

Haftung von Aufsichts- und Verwaltungsräten in kommunalen Unternehmen

von Dr. Stefan Steinkühler, LL.M.

1 Einleitung¹

Bei dem Thema Haftung von kommunalen Funktionsträgern wird das Haftungspotenzial oftmals nur als theoretisch dargestellt und dabei auch auf die öffentlich-rechtlichen Haftungsprivilegierungen (z.B. § 43 Abs. 4 GO NRW oder § 113 Abs. 6 GO NRW) verwiesen. Auch wird gerne hervorgehoben, dass es kaum Schadenfälle in der Vergangenheit gab. Um das letzte Argument direkt zu entkräften: das Thema Compliance ist mittlerweile auch im öffentlichen Sektor angekommen und betrifft erst recht das öffentliche Handeln in privat- und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen.² Insofern dürfte sich auch das Bewusstsein in den Unternehmen erhöhen, Fehlentscheidungen des Managements und deren Aufseher konsequent und transparent aufzuarbeiten. Die politische Besetzung der Aufsichtsgremien trägt hier oftmals zur Verschärfung der Situation bei – aus folgenden Gründen:

Die jeweiligen Gemeindeordnungen verlangen einen angemessenen Einfluss der Gemeinde auf die kommunale Gesellschaft bzw. deren Geschäftsführung (z.B. § 108 Abs. 1 Nr. 6 GO NRW, § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO). Kommunale GmbHs haben daher in der Regel einen (fakultativen) Aufsichtsrat. Bei den öffentlichen-rechtlichen Sparkassen sind es Verwaltungsräte, in die die Gemeinde ihre Vertreter entsendet. Nach jeder Kommunalwahl werden die Aufsichtsgremien von kommunalen Unternehmen oft neu besetzt, da die Amtszeit mitunter an die entsprechende Wahlperiode des entsendenden Trägers (Gemeinden, Gemeindeverbände) gebunden ist. Generell sind Wechsel bei den politischen Mehrheitsverhältnissen oft Anlass für vergangenheitsbezogene Vorwürfe. Exemplarisch wird hier nur auf die gerichtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Messe Düsseldorf gegen ihren damaligen Geschäftsführer aus dem Jahre 2003 verweisen.³

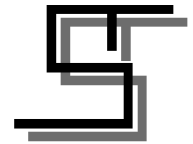
Auf Beschluss der gemeindlichen Gremien, wie Rat oder Stadtverordnetenversammlung, sowie der Gesellschafterversammlung werden oftmals nach parteipolitischen Erwägungen Organmitglieder in die Aufsichtsgremien (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder Verbandsrat) entsendet.⁴ Auch können die jeweiligen Satzungen oder gesetzlichen Grundlagen sog. geborene Organmitgliedschaften kraft Amtes (z.B. der jeweilige Bürgermeister) vorsehen.

¹ Der Beitrag orientiert sich verstärkt an der Ländergesetzgebung NRW, ist aber im Wesentlichen auf andere Bundesländer übertragbar.

² Turiaux/Huber, BayGemeinderat 2011, 149ff.; Bergmann/Breidenbach, BKP Public Sector 2013, 1ff mit Verweis auf den Korruptionsskandal in Brandenburg, Neuruppiner Filz-Affäre, Gehaltsskandal um Lübecks Stadtwerke, Stadtwerke-Skandal in Wolfsburg und Potsdam, Bestechungsskandal bei den Stadtwerken in München, Leipziger Wasserwerke-Skandal und der Stadtwerke-Skandal in Steinfurt.

³ <https://www.welt.de/print-welt/article249893/Messe-Duesseldorf-verklagt-Ex-Chef-auf-Millionensumme.html>.

⁴ Krieger, Organpflichten und Haftung in der AG, § 19 Rz. 69.



2 Freistellung gegen den entsendenden kommunalen Träger

Der entsendete Funktionsträger kann sich für seine Tätigkeit in einem kommunalen Unternehmen an der entsprechenden Kommune schadlos halten, wenn die Gesellschaft ihn für eine Pflichtverletzung haftbar macht und ihm bei einer durch ihn verursachten Schädigung weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (z.B. § 113 Abs. 6 S. 1 GO NRW, Art. 93 Abs. 3 BayGO, § 104 Abs. 4 S. 1 BW GemO, § 125 Abs. 3 S. 1 HGO, § 138 Abs. 8 i.V.m Abs. 6 S. 1 NKomVG).

Insofern gilt dies ähnlich wie bei § 48 BeamtStG oder § 84 LBG NRW, wonach ein Beamter seinem Dienstherrn ebenfalls nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz haftet. Allerdings handelt es sich hierbei um eine echte Haftungsprivilegierung und nicht, wie vorliegend, um einen Erstattungsanspruch.

Zudem wird dieser Anspruch gegen die Kommune auch auf Fälle von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz erweitert, wenn der kommunale Vertreter auf Weisung der Kommunalvertretung oder eines Ausschusses gehandelt hat (z.B. § 113 Abs. 6 S. 2 GO NRW, § 125 Abs. 3 S. 2 HGO). Allerdings begibt sich das Aufsichtsratsmitglied in das Spannungsverhältnis, indem es als Angehöriger eines Gesellschaftsorgans grundsätzlich den Belangen der Gesellschaft den Vorzug vor denen des entsendenden Trägers zu geben hat.⁵ Beispielsweise könnte der Gemeinderat einen Bebauungsplan beschließen, der auch das Eigentum der Stadtwerke betrifft. Oder aber die Sparkasse beschließt die Verwertung eines Gebäudes, weil der Kreditnehmer insolvent wurde. Die Gemeinde hat aber ganz andere Absichten bzgl. der künftigen Nutzung. Das beschriebene Spannungsverhältnis lässt sich nur so auflösen, dass Weisungen des öffentlichen Anteilseigners zwar kommunalrechtlich zulässig, aber gesellschaftsrechtlich unverbindlich sind. Ausnahmen kann es beim fakultativen Aufsichtsrat geben.⁶

Es stellt sich die Frage, inwieweit der kommunale Vertreter in den Schutzbereich des § 113 Abs. 6 S.2 GO NRW gelangt, wenn er eine rechtswidrige Weisung ausübt. Die wäre gegeben, wenn das Aufsichtsratsmitglied nach Weisung des Rates gehandelt hat, er aber eigentlich weisungsfrei ist, z.B. weil er Mitglied eines obligatorischen Aufsichtsrates einer GmbH ist. Der BGH hatte die Anwendbarkeit einer Privilegierung im Zusammenhang mit § 55 GO NRW in einer für die Entscheidungsbegründung nicht wesentlichen Anmerkung in Frage gestellt.⁷ Diesem Gedanken folgend, könnte man § 113 Abs. 6 S. 2 GO NRW auch so verstehen, dass die Ersatzpflicht der Gemeinde nur dann besteht, wenn sie tatsächlich berechtigt war, ihren Vertreter anzuweisen. Letztendlich würde man hier allerdings die Andeutung des BGH überbewerten.⁸ Für den Vorstand der AG, auf den sich der BGH in seiner Entscheidung bezieht, ergibt sich aus dem Gesetz die Weisungsfreiheit. Für das Aufsichtsratsmitglied ergibt sich diese nur da, wo eine Weisung gegen gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen verstößt.⁹ Die Regelung

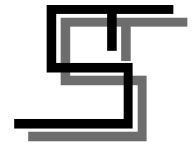
⁵ BGH NJW 1962, 864 (866).

⁶ BVerwG, NJW 2011, 3735.

⁷ BGH, Beschluss vom 28.06.1984 - III ZR 220/83, Rz. 9, NVwZ 84, 749f.: „Im übrigen steht den Vorstandsmitgliedern, die auf Vorschlag der Gemeinde von der juristischen Person selbst bestellt werden, nicht einmal dieser Freistellungsanspruch zu, da sie keinen Weisungen unterliegen (vgl. v. Loebell-Salmon, GO NW, 4. Aufl. 1980 ff., § 55 Erl. 17)“; wohl auch: Altmeppen, NJW 2003, 2561 (2567).

⁸ So auch bereits Schäfer/Roreger, https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Verwaltung/Handreichung_Kommune/FES_Rechtsstellung_kommunaler_Vertr_eter_in_Aufsichtsr_eten_privater_Unternehmen_1998.pdf; Kapitel 13.3.

⁹ Ebenda.



des § 113 Abs. 6 S. 2 GO NRW sollte in seiner Klarheit zum Schutze des “nebenamtlichen“ Aufsichtsrates so verstanden werden, dass die Gemeinde letztlich dem kommunalen Funktionsträger für jeden Schaden aufkommen muss, sofern sie ihren Vertreter zur schädigenden Handlung angewiesen und dieser die Anweisung befolgt hat und zwar unabhängig davon, ob die Gemeinde tatsächlich berechtigt war, ihren Vertreter anzuweisen. Absolute Klarheit besteht in diesem Punkt jedoch nicht.

Der gesetzliche Haftungsfreistellungsanspruch ist generell nachgelagert und setzt voraus, dass auch eine Haftung des Organmitglieds/Mandatsträgers besteht. Aus deren Sicht dürfte es primär darauf ankommen, dass festgestellt wird, dass schon gar keine Haftung vorliegt. Dies gilt umso mehr bei einem politisch geprägtem Umfeld.

Zudem ist nicht sichergestellt, dass eine wie auch immer festgestellte Haftung die jeweiligen Verschuldensstufen, insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Fahrlässigkeit und grober Fahrlässigkeit, berücksichtigt und differenziert. Es stellt sich daher im Hinblick auf mögliche Haftungsprivilegierungen immer die Frage, wann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nur in einfachem und wann im schweren Maße außer Acht gelassen wurde.

3 Innenhaftung

Wie gerade aufgezeigt, kann ein Mandatsträger sich nicht darauf verlassen, dass sein Handeln im Schadenfall immer unter eine Haftungsprivilegierung fällt bzw. er einen Freistellungsanspruch hat. Daher soll im Folgenden der vorgelagerte Haftungsmaßstab in den jeweiligen Organisationsformen dargestellt werden.

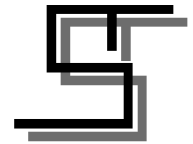
3.1 GmbH und AktG

Hat ein Aufsichtsratsmitglied einer AG oder GmbH seine gesellschaftsrechtliche Sorgfaltspflicht schuldhaft verletzt und ist dadurch der Gesellschaft ein Schaden entstanden, ist es der Gesellschaft gegenüber entsprechend §§ 116, 93 Abs. 2 AktG bzw. über die Koppelungsnorm des § 52 GmbHG schadensersatzpflichtig.

Voraussetzung einer Haftung ist, dass das Aufsichtsratsmitglied die Pflichtverletzung schuldhaft begangen hat. Leichteste Fahrlässigkeit reicht aus. Zudem trifft das Aufsichtsratsmitglied die in den §§ 52 Abs.1 GmbHG, 93 Abs. 2 S. 2 AktG verankerte Beweislastumkehr, dass die geschädigte Gesellschaft lediglich ein schadenstiftendes Verhalten zu benennen hat und aufzeigen muss, dass dieses für den Schaden kausal war. Liegt dies vor, hat sich das Aufsichtsratsmitglied zu entlasten, dass es nach den Umständen seinen Pflichten nachgekommen ist oder schuldlos nicht nachkommen konnte. Dies schließt ggf. den Nachweis der Einhaltung seines – grundsätzlich weiten – unternehmerischen Ermessensspielraums ein. Die teilweise Beweislastumkehr gilt auch für ein ausgeschiedenes Organmitglied. Dass es keinen uneingeschränkten Zugang zu den Informationen und Unterlagen der Gesellschaft mehr besitzt, rechtfertigt keine Einschränkung der Beweislastumkehr.¹⁰

§ 116 AktG gilt für alle Aufsichtsratsmitglieder gleichermaßen, seien es Anteilseigner- oder Arbeitnehmervertreter, seien es entsandte oder gerichtlich bestellte Aufsichtsratsmitglieder; für den fakultativen Aufsichtsrat kann die Satzung hiervon

¹⁰ Krieger, Organpflichten und Haftung in der AG, § 3 Rz. 42.



jedoch abweichen und den Haftungsmaßstab auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken.¹¹

Die entsandten Aufsichtsratsmitglieder müssen über die zur Führung ihrer Organtätigkeit notwendigen Kenntnisse verfügen oder sich diese verschaffen. Gerade die kommunalen Amtsträger können erfahrungsgemäß oft nur sehr schwer diese Vorgaben angesichts ihrer beschränkten, zeitlichen Verfügbarkeit für diese Aufgabe neben anderen ehrenamtlichen Tätigkeiten und dem hauptberuflichen Anforderungen erfüllen.¹² Es gibt „keinen Rabatt für Politiker und Personalvertreter“.¹³

Auf gesellschaftsrechtlicher Haftungsebene können sich die Aufsichtsratsmitglieder kommunaler Gesellschaften – wie aufgezeigt – nicht auf öffentlich-rechtliche Haftungsbegrenzungen-/privilegierungen beziehen oder sich darauf berufen, nur nach Weisung gehandelt zu haben.

3.1.1 Verschwiegenheitspflicht

Die Regelung des § 116 S. 2 AktG führt die Verschwiegenheitspflicht über erhaltende vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen als Sorgfaltspflicht auf. Insofern befindet sich das Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsmitglied in dem Spannungsverhältnis zwischen dem Unternehmensinteresse und gemeindlichen bzw. politischen Informationsinteresse. Dabei gilt wieder der Grundsatz, dass die aktienrechtlichen Vorgaben den landesrechtlichen Gemeindeordnungen vorgehen. Im Aktienrecht ist in den §§ 394 ff. für Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, eine Ausnahme der beschriebenen Verschwiegenheitspflicht geregelt. Nach § 394 AktG sind sie zur Weitergabe vertraulicher Informationen befugt, wenn dies zur Erfüllung ihrer Berichtspflicht notwendig ist. Als Adressat fallen darunter der Bürgermeister und der Gemeinderat, aber nach herrschender Meinung nicht die politischen Fraktionen, die gerne einen direkten Informationsanspruch hätten. Im Gesellschaftsvertrag des fakultativen Aufsichtsrats können allerdings entsprechende Detailfragen zur Berichterstattung geregelt werden.

3.1.2 Sorgfaltspflicht aus § 93 Abs. 2 AktG

Aufgabe von Aufsichts- oder Verwaltungsräten ist nicht die Leitung der Gesellschaft, sondern die Überwachung der Geschäftsführung. Die Aufsichtsräte haben daher im Sinne von § 116 AktG die Sorgfalt zu wahren, die für eine ordentliche und pflichtgemäße Überwachung notwendig ist. Unter der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers wird wiederum allgemein die Sorgfalt verstanden, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter im Sinne von § 93 Abs. 1 AktG anwenden würde, wenn er das Geschäft treuhänderisch führt.¹⁴

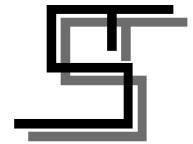
Seine Pflicht ist es, sich hinreichend zu informieren und von seinen Überwachungs- und Kontrollinstrumenten Gebrauch zu machen (Auskunftsbeschaffungspflicht). Der Verwaltungsrat handelt stets als Gruppe. Kein Mitglied des Verwaltungsrats hat als

¹¹ BeckOK GmbHG/C. Jaeger, GmbHG § 52 Rz. 80 m.w.N.

¹² Fassbach/Wettich, Behördenspiegel 2016, 20; Turiaux/Huber, BayGemeinderat 2011, 149ff.

¹³ Völter, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 110.

¹⁴ Spindler/Stilz/Spindler, 3. Aufl. 2015, AktG § 116 Rz. 51.



einzelner Rechte und Pflichten gegenüber der Geschäftsführung. Sofern ein Aufsichtsratsmitglied allerdings Bedenken hinsichtlich einer Entscheidung des Kollegialorgans hat, weil ein Beschluss des Aufsichtsrats gegen ein Gesetz oder die Satzung verstößt, ist jeder Aufsichtsrat verpflichtet, dagegen vorzugehen. Kommt es zu einer Abstimmung des Verwaltungsrats, wird ein Mitglied nicht schon durch eine Enthaltung oder eine schlichte Gegenstimme bei der Beschlussfassung im Verwaltungsrat entlastet. Es muss vielmehr den Versuch unternehmen, die anderen Verwaltungsratsmitglieder von seiner Meinung zu überzeugen, zumindest indem es seine abweichende Auffassung in der Diskussion vorträgt und inhaltlich begründet.¹⁵ Es sollte eine Niederschrift der Sitzung gefertigt werden, in der die Bedenken aufgeführt sind.

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

Neben dem Sorgfaltsmaßstab der § 93 Abs. 1 AktG findet auch die Haftungsregelung des § 93 Abs. 2 AktG und damit auch die Business Judgement Rule (BJR) Anwendung, wonach eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn das Organmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

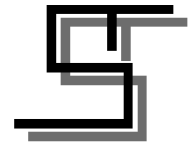
Maßnahmen, Entscheidungen und Unterlassungen eines Aufsichtsratsmitglieds können Teil einer unternehmerischen Entscheidung des Aufsichtsrats, Teil einer Überwachungsentscheidung oder Teil der Beratungstätigkeit des Aufsichtsrats sein.

a) Überwachungs- und Beratungstätigkeit des Aufsichtsrats

Zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats ist die Überwachung und Beratung der Geschäftsleitung (§ 111 Abs. 1 AktG).

Dabei haben die Aufsichtsratsmitglieder ihr Handeln an der Einhaltung von Gesetzen, dem Unternehmenszweck und -interesse sowie ggf. weiteren geltenden Regularien zu orientieren (Legalitätspflicht). Auf Maßnahmen, die zur Überwachungs- und Beratungstätigkeit des Aufsichtsrats gehören, findet die BJR keine Anwendung – die Legalitätspflichten sind schlicht einzuhalten. Bei Überwachungsentscheidungen hat der Aufsichtsrat keinen eigenen Entscheidungsspielraum, da die Entscheidung nicht von einer Prognoseunsicherheit geprägt ist. Letzteres ist der Fall bei der Wahrnehmung von Kontrollpflichten gegenüber der Geschäftsführung, insbes. bei der Entscheidung, ob Haftungs- oder Bereicherungsansprüche der Gesellschaft gegenüber Geschäftsführern geltend gemacht werden sollen, oder, bei regelmäßiger Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, dieser zur Entscheidung vorgelegt werden. Die Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder, Schadensersatzansprüche gegen Mitglieder

¹⁵ Völter, Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsräten, 5. Aufl., S. 92.



der Geschäftsführung beim Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte zu prüfen und durchzusetzen, kann ihrerseits wiederum Ausgangspunkt für Schadensersatzansprüche gegen diese Aufsichtsratsmitglieder sein.

b) Unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats

Bei unternehmerischen Entscheidungen, bei denen dem Aufsichtsrat die gleichen Entscheidungsspielräume wie dem Vorstand und eine eigene Gestaltungskompetenz zur Verfügung stehen, kann der Aufsichtsrat ebenso wie die Geschäftsführung bzw. der Vorstand die Schutzwirkung der BJR in Anspruch nehmen.

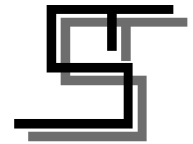
Unternehmerische Entscheidungen eines Aufsichtsrats liegen vor, wenn die Entscheidung der Gesellschaft allein von diesem Gremium getroffen wird, wie z.B. in Ausübung der Personalkompetenz, beim Vertragsabschluss mit dem Abschlussprüfer oder bei der Ausübung von Beteiligungsrechten in einer mitbestimmten Tochtergesellschaft (§ 32 MitbestG, § 15 MitbestErgG). Entsprechendes gilt auch für die Mitwirkung bei der Feststellung des Jahresabschlusses und bei der Entscheidung über die Einstellung eines Teils des Jahresüberschusses in die Gewinnrücklagen (§ 58 Abs. 2). Es handelt sich hier nicht um Zustimmungskompetenzen, sondern um eigenständige Mitwirkungsrechte.

In anderen Fällen, wenn die Geschäftsführungsentscheidung der Geschäftsleitung der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, hat der Aufsichtsrat zwar auch die gleichen Entscheidungsspielräume wie die Geschäftsleitung, aber er verfügt über keine eigene Gestaltungskompetenz. Er darf nicht die Entscheidung des Vorstands durch eine eigene Sachentscheidung ersetzen. Es steht im unternehmerischen Ermessen des Aufsichtsrats, ob er nach sorgfältiger Beurteilung des Sachverhalts eine vom Vorstand vorgeschlagene Entscheidung billigt oder ablehnt. Bei dieser auf präventive Kontrolle gerichteten Ermessensentscheidung kommt dem Aufsichtsrat auch die BJR zu Gute.

Im Hinblick auf den beschriebenen privilegierten Erstattungsanspruch im öffentlich-rechtlichen Bereich könnte man auf den Gedanken kommen, die Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen BJR abzulehnen, da der Mandatsträger bereits ausreichend durch den Erstattungsanspruch gegen die entsendende Kommune geschützt wird. Die BJR wurde durch Art. 1 Nr. 1a des UMAG als neuer § 93 Abs. 1 Satz 2 in das Aktiengesetz eingefügt. Der Sache nach war sie bereits zuvor anerkannt.¹⁶ Zusätzlich ist die BJR in den Deutschen sowie die Public Corporate Governance Kodexes aufgenommen worden. Sie wird als Privilegierung gegenüber dem ansonsten geltenden Haftungsmaßstab des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG verstanden und soll einen „sicheren Hafen“ bieten, der Organmitglieder davor schützt, dass unternehmerische Misserfolge auf der Grundlage nachträglicher besserer Erkenntnis als Sorgfaltspflichtverstöße sanktioniert werden. Die Wirkungsweise dieses Privilegs wird unterschiedlich gesehen. Sie reichen von der Annahme eines der richterlichen Nachprüfung entzogenen unternehmerischen Ermessensspielraums über die Einordnung als unwiderlegliche Vermutung objektiv rechtmäßigen Verhaltens bis hin zu der Annahme, dass im Anwendungsbereich der BJR eine Haftung gegenüber der Gesellschaft nur ab der Grenze der groben Fahrlässigkeit oder für grobe Versäumnisse in Betracht komme.¹⁷ Welchem Ansatz man auch immer folgt: gegen die Verneinung einer Anwendbarkeit der BJR

¹⁶ BGHZ 135, 244 (253) (ARAG/Garmenbeck); BGHZ 136, 133 (139) (Siemens/Nold); Krieger, Organpflichten und Haftung in der AG, § 3 Rz. 13.

¹⁷ Cahn, Business Judgment Rule und Rechtsfragen, S. 2 m.w.N. sowie Bachmann, FS Stilz, 2014, S. 25ff.



spricht insbesondere, dass z.B. § 113 Abs. 6 GO NRW ein nachgelagerter eigenständiger Erstattungsanspruch ist und voraussetzt, dass der Mandatsträger nach den gesetzlichen Vorgaben für sein Handeln bereits haftet, was z.B. nach den Haftungsregimen des § 93 AktG bzw. § 43 GmbHG zu beurteilen ist. Insofern gilt wiederum die Trennung zwischen dem bundesrechtlichen Gesellschaftsrecht und dem landesspezifischen Regelungen der Gemeindeordnung. Selbst wenn statt eines ausgelagerten Erstattungsanspruchs eine Privilegierung im Haftungstatbestand vorgesehen wäre, beträfe die BJR die Ebene der Pflichtverletzung, wohingegen eine Privilegierung im obigen Sinne eine Frage des Verschuldens ist.

3.1.3 Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife

Nach einer Studie des Instituts für den öffentlichen Sektor e.V.¹⁸ aus dem Jahr 2016 sind rund ein Viertel der deutschen Stadtwerke akut gefährdet, mit einer möglichen Insolvenz als ultima ratio. Auf die bisherigen bekannten Insolvenzen Stadtwerke Doberlug-Kirchhain GmbH (2002), Flensburger Förde Energie (2012) oder Stadtwerke Gera (2015) wird hingewiesen.

Bereits im Jahr 2009 hatte der BGH (II ZR 280/07) die Informationspflicht der Aufsichtsräte betont. Sie müssten sich ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens verschaffen und insbesondere in einer Krisensituation, alle ihnen zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen.

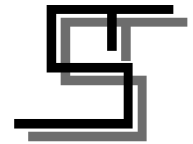
Wenn der Aufsichtsrat feststellt, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, hat das Gremium darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig Insolvenzantrag stellt. Außerdem dürfen ab Eintritt der Insolvenzreife ohne gewissenhafte und sorgfältige Prüfung keine Zahlungen mehr geleistet werden.

Erforderlichenfalls muss der Aufsichtsrat die Geschäftsleitung austauschen und unzuverlässig erscheinende Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder abberufen. Verstoßen die Kontrolleure schuldhaft gegen ihre Pflichten, können sie für geleistete Zahlungen des Unternehmens dem Insolvenzverwalter gegenüber persönlich ersatzpflichtig werden. Dies entspricht auch der aktuellen Entwicklung, dass immer häufiger Haftungsansprüche nicht nur allein gegen das Management, sondern auch gegen die Aufsichtsräte von den Insolvenzverwaltern und Gläubigern juristisch durchgesetzt werden.¹⁹

Die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH sind bei einer Verletzung ihrer Überwachungspflicht hinsichtlich der Beachtung des Zahlungsverbots aus § 64 Satz 1 GmbHG zwar auch, aber nur dann der GmbH gegenüber nach § 93 Abs. 2, § 116 AktG, § 52 GmbHG ersatzpflichtig, wenn die Gesellschaft durch die regelwidrigen Zahlungen in ihrem Vermögen i.S. der §§ 249 ff. BGB geschädigt worden ist. Die Aufsichtsratsmitglieder haften dagegen nicht, wenn die Zahlung - wie im Regelfall - nur zu einer Verminderung der Insolvenzmasse und damit zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger geführt hat (BGH, Urteil vom 20.09.2010 (II ZR 78/09)).

¹⁸ http://www.focus.de/immobilien/energiesparen/zahlen-schockieren-ein-viertel-der-deutschen-stadtwerke-stehen-vor-der-pleite_id_5304349.html.

¹⁹ Sutorius, Aufsichtsräte im Visier der Insolvenzverwalter, welt.de vom 28.06.2017.



3.1.4 Sonstige zivilrechtliche Haftung

Die Haftung nach § 117 Abs. 2 AktG gilt ausdrücklich nur für die Aktiengesellschaft. Ob sie analog auch für die GmbH gilt, wird anhand der verschiedenen Ausprägungen der GmbH-Formen (mit und ohne Aufsichtsrat/Art des Aufsichtsrats) festgemacht.²⁰ Zudem kommt eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz, § 824 BGB sowie § 826 BGB in Betracht.

3.2 Sparkassen und andere AöR

Die Haftungsgrundlage für das Aufsichtsorgan der öffentlich-rechtlichen Institute ist teilweise in den Landesgesetzen enthalten, teilweise fehlt jedwede Regelung. In der sparkassenrechtlichen Literatur ist jedoch allgemein anerkannt, dass Verwaltungsratsmitglieder für Pflichtverletzungen haften, und zwar auch dann, wenn das anwendbare Sparkassengesetz keine Haftungsnorm enthält.²¹ Der unter 3.1.1, 3.1.2 und nach Wegfall der Gewährträgerhaftung für Sparkassen auch der unter 3.1.3 dargestellte Pflichtenkatalog gilt genauso bei Verwaltungsräten von Sparkassen, an die der Gesetzgeber spezielle Anforderungen stellt und auch im Umkehrschluss oft eigene Haftungsregeln vorgibt.

Nach § 36 Abs. 3 Kreditwesengesetz (KWG) müssen die Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines Instituts u.a. zuverlässig sein und die zur Wahrnehmung der Kontrollfunktion sowie zur Beurteilung und Überwachung der Geschäfte, die das Unternehmen betreibt, erforderliche Sachkunde besitzen. Entsprechend wird z.B. in Art. 10 Abs. 1 SpkG Bay für die fachliche Geeignetheit abstrakt *eine besondere Wirtschafts- und Sachkunde* für die Bestellung als Mitglied des Verwaltungsrats vorausgesetzt. Die Sachkunde muss so weit reichen, dass das Mitglied imstande ist, die vorgelegten Unterlagen einschließlich Bilanz und Prüfungsbericht zu verstehen, ggf. Ergänzungen zu fordern und aufgrund dieser Information die Situation des Instituts, die Vorstandsarbeit und die zu treffenden Entscheidungsgegenstände zu beurteilen.²² Um zu einem eigenen Urteil zu gelangen, ob die Risikotragfähigkeit der Sparkasse gesichert ist, ob sich Chancen und Risiken in einem akzeptablen Verhältnis befinden und wie sich Ertrags- und Kapitallage längerfristig entwickeln, bedarf es vor allem des Mutes zur kritischen Nachfrage. Für die Mitglieder des Verwaltungsrats vermittelt eine Schulungsveranstaltung des Sparkassenverbands zum Auftakt der Amtszeit wichtige Kenntnisse zur Vorbereitung auf die Überwachungstätigkeit. Ob damit dem Sachkundenachweis genüge getan wird, kann hinterfragt werden.

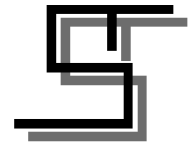
Oft trifft ein vom Verwaltungsrat gebildeter Kreditausschuss in kleinerem Kreis Entscheidungen über die Gewährung von großen Kreditbeträgen, welche die Vorstandskompetenz übersteigen. Insofern handelt ein Verwaltungsrat auch operativ und damit mit einer verstärkten Haftungsrelevanz.

In einigen Bundesländern wurde der Haftungsmaßstab des Verwaltungsrats einer Sparkasse gesetzlich ausdrücklich geregelt. § 15 Abs. 8 SpkG NRW sieht z.B. in Anlehnung die beamtenrechtliche Privilegierung vor, dass ein Mitglied des Verwaltungsrats, welches vorsätzlich oder grob fahrlässig die ihm obliegenden Pflichten verletzt, der Sparkasse den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen hat. Sofern keine

²⁰ Spindler/Stilz/Schall, 3. Aufl. 2015, AktG, § 117 Rz. 34.

²¹ Fischer, Organpflichten und Haftung in der AG, § 19 Rz. 69.

²² Fischer, Organpflichten und Haftung in der AG, § 19 Rz. 62.



ausdrückliche Regelung im Landessparkassenrecht besteht, ist umstritten, ob eine analoge Anwendung dieser Privilegierung erfolgt.²³

Darüber hinaus können nach § 114a GO NRW die Gemeinden in NRW Unternehmen und Einrichtungen in der Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) errichten oder bestehende Regie- oder Eigenbetriebe in eine selbstständige AöR umwandeln. Die Haftung eines Verwaltungsrats ist allerdings in § 114a GO NRW nicht geregelt, dafür allerdings in § 2 Abs. 4 KUV NRW. Danach gilt die Haftungsprivilegierung von Ratsmitgliedern gemäß § 43 Abs. 4 GO NRW bei der Fassung von Beschlüssen entsprechend. Eine Haftungsnorm für darüber hinausgehende Handlungen z.B. im Rahmen der Überwachungs- und Beratungstätigkeit eines Verwaltungsrats ist jedoch gesetzlich nicht verankert. Insofern kommt eine analoge Anwendung von §§ 116, 93 AktG oder aber nach § 15 Abs. 8 SpkG NRW in Betracht. Erstere würde eine Haftung ab leichtester Fahrlässigkeit bedeuten, dafür allerdings auch die Anwendung der oben näher erläuterten Business Judgement Rule. Eine Haftung im Sinne von § 15 Abs. 8 SpkG NRW bzw. der sich durch das öffentliche Recht durchziehende Haftungsprivilegierung (u.a. § 48 BeamtStG, § 84 LBG NRW) würde nur die Haftung für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorsehen.²⁴

3.3 Pflicht zur Durchsetzung

Das Gebot der Wirtschaftlichkeit bzw. die jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften sehen vor, dass Pflichtverletzungen, die schuldhaft zu einem Schaden bei der Gesellschaft führen, von der Gesellschaft/Gebietskörperschaft gegenüber den verantwortlichen Organen geltend zu machen sind (z.B. VG Minden, Urteil vom 26.05.2008 oder auch „ARAG-Garmenbeck“-Entscheidung des BGH vom 21.04.1997).²⁵

Generell dürfte eine „stille und einvernehmliche Regelung“ heut zu Tage aufgrund der verschiedensten Interessenlagen (u.a. Presse, Staatsanwaltschaft, politische Gegner) und im Lichte von Compliance kaum noch möglich sein.

4 Risikotransfer

Letztlich verbleibt sowohl beim Mandatsträger als auch bei dem entsendenden Träger ein finanzielles Risiko, welches der kommunale Träger für sich und für seinen Mandatsträger absichern kann.

4.1 D&O-Versicherung

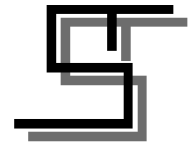
Durch eine D&O-Versicherung werden Ansprüche von Dritten (Außenhaftung) und Ansprüche der Gesellschaft (Innenhaftung) gegen ein Organmitglied versichert.²⁶ In Deutschland liegt das Schadenverhältnis dabei bei ca. 20:80, wobei es sich bei der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern bis auf die Fälle der Insolvenzhftung fast ausschließlich um solche des Innenverhältnisses handeln dürfte.

²³ Ablehnend: Fischer, Organpflichten und Haftung in der AG, § 19 Rz. 100.

²⁴ Differenzierend dazu: Empt/Orlikowski-Wolf, ZIP 2016, 1053ff.

²⁵ Wobei die öffentlich-rechtlichen Maßstäbe sogar strenger sein dürften als die gesellschaftsrechtlichen aus der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung, die unter gewissen Umständen ein Abweichen zulassen.

²⁶ Ausführlich dazu Halm/Engelbrecht/Krahe/Held, Kap.33, Handbuch FA Versicherungsrecht, 5. Auflage 2015.



Versicherungsnehmer einer D&O-Versicherung ist in der Regel die Gesellschaft, in der der Funktionsträger sein Mandat ausübt. Mittlerweile wird jedoch vereinzelt auch die Körperschaft als solche Versicherungsnehmer, indem sie nicht nur sich, d.h. ihre haftungsrelevanten Mitarbeiter, sondern auch ihre Beteiligungen und die von ihr veranlassten Fremdmandate selber versichert. Die Versicherten teilen sich dann eine Versicherungssumme (ggf. mehrfach maximiert), während die Versicherungsprämie vielfach auf die versicherten Unternehmen allokiert wird. Oft sehen auf Arbeitsebene die vertraglichen Regelungen – vor allem die der Geschäftsführer – vor, einen bestimmten D&O-Versicherungsschutz während ihrer Tätigkeit und danach sicherzustellen. Diese sog. Verschaffungsklauseln sind bei der Gestaltung des D&O-Schutzes durch den Versicherungsnehmer zu berücksichtigen. Auch individuelle D&O-Versicherungen sind erhältlich.

Die D&O-Versicherung hat als Haftpflichtversicherung sowohl eine Abwehr- als auch eine Schadenausgleichskomponente. Der Versicherer unterstützt die versicherte Person bei der Abwehr unberechtigter Ansprüche – sie setzt damit bereits bei der Haftungsvermeidung an. Diese wird auch der betroffene Mandatsträger/das betroffene Organmitglied – auch um eine Rufschädigung zu vermeiden – anstreben und wird sich entsprechend gegen die Vorwürfe verteidigen.

4.2 Kommunale Träger für Schadenausgleich

Kommunen haben sich in verschiedenen Interessensgemeinschaften zusammengeschlossen bzw. eigene Risikoträger geschaffen, um eigene Wege eines Risikotransfers, unabhängig von den privatwirtschaftlichen Versicherungsformen, zu ermöglichen.

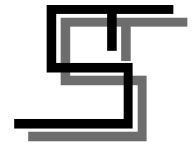
Beim Bestehen entsprechender Verträge können sich Kommunen z.B. durch Haftpflichtversicherungen mittels des Kommunalen Schadenausgleichs (KSA) oder der GVV Kommunalversicherung in Form der Vermögensschadeneigenversicherung absichern.

4.2.1 KSA

Bei dem KSA handelt es sich um einen Zusammenschluss von Gemeinden und Gemeindeverbänden, der dem Aufwandausgleich seiner Mitglieder und deren Mitarbeiter aus Haftpflicht-, Kraftfahrt- und Unfallschäden dient. Dadurch können Städte und Gemeinden Großschäden mangels ausreichender eigener Haushaltsmittel im Rahmen dieser Selbsthilfeeinrichtung bewältigen.

Die Mitglieder genießen Deckungsschutz für alle gegen sie gerichteten gesetzlichen Haftpflichtansprüche sowie für die zu deren Abwehr erforderlichen Kosten. Insofern ist der KSA vom sachlichen Umfang mit einer D&O vergleichbar. Allerdings gibt es wesentliche Unterschiede, die für die Kennzeichnung der durch den KSA versicherten Interessen von Bedeutung sind:

- Im Gegensatz zur D&O-Versicherung beschränkt sich der KSA nur auf den Ausgleich von Drittansprüchen.
- Zudem tritt der KSA nicht als Haftpflichtversicherer im Prozess auf, sondern gleicht als eine Art Verrechnungsstelle die angemeldeten Schadenfälle aus.
- Das Mitglied muss sich selber mit dem Schaden auseinandersetzen und ggf. prozessieren.



Im Falle einer persönlichen Haftpflicht werden die handelnden Mitarbeiter vor einem eigenen Vermögensschaden geschützt. Anders als in der D&O-Versicherung tritt hierbei das Argument des Bilanzschutzes in den Hintergrund, da insofern keine Innenverhältnisansprüche versichert sind.

4.2.2 GVV – Vermögenseigenschadenversicherung

Die Vermögensschadeneigenversicherung des GVV sichert die versicherte Kommune gegen Schäden durch Fehlentscheidung ihrer Mitarbeiter ab.

Versichert sind ihre haupt- und ehrenamtlich tätigen Mitarbeiter und die Mitglieder ihrer Vertretungskörperschaften, der Ausschüsse sowie ihrer Organe.

Bei fahrlässig verursachten Vermögensschäden bietet die GVV eine Deckungssumme von bis zu EUR 500.000. Zusätzlich kann sich die Kommune gegen vorsätzlich verursachte Vermögensschäden bis zu EUR 1,5 Mio. absichern, wobei typisch für Versicherungsverträge ein Rückgriffverzicht gegen den Schadenverursacher nur in Fällen der Fahrlässigkeit möglich ist, jedoch nicht bei vorsätzlichem Handeln.

Zu bedenken ist allerdings, dass mit diesem Absicherungsmodell nicht dem Umstand Rechnung getragen werden kann, dass die gesellschaftsrechtliche Haftung von Organen unbegrenzt ist.

Ein weiterer Unterschied zur D&O-Versicherung ist aus Sicht der betroffenen Personen im Gegensatz zu den Deckungskonzepten von KSA und GVV-

Vermögenseigenschadenversicherung von entscheidender Bedeutung:

Versicherungsnehmer ist zwar auch das Unternehmen/die Kommune. Die Rechte stehen bei der D&O-Versicherung im Sinne von § 44 VVG allerdings den versicherten Personen zu, d.h. sie haben Anspruch auf die beim Eintritt des Versicherungsfalles versprochene Leistung.

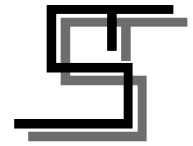
Nach den GVV-Bedingungen besteht z.B. kein Versicherungsschutz für Schäden aus Entscheidungen ihrer Organe oder von Mitgliedern der Vertretungskörperschaft sowie ihrer Ausschüsse, bei denen finanzielle Nachteile bewusst und gewollt in Kauf genommen wurden.²⁷ Es stellt sich die Frage, wie festgestellt wird, ob ein solcher Ausschluss greift? Auch in der D&O-Versicherung sind vorsätzliche bzw. wissentliche Pflichtverletzungen ausgeschlossen. Allerdings ist in modernen D&O-Versicherungsbedingungen der Eventualvorsatz, d.h. die billigende Inkaufnahme eines Schadens, explizit mitversichert, da nur der sog. dolus directus (Absicht und direkter Vorsatz) ausgeschlossen werden soll. Bis zu einer rechtskräftigen Feststellung von Wissentlichkeit/Vorsatz ist der D&O-Versicherer zur Leistung verpflichtet.

Auch D&O-Versicherungen enthalten zunehmend Bausteine für die Absicherung von Eigenschäden.

4.3 Zulässigkeit einer Versicherung

Eine wie auch immer geartete Versicherungslösung ist am öffentlich-rechtlichen Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu messen. Nach z.B. § 7 Abs. 2 LHO NRW sind für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen.

²⁷ Ziffer 7.5 AVB VE 1.14 GVV-Kommunal.



Hauptkriterium dürfte dabei der Bilanzschutz auf Seiten des Versicherungsnehmers sein, der bei einer Eigenschadendeckung selbstredend der Fall ist. Aber auch bei einer D&O-Versicherung wird im Falle des Schadenausgleichs zumindest ein mittelbarer Bilanzschutz erzielt, indem das anspruchstellende Unternehmen mit dem D&O-Versicherer einen solventen Schuldner erhält. Eine Absicherung im öffentlich-rechtlichen Sektor durch eine D&O-Versicherung ist daher ohne Weiteres zulässig.²⁸

Auch die verschiedenen Public Corporate Governance Kodexes (PCGK) greifen die Möglichkeit zur Absicherung durch eine D&O-Versicherung auf, beschränken sich aber bei ihrer Empfehlung zur Verwendung eines angemessenen Selbstbehalts in der D&O-Versicherung auf die Mitglieder der Geschäftsleitung und nicht auf die des Aufsichts- oder Verwaltungsrates.

4.4 Anpassungen einer gewöhnlichen D&O-Versicherung

D&O-Versicherungen werden im öffentlich-rechtlichen Bereich in der Regel nicht wegen des haftungsrechtlichen Restrisikos von haftungsprivilegierten Mandatsträgern in den Kontrollgremien abgeschlossen, sondern - im Bereich des Schadenausgleichs - um einen mittelbaren Bilanzschutz zugunsten der Gesellschaft/Körperschaft/Anstalt herbeizuführen. Im Vordergrund steht hierbei die Absicherung von Fehlentscheidungen der operativen, geschäftsführenden Ebene. Die Aufsichtsgremien kann jedoch, wie aufgezeigt, ein Überwachungsverschulden treffen.

Eine D&O-Versicherung sollte allerdings den öffentlich-rechtlichen Besonderheiten gerecht werden. Dies gilt insbesondere für:

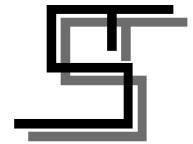
4.4.1 Regressverzicht

Typische D&O-Versicherungen enthalten Regelungen zum Forderungsübergang auf den Versicherer nach § 86 Abs. 1 S.1 VVG, sofern die versicherte Person einen anderweitigen Anspruch auf Erstattung hat. Demnach ginge der dann einschlägige, kommunale Freistellungsanspruch des Mandatsträgers auf den Versicherer über und der Versicherer könnte aufgrund des Erstattungsanspruchs ggf. Regress bei der entsendenden Kommune nehmen. Der D&O-Versicherungsschutz würde dann ins Leere laufen, wenn der gewollte, privatwirtschaftliche Risikotransfer letztlich doch wieder im öffentlichen Sektor ankommt. Dies ist auch im Lichte des o.g. Wirtschaftlichkeitsmaßstabs zu sehen. Insofern sind die D&O-Versicherungsbedingungen durch entsprechende Regressverzichte auf Seiten der Versicherer anzupassen.

4.4.2 Versicherte Personen und Unternehmen

Zudem berücksichtigen D&O-Standardbedingungen z.B. nicht die abweichenden öffentlich-rechtlichen Begrifflichkeiten. So sollten für NRW als versicherte Personen ausdrücklich der Verwaltungsvorstand im Sinne von § 70 Abs. 1 GO NRW (Bürgermeister, Beigeordnete, Kämmerer) und deren berechtigte Vertreter sowie die Ratsmitglieder der Versicherungsnehmerin und die Sachkundigen Bürger/Einwohner im Sinne von § 58 GO NRW aufgeführt werden. Zudem empfiehlt es sich, die Leiter der Organisationseinheiten im Sinne von § 73 Abs. 3 GO NRW (z.B. Fachbereichsleiter und Amtsleiter) zu nennen.

²⁸ Abgrenzung zu den Sozialversicherungsträgern, wo seit 2012 zwar auch Verwaltungsräte D&O-Schutz bekommen dürfen, aber nur für Verwaltungsratsvorsitzende zusätzlicher Versicherungsschutz erlaubt ist (Rundschreiben des Bundesversicherungsamt, Juli 2012).



Im Hinblick auf die Organe von Anstalten gemäß § 114a GO NRW und Eigenbetrieben gemäß § 114 GO NRW sollten auch die Mitglieder des Vorstands und des Verwaltungsrates sowie der Betriebsleiter der Eigenbetriebe und die Mitglieder des Betriebsausschusses explizit versichert werden.

Wichtig ist zudem, dass auch eine Organtätigkeit (sog. Fremdmandate) in gemeinnützigen Gesellschaften und sonstigen Gesellschaften auskömmlich versichert ist, da diese schließlich im Interesse der Versicherungsnehmerin/versicherten Unternehmen wahrgenommen werden. Sollte die Organisation, in der das Fremdmandat ausgeübt wird, über eine eigene D&O-Versicherung verfügen, sollte auch diese im Rahmen einer Subsidiaritätsregelung vorrangig Versicherungsschutz bieten.

4.4.3 Nachmeldefrist

Wenn die versicherte Person keine Organfunktion mehr ausübt, haftet sie aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verjährungsvorschriften in der Regel fünf Jahre – abhängig von der jeweiligen Gesellschaftsform.²⁹ Die bei einer späteren Inanspruchnahme dann ehemalige versicherte Person muss jedoch auch nach ihrem Ausscheiden über einen adäquaten Versicherungsschutz verfügen. Moderne D&O-Versicherungen gehen darauf explizit ein, indem sie eine mit der Verjährung mindestens gleichlaufende generelle Nachmeldefrist bei Beendigung des D&O-Vertrages vorsehen oder sogar eine unbegrenzte, persönliche Nachmeldefrist zusichern, wenn das Organmitglied während der Vertragslaufzeit nicht durch außerordentliche Gründe ausscheidet. Dies ist gerade im Hinblick auf Organmitglieder, die in Ruhestand gehen und auch dem Umstand, dass durch die oft vorkommende Koppelung der Organtätigkeit an die Wahlperioden die Tätigkeitszyklen von Aufsichtsratsmitgliedern recht kurz sein können, von erheblicher Bedeutung.

4.5 Annex: Strafrechtsschutz-Versicherung

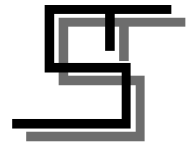
Oftmals werden Haftungsansprüche von strafrechtlichen Ermittlungen begleitet. Die Wahrscheinlichkeit, dass derartige Verfahren gerade im politischen Umfeld ausgelöst werden, ist groß und liegt auf der Hand.

Befolgt der kommunale Vertreter insbesondere eine Weisung der entsendenden Kommune, die z.B. im Sinne von § 113 Abs. 6 S. 2 zu einer vorsätzlichen Schädigung führt, kann dies Verhalten jedoch für ihn selber strafrechtlich relevant sein. Dies gilt umso mehr, wenn ein kommunales Aufsichtsratsmitglied als Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB angesehen werden kann. Das ist dann der Fall, wenn die betreffende Gesellschaft zwar in privat-rechtlicher Form organisiert ist, aber die von ihr wahrgenommene Aufgaben weiterhin als Verwaltungsaufgabe einzustufen sind.³⁰

Moderne D&O-Versicherungen bieten im Bereich des Strafrechtsschutzes mitunter auch sehr weitgehenden Versicherungsschutz und schützen die betroffenen Organmitglieder bzw. versicherten Personen. Diese Bausteine ersetzen allerdings keine eigenständige Strafrechtsschutz-Versicherung, da die D&O-Versicherung grds. nur Vermögensschäden bzw. erweiterbare Vermögensschäden, aber keine Deckung bei unmittelbare Personen- und Sachschäden bietet.

²⁹ § 43 Abs. 4 GmbHG.

³⁰ BGH NJW 2006, 2050ff.



4.6 Fazit

1. Die Ausübung einer Aufsichts- oder Verwaltungsratsfunktion durch einen kommunalen Funktionsträger bedeutet auch Haftungsrisiken für sein Handeln oder Unterlassen zu übernehmen.
2. Die jeweiligen öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche decken nur begrenzt das persönliche, unbegrenzte Haftungspotential ab. Die Sitzungsvergütung ist diesbzgl. kein adäquates Äquivalent, zumal sie häufig zu einem Teil in die jeweilige Fraktionskasse fließt.
3. Zur Absicherung bedarf es eines Risikotransfers in Form einer Versicherungslösung. Diese kann primär nur in angemessener Form durch eine D&O-Versicherung erfolgen. Eine Strafrechtsschutz-Versicherung ist empfehlenswert.
4. Eine D&O-Versicherung muss aber den öffentlich-rechtlichen Besonderheiten gerecht werden.

Oktober 2017

Für Rückfragen steht Ihnen der Autor jederzeit gern zur Verfügung:



Rechtsanwalt

Dr. Stefan Steinkühler, LL.M.

Vennweg 137, 46514 Schermbeck

Mobil: +49 (0) 151 5412 5513

Telefon: +49 (0) 2853 659 5040

Telefax: +49 (0) 2853 659 5218

www.ra-steinkuehler.de