

GdW Stellungnahme

**Entwurf eines Gesetzes zur
Änderung des Aktiengesetzes
(Aktienrechtsnovelle 2012)**

Hier: § 394 AktG-E

BT-Drucksache 17/8989

vorgelegt für die öffentliche Anhörung
im Rechtsausschuss des Deutschen
Bundestages am 05.06.2013

Mai 2013

Herausgeber:
GdW Bundesverband
deutscher Wohnungs- und
Immobilienunternehmen e.V.
Mecklenburgische Straße 57
14197 Berlin
Telefon: +49 (0)30 82403-0
Telefax: +49 (0)30 82403-199

Brüsseler Büro des GdW
3, rue du Luxembourg
1000 Bruxelles
Telefon: +32 2 5 50 16 11
Telefax: +32 2 5 03 56 07

E-Mail: mail@gdw.de
Internet: <http://www.gdw.de>

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes
(Aktienrechtsnovelle 2012)**

Hier: § 394 AktG-E

BT-Drucksache 17/8989

vorgelegt für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des
Deutschen Bundestages am 05.06.2013

Präambel

Der GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen vertritt als größter deutscher Branchendachverband bundesweit und auf europäischer Ebene rund 3.000 kommunale, genossenschaftliche, kirchliche, privatwirtschaftliche, landes- und bundeseigene Wohnungs- und Immobilienunternehmen. Sie bewirtschaften rund 6 Mio. Wohnungen, in denen über 13 Mio. Menschen wohnen. Der GdW repräsentiert damit Wohnungs- und Immobilienunternehmen, die etwa 30 % aller Mietwohnungen in Deutschland bewirtschaften.

Aufgrund dieser Mitgliederstruktur und der Beteiligung von Gebietskörperschaften (insbesondere Länder, Landkreise und Kommunen) an den durch uns vertretenen öffentlichen und kommunalen Wohnungsunternehmen ist insbesondere die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Klärung der Begründung von Berichtspflichten für Aufsichtsräte, die von der jeweiligen Gebietskörperschaft entsandt werden (§ 394 AktG), von Bedeutung. Dies gilt vor allem für Aktiengesellschaften (AG) und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) mit entsprechendem Aufsichtsrat in Bundesländern, die bislang keine gesetzlichen Berichtspflichten in ihren Landesgesetzen kannten.

Inhalt

	Seite
1 Allgemeine Bemerkungen	1
2 Zu § 394 AktG-E	1
2.1 Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 17/8989)	1
2.2 Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Ausschussdrucksache Nr. 17(6)258 vom 10.05.2013)	3

1

Allgemeine Bemerkungen

Die Bundesregierung hat am 20.12.2011 den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2012 [AktG-E]) beschlossen. Der Bundesrat hat dazu am 10.02.2012 Stellung genommen (BR-Drucksache 852/11).

Aus Sicht der Wohnungswirtschaft ist allein die beabsichtigte Neufassung des § 394 AktG von Bedeutung. Die Vorschrift regelt das Verhältnis einer bestehenden Berichtspflicht eines auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in einen Aufsichtsrat gewählten oder entsandten Aufsichtsratsmitglieds in ein Beteiligungsunternehmen zur im Aktienrecht normierten grundsätzlichen Verschwiegenheitspflicht. Grundsätzlich gilt hier, dass die Bestimmungen der § 394 AktG und § 395 AktG nach ganz herrschender Meinung auf die GmbH übertragbar sind. Von der geplanten Gesetzesänderung sind kommunale Wohnungsunternehmen daher im besonderen Maße betroffen.

2

Zu § 394 AktG-E

§ 394 AktG ist sowohl Gegenstand des Gesetzentwurfs der Bundesregierung als auch eines Änderungsantrags von Bündnis 90/Die Grünen.

2.1

Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 17/8989)

Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung soll in § 394 AktG folgender Satz angefügt werden:

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

Es ist zu begrüßen, dass der Regierungsentwurf den vorherigen Ansatz des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums nicht weiter verfolgt. Dieser hatte noch vorgesehen, dass Gebietskörperschaften durch Satzung die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern bei Beteiligungsgesellschaften, die nicht börsennotierte Aktiengesellschaften sind, regeln dürfen. Ferner sollte die Satzung öffentliche Sitzungen des Aufsichtsrates zulassen können.

Dieser Reformvorschlag ist überwiegend auf Kritik gestoßen. Auch der GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen hat diese Ergänzung abgelehnt und in seiner Stellungnahme vom 04.03.2011 gegenüber dem Bundesjustizministerium begründet. So wurde dargelegt, dass dieser Ansatz die Funktion des Gesellschaftsrechts für das sinnvolle Agieren von Unternehmen im Wettbewerb verkennt.

Zur nunmehr vorgeschlagenen Regelung:

Gemäß § 394 AktG-E soll die **Berichtspflicht** zum einen **auf Gesetz** beruhen. Dies ist **unproblematisch**.

Das Aktiengesetz sieht eine Berichtspflicht selber nicht vor. So kann diese auch nicht aus dem Satzteil des § 394 Satz 1 AktG "*die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben*" entnommen werden.

Mit "Gesetz" in der nunmehr vorgeschlagenen Fassung kann also nur eine gesetzliche Regelung außerhalb des Aktiengesetzes, zu der auch Landesgesetze zu zählen sind, gemeint sein. Einige Bundesländer haben entsprechende Informations- oder Berichtspflichten in ihrer Gemeindeordnung normiert.

So bestimmt etwa Art. 93 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, dass Personen, die von der Gemeinde in Unternehmen in Privatrechtsform entsandt oder auf Veranlassung gewählt wurden, die Gemeinde über alle wichtigen Angelegenheiten möglichst frühzeitig zu unterrichten und ihr auf Verlangen Auskunft zu erteilen haben. Die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung sieht eine entsprechende Berichtspflicht in § 113 Abs. 5 vor. Danach haben die Vertreter der Gemeinde den Rat über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten.

Entsprechende gesetzliche Regelungen dienen also der Klarstellung zur Begründung einer Berichtspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat entsandt worden sind.

Abzulehnen ist die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit, dass eine Berichtspflicht nicht nur auf Gesetz, sondern zum anderen auch auf einem "**Rechtsgeschäft**" zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und einer Gebietskörperschaft beruhen kann.

Folge wären **Rechtsunsicherheiten** sowie eine **unnötige Konkurrenzsituation zu bestehenden, vor allem landesrechtlichen Vorschriften**. Schließlich würde die grundsätzliche Pflicht zur Verschwiegenheit zur **rechtsgeschäftlichen Disposition** der jeweiligen Gebietskörperschaft und dem entsandten Aufsichtsratsmitglied stehen.

In der Begründung zur vorgeschlagenen Neufassung heißt es, dass der neue § 394 Satz 3 AktG-E der Klarstellung, dass eine Berichtspflicht eines Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gebietskörperschaft auch auf Rechtsgeschäft beruhen kann, diene. Eine Berichtspflicht könne auch im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung, eines Auftrags oder einer Nebenabrede mit der Gebietskörperschaft begründet werden. Eine besondere Form sei nicht erforderlich. Dabei spreche der geplante § 394 Satz 3 AktG-E ganz allgemein von "Rechtsgeschäft" um alle denkbaren Varianten abzudecken.

Im Zusammenhang mit seiner Begründung führt der vorgesehene Gesetzestext zu einer Gleichstellung von (einfachem) Rechtsgeschäft und einer gesetzlichen Regelung. Bewusste Entscheidungen der Landesparlamente, keine Berichtspflicht zu normieren, wie etwa

in Baden-Württemberg oder Thüringen, könnten in Zukunft durch ein entsprechendes Rechtsgeschäft (formlos!) umgangen werden.

Unklarheiten würden sich zudem in den Fällen ergeben, in denen der Landesgesetzgeber zum Beispiel geregelt hat, dass die Aufsichtsräte nur über Angelegenheiten "von besonderer Bedeutung" zu berichten haben (vgl. etwa § 71 Abs. 4 Gemeindeordnung Mecklenburg-Vorpommern), eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung hiervon aber abweicht. Infolge der beabsichtigten Gleichrangigkeit von Gesetz und Rechtsgeschäft ist unklar, was gilt.

Fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, wurde jedoch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen der Gebietskörperschaft und dem Aufsichtsratsmitglied getroffen, mangelt es an Transparenz. Eine Pflicht zur Offenlegung der entsprechenden Vereinbarung oder eine Information an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder über deren Inhalt ist nicht vorgesehen.

Eine nur auf Rechtsgeschäft beruhende Berichtspflicht widerspricht auch den gesetzlich normierten Verschwiegenheitspflichten im Gesellschaftsrecht (vgl. §§ 116 AktG, 395 AktG) und somit den gesetzlichen Vorschriften über die Vertraulichkeit als wesentliches Merkmal guter Unternehmensführung.

Insgesamt ist nicht ersichtlich, dass es Bedarf für die vorgeschlagene Neufassung gibt. Jedenfalls geht dies aus der Gesetzesbegründung, die sich kaum mit den Auswirkungen der vorgeschlagenen Neufassung auseinandersetzt, nicht hervor.

Nach alledem ist die vorgeschlagene Regelung in § 394 AktG-E, wonach sich die Berichtspflicht nach Satz 1 auch auf Rechtsgeschäft beruhen kann, abzulehnen.

2.2

Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Ausschussdrucksache Nr. 17(6)258 vom 10.05.2013)

Gemäß Änderungsantrag soll § 394 AktG wie folgt geändert werden:

Abs. 1 (Ergänzung):

"Die Berichtspflicht folgt aus dem Innenverhältnis der Aufsichtsratsmitglieder zu der Gebietskörperschaft. Ist eine Gebietskörperschaft an der Gesellschaft beteiligt, kann die Satzung die Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder aufheben und die Öffentlichkeit der Sitzungen vorsehen."

Abs. 2 (neu): "Absatz 1 ist entsprechend anwendbar, wenn ..."

Diese Änderungsantrag ist aus nachfolgenden Gründen abzulehnen:

1

Zentrale Funktion der Vertraulichkeit von Aufsichtsrats-sitzungen wird verletzt

Aktiengesellschaften müssen unternehmerisch geführt werden, weil sie nur so ihre Funktion erfüllen können. Diese unternehmerische Geschäftsführung wird durch den Vorstand wahrgenommen und muss rechtmäßig, ordnungsmäßig und zweckmäßig sein. Ob dies der Fall ist, wird durch den Aufsichtsrat kontinuierlich kontrolliert und auch präventiv überwacht. In Unternehmensentscheidungen von grundlegender Bedeutung ist der Aufsichtsrat darüber hinaus einzubinden.

Seiner Beratungs-, Kontroll- und Überwachungsfunktion kann der Aufsichtsrat nur gerecht werden, wenn er alle Angelegenheiten der Gesellschaft offen, vertrauensvoll und nur auf die Sache bezogen beraten und entscheiden kann. Dabei ist es für die vertrauensvolle Zusammenarbeit, aber auch zur Vermeidung eines von Fremdinteressen geleiteten Druckes von außen notwendig, dass diese Beratungen und Entscheidungen vertraulich bleiben. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsräte und die Vertraulichkeit ihrer Beratungen, wie sie nach geltendem Recht geregelt sind, haben also objektiv funktional einen sehr hohen Stellenwert. Die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates und damit der Aktiengesellschaft hängt von dieser Vertraulichkeit ab. Deswegen hat sie der Gesetzgeber auch besonders geschützt.

Die Ergänzung würde nicht nur dem Gesellschaftsrecht, wie es derzeit besteht, widersprechen, sondern auch der Intention des Corporate Governance Kodex entgegenstehen, der die Vertraulichkeit im Hinblick auf eine offene Diskussion zwischen Vorstand und Aufsichtsrat als wesentliches Merkmal guter Unternehmensführung voraussetzt.

Die Vertraulichkeit der Aufsichtsratssitzungen ist daher funktional unverzichtbar und kann nicht zur Disposition stehen.

2

Wettbewerbsverzerrung und Vermögensentwertung

Die geplante Satzungsermächtigung führt auch zur Wettbewerbsverzerrung und damit zu einer Entwertung öffentlichen Vermögens.

Die Wettbewerbsverzerrung ist Folge der Ungleichbehandlung von Aktiengesellschaften in öffentlicher gegenüber solchen in privater Hand.

Unternehmen der Gebietskörperschaften und damit auch kommunale Wohnungsunternehmen sind Teilnehmer des lokalen Marktgeschehens. Sie sind über ihr entwickeltes Geschäftsmodell vollständig den marktwirtschaftlichen Gegebenheiten unterworfen. Sie stehen im unmittelbaren Wettbewerb zu privaten und unternehmerisch tätigen Immobilieneigentümern und sind darauf angewiesen, zur Sicherung des Unternehmenserfolges ihre Produkte und Dienstleistungen stetig innovativ weiterzuentwickeln und sich über Geschäftsfeldstrategien Vertriebsvorteile herauszuarbeiten. Die damit in Verbindung stehenden Themen, Sachfragen und Projekte sind und müssen regelmäßig Gegenstand von Gremien-/Aufsichtsratssitzungen des Unternehmens sein, zumal hiermit vielfach auch Planungs- und Budgetfragen verbunden sind.

Aufgrund der Öffentlichkeit von Aufsichtsratssitzungen und der Auflockerung der Verschwiegenheit gelangen diese und weitere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ebenso wie Einschätzungen über die Entscheidungsstrukturen und geplante Geschäftstätigkeiten der Gesellschaft an die Öffentlichkeit und werden daher für die konkurrierenden privaten Unternehmen zu Wettbewerbsvorteilen. Der Wettbewerb wird zusätzlich verzerrt, indem sich potenzielle Geschäftspartner oder Interessenten vermehrt zurückziehen, weil sie nicht sicher sein können, welche Interna aus ihren Verhandlungen mit der Gesellschaft nach außen dringen. Die geplante Satzungsermächtigung erschüttert also auch das Vertrauen potenzieller Vertragspartner in die Aktiengesellschaft.

GdW Bundesverband
deutscher Wohnungs- und
Immobilienunternehmen e.V.

Mecklenburgische Str. 57
14197 Berlin
Telefon: +49 (0)30 82403-0
Telefax: +49 (0)30 82403-199

Brüsseler Büro des GdW
3, rue du Luxembourg
1000 Bruxelles
BELGIEN
Telefon: +32 2 5 50 16 11
Telefax: +32 2 5 03 56 07

E-Mail: mail@gdw.de
Internet: <http://www.gdw.de>