

DR. MANFRED BUSCH
Kämmerer der Stadt Bochum

44777 Bochum, den 05.05.2015
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 06.05.2015
„Aktienrechtsnovelle 2014“ (Drs. 18/4349 v. 18.03.2015)

Diese Stellungnahme aus Sicht der kommunalen Praxis beschränkt sich auf Artikel 1 Nr. 28 und Artikel 4 der Aktienrechtsnovelle 2014, in denen die Berichts- bzw. Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsräten in Beteiligungsunternehmen von Gebietskörperschaften angesprochen ist. Beispielhaft wird hier die Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen herangezogen und die Situation auf kommunaler Ebene zu Grunde gelegt.

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). Aussagefähige Berichte sind aber eine Grundvoraussetzung, damit der Rat seinem Steuerungsauftrag im Interesse des Gemeinwohls gerecht werden kann.

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

Es besteht faktisch-politisch ein fundamentaler Unterschied zwischen einem verwaltungsinternen Bericht an die Verwaltungsspitze und einem Bericht an den Gemeinderat.

Der/die BürgermeisterIn unterliegt selbst der Verschwiegenheitspflicht nach § 395 AktG, wie auch die verwaltungsintern mit solchen Vorgängen befassten MitarbeiterInnen der Beteiligungsverwaltung. Anders der Rat: Selbst wenn hier nur „angemessen“ – das hieße ggf. „ausgedünnt“ – informiert wird, ggf. auch „nur“ in nichtöffentlicher Sitzung, ist nicht auszuschließen, dass ein solcher Bericht faktisch – auch wenn die Ratsmitglieder nach § 30 GO-NW der Verschwiegenheit unterliegen - auf eine Veröffentlichung hinausläuft, die aktienrechtlich untersagt ist (Rehn-Cronaue zu § 113 GO-NW). Der Münchener Kommentar zum AktG (§ 394, Rn 35) geht sogar davon aus, dass hier grundsätzlich nicht von der Einhaltung einer Verschwiegenheitspflicht auszugehen ist. Diese Problemlage leistet einer Praxis Vorschub, in der solche Berichte lieber (nichtöffentlich und intransparent) in den jeweils nahestehenden Fraktionen erstattet werden als im Gemeinderat selbst – im Widerspruch zur Zuständigkeit des Gemeinderates und dem Öffentlichkeitsprinzip für kommunale Beschlussorgane.

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 - zumindest bei **fakultativen** Aufsichtsräten - „die Öffnungsklausel des § 52 I GmbHG auch mit landesrechtlichen Regelungen und Prinzipien ausgefüllt werden“.

§ 394 AktG unterscheidet nicht zwischen obligatorischen und fakultativen Aufsichtsräten. Fakultative Aufsichtsräte werden **nicht** aufgrund von Gesetzen (Drittelbeteiligungsgesetz, Mitbestimmungsgesetz), sondern freiwillig gebildet. Hier sollte eigentlich klar sein, dass die Kommunen Verschwiegenheits- und Berichtspflichten in den Gesellschaftsverträgen selbst ausgestalten können – eine sichere Rechtslage gibt es aber nicht. In **obligatorischen** Aufsichtsräten scheint die Verschwiegenheitspflicht zu dominieren.

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 aus 2010 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**.“

Die Klarstellung in Satz 1 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 stellte auf beide Aspekte der Transparenz - Berichtspflicht vs. Verschwiegenheitspflicht und Sitzungs-Öffentlichkeit – ab. Sowohl die Berichtspflicht als auch die Öffentlichkeit von Aufsichtsratssitzungen hätten auf kommunaler Gesellschafter-Ebene per Satzung

abgestuft und verantwortlich **geregelt** werden können. Dies kann durchaus auch im Interesse kommunaler Unternehmen liegen, die Verständnis für ihr unternehmerisches Handeln zu wecken und öffentliches Vertrauen zu gewinnen suchen. Die Verwendung des Begriffs „regeln“ legt nahe, dass hiermit auch eine materielle Regelungskompetenz verbunden sein sollte, also auch die Inhalte der noch bestehenden Verschwiegenheitspflicht bzw. der neu zu definierenden Berichtspflicht durch die Satzung festzulegen seien – bis hin zu einem vollständigen Ausschluss der Verschwiegenheitspflicht (lt. Begründung im Referentenentwurf).

Zur Öffentlichkeit von Aufsichtsratssitzungen hat das VG Regensburg 2005 mit ausführlicher Begründung dargelegt, warum die Satzung einer GmbH mit **fakultativem** Aufsichtsrat öffentliche Sitzungen vorsehen darf - wenn nämlich die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder bei solchen Tagesordnungspunkten gilt, die zum Wohl des jeweiligen städtischen Unternehmens („Kernbereich gesellschaftsrechtlicher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“) zwingend der Verschwiegenheit bedürfen. Dem hat allerdings das OVG Münster, bezogen auf eine unbeschränkte Öffentlichkeit, widersprochen. Hier sollte eine bundesrechtliche Regelung erfolgen, dass die öffentliche Behandlung geeigneter einzelner Tagesordnungspunkte in Sitzungen **fakultativer** kommunaler Aufsichtsräte grundsätzlich zulässig ist. Die Ausformung dieser Möglichkeit im Gesellschaftsvertrag des Unternehmens – wie bei der Berichtspflicht auch - kann der jeweiligen Kommune im Rahmen des öffentlichen Zwecks überlassen bleiben.

Da wesentliche Themen der kommunalen Gesellschaften und ihrer Aufsichtsräte auch im Gemeinderat und vorgeschalteten Gremien (z.B. Beteiligungsausschuss) beraten und beschlossen werden müssen (Wirtschaftspläne, Jahresabschlüsse, Erwerb bzw. Veräußerung von Unternehmen, Satzungsänderungen etc.), muss die Frage der möglichen Öffentlichkeit von Ratssitzungen bei Angelegenheiten kommunaler Unternehmen auch heute schon beantwortet werden und steht in einem direkten Bezug zur Nicht-Öffentlichkeit von Aufsichtsratssitzungen: Es würde wenig Sinn machen, im Rat mehr Informationen an die Öffentlichkeit zu geben als über die Gesellschaften bzw. deren Aufsichtsräte zulässig wäre.

Hierzu hat Prof. Burgi (Öffentlichkeit von Ratssitzungen bei Angelegenheiten kommunaler Unternehmen, in NVwZ 10, 2014, S. 609-615) interessante Differenzierungen und Ansatzpunkte für allgemeine Regelungen und Prinzipien geliefert, die Grundlage einer gesetzlichen Regelung sowohl der Berichtspflichten als auch der Öffentlichkeit von Aufsichtsratssitzungen werden könnten und hier nur sehr verkürzt darstellbar sind:

1. Gründung eines Unternehmens und Darlegung des öffentlichen Zwecks:
Öffentlich im obligatorischen und im fakultativen Aufsichtsrat, weil hier die Notwendigkeit kommunalwirtschaftlichen Handelns darzustellen ist.
2. Veränderung der Beteiligungsstruktur:
Nichtöffentlich in beiden Fällen, weil es hier ggf. zu einer Schwächung der Verhandlungsposition gegenüber potenziellen Vertragspartnern kommen könnte.
3. Strategische Entscheidungen der Unternehmensführung:
Nichtöffentlich im obligatorischen, ggf öffentlich im fakultativen Aufsichtsrat, wenn und soweit insbesondere keine wettbewerbsrelevanten Sachverhalte betroffen sind.
4. Nichtöffentlich im obligatorischen, ggf. öffentlich im fakultativen Aufsichtsrat:
Operative Entscheidungen über Preise, Vertragsgestaltungen, Vergaben etc. könnten

öffentlich dargestellt werden, wenn und soweit die Aktivitäten insbesondere nicht wettbewerbsrelevant sind.

Demgegenüber erkennt der Regierungsentwurf keinen materiellen Regelungsbedarf, sondern beschränkt sich auf eine „Klarstellung“:

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

Diese „Klarstellung“ wird sinnvollerweise über einen Verweis auf §§ 394 und 395 AktG im § 52 I auch ins GmbHG übernommen.

Für Nordrhein-Westfalen wäre damit möglicherweise nicht mehr erreicht als schon im § 113 V der Gemeindeordnung steht:

„Die Vertreter der Gemeinde haben den Rat über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten.
Die Unterrichtungspflicht besteht nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.“

Das Spannungsfeld zwischen landesgesetzlicher Berichtspflicht (Satz 1) und bundesgesetzlicher Verschwiegenheitspflicht (Satz 2) bliebe bestehen, ebenso die Unklarheit des Begriffs „Angelegenheiten von besonderer Bedeutung“. Ob die jeweilige Gebietskörperschaft über die Gesellschaftsverträge (Satzungen) ihrer Tochterunternehmen die Berichtspflichten aktiv und materiell mit Regelungen und Prinzipien, wie oben ansatzweise beschrieben, ausfüllen kann und darf, die hierüber hinausgehen, bleibt offen.

Im Gegensatz zur transparenten Regelung einer Berichtspflicht über den vom Rat beschlossenen Gesellschaftsvertrag erscheint eine Berichtspflicht aus formlosem, im Zweifel nicht bekannt gemachtem **Rechtsgeschäft** nicht geeignet, eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsrat und Geschäftsführung eines kommunalen Unternehmens sicherzustellen.

Fazit:

Die unterschiedlichen Zielsetzungen von Kommunalrecht (Öffentlichkeitsprinzip, hier § 48 II GO-NW mit Verfassungsrang) und Gesellschaftsrecht (Unternehmensinteresse) stehen weiter unversöhnt und ungeklärt nebeneinander.

Die Gebietskörperschaften dürfen zwar per Satzung ihre Sicht der Dinge formulieren – die Wirksamkeit dieser Regelungen bleibt aber angesichts des tendenziellen Vorrangs des Bundesrechts unsicher.

Mit freundlichen Grüßen
Dr. Manfred Busch