⁷ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153), zul. geänd. durch Gesetz vom 22. Dez. 2011 (BGBl. I 3044).

⁸ Weitere Spezialvorschriften bleiben im Folgenden mangels Praxisrelevanz für Brandenburg unberücksichtigt, siehe dazu näher beispielsweise Henssler, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 25 ff; Zöllner/Noack, aaO. (Fn. 5), § 52 Rn. 2.

⁹ Lutter, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 37.

¹⁰ § 31 Abs. 1 MitBestG i. V. m. § 84 Abs. 1 AktG.

b) Besonderheiten für den Aufsichtsrat einer GmbH mit Landesbeteiligung¹¹

Es ist gemeinhin anerkannt, dass die Gebietskörperschaften (öffentliche Hand), soweit sie unternehmerisch tätig werden, sich auch der Organisationsformen des privaten Rechts, wie zum Beispiel der der GmbH, bedienen dürfen. Entscheidet sich das Land für eine privatrechtliche Organisationsform, unterliegt das Unternehmen den entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen. Wie schon angedeutet, gibt das Gesellschaftsrecht jedoch nur den organisatorischen Rahmen vor. Welchem konkreten Zweck eine Organisationsform dient, ist aus der Sicht des Gesellschaftsrechts in weiten Teilen Sache desjenigen, der diese Form wählt. Zudem lassen gerade die Bestimmungen des GmbHG den Gesellschaftern zahlreiche Freiheiten bei der organisatorischen Gestaltung der Gesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag.

Das Land als Gebietskörperschaft hingegen ist in der Wahl seiner Aufgaben nicht frei. Es unterliegt den Bindungen der Verfassung, insbesondere der Grundrechte.¹² Zugleich muss staatliches Handeln jederzeit demokratisch legitimiert sein.¹³ Das Land unterliegt folglich bestimmten öffentlich-rechtlichen Bindungen, einerseits was den Zweck der Gründung einer Kapitalgesellschaft, andererseits was die organisatorische Gestaltung der Gesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag angeht. Aus verfassungs- und haushaltsrechtlichen Grundsätzen folgt, dass das Land über ausreichende Kontroll- und Einflussmöglichkeiten verfügen muss. Diese Forderung ändert aber das beispielsweise im AktG und GmbHG kodifizierte Gesellschaftsrecht (Bundesrecht) nicht zugunsten der öffentlichen Hand ab. Vielmehr muss das Land die gesellschaftsrechtlich gegebenen Spielräume nutzen, um seinen Einfluss zu sichern (beispielsweise durch entsprechende Gestaltung der Gesellschaftsverträge oder Gesellschafterbeschlüsse).¹⁴ Das wirkt sich auch auf die Einrichtung eines Aufsichtsrats, die Entsendung von Mitgliedern in diesen und die Aufgabenwahrnehmung der vom Land entsandten Mitglieder aus. Der Aufsichtsrat einer GmbH ist in diesem

¹¹ Für die kommunale GmbH siehe bereits das Gutachten des PBD vom 29. Okt. 2010 (Bearb. *Schmidt*), Rechte und Pflichten von Aufsichtsräten in kommunalen Gesellschaften und Informationsrechte der Gemeindevertretung.

¹² Siehe hierzu beispielhaft für den Anschluss- und Benutzungszwang bei einem kommunalen, privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnis, BVerwG, Urt. vom 6. April 2005, juris, Rn. 35 f.

¹³ Sicherung von Einfluss- und Kontrollrechten bei einem kommunalen, privatrechtlich organisierten Versorgungsunternehmen, BVerwG, Urt. vom 31. Aug. 2011, 8 C 16/10, juris, Rn. 29.

¹⁴ HessVGH, Urt. vom 9. Feb. 2012, 8 A 2043/10, juris, Rn. 79 ff. m.w.N.; SächsOVG, Beschl. vom 3. Juli 2012, 4 B 211/12, juris, Rn. 3.

Zusammenhang neben der Gesellschafterversammlung ein wichtiges Bindeglied zwischen dem rechtlich selbständig agierenden öffentlichen Unternehmen und den Belangen des Landes.

Aus diesem Grund bestimmt § 65 Landeshaushaltsordnung (LHO)¹⁵ für die Beteiligung des Landes an privatrechtlichen Unternehmen:

„(1) Das Land soll sich [...] an der Gründung eines Unternehmens in der Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn [...]
3. das Land angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält, [...]“

Diese Vorschrift soll sicherstellen, dass die Gebietskörperschaft die Kontrolle über ihre Beteiligungen an privatrechtlichen Unternehmen effektiv ausübt und ihre Interessen gegenüber dem Unternehmen geltend macht.

Wie im Einzelnen die Spielräume des Gesellschaftsrechts genutzt werden sollen, wird in Brandenburg neben der gerade zitierten Bestimmung § 65 LHO durch den von der Landesregierung erlassenen Corporate Governance Kodex für die Beteiligungen des Landes Brandenburg an privatrechtlichen Unternehmen (CGKBbg, Neufassung 2010) konkretisiert.¹⁶ Diese Richtlinien guter Unternehmensführung (Governance) fassen wesentliche Regeln und Handlungsempfehlungen für die Steuerung, Leitung und Überwachung von privatrechtlichen Unternehmen zusammen. Die Beteiligungsverwaltung des Landes (zuständig ist das Ministerium der Finanzen)¹⁷ muss diese Richtlinien im Rahmen ihrer Steuerungstätigkeit einhalten (Verwaltungsanweisung)¹⁸ und für eine Verankerung der darin enthaltenen Regeln für die Unternehmensführung sorgen.¹⁹ Das kann in der Satzung und in der Geschäftsordnung, durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung oder

¹⁵ Landeshaushaltsordnung (LHO) i. d. F. d. Bek. vom 21. April 1999 (GVBl. I S.106), zul. geänd. durch Gesetz vom 19. Dezember 2011 (GVBl. I Nr. 35).

¹⁶ Siehe Fn. 3.

¹⁷ CGKBbg, Abschnitt III. 1.

¹⁸ *Weber-Rey/Buckel*, Corporate Governance in Aufsichtsräten von öffentlichen Unternehmen und die Rolle von Public Corporate Governance Kodizes, ZHR 177 (2013), 13 (37).

¹⁹ Siehe die „Regeln über Unternehmen“ unter Abschnitt VI. CGKBbg.

durch Hinwirken auf eine Selbstverpflichtung der Gesellschaftsorgane geschehen.²⁰ Bei Unternehmen mit einer Minderheitsbeteiligung des Landes sollen sowohl die Vertreter des Landes in der Gesellschafterversammlung als auch die auf Veranlassung des Landes berufenen Mitglieder des Aufsichtsrats zumindest darauf hinwirken, dass die Regeln und Handlungsempfehlungen im weitestmöglichen Umfang beachtet werden.²¹

Für ein Unternehmen mit Landesbeteiligung folgt daraus: Auch soweit die Bestellung eines Aufsichtsrats nicht zwingend vorgeschrieben ist, dürfte das Land als Anteilseigner gem. § 65 Abs. 1 Nr. 3 LHO i. V. m. mit dem CGKBBg regelmäßig gehalten sein, bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages auf die Bestellung eines Aufsichtsrats (mit mindestens den Aufgaben und Befugnissen gem. § 52 Abs. 1 GmbHG) hinzuwirken, um die Forderung nach „angemessenem Einfluss“ zu erfüllen.²²

Zum Ausgangspunkt der folgenden Darstellung wird der fakultative Aufsichtsrat mit den in § 52 Abs. 1 GmbHG genannten Mindestbefugnissen gemacht.²³

2. Allgemeine Aufgabe des Aufsichtsrats: Überwachung und Beratung der Geschäftsführung (Frage 1)

a) Überwachungsperspektive: nachgelagerte Kontrolle und begleitende Beratung

Der Aufsichtsrat hat gem. § 111 Abs. 1 AktG (i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG) die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen. Hierzu zählt die Überwachung der Führungsentscheidungen und wesentlicher Einzelmaßnahmen, d. h. aller für die Lage und Entwicklung des Unternehmens bedeutsamer Akte

²⁰ Vgl. die ausdrückliche formulierte Pflicht zur Verankerung im ansonsten sehr ähnlich formulierten „Public Corporate Governance Kodex des Landes Baden-Württemberg einschließlich der Anmerkung zur Anwendung“, Fassung 2013, Rn. 15, abrufbar unter http://www.publicgovernance.de/docs/Baden-Wuerttemberg_PCGK_2013.pdf; siehe zur Implementierung eines solchen Kodex' auch *Weber-Rey/Buckel*, aaO. (Fn. 18).

²¹ CGKBBg, Abschnitt VI. 1 Vorbemerkung; beispielsweise hat die Gesellschafterversammlung der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH (Minderheitsbeteiligung des Landes Brandenburg mit 37 % des Stammkapitals) den hierfür maßgeblichen Teil VI. des CGKBBg mit Gesellschafterbeschluss vom 27. Jan. 2010 für verbindlich in Bezug ihr unternehmerisches Handeln erklärt, siehe Corporate Governance – Bericht der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH (FBB) für das Geschäftsjahr 2011, abrufbar unter http://www.berlin-airport.de/de/_dokumente/unternehmen/ueberuns/corporate-governance.pdf.

²² Siehe zur Auslegung dieses Merkmals auch die Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen – Beschl. der Bundesregierung vom 24. Sept. 2001 in der Bek. vom 19. Okt. 2001 (GMBl. 2001 S. 949 ff.), unter Rn. 13.

²³ Siehe zum Spielraum bei der Satzungsgestaltung ansonsten *Zöllner/Noack*, aaO. (Fn. 5), § 52 Rn. 24 ff.

der Geschäftsführung. Aus diesem Grund erstreckt die sich die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats vornehmlich auf die Unternehmensstrategie und -organisation, wie z. B. auf Fragen der Personalstruktur, der Marktpositionierung, des internen Controllings und des Rechnungswesens, aber auch auf sonstige bedeutsame Einzelfragen. Der Aufsichtsrat muss prüfen, welche selbstgesteckten oder aber vorgegebenen Ziele die Unternehmensleitung erreicht hat bzw. nicht erreicht oder erfüllt oder aber auch geändert hat (Soll-Ist-Vergleich).²⁴

Ebenso hat der Aufsichtsrat eine begleitende Überwachungsverantwortung. Er hat die Geschäftsführung also auch zu beraten.²⁵ Die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats lässt sich mit anderen Worten als einerseits vergangenheitsbezogene Kontrolle und andererseits als eine präventive, zukunftsgerichtete, mitgestaltende Begleitung der Geschäftsführung beschreiben.

b) Maßstäbe der Überwachung

Maßstäbe der Überwachungstätigkeit sind die Rechtmäßigkeit, die Ordnungsmäßigkeit und die Wirtschaftlichkeit.²⁶

Der Aufsichtsrat hat unter dem Aspekt der *Rechtmäßigkeit* zu überwachen, ob die Unternehmensleitung alle gesetzlichen Vorschriften, wie die wirtschafts-, arbeits- und steuerrechtlichen Vorschriften, alle Regelungen des Gesellschaftsvertrages und einer gegebenenfalls bestehenden Geschäftsordnung beachtet hat.²⁷ Der CGKBbg (Abschnitt 5.1.1.) verlangt hierbei ein besonderes Augenmerk des Aufsichtsrats darauf, ob sich das Unternehmen innerhalb seiner satzungsmäßigen Aufgaben (öffentlicher Zweck) betätigt.

Unter dem Gesichtspunkt der *Ordnungsmäßigkeit* hat der Aufsichtsrat zu überwachen, ob die Unternehmensleitung das Unternehmen entsprechend seiner Größe und Struktur nach betriebswirtschaftlich anerkannten Erkenntnissen und Erfahrungen führt, wie zum Beispiel

²⁴ PublicGovernance Frühjahr 2006, aaO. (Fn. 1), S. 10.

²⁵ *Zöllner/Noack*, aaO. (Fn. 5), § 52 Rn. 101; vgl. zum Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft (§ 111 Abs. 1 Akt) BGH; Urt. vom 25. März 1991, II ZR 188/89, juris, Rn.10.

²⁶ *Lutter*, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 16; siehe auch Abschnitt 5.1.1 CGKBbg

²⁷ *Lutter*, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 16.

angemessen unternehmerisch plant, eine sinnvolle Personalplanung umsetzt und ein wirksames Berichts- und Rechnungswesen eingerichtet hat.²⁸

Unter dem Gesichtspunkt der *Wirtschaftlichkeit* hat der Aufsichtsrat zu überwachen, ob die Unternehmensleitung Liquidität, Ertragskraft des Unternehmens sowie die Investitionsplanung angemessen sicherstellt.²⁹ Der Aufsichtsrat eines landeseigenen Unternehmens in Brandenburg dürfte in diesem Zusammenhang auch die Aufgabe haben, die Umsetzung der gemäß CGKBbg von den landeseigenen Unternehmen zu erstellenden Unternehmenskonzepte (Abschnitt IV. Nr. 3. III. CGKBbg) zu überwachen und zu begleiten.

c) Informationsbeschaffung

aa) Umfang

Anders als bei der Aktiengesellschaft, bei der der Vorstand dem Aufsichtsrat von sich aus über gesetzlich bestimmte Vorgänge zu berichten hat, muss der Aufsichtsrat der GmbH gegenüber der Unternehmensleitung die Berichterstattung aktiv einfordern (§ 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG verweisen jeweils nur auf § 90 Abs. 3 bis 5 Satz 1 und 2 AktG, nicht jedoch auf § 90 Abs. 1 und 2 AktG). § 90 Abs. 3 bis 5 Satz 1 und 2 AktG regelt die Voraussetzungen des sog. Anforderungsberichts. Auf der Grundlage dieser Vorschriften kann der Aufsichtsrat zu jedem Zeitpunkt von der Unternehmensleitung einen Bericht verlangen über Angelegenheiten der Gesellschaft, über rechtliche und geschäftliche Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie über geschäftliche Vorgänge bei diesen Unternehmen, sofern sie auf die Lage der GmbH von erheblichem Einfluss sein können. Anforderungsberechtigt sind sowohl der Aufsichtsrat als Ganzes als auch ein einzelnes Mitglied des Aufsichtsrats, Letzteres jedoch nicht an sich selbst, sondern nur an den Aufsichtsrat insgesamt (§ 90 Abs. 5 Satz 2 AktG). Auch wenn der Vorstand also nicht von sich aus zur regelmäßigen Berichterstattung zu bestimmten Themen in bestimmten Fristen verpflichtet ist, kann der Aufsichtsrat von sich aus Berichterstattung zu allen Themen verlangen, die geeignet sind, sich ein eigenes Bild von der Geschäftspolitik der Unternehmensleitung zu machen. Der Aufsichtsrat kann auch ohne besonderen Anlass eine regelmäßige Berichterstattung fordern. Insofern hat es der Aufsichtsrat einer GmbH durch entsprechende Gestaltung seiner Berichtsansforderungen, z. B.

²⁸ Lutter, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 16; PublicGovernance Frühjahr 2006, aaO. (Fn. 1), S. 10.

²⁹ Lutter, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 16; PublicGovernance Frühjahr 2006, aaO. (Fn. 1), S. 10.

in Gestalt einer Geschäftsanweisung, im Ergebnis in der Hand, ebenso umfassend informiert zu werden, wie der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft.³⁰

Für die GmbH mit Landesbeteiligung wird die Option der regelmäßigen Berichtsansforderungen vom CGKBbg (Abschnitt 3.6 bis 3.7.4) zu einem anzustrebenden Standard erhoben. Abschnitt 3.7 Satz 2 CGKBbg verlangt, dass Inhalt und Turnus der Berichtspflichten sich an § 90 AktG orientieren sollen. In zeitlicher Hinsicht verlangt dies eine periodische, mindestens vierteljährliche (vgl. § 90 Abs. 2 Nr. 3 AktG) Berichterstattung über den Gang der Geschäfte. Die Abschnitte 3.6 bis 3.7.4 CGKBbg präzisieren die Informations- und Berichtspflichten der Geschäftsleitung in Zusammenarbeit mit dem Aufsichtsrat („gemeinsame Aufgabe von Geschäftsführung und Aufsichtsrat“, Abschnitt 3.6 CGKBbg). Als wichtige Punkte, über die informiert und berichtet werden soll, nennt der CGKBbg beispielhaft „bedeutsame Fragen der Planung, der Geschäftsentwicklung, der Risikolage, des Risikomanagements und der Compliance [d. i. Rechtmäßigkeit]“ (Abschnitt 3.6 Satz 2). Die Geschäftsführung soll bei ihrer Berichterstattung auch auf „Abweichungen des Geschäftsverlaufs von den aufgestellten Plänen und Zielen unter Angabe der Gründe“ eingehen (Abschnitt 3.6 Satz 3). In Abschnitt 3.7.1 Satz 2 CGKBbg werden zudem „Maßnahmen der Risikofrüherkennung und Gegensteuerung“ sowie „Vorkehrungen zur Korruptionsprävention“ beispielhaft als wesentliche Gegenstände der Berichterstattung genannt.

bb) Selbständiges Einsichts- und Prüfungsrecht

Das Recht der Berichtsansforderung gegenüber der Unternehmensleitung wird durch ein selbständiges Recht des Aufsichtsrats ergänzt, in Bücher, Kassen und Warenbestände der Gesellschaft Einsicht zu nehmen und sie zu prüfen (§ 111 Abs. 2 Satz 2 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG; siehe auch Abschnitt 5.1.3 Abs. 3 CGKBbg). Der Aufsichtsrat kann damit auch einzelne Mitglieder oder für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen (§ 111 Abs. 2 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG; siehe auch Abschnitt 5.1.3 Abs. 3 CGKBbg). Da dieses Informationsrecht unabhängig von der Unternehmensleitung ausgeübt werden kann, dürfte es insbesondere dann in Betracht

³⁰ Siehe dazu v. *Hoyningen-Huene/Powietzka*, Unterrichtung des Aufsichtsrats der mitbestimmten GmbH, BB 2001, 529 (531 f.); *Lutter*, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 23.

kommen, wenn es speziell um das Verhalten einzelner Mitglieder der Unternehmensleitung geht.³¹

cc) Grenzen der Informationsbeschaffung

Die Berichte der Unternehmensleitung sollen den Aufsichtsrat in die Lage versetzen, seiner Überwachungspflicht in Bezug auf die oben genannten Gesichtspunkte nachzukommen. Eine umfassende Überwachung aller unternehmerischen Entscheidungen ist dem Aufsichtsrat als Aufgabe hingegen nicht zugewiesen und ihm von seiner Organisationsstruktur auch nicht möglich.³² Vielmehr genügt es, dass sich der Aufsichtsrat ein Bild von den wesentlichen Grundlagen der Geschäftsführung und den wichtigsten Geschäftsvorfällen macht.³³ Die Berichte müssen – wie in Abschnitt 3.7.1 Satz 1 CGKBbg ausgeführt – demzufolge dem Aufsichtsrat „einen *ausreichenden* [Herv. d. Verf.] Überblick über die Entwicklung in dem Berichtszeitraum geben und die Angelegenheiten, die für die Beurteilung der Lage des Unternehmens *wesentlich* sind [Herv. d. Verf.], umfassend behandeln.“

dd) Situationen der intensivierten Überwachung

Die erforderliche Kontrolldichte und Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats hängt von der Finanz- und Ertragslage des Unternehmens ab. Krisensignale verpflichten ihn zu einer erhöhten Überwachungsintensität,³⁴ z. B. auch durch häufigere Sitzungen.

Erhält der Aufsichtsrat beispielsweise von dritter Seite Hinweise auf Unregelmäßigkeiten oder mögliche Verstöße gegen Rechtsvorschriften, muss er diesen nachgehen. Es reicht hierbei nicht aus, bei der Geschäftsleitung nachzufragen.³⁵ Er muss sich vielmehr ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft verschaffen und die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen.³⁶ Unter anderem soll der Aufsichtsrat in diesem Fall von den Einsichts- und Prüfungsrechten gem. § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG

³¹ Zum Streit über dieses Informationsrechts als ultima ratio oder als gleichrangig mit dem Auskunftsverlangen gegenüber dem Vorstand siehe *Drygala*, in: K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG – Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 111 Rn. 33; *Banspach/Nowak*, aaO. (Fn. 2), 203.

³² OLG Stuttgart, Beschl. vom 19. Juni 2012, 20 W 1/12, juris, Rn. 76 m.w.N.

³³ OLG Stuttgart, Beschl. vom 19. Juni 2012, 20 W 1/12, juris, Rn. 76 m.w.N.

³⁴ *Drygala*, aaO. (Fn. 31), § 111 Rn. 33.

³⁵ LG Bielefeld, Urt. vom 16. Nov. 1999, 15 O 91/98, juris, Orientierungssatz 1.

³⁶ BGH, Urt. vom 16. März 2009, II ZR 280/07, juris, Rn. 15.

(i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG) Gebrauch machen.

3. Besondere Aufgaben (noch Frage 1)

a) Die Prüfung des Jahresabschlusses

aa) Gesellschaftsrechtliche Vorgaben

Ein wichtiger, ausdrücklich vom Gesetz vorgesehener Bestandteil der Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats ist die Prüfung³⁷ des von der Geschäftsführung aufgestellten Jahresabschlusses (und ggf. Lagebericht) gem. § 171 AktG i. V. m. § 42a Abs. 1 Satz 3, § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG.

Der von § 242 Handelsgesetzbuch³⁸ (HGB) vorgeschriebene Jahresabschluss besteht aus einer Bilanz und einer Gewinn- und Verlustrechnung. Der Jahresabschluss einer Kapitalgesellschaft muss zusätzlich einen Anhang enthalten, der die angewendeten Rechenmethoden erläutert und weitere Informationen liefert (§ 264 Abs. 1 Satz 1, §§ 284-288 HGB). Handelt es sich bei der Kapitalgesellschaft entsprechend der Größenklassifizierung des § 267 HGB mindestens um eine mittelgroße Kapitalgesellschaft, gehört zum Jahresabschluss außerdem ein Lagebericht. Hinzuweisen ist noch darauf, dass für die Unternehmen mit Landesbeteiligung nach § 65 Abs. 1 Nr. 4 LHO eine Jahresabschlussprüfung entsprechend den Bestimmungen für große Kapitalgesellschaften angestrebt werden soll (sie verlangen insbesondere die Qualifikation des Abschlussprüfers als Wirtschaftsprüfer, § 319 Abs. 1 Satz HGB).³⁹

Kann das Unternehmen (Mutterunternehmen) auf ein oder mehrere andere Unternehmen (Tochterunternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben, ist zusätzlich ein Konzernabschluss mit einem Konzernlagebericht aufzustellen (§ 290 Abs. 1, §§ 297 ff. HGB).

³⁷ § 171 Abs. 1 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG.

³⁸ Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219), zul. geänd. durch Gesetz vom 28. Aug. 2013 (BGBl. I S. 3395).

³⁹ Vgl. zur entsprechenden Gestaltung der Satzung die Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen, aaO. (Fn. 22), Tz. 16.

Wie die Prüfung dieser Unterlagen durch den Aufsichtsrat zu erfolgen hat, wird im Gesetz nicht näher beschrieben. Dies muss deshalb aus der Funktion des Aufsichtsrats als Überwachungsorgan abgeleitet werden.⁴⁰ Unter Prüfung ist eine Analyse und ein Vergleich zum Vorjahr mit einer entsprechenden Stellungnahme gegenüber den Gesellschaftern zu verstehen, bevor diese den Jahresabschluss in der Gesellschafterversammlung feststellen (§ 42a Abs. 1 Satz 3 GmbHG). Jedoch kann vom Aufsichtsrat keine „Tiefenprüfung“ vergleichbar der Prüfung durch einen Wirtschaftsprüfer verlangt werden. Der Aufsichtsrat soll sich vor allen Dingen mit den „neuralgischen“ Punkten der Bilanz (Liquidität, Risikoentwicklung) beschäftigen.⁴¹

Soweit für mittelgroße und große Kapitalgesellschaften die Prüfung durch einen Abschlussprüfer gesetzlich vorgesehen ist (§ 316 HGB),⁴² muss dieser seinen schriftlichen Bericht den Aufsichtsratsmitgliedern übermitteln (§ 170 Abs. 3 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG). Der Aufsichtsrat darf ihn zur Grundlage seiner eigenen Prüfung machen.⁴³ Überdies hat der Abschlussprüfer an den Verhandlungen des Aufsichtsrats über die genannten Unterlagen teilzunehmen und über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung mündlich zu berichten (§ 171 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG). Die Prüfung durch den Abschlussprüfer erstreckt sich darauf, ob die gesetzlichen Vorschriften und die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung eingehalten worden sind (§ 317 Abs. 1 Satz 2 HGB). Die Diskussion mit dem Abschlussprüfer bietet dem Aufsichtsrat die Gelegenheit, kritische Punkte des Abschlusses zu hinterfragen.⁴⁴

Der Aufsichtsrat hat über das Ergebnis seiner Prüfung der Gesellschafterversammlung schriftlich zu berichten (§ 171 Abs. 2 Satz 1 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG). Liegt der Bericht eines Abschlussprüfers vor, muss der Aufsichtsrat auch zu diesem Bericht Stellung nehmen (§ 171 Abs. 2 Satz 3

⁴⁰ Hans-Böckler-Stiftung (Hrsg.), Arbeitshilfe für Aufsichtsräte Nr. 17/Prüfung von Jahresabschluss und Konzernabschluss im Aufsichtsrat (Bearb. Müller; im Folgen „Arbeitshilfe“), Stand Januar 2010, S. 7.

⁴¹ In diesem Sinne Lutter, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 84.

⁴² Der Abschlussprüfer wird von den Gesellschaftern gewählt (§ 318 HGB) und vom Aufsichtsrat bestellt (§ 111 Abs. 2 Satz 3 AktG).

⁴³ Arbeitshilfe, aaO. (Fn. 40), S. 7.

⁴⁴ Arbeitshilfe, aaO. (Fn. 40), S. 7.

AktG). Gleichzeitig hat er Rechenschaft über seine eigene Tätigkeit und Pflichterfüllung abzulegen (§ 171 Abs. 2 Satz 2 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG). Am Ende seines Berichts hat er zu erklären, ob er den von der Geschäftsführung aufgestellten Jahresabschluss billigt (§ 171 Abs. 2 Satz 4 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG). Die eigentliche „Feststellung“ des Jahresabschlusses einer GmbH obliegt anschließend der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 1 GmbHG).

bb) Erweiterung der Abschlussprüfung nach § 53 HGrG für öffentliche Unternehmen

§ 53 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG)⁴⁵ räumt dem Land – als mehrheitlichem Anteilseigner oder ggf. mit anderen Gebietskörperschaften als Anteilseignerinnen – Prüfungsrechte ein, die über die Vorschriften des HGB hinausgehen. Hiernach kann vom Abschlussprüfer nicht nur die Prüfung der Gesetzmäßigkeit, sondern auch der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung verlangt werden. Ferner kann eine Darstellung der Vermögens- und Ertragslage sowie der Liquidität und Rentabilität gefordert werden, ebenso wie die Berichterstattung über verlustbringende Geschäfte und deren Ursachen sowie über die Ursachen eines Jahresfehlbetrags. Der Aufsichtsrat muss dem Abschlussprüfer einen insoweit erweiterten Prüfauftrag erteilen. Diese erweiterte Berichterstattung dient wiederum dem Aufsichtsrat zu seiner Meinungsbildung.⁴⁶

cc) Ergänzungen des CGKBbg zum Prüfungsumfang

Über diese vom Gesellschaftsrecht vorgegebenen Prüfungsaufgaben des Aufsichtsrats hinaus formuliert der CGKBbg – neben anderen Konkretisierungen zu Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats – einige besondere Anforderungen:

In Abschnitt 8.1.2. Satz 2 wird hervorgehoben, dass vom Aufsichtsrat auch geprüft werden muss, ob die Ausübung der Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte sowie die Entscheidung der Geschäftsführung über Einstellungen in die und Entnahmen aus der Rücklage zweckmäßig und angemessen sind. Soweit ein Unternehmen Zuwendungen aus öf-

⁴⁵ Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273), zul. geänd. durch Gesetz vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2398).

⁴⁶ *Banspach/Nowak*, aaO. (Fn. 2), 204; vgl. auch Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen, aaO. (Fn. 22), Anlage 3

fentlichen Mitteln erhält und hierüber ein Prüfbericht erstellt wird, soll der Aufsichtsrat auch den Inhalt dieses Berichtes in seine Beurteilung einbeziehen (Abschnitt 8.1.4 CGKBbg).

Die Aufsichtsratsmitglieder sollen zudem darauf hinwirken, dass der Abschlussprüfer auch damit beauftragt wird, über die Bezüge der Geschäftsführer, der leitenden Angestellten sowie über die den Mitgliedern des Aufsichtsrats gewährte Vergütung zu berichten. Denn dies ist nicht ohne Weiteres Bestandteil der Prüfberichterstattung gem. § 53 HGrG (Abschnitt 8.2.2 CGKBbg).⁴⁷

b) Personalentscheidung

Dem obligatorischen Aufsichtsrat nach dem MitbestG ist als besondere Aufgabe zugewiesen, die Geschäftsführung zu bestellen (§ 31 MitbestG i. V. m. § 84 AktG). Für den fakultativen Aufsichtsrat und den auf der Grundlage des DrittelbG bestellten Aufsichtsrat besteht diese Aufgabe nur, soweit sie ihm durch die Satzung zugewiesen ist. In Abschnitt 5.1.9 CGKBbg ist allerdings für die landeseigenen Unternehmen vorgesehen, dass dem Aufsichtsrat diese Kompetenz durch die Satzung zugewiesen sein muss.

4. Instrumente der Einflussnahme (noch Frage 1)

Der Aufsichtsrat der GmbH ist ein Überwachungsorgan: Er kann grundsätzlich nicht in die operative Geschäftsführung eingreifen und hat deshalb nur ausgewählte Möglichkeiten, auf die Geschäftsführung einzuwirken.⁴⁸

a) Beratung der Geschäftsführung

Wie schon oben zu Punkt II. 2. a ausgeführt, soll der Aufsichtsrat nicht nur nachträglich kontrollieren, sondern auch begleitend beraten. Die Geschäftsführung ist mithin verpflichtet, „sich beraten zu lassen“, also z. B. dem Aufsichtsrat in einer Art und Weise gegenüberzutreten, die Kritik und Anregungen zulässt. Der CGKBbg umschreibt dies in Abschnitt 3.1. mit der Formulierung „Geschäftsführung und Aufsichtsrat arbeiten zum Wohle des Unternehmens eng zusammen“. Freilich hat die Geschäftsführung als Leitungsorgan ein

⁴⁷ Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen, aaO. (Fn. 22), Anlage 3.

⁴⁸ PublicGovernance, Frühjahr 2006, aaO. (Fn. 1), S. 11.

eigenes unternehmerisches Ermessen und ist nicht verpflichtet, die Vorstellungen des Aufsichtsrats umzusetzen.⁴⁹

b) Zustimmungsvorbehalte

Wichtigstes Mitspracheinstrument des Aufsichtsrats dürften die in der Satzung bestimmten oder vom Aufsichtsrat selbst (z. B. im Rahmen einer Geschäftsanweisung) festzulegenden Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Arten von Geschäften sein (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG).⁵⁰ Sie sind das Instrument vorbeugender Kontrolle, um Maßnahmen der Geschäftsleitung, die möglicherweise nicht mehr rückgängig gemacht werden können, von vornherein zu unterbinden. Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats dürfen grundsätzlich nur für bestimmte Arten von Geschäften, nicht etwa für die Geschäftspolitik oder die Unternehmensplanung als Ganzes aufgestellt werden.⁵¹ Im Übrigen entscheidet der Aufsichtsrat nach pflichtgemäßem Ermessen, welche Maßnahmen er unter Zustimmungsvorbehalt stellt.⁵² Als Anknüpfungspunkte für eine solche Festlegung nennt der CGKBBg in Abschnitt 3.4 Größe oder Gegenstand des Geschäfts oder das damit verbundene, wirtschaftliche Risiko. Als weiteres Kriterium werden Wertgrenzen genannt.⁵³ Ein Zustimmungsvorbehalt kann auch, soweit nicht durch die Satzung ausgeschlossen, ad hoc vom Aufsichtsrat beschlossen werden, falls er dies nach seinem Ermessen für angebracht hält.⁵⁴ Dieses Ermessen kann sich zur Pflicht verdichten, wenn beispielsweise ein rechtswidriges Handeln der Geschäftsleitung nicht anders unterbunden werden kann.⁵⁵ Die Zustimmungsverweigerung kann aber durch Beschluss der Gesellschafterversammlung überwunden werden.⁵⁶

⁴⁹ Siehe hierzu auch PublicGovernance, Frühjahr 2006, aaO. (Fn. 1), S. 13.

⁵⁰ „Direktes Einwirkungsrecht“, *Banspach/Nowak*, aaO. (Fn. 2), 203

⁵¹ *Lutter*, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 15.

⁵² *Zöllner/Noack*, aaO. (Fn. 5), § 52 Rn. 123.

⁵³ Gesellschaftsrechtlich gesehen kann die Satzung diese Befugnisse des fakultativen Aufsichtsrats zwar beliebig einschränken oder erweitern. Die Formulierung des Abschnittes 3.4 CGKBBg dürfte aber so zu verstehen sein, dass der Gesellschaftsvertrag einen möglichst dem Unternehmensgegenstand angepassten Katalog von Zustimmungsvorbehalten enthalten soll.

⁵⁴ *Lutter*, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 15.

⁵⁵ Vgl. BGH, Urt. vom 11. Dez. 2006, II ZR 243/05, juris, Rn. 9.

⁵⁶ *Zöllner/Noack*, aaO. (Fn. 5), § 52 Rn. 124, dort auch zur Frage der hierfür erforderlichen Mehrheit.

c) Bericht an die Gesellschafterversammlung

Ein wesentlicher Bestandteil der Aufsichtsratsarbeit besteht in der jährlichen schriftlichen Berichterstattung an die Gesellschafterversammlung über den von der Geschäftsführung vorgelegten Jahresabschluss. Die dem Aufsichtsrat aufgebene Rechtmäßigkeits- und Ordnungsmäßigkeitsprüfung überschneidet sich insofern mit der des Abschlussprüfers (§ 317 Abs. 1 Satz 2 HGB, § 53 HGrG).⁵⁷ Die Prüfung durch den Abschlussprüfer soll die unvermeidlichen Befähigungsdefizite des Aufsichtsrats auf dem Gebiet des Bilanzwesens kompensieren.⁵⁸ Indes erstreckt sich die Prüfungs- und Berichtspflicht des Aufsichtsrats zusätzlich auf Zweckmäßigkeitsfragen. Zweckmäßigkeitserwägungen müssen sich am Unternehmensinteresse ausrichten, für das der Bestand des Unternehmens und seine dauerhafte Rentabilität, nicht hingegen kurzfristige Gewinnerwartungen der Maßstab sind.⁵⁹ Zugleich muss der Aufsichtsrat über die laufende Überwachung der Geschäftsleitung im Übrigen berichten und auf die von ihm durchgeführten Überwachungsmaßnahmen eingehen.⁶⁰ Es ergibt sich somit für den Aufsichtsrat an dieser Stelle die Gelegenheit und je nach den Umständen die Pflicht, auf seiner Ansicht nach bestehende Risiken und Problemlagen für das Unternehmen hinzuweisen.

d) Einberufung der Gesellschafterversammlung

Dem obligatorischen Aufsichtsrat steht in entsprechender Anwendung des § 111 Abs. 3 Satz 1 AktG i. V. m. § 49 Abs. 2 GmbHG ebenso wie der Geschäftsleitung das Recht zu, die Gesellschafterversammlung auch außerhalb der durch Gesetz (z. B. § 49 Abs. 3 GmbHG) oder Satzung bestimmten Fälle einzuberufen, wenn es das „Wohl der Gesellschaft erfordert“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG). Für den fakultativen Aufsichtsrat kann die Satzung dieses Recht an sich zwar ausschließen oder von weiteren Bedingungen abhängig machen. Abschnitt 5.1.5 CGKBbg weist jedoch diese Kompetenz auch den fakultativen Aufsichtsräten landeseigener GmbHs ohne Einschränkungen zu. Das Einberufungsrecht umfasst nicht nur die Einberufung als solche, sondern auch die

⁵⁷ Zur Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses durch einen Abschlussprüfer siehe bereits oben Punkt II.3.a.

⁵⁸ Hüffer, Aktiengesetz, 10. Aufl. 2012, § 171 Rn. 5.

⁵⁹ Hüffer, aaO. (Fn. 58), § 171 Rn. 6.

⁶⁰ Vetter, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2011, § 171 AktG Rn. 10.

Befugnis zur Einleitung eines Abstimmungsverfahrens.⁶¹ Auf diese Weise kann der Aufsichtsrat auf eine Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsleitung hinwirken.

Eine Situation, in der eine Einberufung erforderlich wird, liegt dann vor, wenn der Gesellschaft ohne die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung erhebliche Nachteile drohen, mithin die Angelegenheit einer mündlichen Berichterstattung durch die Geschäftsleitung oder eines Meinungs austausches der Gesellschafter untereinander bedarf⁶² (z. B. Insolvenz eines wichtigen Geschäftspartners, Fall der Industriespionage⁶³ oder sonstige Sachverhalte, die die Fortführung der Unternehmenstätigkeit in Frage stellen⁶⁴) und eine Beschlussfassung der Gesellschafter im schriftlichen Verfahren der Angelegenheit nicht gerecht werden würde.⁶⁵

e) Abberufung der Geschäftsleitung

Wie schon oben ausgeführt (Punkt II 3.b), gehört bei den landeseigenen GmbHs die Bestellung und Abberufung des/der Geschäftsführer(s) zu den Kompetenzen des Aufsichtsrats. Soweit ein Schaden für die Gesellschaft nicht anders abgewendet werden kann, kann der Aufsichtsrat verpflichtet sein, zu diesem Mittel zu greifen.⁶⁶ Der eigentlichen Abberufung werden als „mildere“ Mittel vielfach die Ermahnung und die Abmahnung des Geschäftsführers vorausgehen.

5. Befugnisse und Aufgaben des Aufsichtsrats im Fall der (wiederholten) Verfehlung von Unternehmenszielen (Frage 2)

Verfehlt ein Unternehmen in der Rechtsform der GmbH, die einen Aufsichtsrat bestellt hat, das von ihm selbst oder durch seine Gesellschafter gesteckte Unternehmensziel, ist es Aufgabe des Aufsichtsrats, (1) sich über die Gründe hierfür mit den oben dargestellten Mitteln zu informieren (Berichterstattung durch die Geschäftsleitung und ggf. Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen). Je nach den vom Aufsichtsrat ermittelten Ursachen kann

⁶¹ *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbH-Gesetz – Kommentar, 17. Aufl. 2009, § 49 Rn. 9.

⁶² *Hillman*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, § 49 GmbHG Rn. 9.

⁶³ Beispiele bei *Bayer*, aaO. (Fn. 61), Rn. 13.

⁶⁴ *Banspach/Nowak*, aaO. (Fn. 2), 204 f.

⁶⁵ *Hillmann*, aaO. (Fn. 62), § 49 GmbHG Rn. 8.

⁶⁶ BGH, Urt. vom 11. Dez. 2006, II ZR 243/05, juris, Rn. 11.

dann der Aufsichtsrat (2) mit seinen oben dargestellten Instrumenten Einfluss nehmen.⁶⁷ Welche Maßnahmen er ergreift, ist bis zu einem gewissen Umfang in sein Ermessen gestellt. Er muss mit Blick auf das Unternehmensinteresse umso stärker versuchen, seinen Einfluss geltend zu machen, desto mehr die Gesetz- und Rechtmäßigkeit des Unternehmenshandelns im Zweifel steht.⁶⁸ Erkennt der Aufsichtsrat Missstände in der Geschäftsführung bei einem Geschäftsführer (Pflichtenverstoß), muss er einschreiten (Ermahnung, Abmahnung, Abberufung, Geltendmachung von Ersatzansprüchen).

Das Gesellschaftsrecht als Unternehmensprivatrecht nimmt unter dem Stichwort Unternehmensinteresse allerdings vordringlich die Bewahrung des Gesellschaftervermögens bzw. des Firmenkapitals, also den nachhaltigen wirtschaftlichen Unternehmenserfolg in den Fokus. Entsprechend sind auch die Rechte des Aufsichtsrats ausgestaltet (insbesondere die Aufgaben im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss).

Bei der GmbH im Eigentum der öffentlichen Hand ist der wirtschaftliche Unternehmenserfolg jedoch nur Mittel, um einen politisch formulierten öffentlichen Zweck zu erreichen („wichtiges Landesinteresse“ gem. § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO). Der wirtschaftliche Erfolg ist mithin nicht „alles“. Die Zielsetzungen eines öffentlichen Unternehmens sind vielfach mehrdimensional und stehen zum Teil auch im Spannungsverhältnis zueinander.⁶⁹ Der Aufsichtsrat als Organ des Unternehmens kann insofern nur die Einhaltung des von den Gesellschaftern vorgegebenen Satzungszwecks und des daraus abgeleitete Unternehmenskonzepts (Abschnitt IV. I. [Unternehmensgegenstand] und III. [Unternehmenskonzept] CGKBbg) überwachen, jedoch nicht selbst übergeordnete Gesichtspunkte und Leitlinien für die Ausrichtung des Unternehmens formulieren. Dies kommt vielmehr dem Land als Anteilseigner zu. Speziell die Beteiligungsverwaltung des Landes hat aus dieser Perspektive die Aufgabe, dieses Interesse fachlich und wirtschaftlich zu konkretisieren (so genanntes Zielbild für das Unternehmen, siehe Abschnitt IV. 3. II CGKBbg).

Als Gesellschafter der GmbH hat das Land wiederum einerseits über die Gesellschafterversammlung als oberstem Organ der Gesellschaft umfassende Einflussrechte auf „seine“

⁶⁷ Siehe auch die Aufzählung bei *Lutter*, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 19.

⁶⁸ Zur Angemessenheit der Überwachungsmaßnahmen siehe auch *Zöllner/Noack*, aaO. (Fn. 5), § 52 Rn. 243.

⁶⁹ PublicGovernance Winter 2007, Die Qualifikation von Aufsichtsräten in öffentlichen Unternehmen, S. 8.

Gesellschaft und kann andererseits über die Besetzung und Beratung des Aufsichtsrats und mit Hilfe von Zielvereinbarungen mit der Geschäftsleitung das Unternehmen steuern. Die „Letztverantwortung“ für das jeweilige öffentliche Unternehmen in der Rechtsform der GmbH liegt somit bei der Landesregierung, dort beim zuständigen Fachressort, nicht beim Aufsichtsrat.

6. Rechte und Pflichten des Vorsitzenden des Aufsichtsrats einer GmbH (Frage 3)

Die innere Ordnung des fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH, zu der auch die Bestellung sowie die Aufgaben und Befugnisse des Vorsitzenden des Aufsichtsrats gehören, unterliegt weitgehend der Gestaltungshoheit der jeweiligen Satzung. Enthält diese keine Regelung, sind §§ 107– 109 AktG, obwohl in § 52 Abs. 1 GmbH nicht ausdrücklich genannt, für den fakultativen Aufsichtsrat entsprechend anwendbar. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG verweist ausdrücklich auf diese Bestimmungen, so dass für den obligatorischen Aufsichtsrat gemäß dieser Bestimmung zwingend ein Vorsitzender (aus der Mitte des Aufsichtsrats) gewählt werden muss.⁷⁰ Den nach dem MitbestG gebildeten obligatorischen Aufsichtsräten schreibt § 27 MitbestG die Wahl eines Vorsitzenden nach bestimmten Modalitäten vor.⁷¹ Nur im obligatorischen Aufsichtsrat gem. MitbestG hat der Vorsitzende im Falle der Stimmengleichheit bei einer Abstimmung den Stichentscheid (§ 29 Abs. 2 MitbestG).

Der Aufsichtsratsvorsitzende muss entsprechend § 107 Abs. 1 Satz 1 AktG mindestens einen Stellvertreter haben. Die Satzung kann eine größere Zahl der Stellvertreter und auch die Reihenfolge der Stellvertretung festlegen. Der Vertretungsfall ist gem. § 107 Abs. 1 Satz 3 AktG dann gegeben, wenn der Vorsitzende verhindert ist. Tritt der Vertretungsfall ein, hat der Stellvertreter, solange die Verhinderung andauert, alle Rechte und Pflichten.⁷²

Eine zusammenfassende gesetzliche Regelung der Aufgaben und Befugnissen des Aufsichtsratsvorsitzenden einer GmbH fehlt. Ihm obliegen insofern nach wohl allgemeiner Auffassung⁷³ all jene Aufgaben, die der Vorsitzende eines Kollegiums üblicherweise wahr-

⁷⁰ Zöllner/Noack, aaO. (Fn. 5), § 52 Rn. 216.

⁷¹ Lutter, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 27.

⁷² Siehe hierzu Hüffer, aaO. (Fn. 58), § 107 Rn. 7.

⁷³ Vgl. dafür Hüffer, aaO. (Fn. 58), zum Vorsitzenden des AG-Aufsichtsrats § 107 Rn. 5.

nimmt. So beruft er die Sitzungen ein, bereitet sie vor und leitet sie.⁷⁴ Der Vorsitzende ist zudem Repräsentant des Aufsichtsrats gegenüber der Geschäftsleitung und damit ihr ständiger Ansprechpartner. Der Vorsitzende soll den Aufsichtsrat unterrichten und erforderlichenfalls eine außerordentliche Sitzung einberufen. Abschnitt 5.2 CGKBbg fasst diesen Aufgabenkreis entsprechend für die landeseigenen GmbHs zusammen.

Über die genannten Aufgaben hinausgehende, besondere Kompetenzen und Befugnisse hat der Vorsitzende nach diesen Maßgaben nicht. Gemäß Abschnitt 5.2 CGKBbg dürfen ihm durch die Satzung keine Alleinentscheidungsrechte zugewiesen werden.

7. Spezifischer Sachverstand als Bedingung für die Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats (Frage 4)

a) Die „notwendigen“ Kenntnisse als allgemeine Anforderung

Es dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats über die notwendigen Kenntnisse verfügen sollten, um sich insgesamt mit den Sachfragen, die ein Aufsichtsrat zu behandeln hat, fundiert auseinandersetzen zu können.⁷⁵ Jedes Aufsichtsratsmitglied sollte mindestens in einem Sachgebiet vertiefte Kenntnisse vorweisen, so dass sämtliche Aufgabenfelder mit der notwendigen Expertise bearbeitet werden können. Das in § 100 Abs. 5 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG niedergelegte Gebot der persönlichen Amtsführung setzt dies im Grunde voraus.⁷⁶ Zu den erforderlichen Kenntnissen dürften neben Branchenkenntnis und kaufmännischem Sachverstand heutzutage z. B. auch IT-Kenntnisse⁷⁷ gehören. Ausdrücklich und spezifisch in Bezug auf die Rechnungslegung ist dies aber nur für bestimmte Unternehmenstypen gesetzlich festgehalten.

⁷⁴ Zöllner/Noack, aaO. (Fn.5), § 52 Rn. 85.

⁷⁵ Allgemein dazu PublicGovernance Winter 2007, Schwerpunktthema „Die Qualifikation von Aufsichtsräten in öffentlichen Unternehmen“, S. 6 ff.

⁷⁶ Siehe dazu BGH, Urt. vom 15. Nov. 1982, II ZR 27/82, juris, Rn. 10.

⁷⁷ Siehe hierzu Süddeutsche Zeitung vom 23. Aug. 2013, Die Kontrolleure sind offline – Deutsche Unternehmen achten bei Aufsichtsräten zu wenig auf IT-Kenntnisse.

b) Gesellschaftsrechtliche Sonderregelungen

Für sogenannte kapitalmarktorientierte Gesellschaften⁷⁸ gem. § 264d HGB schreibt § 100 Abs. 5 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG vor, dass mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen muss. Keine der GmbHs, bei denen das Land Anteilseigner ist, ist jedoch in diesem Sinne kapitalmarktorientiert. Infolgedessen gibt es auch für § 107 Abs. 4 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG keinen konkreten Anwendungsfall in Brandenburg. Diese Vorschrift verlangt für mindestens ein Mitglied des sogenannten Prüfungsausschusses (§§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG) die gerade genannten fachlichen Qualifikationen, *falls* die kapitalmarktorientierte Gesellschaft sich zur Einrichtung eines solchen Ausschusses entschlossen hat.

Strengere Regeln gelten in dieser Beziehung nur für die Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglieder in der Kreditwirtschaft und in der Versicherungswirtschaft. Die erforderliche Sachkunde ist hier Voraussetzung für die Ausübung eines Mandats.⁷⁹ Liegt sie nicht vor, kann die Aufsichtsbehörde (Bundesanstalt für die Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin) die Abberufung verlangen.⁸⁰ Es mag sich, ausgehend von diesen unter Risikogesichtspunkten besonders „heiklen“ Branchen, ein Trend zur gesetzlichen „Professionalisierung“ des Aufsichtsrats abzeichnen. Für Brandenburg gibt es für diese Spezialvorschriften jedoch konkret keine Anwendungsfälle.

Soweit die einzelne GmbH nicht den Bestimmungen des DrittelbG oder des MitbestG unterliegt, kann die Satzung im Übrigen persönliche Anforderungen wie eine bestimmte Ausbildung oder Geschäftserfahrung zur allgemeinen Bedingung einer Mitgliedschaft im Auf-

⁷⁸ Darunter fallen nicht nur börsennotierte Unternehmen (z. B. Aktiengesellschaften), sondern beispielsweise auch eine GmbH, deren Schuldverschreibungen (Unternehmensanleihen) an der Börse gehandelt werden, *Lutter*, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 108.

⁷⁹ Siehe hierzu beispielsweise für die Kreditwirtschaft § 25d Abs. 1 (einzelnes Mitglied) und Abs. 2 (Gremium insgesamt) Kreditwesengesetz (KWG) i. d. F. der Bek. vom 9. Sept. 1998 (BGBl. I S. 2776), zul. geänd. durch Gesetz vom 28. Aug. 2013 (BGBl. I S. 3395). Neben Sachkundeforderungen stellt § 18 Abs. 4 Kapitalanlagegesetzbuch (vom 4. Juli 2013 [BGBl. I S. 1981], zul. geänd. durch Gesetz vom 28. August 2013 [BGBl. I S. 3395]) auch spezielle charakterlichen Anforderungen an die Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbHG: „Die Mitglieder des Aufsichtsrats oder eines Beirats sollen ihrer Persönlichkeit und ihrer Sachkunde nach die Wahrung der Interessen der Anleger gewährleisten.“

⁸⁰ § 36 Abs. 3 KWG.

sichtsrat machen.⁸¹ Beim obligatorischen, mitbestimmten Aufsichtsrat gilt dies nur für die Mandate der Anteilseigner.⁸²

c) Sachkundeforderungen des CGKBbg

Gemäß Abschnitt 5.4.1 CGKBbg „ist der Aufsichtsrat so zusammenzusetzen, dass seine Mitglieder über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen [...]“. Spezifische Anforderungen zur Rechnungslegung, die über das unter a) bereits Beschriebene hinausgehen, stellt der CGKBbg insofern nicht auf. Dennoch ergeben sich einige Besonderheiten:

Die Pflicht zur Besetzung des Aufsichtsrats mit Personen, die die „erforderlichen“ fachlichen Fähigkeiten besitzen, muss das Land konkret bei der Wahrnehmung der Besetzungs- bzw. Vorschlagsrechte für die ihm zustehenden Sitze im Aufsichtsrat umsetzen. In Bezug auf die geforderte Sachkunde ist festzuhalten, dass das Vorschlagsrecht für das jeweilige zweite Mandat immer beim Ministerium der Finanzen liegt (Abschnitt VII.1). Indirekt ist dadurch sichergestellt, dass (zumindest) eine mit Bilanzierung und Rechnungswesen vertraute Person in den Aufsichtsrat der jeweiligen landeseigenen GmbH gelangt. Zudem müssen alle jeweils vorschlagsberechtigten Ressorts unter anderem die (fachliche) Befähigung des zur Wahl oder zur Entsendung Vorgeschlagenen „prüfen“ (Abschnitt VII. 6. Satz 1). Bestimmungen zu dieser Prüfung, z. B. besondere Nachweispflichten, sind dem CGKBbg indes nicht zu entnehmen. Soweit das Land seine eigenen öffentlich Bediensteten in einen Aufsichtsrat entsendet, dürften sich die erforderlichen Kenntnisse aus der Personalakte des Entsandten/des Vorgeschlagenen ergeben. Sollen Personen entsandt oder vorgeschlagen werden, die nicht dem öffentlichen Dienst angehören, kann auch (und gerade) eine entsprechende Vortätigkeit in der Wirtschaft in verantwortlicher Position die erforderliche Sachkunde begründen.⁸³

⁸¹ Lutter, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 11.

⁸² Lutter, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 46.

⁸³ Siehe dazu sogleich noch den Hinweis unter Fn. 89.

d) Sonderregeln für die Mitgliedschaft in einem Bilanz- oder Finanzausschuss? (Frage 5)

Der Aufsichtsrat einer GmbH hat gesellschaftsrechtlich die Möglichkeit, aus seiner Mitte einen oder mehrere Ausschüsse zu bestellen (vgl. § 107 Abs. 3 AktG), die die Aufsichtsratsbeschlüsse vorbereiten.⁸⁴ Die Satzung einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat kann die Bildung von Ausschüssen jedoch auch entweder ausdrücklich vorschreiben oder ausdrücklich verbieten.⁸⁵ Bei den obligatorischen Aufsichtsräten nach DrittelbG und MitbestG entscheidet der Aufsichtsrat autonom, ob er Ausschüsse einsetzt.⁸⁶ Besonders hervorgehoben wird vom AktG der sogenannte Prüfungsausschuss (audit committee) für die Rechnungslegung, die Risikokontrolle und Abschlussprüfung (§ 107 Abs. 3 Satz 3 AktG), dessen Bildung allerdings weder für die GmbH noch für die Aktiengesellschaft zwingend vorgeschrieben ist. Nur in sog. kapitalmarktorientierten GmbHs ist gem. § 107 Abs. 4 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG sowohl für den fakultativen als auch für den obligatorischen Aufsichtsrat vorgeschrieben, dass mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses die Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG (Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung) erfüllen muss, falls ein solcher Ausschuss gebildet wird.⁸⁷ Auch diese Regelung ist in Brandenburg jedoch ohne einschlägigen Anwendungsfall.

Laut CGKBBg „kann“ der jeweilige Aufsichtsrat fachlich qualifizierte Ausschüsse in diesem Sinne bilden, muss es jedoch nicht (Abschnitt 5.3.1). Der jeweilige Aufsichtsrat „soll“ indes zumindest einen Prüfungsausschuss einrichten (Abschnitt 5.3.2).⁸⁸ Eine bestimmte fachli-

⁸⁴ Zöllner/Noack, aaO. (Fn. 5), § 52 Rn. 99 zu den rein beratenden Ausschüssen.

⁸⁵ Lutter, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 28.

⁸⁶ Lutter, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 58; einzige Ausnahme: In der mitbestimmten GmbH gem. MitbestG ist ein Ausschuss zur Wahrnehmung der in § 27 Abs. 3, § 31 Abs. 3 Satz 1 MitBestG bezeichneten Aufgaben zu bilden.

⁸⁷ Auch hier gelten wiederum strengere Regelungen für die Kreditwirtschaft (siehe zu den Pflichtausschüssen des Aufsichtsrats eines Unternehmens, das dem KWG unterfällt, und den Anforderungen an den jeweiligen Vorsitzenden eines solchen Ausschusses, § 25d Abs. 7-12 KWG).

⁸⁸ Beispiel für eine GmbH mit Landesbeteiligung, die Ausschüsse (unter anderem einen Prüfungsausschuss) eingerichtet hat:

„Der Aufsichtsrat der Flughafen Berlin Brandenburg GmbH hat einen Präsidialausschuss, einen Finanz- und Prüfungsausschuss und einen Projektausschuss BBI gebildet“ (Corporate Governance – Bericht der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 2011, abrufbar unter <http://www.berlin-airport.de/de/unternehmen/ueber-uns/unternehmensorganisation/corporate-governance/index.php>).

che Qualifikation eines Mitglieds, aller Mitglieder oder auch des Vorsitzenden über die Empfehlung des Abschnitt 5.3.1 hinaus wird nicht ausdrücklich nahegelegt.⁸⁹

e) Fortbildung (Frage 6)

In Wissenschaft und Praxis wird die Fortbildung von Aufsichtsratsmitgliedern mittlerweile wohl für unverzichtbar gehalten. Gesellschaftsrechtlich wird dies für das Mitglied eines Aufsichtsrats zwar derzeit nur im Bereich der Kreditwirtschaft ausdrücklich normiert.⁹⁰ Jedoch müssen sich bereits allgemein die Aufsichtsratsmitglieder in ihrem Handeln an der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers und Prüfers messen lassen (§ 116 Satz 1, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG).⁹¹ Aus dieser Anforderung lässt sich unter anderem eine Pflicht zur Fortbildung ableiten. In Abschnitt 5.4.2 CGKBBg wird festgehalten, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats die für ihre Aufgaben erforderlichen Aus- und Fortbil-

Die Brandenburg LOTTO GmbH ist ein Beispiel für eine landeseigene GmbH, deren Aufsichtsrat keine Ausschüsse eingerichtet hat:

„Der Aufsichtsrat sieht bei seiner derzeitigen Zusammensetzung und Größe davon ab, einen Prüfungsausschuss als auch weitere in Ziffer 5.3.1 des Kodex beschriebene Ausschüsse einzurichten“ (Geschäftsbericht der Land Brandenburg Lotto GmbH 2010, S. 35, abrufbar unter https://www.lotto-brandenburg.de/webapp/opencms/de/lb/Unternehmen/Unternehmen_Unterseiten/Geschaeftsberichte.html).

⁸⁹ Hingewiesen sei an dieser Stelle noch auf die konkretisierenden Ausführungen zum Merkmal „Sachkunde“ im Merkblatt zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG, Geschz. BA 53-FR-1903-2012/0003 (hrsg. v. BaFin), um zu veranschaulichen, was mit „Sachkunde“ verbunden wird:

„Bei kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften im Sinne von § 264d HGB muss gemäß § 100 Abs. 5 AktG mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen. Auch bei anderen Unternehmen muss die Zusammensetzung des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans gewährleisten, dass es seine Kontrollfunktionen wahrnehmen kann.

Verwaltungs- oder Aufsichtsorganmitglieder können sich die erforderliche Sachkunde bereits durch (Vor-)Tätigkeiten in derselben Branche angeeignet haben, zum Beispiel als Mitglied der Geschäftsleitung oder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines vergleichbaren Unternehmens.

Eine (Vor-)Tätigkeit

- in anderen Branchen,
- in der öffentlichen Verwaltung oder
- aufgrund von politischen Mandaten

kann die erforderliche Sachkunde begründen, wenn sie über einen längeren Zeitraum maßgeblich auf wirtschaftliche und rechtliche Fragestellungen ausgerichtet und nicht völlig nachgeordneter Natur war oder ist. [...]"

⁹⁰ Siehe neuerdings § 25d Abs. 4 KWG.

⁹¹ Zöllner/Noack, aaO. (Fn. 5), § 52 Rn. 72.

dungsmaßnahmen eigenverantwortlich wahrnehmen und dabei angemessen von der Gesellschaft unterstützt werden. Es wird jedoch an den Fall, dass das Mitglied dieser Pflicht nicht nachkommen sollte, keine direkte Sanktion geknüpft.⁹² Ebenso fehlen nähere Erläuterungen zu Umfang und Art der empfohlenen Fortbildung. Der CGKBbg weist zugleich anders als § 98 Nr. 4 BbgKomVerf (Mandatsträgerbetreuung durch die kommunale Beteiligungsverwaltung) der Beteiligungsverwaltung nicht ausdrücklich eine aktiv unterstützende Rolle bei der Fortbildung zu.

8. Die sachverständige Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder – Möglichkeiten und Grenzen (Frage 7)

a) Gesellschaftsrecht

§ 111 Abs. 5 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG / § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG / § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitBestG verpflichtet die Mitglieder des Aufsichtsrats zur persönlichen Wahrnehmung ihres Mandats. Die Wahl eines Stellvertreters für den Mandatsinhaber ist nicht vorgesehen. Folglich können die Teilnahme an Sitzungen und die Stimmabgabe zur Beschlussfassung nicht delegiert werden.⁹³ Es ist gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG⁹⁴ aber möglich, „zur Beratung über einzelne Gegenstände“ Sachverständige zur Sitzung hinzuzuziehen. Ein ständiger Berater für den Aufsichtsrat ist damit zugleich ausgeschlossen.⁹⁵

Eine vom Gesellschaftsrecht besonders hervorgehobene Zusammenarbeit mit einem Sachverständigen ist diejenige zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer beim Jahresabschluss (siehe dazu bereits oben unter II.3.a).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Aufsichtsrat einer GmbH nach aktienrechtlichem Vorbild ein Überwachungsgremium ist, das aufgrund der persönlichen Fachkompetenz seiner Mitglieder eigenständig entscheidet.

⁹² Nicht hinreichend (nachqualifizierte) Aufsichtsräte können sich allerdings erhöhten Haftungsgefahren aussetzen, siehe dazu *Weber-Rey/Buckel*, aaO. (Fn. 18), 34 f.

⁹³ Ein abwesendes Aufsichtsratsmitglied einer GmbH kann immerhin (auch ohne ausdrücklichen Verweis auf diese Bestimmung des Aktienrechts in § 52 Abs. 1 GmbHG) in entsprechender Anwendung des § 108 Abs. 3 AktG durch einen Stimmboten an einer Beschlussfassung teilnehmen, *Lutter*, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 29.

⁹⁴ Die Regelung wird als anwendbar angesehen, auch wenn in § 52 Abs. 1 GmbHG (anders als in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG) ein ausdrücklicher Verweis fehlt, *Henssler*, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 36; *Lutter*, aaO. (Fn. 2), § 52 Rn. 66.

⁹⁵ *Henssler*, aaO. (Fn. 2) § 109 AktG Rn. 5.

b) Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen

Unter dem Blickwinkel der Public Corporate Governance sind jedoch zusätzliche Gesichtspunkte von Bedeutung. Wie oben unter II.1.b schon erläutert, ist der Aufsichtsrat im öffentlichen Unternehmen nicht allein das Überwachungsgremium, das der Geschäftsleitung zur Seite gestellt ist, sondern eines der maßgeblichen Instrumente, um dem Land als Anteilseigner einen „angemessenen Einfluss“ auf sein in privatrechtlicher Form organisiertes Unternehmen zu sichern (§ 65 Abs. 1 Nr. 3 LHO).

Aus diesem Grund enthält der CGKBbg in Abschnitt VIII. Regelungen zur Abstimmung einerseits zwischen den vom Land entsandten Mitgliedern untereinander (z. B. Verständigung auf eine einheitliche Auffassung, Abschnitt VIII. Nr. 1.1), andererseits zwischen den entsandten Mitgliedern und den Ressortverantwortlichen/der Beteiligungsverwaltung des zuständigen Ministeriums (siehe z. B. Abschnitt VIII. Nr. 1.3). Zum Beispiel haben die vom Land entsandten Mitglieder umfangreiche Berichtspflichten (siehe Abschnitt VIII. 5).

In der Gesamtschau legt es der CGKBbg nahe, dass sich die vom Land entsandten Mitglieder vor einer Aufsichtsratssitzung umfassend beraten und unterstützen lassen, so wie sie im Gegenzug umfassend über wichtige Vorgänge im Aufsichtsrat zu berichten haben. Solange diese Beratung nicht die Grenze der unzulässigen Weisung an das Aufsichtsratsmitglied überschreitet,⁹⁶ dürfte diese Form der Unterstützung sogar unabdingbar sein, um die haushaltsrechtlich geforderte strategische Steuerung der Aufgabenerfüllung des öffentlichen Unternehmens sicherzustellen.⁹⁷

Indes dürften die im CGKBbg getroffenen Regelungen mit ihrem „Pflichtenkatalog“ nicht auf den Sonderfall zugeschnitten sein, dass ein Mitglied der Landesregierung ein Aufsichtsratsmandat wahrnimmt. Im Sinne der bereits genannten strategischen Steuerung der

⁹⁶ Vgl. zum Umfang und Grenzen der Mandatsträgerbetreuung bei kommunalen Unternehmen (§ 98 Nr. 4 BbgKomVerf Seeberg, in: Potsdamer Kommentar (Hrsg. Muth), Kommunalrecht und kommunales Finanzrecht in Brandenburg, Lsbl.Smlg. 45. AL, Mai 2013, § 98 Rn. 13: „Die Beteiligungsverwaltung nimmt hier nur eine beratende und unterstützende Funktion ein. Die Entscheidungsverantwortung bleibt immer beim Mandatsträger.“

⁹⁷ Vgl. die Kritik des Landesrechnungshofs Baden-Württemberg an der unzureichenden Organisation der Beteiligungsverwaltung der Hochschulen für die von ihnen gegründeten privatrechtlichen Gesellschaften, Auszug aus der Denkschrift zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Landes Baden-Württemberg, Beitrag Nr. 19, Unternehmungsgründung und Unternehmensbeteiligungen der Hochschulen, Kap. 3.4 Beteiligungsverwaltung professionalisieren, abrufbar unter <http://archiv.baden-wuerttemberg.de/sixcms/media.php/974/Denkschrift%202013%20Beitrag%20Nr.%2019.pdf>.

Aufgabenerfüllung ist das zuständige Ressort freilich dennoch gehalten, das Aufsichtsratsmitglied in der Wahrnehmung seiner Aufgaben umfassend zu beraten und zu unterstützen. Es liegt zugleich auf der Hand, dass diese Forderung nur schwer mit der Hektik und dem Termindruck zu vereinbaren ist, unter dem ein politischer Entscheidungsträger steht.⁹⁸ Nicht ohne Grund bestimmt der CGKBbg unter Hinweise auf Art. 95 Abs. 2 LV (i. V. m. § 3 Abs. 2 BbgMinG), dass ein Mitglied der Landesregierung nur dann dem Aufsichtsrat eines (anteilig) landeseigenen Unternehmens angehören soll, wenn ein „dringendes“ öffentliches Interesse daran besteht. An anderer Stelle (Abschnitt 5.4.4) formuliert der Kodex: „Jedes Aufsichtsratsmitglied achtet darauf, dass ihm für die Wahrnehmung des Mandats genügend Zeit zur Verfügung steht.“ Angesichts dieses Dilemmas dürfte es aus Landessicht trotz allem vorteilhafter sein, das Regierungsmitglied lässt sich für sein Aufsichtsratsmandat umfassend beraten und unterstützen, als dass eine solche Beratung unter der Prämisse des aus der Privatwirtschaft übernommenen Leitbildes des kompetenten und unabhängigen Aufsichtsrats nicht oder nur zurückhaltend erfolgt.

III. Zusammenfassung

Frage 1: Die Stellung und Funktion des Aufsichtsrats bei landeseigenen Unternehmen in der Rechtsform der GmbH wird maßgeblich durch das Recht der Kapitalgesellschaften geprägt. Für die GmbH gilt daher, dass die Gesellschafterversammlung oberstes Organ dieser Körperschaft ist, während der Aufsichtsrat der GmbH ihr nachgeordnet ist, auch wenn er nach aktienrechtlichem Vorbild organisiert ist. Verfassungs- und haushaltsrechtlich ist das Land zugleich als Anteilseigner gehalten, die Steuerungsmöglichkeiten, die das Gesellschaftsrecht bietet, angemessen zu nutzen. Insofern kommt dem Aufsichtsrat der GmbH eine wichtige „Brückenfunktion“ zwischen den Landesinteressen und den Unternehmensinteressen der landeseigenen GmbH zu.

Die Bildung eines Aufsichtsrats bei einer GmbH ist zwar gesetzlich nur unter bestimmten Voraussetzungen vorgeschrieben, gleichwohl orientiert sich die Beteiligungsverwaltung des Landes Brandenburg mit ihren hierzu erlassenen Richtlinien (Corporate Government Kodex für die Beteiligungen des Landes Brandenburg an privatrechtlichen Unterneh-

⁹⁸ Siehe auch Rede des Präsidenten des Bayerischen Obersten Rechnungshofs Dr. *Fischer-Heidberger* am 4. Okt. 2006 bei KPMG in München, Corporate Governance bei öffentlichen Unternehmen – Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 2.3., abrufbar unter <http://www.orh.bayern.de/presse/reden-und-interviews/archiv/item/80-04102006-kpmg-m%C3%BCnchen.html>.

men/Neufassung 2010) am aktienrechtlich geprägten Vorbild des Aufsichtsrats als unabhängigem Überwachungsorgan.

Der Aufsichtsrat überwacht die Geschäftsleitung am Maßstab einer auf Werterhaltung des Kapitals ausgerichteten Unternehmensführung und kontrolliert sie unter den Gesichtspunkten der Gesetzmäßigkeit, der Ordnungsmäßigkeit und der Zweckmäßigkeit des unternehmerischen Handelns. Besonders die Prüfung des Jahresabschlusses auf der Grundlage des Prüfungsberichts eines Abschlussprüfers gehört zu den zentralen Aufgaben des Aufsichtsrats. Dabei hat er sich vor allem auf die „neuralgischen“ Punkte der Bilanz (Liquidität, Risikoentwicklung) zu konzentrieren.

Geschäftsführungsbefugnisse in Konkurrenz zur Geschäftsleitung stehen dem Aufsichtsrat eines (anteilig) landeseigenen Unternehmens nicht zu. Dennoch sind ihm einige Instrumente an die Hand gegeben, mit denen er die Geschäftsleitung beeinflussen kann. Dazu gehören die allgemeine, konstruktiv-kritische Beratung der Geschäftsleitung auf der Grundlage ihrer Berichterstattung, die Verweigerung der Zustimmung für bestimmte Vorhaben, soweit für diese durch Satzung ein Zustimmungsvorbehalt festgelegt oder sie vom Aufsichtsrat selbst zuvor unter Zustimmungsvorbehalt gestellt wurden, der Bericht an die Gesellschafterversammlung, die Einberufung der Gesellschafterversammlung in besonderen Fällen und die Abberufung der Geschäftsleitung.

Frage 2: Im Falle der wiederholten Verfehlung der Unternehmensziele hat der Aufsichtsrat von den oben genannten Instrumenten in einer der Situation angemessenen Weise Gebrauch zu machen. Der Aufsichtsrat ist allerdings selbst nur eines von verschiedenen Instrumenten des Landes zu Steuerung seiner Unternehmen in privater Rechtsform. Stärker noch als über den weisungsunabhängigen Aufsichtsrat kann die Beteiligungsverwaltung über die Gesellschafterversammlung auf die GmbH bzw. deren Geschäftsführung einwirken. Die „Letztverantwortung“ für die verfassungs- und haushaltsrechtskonforme Steuerung liegt bei der Landesregierung bzw. beim zuständigen Ressort der Beteiligungsverwaltung.

Frage 3: Der Vorsitzende des Aufsichtsrats leitet dessen Sitzungen und ist üblicherweise erster Ansprechpartner der Geschäftsleitung. Eine herausgehobene Stellung oder besondere Befugnisse besitzt er hingegen nicht.

Frage 4 und Frage 5: Ein Mitglied des Aufsichtsrats muss über die notwendigen Kenntnisse verfügen, um sich mit den Sachfragen, die ein Aufsichtsrat zu behandeln hat, auseinander setzen zu können. Spezifischer formulierte Sachkundeanforderungen sind derzeit nur für bestimmte Branchen und Wirtschaftszweige gesetzlich fixiert. Für die GmbHs mit Beteiligungen des Landes sind diese Vorschriften jedoch derzeit nicht einschlägig, da sie nicht in diesen Branchen tätig sind. Das gilt entsprechend für die Mitglieder des Prüfungsausschusses eines Aufsichtsrats. Der CGKBbg stellt über Verfahrensregelungen bei der Besetzung der Aufsichtsratsmandate sicher, dass mindestens ein Aufsichtsratsmandat durch das Ministerium der Finanzen besetzt wird.

Frage 6: Allgemein wird davon ausgegangen, dass Aufsichtsräte aufgefordert sind, sich fortzubilden, um ihre Aufgaben ordnungsgemäß wahrnehmen zu können. Der CKGBbg postuliert insofern eine Fortbildungspflicht der Aufsichtsräte. Konkretisierende Maßgaben über Art und Umfang enthält er jedoch nicht.

Frage 7: Das Modell des Aufsichtsrats einer GmbH nach aktienrechtlichem Vorbild ist das eines Gremiums, das aufgrund der persönlichen Fachkompetenz seiner Mitglieder unabhängig handelt und entscheidet. Aufgrund der verfassungs- und haushaltsrechtlich begründeten Steuerungsverantwortung der Beteiligungsverwaltung ist diese allerdings gehalten, das einzelne Aufsichtsratsmitglied umfassend zu beraten und zu unterstützen. Hierzu sind Berichts- und Abstimmungspflichten im CGKBbg formuliert. Gleichwohl muss das Aufsichtsratsmitglied eigenverantwortlich entscheiden. Das gilt auch für Regierungsglieder, die in den Aufsichtsrat eines (anteilig) landeseigenen Unternehmens entsandt sind.

gez. Dr. Julia Platter