

# **Berichts- und Auskunftspflichten des Oberbürgermeisters im Zusammenhang mit Überwachungsaufgaben bei kommunalen Unternehmen**

## **Gutachten des Rechtsamtes der Stadt Wuppertal**

Bei der Fragestellung, wie weit die einzelnen Rechte des Rates und einzelner Ratsmitglieder und Pflichten des Oberbürgermeisters reichen, befinden wir uns in einem Spannungsverhältnis zwischen den Bestimmungen des Kommunalrechts und Pflichten des Gesellschaftsrechts.

### **I. Grundsätzliche Informations- und Auskunftsrechte des Rates**

Im Rahmen der Kontrolle der Verwaltung (§ 55 GO NRW) sind verschiedene Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte des Rates, der Fraktionen, für einzelne Funktionsträger und Ratsmitglieder geregelt.

#### **1. „Allgemeiner“ Informationsanspruch**

In § 55 Abs. 1 GO NRW ist zunächst geregelt, dass der Rat durch den Oberbürgermeister über alle wichtigen Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung zu unterrichten ist.

Des Weiteren ist dort geregelt, dass der Oberbürgermeister verpflichtet ist,

- jedem Ratsmitglied auf Verlangen Auskunft zu erteilen oder zu einem Tagesordnungspunkt Stellung zu nehmen und
- Akteneinsicht zwecks Vorbereitung oder Überwachung der Durchführung der Beschlüsse des Rates und der Ausschüsse zu gewähren. Näheres ist dazu in § 55 Abs. 2 – 5 GO NRW geregelt.

#### **2. Informationspflichten durch Vertreter der Stadt in Gesellschaften**

Nach § 113 Abs. 5 GO NRW haben die Vertreter der Gemeinde den Rat über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht besteht nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

##### Erläuterungen:

Die Pflicht des Oberbürgermeisters, den Rat über alle wichtigen Angelegenheiten der Gemeinde zu unterrichten, folgt aus der umfassenden Aufgabe des Rates als „Träger der Gemeindeverwaltung“ (§ 40 GO NRW). Eine Definition des Begriffs „wichtig“ gibt es nicht. Was wichtig angesehen ist, lässt sich daher nur im Einzelfall bestimmen. Es obliegt dem Oberbürgermeister im Rahmen seines Ermessens zu entscheiden, über was er berichtet.

##### **Das Auskunftsrecht geht darüber hinaus, ist aber begrenzt.**

Der Oberbürgermeister ist verpflichtet, einzelnen Ratsmitgliedern auf Verlangen Auskunft zu erteilen und zu einem Tagesordnungspunkt Stellung zu nehmen. Sinn und Zweck des § 55 GO NRW ist, dass die Ratsmitglieder über die erforderlichen Informationen verfügen, um ihr Ratsmandat effektiv wahrnehmen zu können. Dieses setzt voraus, dass über den Beratungsgegenstand die notwendigen Informationen zur Verfü-

gung stehen. Das Auskunftsverlangen bezieht sich auf alle „Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung“, die im Verantwortungsbereich des Oberbürgermeisters für die Erledigung der Gemeindeaufgaben liegen; es ist also beschränkt auf Tatsachen, über die der Oberbürgermeister Kenntnis hat.

Schließlich besteht darüber hinaus die Pflicht des Oberbürgermeisters, Beschlüsse für die Gremien (Rat, Ausschuss und Bezirksvertretung) vorzubereiten und entsprechende Informationen zur Verfügung zu stellen (§ 62 Abs. 2 Satz 1 GO NRW).

Diese Pflicht besteht nur gegenüber dem Rat bzw. den Gremien, nicht gegenüber einzelnen (Rats-)Mitgliedern.

Das einzelne Ratsmitglied kann daher weder verlangen, dass der Oberbürgermeister weitere Informationen zu den Tagesordnungspunkten beschafft noch kann es verhindern, dass der Rat über Tagesordnungspunkte abstimmt und entscheidet, wenn er sich mehrheitlich für ausreichend informiert hält ((Held in Held/Becker u.a., Kommunalverfassungsrecht NRW zu § 55 Erl. 9.2). Weitere Informationen können allenfalls durch das Gremium selbst eingefordert werden (so auch OVG RP, Urteil vom 28.10.2011 - 2 A 10685/11).

#### Zwischenergebnis:

Dem Rat und seinen Mitglieder steht gegenüber dem Oberbürgermeister ein umfassendes Auskunfts- bzw. Fragerecht zu einzelnen Angelegenheiten der Gemeinde zu. Verfahrensvorschriften sind in § 55 GO NRW geregelt. Gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GO NRW kann das Verfahren aus Anlass des Auskunftsverlangens durch die Geschäftsordnung geregelt werden. Davon hat der Rat der Stadt Wuppertal in § 9 – Anfragen und Fragestunde – der Geschäftsordnung des Rates der Stadt Wuppertal Gebrauch gemacht.

Das Auskunfts- bzw. Fragerecht ist jedoch hinsichtlich der städtischen Gesellschaften auf Grund des Gesellschaftsrechts und der Spezialvorschrift des § 113 Abs. 5 GO NRW eingeschränkt.

## **II. Informationspflicht vs. Verschwiegenheitspflicht in Gesellschaftsangelegenheiten**

Auskünfte über gesellschaftliche Tätigkeiten und Ergebnisse können auch für die Ausübung eines Ratsmandats relevant sein. Gesetz und Gesellschaftsverträge räumen dem Rat eine Reihe von Einflussmöglichkeiten auf kommunale Gesellschaften ein bis hin zu Weisungen an die Gemeindevertreter in der Gesellschafterversammlung bzw. im Aufsichtsrat (§ 113 Abs. 1 Satz 3 GO NRW).

Auskunftsverlangen zu den Aktivitäten der städtischen Unternehmen, an denen die Stadt alle bzw. teilweise Anteile hält, bedürfen jedoch einer gesonderten Betrachtung. Die Rechte bzw. Pflichten aus dem Kommunalrecht können nämlich in verschiedener Hinsicht mit dem Gesellschaftsrecht kollidieren.

## 1. Grundsatz der Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit von Aufsichtsratssitzungen

Der Grundsatz der Öffentlichkeit aus dem Kommunalverfassungsrecht steht dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit aus dem Gesellschaftsrecht entgegen.

In der GO NRW ist ausdrücklich das Öffentlichkeitsprinzip geregelt. Der Grundsatz der Öffentlichkeit bedeutet, dass die Sitzungen des Rates und seiner Gremien öffentlich sind (§ 48 Abs. 2 Satz 1 GO NRW). Welche Punkte der Tagesordnung in nichtöffentlicher Sitzung zu beraten und zu entscheiden sind, richtet sich nach der Geschäftsordnung (vgl. § 48 Abs. 2 Satz 2 GO NRW), es sei denn, in der Geschäftsordnung sind nicht alle Tatbestände erfasst, für die nach § 30 Abs. 1 GO NRW Verschwiegenheitspflicht besteht. Dies sind Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich oder besonders vorgeschrieben sind.

Nach § 109 AktG ist hingegen bestimmt, dass der Aufsichtsrat nichtöffentlich tagt.

Nach h. M. gilt dieses auch für auf den Aufsichtsrat einer GmbH. Daraus ergibt sich eine gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht, die im Rahmen der Berichterstattung an den Rat bzw. bei der Darlegung der Sach- und Rechtslage angesichts eines Ratsbeschlusses zu berücksichtigen ist.

Den kollidierenden Gesetzen liegen unterschiedliche Zielsetzungen zu Grunde.

So rückt das Gesellschaftsrecht das Unternehmensinteresse in den Vordergrund, während das Kommunalrecht vom Öffentlichkeitsprinzip beherrscht wird. Das GmbH- bzw. Aktienrecht regelt überdies nicht die Frage einer privatwirtschaftlichen Betätigung der Kommune und die Wahrung öffentlicher Interessen in Gremien der Kapitalgesellschaften. Das Aktiengesetz enthält lediglich in den §§ 394, 395 AktG Splitterregelungen bzgl. des kommunalen Wirtschaftsrechts.

Es fehlt an einer Verzahnung des privaten Gesellschaftsrechts mit dem öffentlichen Kommunalrecht.

Der Auskunftspflicht können somit die als Bundesrecht höherrangigen gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten aus dem Aktiengesetz bzw. GmbHG (§§ 52 Abs. 1 GmbHG, 116, 93 Abs. 1 AktG) entgegenstehen.

## 2. Verschwiegenheitspflichten nach Aktienrecht, namentlich für Aktiengesellschaften

Für eine Aktiengesellschaft (AG) sind ausschließlich die Vorschriften des Aktienrechts einschlägig.

Gemäß §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG hat jedes Aufsichtsratsmitglied über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihm durch seine Aufsichtsrats Tätigkeit bekannt geworden sind, Still-schweigen zu bewahren. Diese Verschwiegenheitspflicht bezieht sich auf alle Tatsachen, die nicht allgemein bekannt sind und hinsichtlich derer ein – objektiv zu beurteilendes – Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft besteht (BGHZ 64, 325, 329). Dazu zählen z. B. Wirtschaftsplan, Kalkulationen sowie Personalangelegenheiten (siehe auch letzte Seite).

Nach §§ 394, 395 AktG gibt es **Ausnahmen** von der Verschwiegenheitspflicht.

§ 394 AktG regelt die der Aufsichtsratsmitglieder einer AG, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat entsandt werden, und § 395 AktG enthält nähere Bestimmungen für die Mitarbeiter/innen der Beteiligungsverwaltung der Gemeinde.

Von der Verschwiegenheitspflicht nach § 394 AktG sind nur solche Berichte ausgenommen, die die Aufsichtsratsmitglieder an die Gebietskörperschaft zu erstatten haben. Hierbei handelt es sich um Berichte, die gesetzlich geregelt sind (so in § 113 Abs. 5 GO NRW). Danach haben die Vertreter der Gemeinde den Rat über alle **Angelegenheiten von besonderer Bedeutung** frühzeitig zu unterrichten. Dazu zählen z. B. beabsichtigte Massenentlassungen, die Aufgabe des Wuppertaler Standortes oder Handlungen, die gravierende negative wirtschaftliche und steuerliche Auswirkungen haben können.

Im Ergebnis bedeutet dies aber, dass alle **Angelegenheiten, die nicht von besonderer Bedeutung sind, nach wie vor der Verschwiegenheitspflicht unterliegen.**

Wer Berichtsadressat ist, richtet sich nach den jeweiligen Gemeindeordnung, allerdings in den nach §§ 394,395 AktG vorgegeben Grenzen.

Folglich darf daher nur Berichtsempfänger sein, wer seinerseits Gewähr für die auf ihn erstreckte Verschwiegenheitspflicht bietet. Für Rat und seine Ausschüsse gelten die Verschwiegenheitspflichten, die in der Geschäftsordnung bzw. in § 30 GO NRW geregelt sind. Dies sind u. a. Angelegenheiten, die besonders vorgeschrieben sind.

Daraus lässt sich auch zweifelsfrei herleiten, dass die Berichterstattung an den Rat wiederum in nichtöffentlicher Sitzung zu erfolgen hat.

Es ist daher keine Öffentlichkeitsarbeit von Aufsichtsratsmitgliedern unter Verwendung von Gesellschaftsinformationen zulässig. Auch können weder Ratsfraktionen, einzelne Gemeinderatsmitglieder, Arbeitskreise noch ähnliche Einrichtungen Berichtsempfänger sein.

Selbst die in § 113 Abs. 5 S. 1 GO vorgesehene Festlegung des Gemeinderats als Adressaten des Berichts wird zum Teil als nichtig angesehen, da damit die nach § 395 AktG angeordnete Vertraulichkeit für die Mitarbeiter der Verwaltung, die Beteiligungen verwalten, wegen der hohen Mitgliederzahl des Rats nicht sichergestellt sei.

Folglich wird in der Literatur vertreten, dass keine Pflicht der Aufsichtsratsmitglieder zu Berichterstattung an den Rat besteht. Die Berichtspflicht soll allenfalls gegenüber einem Ratsausschuss oder dem Bürgermeister bzw. zuständigen Gemeindeverwaltung (Beteiligungsmanagement / Rechnungsprüfungsamt) bestehen (Held a.a.O., § 113 GO, S. 10, Nr. 9).

Als Resümee kann festgehalten werden, dass im Hinblick auf die strengen Regeln zur Verschwiegenheit die Berichtspflicht des einzelnen Aufsichtsratsmitglied an den Rat durchaus umstritten ist. Daher erfolgt im Regelfall die Berichterstattung durch das Beteiligungsmanagement, das selbstverständlich auch gemäß § 395 AktG den Grundsätzen der Verschwiegenheit unterliegt.

Die Verschwiegenheitspflichten nach § 93 AktG sind bei Aktiengesellschaften auch nicht abänderbar.

### **3. Verschwiegenheitspflichten nach GmbH-Recht für obligatorische Aufsichtsräte**

Das Aktienrecht findet aber nicht ausschließlich auf Aktiengesellschaften Anwendung, sondern die Vorschriften gelten z. Teil auch für Gesellschaften, die in Form einer GmbH geführt sind. Daher ist eine Differenzierung der städtischen Unternehmen vorzunehmen, die in der Rechtsform einer GmbH errichtet wurden, nämlich ob ein sog. obligatorischer oder fakultativer Aufsichtsrat besteht.

Ein obligatorischer Aufsichtsrat besteht dort, wo kraft Gesetz (MitbestG, DrittelbetG etc.) ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Anzahl der Arbeitnehmer 500 übersteigt.

Bei obligatorischen Aufsichtsräten kann weder durch Satzung noch durch Gesellschaftsvertrag oder Geschäftsordnung die Verschwiegenheitspflicht gemildert werden. Umfang und Grenzen werden also auch zwingend durch das Gesetz bestimmt. Für städtische GmbH's, (wie WSW Holding, WSW mobil GmbH und Helios GmbH) gilt das Aktienrecht und mithin das dazu Ausgeführte.

### **4. Verschwiegenheitspflichten nach GmbH-Recht für fakultative Aufsichtsräte**

Die grundsätzlich zwingende Verschwiegenheitspflicht des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ist bei GmbH's mit einem fakultativen Aufsichtsrat (per Gesellschaftsvertrag eingerichtet) aufgrund § 52 Abs. 1, letzter Halbs. GmbHG auch durch den Gesellschaftsvertrag abdingbar

Es besteht also grundsätzlich die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag Abweichendes zu regeln.

Es reicht jedoch nach h. M. nicht aus, wenn pauschal das Aktienrecht abbedungen wird. Abweichendes vom Regelfall bedeutet, dass im Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt ist. Die gesetzliche Regelung muss „durch eine andere ersetzt“ werden (zuletzt BVerwG, Urteil vom 31.08.2011 – 8 C 16.10 zum Weisungsrecht des Rates gemäß § 113 GO NRW).

Nach Sichtung der Gesellschaftsverträge durch das Rechtsamt ist eine Befreiung bzw. Lockerung der Verschwiegenheitspflichten bei den anderen städtischen GmbH's nicht vorgesehen. Über die Änderungen von Gesellschaftsverträgen entscheidet im Vorfeld zwar der Rat. Dahin gehende Änderungen der Gesellschaftsverträge dürfte bei Beteiligung Dritter aber schwer durchsetzbar sein.

Abgesehen davon, ist auch die Frage ungeklärt, in welchem Ausmaß bei einem fakultativen Aufsichtsrat einer kommunalen GmbH durch Gesellschaftsvertrag die Verschwiegenheitspflicht eingegrenzt werden kann. Diese Frage ist weder obergerichtlich noch höchstrichterlich entschieden.

Der Gesellschafter kann zwar aufgrund der Gestaltungsfreiheit die Gegenstände, den Umfang der Schweigepflicht, die Dauer und das Verfahren bei der Offenlegung durch Satzung oder durch eine Geschäftsordnung umfassend regeln, jedoch dürfte es schwierig sein, eine konkrete Begrenzung vorzunehmen. Der Kernbereich gesellschaftlicher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, insbesondere die Investitions-, Finanz- und Absatzplanung der Gesellschaft, wird immer zu wahren sein. Auch berechtigte Interessen einzelner Personen können eine Geheimhaltungspflicht erfordern.

**Empfehlung:**

Bei der Erstellung der Ratsvorlagen und Beantwortung der Anfragen von Fraktionen oder Ratsmitglieder ist im Einzelfall zu prüfen, welche Informationen auch unter Berücksichtigung der Verschwiegenheitspflichten zur Verfügung gestellt werden können, damit der Rat in jeder Hinsicht eine abgewogene Entscheidung treffen kann.

**Der Kernbereich gesellschaftlicher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, wird immer zu wahren sein.**

Januar 2012

## **Erläuterungen zum Kernbereich „Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“**

**Betriebsgeheimnisse** beziehen sich auf Tatsachen, die zur technischen Seite der Gesellschaft gehören, also den technischen Betriebsablauf, insbesondere die Herstellung und das Herstellungsverfahren betreffen.

**Geschäftsgeheimnisse** sind der kaufmännischen Seite, also dem allgemeinen Geschäftsverkehr des Unternehmens zuzuordnen. Als Geschäftsgeheimnisse müssen daher alle Angaben und Daten gesehen werden, die von wirtschaftlichem Wert sind und nicht allgemein bekannt sind.

Da beide Geheimnisbereiche gleichermaßen strafrechtlich geschützt sind, bedarf es jedoch keiner klaren Abgrenzung der beiden Begriffe. Durch die Nennung beider Begriffe hat der Gesetzgeber lediglich zum Ausdruck gebracht, dass sämtliche zum kaufmännischen oder technischen Bereich eines Unternehmens gehörenden Geheimnisse geschützt sind.

### **Beispiele**

Geheimnisse sind:

Absatzgebiete, Absatzpläne, Absprachen mit Kunden, Angebote und deren Inhalt (auch im Falle eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens) sowie die Bieterliste, Bankverbindlichkeiten, Beteiligungsverhältnisse einschließlich stiller Beteiligungen, beabsichtigte Betriebserweiterungen und -verlegungen, Bilanzen, Bezugsquellen, kaufmännische Buchführung, finanzielle Bedrängnis, geschäftliche Vorhaben und geschäftspolitische Ziele der GmbH wie Fusionspläne, Geschäftsideen und -pläne, die Höhe eines vom üblichen Vergütungsniveau erheblich abweichenden Geschäftsführergehalts, Gesellschafterbeschlüsse, Guthaben der Gesellschaft, geplante Kapitalerhöhungen oder andere Tatsachen, die zum sog. Insiderwissen gehören, betriebsgeheimenes Know-how, Inventuren, Jahresabschlüsse, die noch nicht gemäß § 325 HGB offen gelegt sind oder nicht offenkundig sind, Kalkulationen, Kreditunterlagen, Kundennamen, -karteien und -listen (als wichtiger Bestandteil des „good will“), Lieferantenlisten, Mitteilungen über Lieferungen, Lohn- und Gehaltslisten, Marktstrategien, Mitarbeiterverzeichnisse, Personalakten, Preisberechnungen, Preiskalkulationen, Preislisten, Produktionsabläufe, Übernahmeangebote, Umsätze, vorgesehene Umtauschangebote, getätigte oder beabsichtigte Vertragabschlüsse, Gegenstand, Verlauf und Ergebnisse von Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen, Zahlungsbedingungen, beabsichtigte Zusammenschlüsse mit anderen Unternehmen (vgl. Wißmann in Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Auflage 2011, § 85 Verletzung der Geheimhaltungspflicht, Rd-Nr. 22 bis 23).