

DR. MANFRED BUSCH
Kämmerer der Stadt Bochum

44777 Bochum, den 04.06.2013
Rathaus, Willy-Brandt-Platz 2 - 6
Tel.: (0234) 910-1940/1941
Fax: (0234) 910-1828
e-mail: manfredbusch@bochum.de

An den
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags
Platz der Republik 1
11011 Berlin

nur per Mail:
rechtsausschuss@bundestag.de

**Stellungnahme
zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 05.06.2013
„Aktienrechtsnovelle 2012“**

Diese Stellungnahme aus Sicht der kommunalen Praxis beschränkt sich auf Artikel 1 Nr. 21 der Aktienrechtsnovelle 2012, in dem die Transparenz von Aufsichtsratssitzungen angesprochen ist, und gliedert sich nach den vorgeschlagenen Regelungsinhalten. Referenz ist hier beispielhaft die Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen.

A) Berichtspflicht von kommunalen Aufsichtsrats-Mitgliedern

In der kommunalen Praxis ist für Aufsichtsratsmitglieder häufig unklar, was (außerhalb des Kernbereichs gesellschaftlicher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse) an wen (Verwaltung und/oder Gemeinderat) berichtet werden darf (Verschwiegenheitspflicht), soll oder muss (Berichtspflicht).

Als schwer verständlich wird empfunden, dass das eine Gesetz (z.B. § 113 V GO-NW) zu einem (frühzeitigen) Bericht über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung an den

Gemeinderat auffordert, während das andere Gesetz (§ 116 AktG) genau einen solchen Bericht verbietet.

Es besteht politisch ein fundamentaler Unterschied zwischen einem verwaltungsinternen Bericht an die Verwaltungsspitze (die selbst der Verschwiegenheitspflicht nach § 395 AktG unterliegt) und einem Bericht an den Gemeinderat (ggf. in nichtöffentlicher Sitzung).

In ersterem Fall obläge es dann dem/der BürgermeisterIn, den Rat „angemessen“ – das hieße ggf. „ausgedünnt“ - zu informieren. Im zweiten Falle ist nicht auszuschließen, dass ein Bericht an den Rat auf eine faktische Veröffentlichung hinausläuft, die aktienrechtlich untersagt ist (Rehn-Cronauge); der Münchener Kommentar zum AktG (Rn 35) geht sogar davon aus, dass hier grundsätzlich nicht von Einhaltung einer Verschwiegenheit auszugehen ist. Beide Varianten sind so unbefriedigend, dass solche Berichte eher nichtöffentlich in den jeweils entsendenden Fraktionen erstattet werden als im Gemeinderat selbst.

Das Öffentlichkeitsprinzip für kommunale Beschlussorgane wird bei Privatisierungen weitgehend außer Kraft gesetzt. Die Flucht ins Privatrecht kann und darf die öffentliche Hand aber nicht einfach von ihren rechtlichen Bindungen befreien (Held/Becker, § 113 GO-NW, S. 13). Das VG Regensburg hat 2005 mit ausführlicher Begründung dargelegt, warum die Formel „Bundesrecht bricht Landesrecht“ so einfach nicht gilt; demnach kann „die Öffnungsklausel des § 52 I GmbHG auch mit landesrechtlichen Regelungen und Prinzipien ausgefüllt werden“.

Die Abwägung zwischen den unterschiedlichen Gesichtspunkten erscheint schwierig - ein (falsches) Handeln kommunaler Aufsichtsräte kann zu einer Pflichtverletzung mit zivil-, disziplinar- oder sogar strafrechtlichen Sanktionen führen. Die Kommentarlage ist unübersichtlich, z.T. widersprüchlich und damit wenig hilfreich. Wo Juristen streiten, ist die Lage für ehrenamtliche Ratsmitglieder in Aufsichtsräten, die in der Regel keine Juristen sind, eine Zumutung.

Der Referentenentwurf hatte § 394 AktG noch wie folgt ergänzt:

„Die Berichtspflicht folgt aus dem Innenverhältnis der Aufsichtsratsmitglieder zu der Gebietskörperschaft. Ist eine Gebietskörperschaft an einer nichtbörsennotierten Gesellschaft beteiligt, kann die Satzung die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder und die Öffentlichkeit der Sitzungen regeln.“

und damit auf beide Aspekte der Transparenz – Berichtspflicht und Sitzungs-Öffentlichkeit – abgestellt.

Die Klarstellung im ersten Satz betonte die Anbindung der kommunalen Aufsichtsratsmitglieder – den öffentlichen Auftrag, der mit einer kommunalen Beteiligung und ihrer Kontrolle über gewählte oder entsandte Aufsichtsratsmitglieder erfüllt werden soll. Satz 2 ermöglichte Berichte an die Gebietskörperschaft und öffentliche Aufsichtsratssitzungen nach Maßgabe der Satzung – er hätte sie nicht erzwungen. Sowohl die Berichtspflicht als auch die Öffentlichkeit von Aufsichtsratssitzungen hätten auf kommunaler Gesellschafter-Ebene abgestuft und verantwortlich geregelt werden können – durchaus auch im Interesse kommunaler Unternehmen, die Verständnis für ihr unternehmerisches Handeln zu wecken und öffentliches Vertrauen zu gewinnen suchen.

Die kommunale Selbstverwaltung wäre gestärkt worden!

Demgegenüber beschränkt sich der Regierungsentwurf auf eine „Klarstellung“:

„Die Berichtspflicht nach Satz 1 kann auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhen.“

Damit ist das Thema „Öffentlichkeit von Sitzungen“ (siehe unten B) wohl unter dem Eindruck öffentlicher Kritik zurückgezogen.

Das aktive „Regeln“ der Berichtspflicht über eine Satzung im Referentenentwurf wird ersetzt durch eine Klarstellung, die aber eben nichts regelt.

Zudem ist begrifflich nicht eindeutig, dass unter „Rechtsgeschäft“ auch die Satzung (der Gesellschaftsvertrag) zu subsumieren ist. Bzgl. der GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat besteht schon heute die Möglichkeit, den Umfang der Berichtspflicht im Gesellschaftsvertrag näher zu bestimmen. Wenn es möglich ist, per Rechtsgeschäft zwischen Kommune und Aufsichtsratsmitglied (ggf. sogar mündlich und nichtöffentlich) eine Berichtspflicht zu regeln, sollte dies per Gesellschaftsvertrag (also eine in das Handelsregister einzutragende, vom Rat in öffentlicher Sitzung zu beschließende Satzung) erst recht möglich sein.

Fazit:

Der Regierungsentwurf lässt die kommunalen Aufsichtsräte weiter mit ihren Problemen alleine. Die unterschiedlichen Zielsetzungen von Kommunalrecht (Öffentlichkeitsprinzip, hier § 48 II GO-NW mit Verfassungsrang) und Gesellschaftsrecht (Unternehmensinteresse) stehen weiter mehr oder weniger unversöhnt nebeneinander. Die Chance, bundesrechtlich Klarheit zu schaffen, wird nicht genutzt.

B) Öffentlichkeit von Aufsichtsrats-Sitzungen

Im Referentenentwurf war die Möglichkeit, Aufsichtsräte auch öffentlich tagen zu lassen, explizit vorgesehen – damit wäre auch die Chance verbunden, öffentlichkeitswirksame Themen proaktiv zu besetzen. Das öffentliche Interesse an kommunalen Unternehmen ist nicht fremdgesteuert oder irreführend, sondern natürliche Folge der Tatsache, dass hier über öffentliche Mittel verfügt wird. Dies muss demokratisch legitimiert werden – Geheimniskrämerei erzeugt Misstrauen.

Zudem sind mit öffentlichen Sitzungen bzw. Tagesordnungspunkten vertrauliche Diskussionen im Aufsichtsrat keinesfalls ausgeschlossen. Das VG Regensburg hat 2005 mit ausführlicher Begründung dargelegt, warum die Satzung einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat öffentliche Sitzungen vorsehen darf - wenn die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder bei solchen Tagesordnungspunkten gilt, die zum Wohl des jeweiligen städtischen Unternehmens zwingend der Verschwiegenheit bedürfen. Im Muster eines „Public Corporate Governance Kodex“ des Städtetags (11/2009) heißt es:

„Die Public Corporate Governance der Kommune XXX soll dazu dienen, ...

- das öffentliche Interesse und die Ausrichtung der Unternehmen am Gemeinwohl durch eine Steigerung der Transparenz und Kontrolle abzusichern;
- durch mehr Öffentlichkeit und Nachprüfbarkeit das Vertrauen in Entscheidungen aus Verwaltung und Politik zu erhöhen.

Zusammenfassend soll das Regelwerk zur Public Corporate Governance somit ein auf den Bedarf der kommunalen Beteiligungen abgestimmtes System darstellen, das die Transparenz und die Effizienz nachhaltig verbessert.“

Dort findet sich an keiner Stelle ein Hinweis darauf, dass öffentliche Aufsichtsratssitzungen (nicht: generelle Öffentlichkeit aller Sitzungen) Transparenz und Effizienz der „Public Governance“ verringern könnten.

Es liegt auch keine Wettbewerbsverzerrung vor, wenn Ungleiches ungleich behandelt wird: Öffentliche Unternehmen unterliegen einem besonderen Legitimitätsanspruch, sie verfolgen öffentliche Zwecke im öffentlichen Interesse, sind dafür aber auch mit geringeren Renditeerwartungen konfrontiert. Sie genießen i.d.R. ein besonders vertrauenswürdiges Image und die Nähe zu politischen Entscheidungsträgern. Sie nehmen damit (indirekt) Einfluss auf stadtpolitische Entscheidungen, die wiederum ihre Aktivitäten befruchten.

Zudem stehen nicht alle privatrechtlich organisierten öffentlichen Unternehmen im Wettbewerb – viele wurden auch privatisiert, um dem öffentlichen Dienstrecht und Rechnungswesen (Kameralistik) zu entkommen bzw. steuerliche Vorteile zu nutzen. Für diese Unternehmen gilt erst recht die Notwendigkeit öffentlicher Legitimation und Kontrolle.

Öffentliche Aufsichtsratssitzungen bzw. öffentliche Tagesordnungspunkte in Aufsichtsratssitzungen kommunaler Unternehmen sollten bundesrechtlich zugelassen und geregelt werden.

C) Erweiterung auf börsennotierte Aktiengesellschaften

Öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform haben erheblichen Anteil an der öffentlichen Daseinsvorsorge; sie wurden im öffentlichen Interesse gegründet und müssen auch der öffentlichen Kontrolle unterliegen.

Da die öffentliche Kontrolle in Aktiengesellschaften schwieriger umzusetzen ist als in anderen Rechtsformen, regelt § 108 IV GO-NW die Nachrangigkeit dieser Rechtsform:

„Die Gemeinde darf ... Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nur gründen, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann.“

Kommunale Beteiligungsgesellschaften befinden sich weit überwiegend in der Rechtsform der GmbH - börsennotierte Aktiengesellschaften sind Ausnahmen, die nur historisch zu erklären sind. Ein struktureller Unterschied zwischen diesen Gesellschaften besteht nicht.

Im kommunalen Konzernabschluss werden alle Unternehmen – auch die Aktiengesellschaften - erfasst, um die Transparenz im „Konzern Stadt“ zu erhöhen und die Steuerungsfähigkeit des Rates zu verbessern. Es wäre sachfremd, diese kommunalen Gesellschaften mit öffentlicher Zielsetzung nur aufgrund ihrer anderen Rechtsform (Aktiengesellschaft) anders zu behandeln.

Die Ausweitung der Neuregelung des § 394 AktG auch auf börsennotierte Aktiengesellschaften in kommunaler Hand ist erforderlich.

D) Erweiterung auf mittelbare Beteiligungen

Bundesrat und Fraktion Bündnis90/Die Grünen hatten vorgeschlagen, die Anwendung des § 394 AktG auf Aufsichtsratsmitglieder auszuweiten, die auf Veranlassung eines Unterneh-

mens, an dem eine oder mehrere Gebietskörperschaften mit insgesamt mehr als 50% beteiligt sind, gewählt oder entsandt wurden.

Diese „Ausweitung“ wird von Prof. Koch (Stellungnahme 31.05.2013, S. 3) für einschränkend gegenüber dem nach „der ganz herrschenden Meinung“ gültigen Status quo gehalten, weil „der Begriff der Veranlassung überwiegend sogar noch weiter gezogen wird.“ Demgegenüber lehnt Prof. Habersack (Stellungnahme 29.05.2013, S. 5) die von Bundesrat und Fraktion Bündnis90/Die Grünen vorgeschlagene „Ausweitung“ aus materiellen Gründen ab. Dies zeigt überdeutlich, dass eine Klärung für alle Beteiligten (so auch Prof. Koch) überfällig ist.

In der GO-NW wird an unterschiedlichen Stellen auf mittelbare Beteiligungen eingegangen (so auch in § 113 II GO-NW), gerade weil dieser Bereich besonders gestaltungsanfällig ist. Es kann nicht sein, dass durch einfache Ausgründung in eine Tochtergesellschaft eine demokratische Legitimierung und Kontrolle ausgehebelt werden kann.

Eine gesetzliche Klarstellung, dass mittelbare Beteiligungen einbezogen sind, ist erforderlich.

Mit freundlichen Grüßen
Dr. Manfred Busch