



Unterlage zur Sitzung im öffentlichen Teil

Gremium	am	TOP
Finanzausschuss	04.05.2009	

Anlass:



Mitteilung der Verwaltung



Beantwortung von Anfragen
aus früheren Sitzungen



Beantwortung einer Anfrage
nach § 4 der Geschäftsordnung



Stellungnahme zu einem
Antrag nach § 3 der
Geschäftsordnung

Transparenz der Aufsichtsräte in den städtischen Gesellschaften

Antrag der Fraktion Die Linke.Köln vom 12.03.2009 (AN/0495/2009)

A. Sachverhalt

Die Fraktion Die Linke.Köln im Rat der Stadt Köln hat zur Sitzung des Rates der Stadt Köln am 26.03.2009 folgenden Antrag gestellt:

„Die Verwaltung wird beauftragt, zusammen mit den Geschäftsführungen und Aufsichtsräten der städtischen Gesellschaften eine Mustergeschäftsordnung zu erarbeiten und dem Rat zur Entscheidung vorzulegen.

Diese Mustergeschäftsordnung soll die Transparenz der Entscheidungen in Aufsichtsräten erhöhen. Hierzu sollen insbesondere die folgenden Punkte berücksichtigt werden:

1. Die Geheimhaltungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder wird auf solche Tagesordnungspunkte beschränkt, die zwingend zum Wohl der jeweiligen Gesellschaft der Verschwiegenheit bedürfen.
Welche Angelegenheiten der Verschwiegenheit bedürfen, wird in den jeweiligen Satzungen und Geschäftsordnungen unter Einbeziehung des Rates der Stadt Köln geregelt. Die gesetzlichen Bestimmungen sind dabei zu berücksichtigen.
2. Die Verwaltung wird beauftragt zu überprüfen, ob sich Aufsichtsratssitzungen ebenso wie die Sitzungen des Rates und der Ausschüsse unter Berücksichtigung des Punktes 1 in einen öffentlichen und einen nichtöffentlichen Teil aufteilen lassen.

3. Die Öffentlichkeit und insbesondere die Presse werden über alle Tagesordnungspunkte des öffentlichen Teils von Aufsichtsratssitzungen vor der jeweiligen Sitzung informiert und ggf. zum öffentlichen Teil eingeladen.“

Zur Begründung wurde u.a. darauf hingewiesen, dass kommunale Gesellschaften eine bedeutsame Rolle für das soziale und wirtschaftliche Leben der Bürger in Köln spielen. Entsprechend groß sei der Bedarf der Öffentlichkeit an Informationen über die Vorgänge in den Aufsichtsräten dieser Betriebe.

Mit der Frage, wie die Transparenz in öffentlichen Betrieben erhöht werden könne, habe sich der Rat der Stadt Köln in den letzten Jahren wiederholt befasst. Dabei sei aufgefallen, dass vor allem bei großen Projekten der städtischen Beteiligungsunternehmen Transparenz nicht nur für die Öffentlichkeit sondern auch für die Ratsmitglieder wünschenswert sei. Bislang seien Entscheidungsprozesse in solchen Fällen vielfach kaum durchschaubar.

Das Verwaltungsgericht Regensburg weise in einem Urteil vom 8. Mai 2006 darauf hin, dass § 52 Abs. 1 GmbHG eine weitgehende Einschränkung der Geheimhaltungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern kommunaler GmbHs durch entsprechende Geschäftsordnungen zulasse.

Der Rat hat den Antrag einstimmig zur weiteren Beratung in den Finanzausschuss verwiesen. Zudem wurde die Verwaltung gebeten, zu der Angelegenheit eine fachliche Stellungnahme zur Vorlage im Finanzausschuss zur Verfügung zu stellen.

B. Stellungnahme der Verwaltung

Gegen den Antrag bestehen erhebliche fachliche und rechtliche Bedenken.

Die Ausarbeitung einer Mustergeschäftsordnung für die Aufsichtsräte der städtischen Gesellschaften ist unzweckmäßig, weil in den Gesellschaften unterschiedliche Strukturen vorherrschen, die eine auf die jeweilige Gesellschaft abgestimmte Geschäftsordnung des Aufsichtsrats erfordern. Hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen ist zu unterscheiden zwischen den Gesellschaften mit obligatorischem und denen mit lediglich fakultativem Aufsichtsrat. Generell ist es im Hinblick auf den Überwachungsauftrag der Aufsichtsräte gegenüber den Vorständen und Geschäftsführern rechtlich bedenklich, dass die zu kontrollierenden Geschäftsführungsorgane an der Erarbeitung der Mustergeschäftsordnung des eigenen Kontrollorgans beteiligt werden sollen.

Aktiengesellschaften im Generellen und darüber hinaus Gesellschaften (GmbHs), auf die die Gesetze zur Arbeitnehmermitbestimmung (bei einer Größe von mehr als 500 bis zu einschl. 2.000 Arbeitnehmer: Drittelbeteiligungsgesetz – DrittelbG; bei mehr als 2.000 Arbeitnehmern: Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) anzuwenden sind, müssen einen Aufsichtsrat als Kontrollgremium besitzen (sog. obligatorischer Aufsichtsrat). Die entsprechenden Gesetze verweisen insofern auf die Vorschriften des Aktiengesetzes.

§ 109 des Aktiengesetzes besagt, dass Aufsichtsratssitzungen nicht öffentlich sind. Von diesem Grundsatz kann nur in Einzelfällen, z.B. bei der Hinzuziehung von Sachverständigen oder Auskunftspersonen, abgewichen werden. Bei Gesellschaften mit einem obligatorischen Aufsichtsrat verbietet sich daher von vornherein ein öffentlicher Teil der Aufsichtsratssitzung.

Das Aktiengesetz sieht des Weiteren in § 116 S. 2 AktG eine Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder hinsichtlich der vertraulichen Angaben und Geheimnisse ihrer Gesellschaft vor. Hierbei handelt es sich um zwingendes Recht, von dem nicht durch die Satzung abgewichen werden darf. Sowohl eine Abschwächung als auch eine Verschärfung der Verschwiegenheitspflicht ist bei Gesellschaften mit obligatorischem Aufsichtsrat gesetzlich ausgeschlossen (so auch ausdrücklich das oben zitierte Urteil des VG Regensburg v. 02.02.2005, Az.: RN 3 K 04.01408, S. 15 f.; allgemein BGH, NJW 1975, 1412). Rechtlich möglich ist allenfalls eine Erläuterung des unbestimmten Begriffs der „vertraulichen Angaben und Geheimnisse“ innerhalb einer Geschäftsordnung, um dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied eine bessere Handhabe zu geben, wann es besonders auf die Gefahr einer Verletzung gesetzlich geschützter Geheimhaltungsinteressen achten muss (vgl. BGH a.a.O., *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl. 2008, Rz. 320). Um eine solche Erläuterung möglichst praktikabel gestalten zu können, ist von einer generellen, auf alle Gesellschaften der Stadt Köln bezogenen Regelung abzuraten, da eine solche wegen der Vielfältigkeit der Betätigungsfelder dann wiederum auf einer sehr abstrakten Ebene verbleiben müsste. Eine Auflistung von Fallgruppen, die aus Sicht des Aufsichtsrats nicht verschwiegenheitsbedürftig sind, würde nicht zu einem Ausschluss der Strafbarkeit nach § 85 GmbHG oder § 404 AktG wegen Verletzung der Geheimhaltungspflicht führen. In strafrechtlicher Hinsicht ist der Begriff des Geheimnisses allein aufgrund des jeweiligen Gesetzes, nicht jedoch aufgrund der womöglich fehlerhaften Erläuterung desselben in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats zu bestimmen.

Im Einzelnen haben folgende Gesellschaften einen obligatorischen Aufsichtsrat (aufgeführt werden nur unmittelbare oder mittelbare städtische Beteiligungs- oder Eigengesellschaften, in deren Aufsichtsrat Mitglieder des Rat der Stadt Köln einen Sitz haben):

1. Aktiengesellschaften:

GAG Immobilien AG (GAG),
 GEW Köln AG (GEW),
 Häfen und Güterverkehr Köln AG (HGK),
 Kölner Verkehrs-Betriebe AG (KVB),
 RheinEnergie AG (RE),
 AG Zoologischer Garten (Zoo).

2. Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit gesetzlich vorgeschriebenem Aufsichtsrat nach Mitbestimmungsgesetz oder Drittelbeteiligungsgesetz:

Stadtwerke Köln GmbH (SWK),
 NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH (NetCologne),
 Koelnmesse GmbH (KM),
 Flughafen KölnBonn GmbH (FKB).

Bei GmbHs, bei denen das Gesetz keinen obligatorischen Aufsichtsrat vorsieht, ein solcher jedoch nach dem Gesellschaftsvertrag zu bestellen ist, gelten über die Verweisung in § 52 Abs. 1 GmbHG die wesentlichen Vorschriften des Aktiengesetzes über den Aufsichtsrat auch für diese Gesellschaften. Allerdings soll dies nach dem letzten Halbsatz des § 52 Abs. 1 GmbHG nur dann gelten, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht.

§ 109 des Aktiengesetzes, der öffentliche Aufsichtsratssitzungen ausschließt, wird von § 52 Abs. 1 GmbHG nicht ausdrücklich in Bezug genommen. Gleichwohl dürfte die Einführung öffentlicher Aufsichtsratssitzungen auch bei Gesellschaften mit fakultativen Aufsichts-

räten rechtlich ausgeschlossen sein. Das OVG NRW hat im Jahr 1995 eine Regelung für rechtswidrig erachtet, derzufolge sämtlichen Ratsmitgliedern die Teilnahme an den Aufsichtsratssitzungen ermöglicht werden sollte (OVG NRW, NWVBl. 1997, 67; im Ergebnis zustimmend *Rehn/Cronauge*, GO, 31. Erg. Lfg. Oktober 2008, § 113 S. 9f.; *Held*, in: ders., Kommunalverfassungsrecht NRW, GO § 113 Erl. 9 [Stand: 02/2008]). Dabei hat es das OVG NRW offengelassen, ob § 109 des Aktiengesetzes trotz der fehlenden ausdrücklichen Aufzählung in § 52 Abs. 1 GmbHG etwa aufgrund systematischer Erwägungen auch für Gesellschaften mit einem fakultativen Aufsichtsrat gelten muss (dies bejaht etwa o.g. Urteil des VG Regensburg vom 2.2.2005). Die Unzulässigkeit der Teilnahme sämtlicher Ratsmitglieder an den Aufsichtsratssitzungen leitet das OVG NRW vielmehr aus der einem Aufsichtsrat zugedachten Stellung und dessen Aufgaben her, die auch nicht aufgrund der Öffnungsklausel in § 52 Abs. 1 letzter Halbsatz GmbHG beeinträchtigt werden dürfen. Die Ausübung der einem Aufsichtsrat zugedachten Überwachungsaufgaben sowie die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit der Geschäftsführung sieht das Gericht durch ein Teilnahmerecht der Ratsmitglieder an den Sitzungen „offenkundig“ erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Es muss davon ausgegangen werden, dass das OVG NRW bei konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung eine öffentliche Aufsichtsratssitzung, also ein Teilnahmerecht für Jedermann, erst Recht für rechtswidrig hielte.

Hinsichtlich der angeregten Lockerung der Verschwiegenheitspflicht bzgl. der Tagesordnungspunkte und der Information der Presse hierüber (o.g. Punkte 1 und 3) ist die Rechtslage bei GmbHs mit fakultatивem Aufsichtsrat unklar. In letzter Zeit haben bayerische Gerichte entsprechende Auflockerungen für rechtlich zulässig erachtet, sofern berechnigte Ansprüche von Privatpersonen, das Allgemeinwohl und das zwingend entgegenstehende Unternehmensinteresse gewahrt werden (VG Regensburg vom 2.2.2005, Az.: RN 3 K 04.1408; BayVGh, Urt. v. 8.5.2006, Az.: 4 BV 05.756, NVwZ-RR 2007, 622). Ausgangspunkt der zugrundeliegenden Erwägungen ist, dass § 52 Abs. 1 GmbHG – wie bereits dargelegt wurde – die Möglichkeit vorsieht, durch den Gesellschaftsvertrag von den Vorschriften des Aktiengesetzes abzuweichen, also auch von den die Verschwiegenheitspflicht begründenden § 116 S. 2 AktG. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass das OVG NRW in seiner oben zitierten Entscheidung erkennen lassen hat, dass es gewillt ist, den Abweichungsmöglichkeiten enge Grenzen aufgrund der einem Aufsichtsrat zugedachten Stellung und Aufgabe zu setzen. Es ist daher nicht anzunehmen, dass das OVG NRW sich der Rechtsprechung der bayerischen Gerichte anschließen wird. Tatsächlich birgt eine Eingrenzung der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder die Gefahr in sich, dass der Aufsichtsrat bei der Kontrolle der Geschäftsführung zugleich gesellschaftsfremde Interessen mitberücksichtigt und damit seine Kontrollfunktion nicht mehr wirksam ausüben kann. Daher sollte aus Sicht der Beteiligungsverwaltung von dieser Möglichkeit – selbst wenn sie rechtlich zulässig wäre – kein Gebrauch gemacht werden. Zudem ist es nicht von vornherein absehbar, bei welchen Informationen für die jeweilige Gesellschaft Geheimhaltungsbedarf bestehen könnte. Jedenfalls verbietet sich die gleichförmige Regelung für alle Gesellschaften im Rahmen einer Mustergeschäftsordnung bzw. Mustersatzung.

Jedenfalls bei Gesellschaften mit (unmittelbarer oder mittelbarer) Beteiligungen Dritter müsste die Lockerung der Verschwiegenheitspflicht zumindest *de facto* von der Zustimmung des oder der Mitgesellschafter abhängig gemacht werden, da dies eine wesentliche Änderung der Geschäftsgrundlage des gemeinsamen Engagements darstellen würde. Bei Beteiligungen privater Dritter ergibt sich dieses Zustimmungserfordernis zudem aus dem verfassungsrechtlich garantierten Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG). Zudem ist zur Änderung des Gesellschaftsvertrags regelmäßig mindestens eine Drei-Viertel-Mehrheit erforderlich.

Gesellschaften mit fakultativem Aufsichtsrat und mit unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligung Dritter sind:

Abfallentsorgungs- und Verwertungsgesellschaft Köln mbH (AVG),
GIZ Gründer- und Innovationszentrum GmbH im Technologiepark Köln (GIZ),
Gemeinnützige Wohnungs-GmbH Rhein-Erft (GWG),
Jugendzentren Köln Gemeinnützige Betriebsgesellschaft mbH (JugZ),
Kölner Gesellschaft für Arbeits- und Berufsförderung mbH (KGAB),
Koelnmesse Ausstellungen GmbH (KMA),
Koelnmesse International GmbH (KMI),
Koelnmesse Service GmbH (KMS),
KölnKongress Betriebs- und Service GmbH (KölnKongress),
KölnMusik Betriebs- und Servicegesellschaft mbH (KölnMusik),
MusikTriennale Köln GmbH (MusikTriennale),
modernes köln Gesellschaft für Stadtentwicklung mbH (mk),
RehaNova Köln Neurologische Rehabilitationsklinik GmbH (RehaNova),
Stadtbahngesellschaft Rhein-Sieg GmbH i.L. (SRS).

Im Rahmen des Ratsauftrags vom 4.3.2008 zur Erarbeitung eines Public Corporate Governance Kodex der Stadt Köln wird die Verwaltung unter Berücksichtigung der bestehenden rechtlichen Hürden prüfen, inwieweit dem Transparenzgedanken dennoch verstärkt Rechnung getragen werden kann.