

Der Staat als Aktionär

Herausgegeben von
SUSANNE KALSS,
HOLGER FLEISCHER,
HANS-UELI VOGT

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

129

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

129

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Der Staat als Aktionär

Neuntes deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium,
Wien, 17.–18. Mai 2018

Herausgegeben von

Susanne Kalss, Holger Fleischer und Hans-Ueli Vogt

Mohr Siebeck

Holger Fleischer ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Susanne Kalss ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Hans-Ueli Vogt ist Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-158886-0 / eISBN 978-3-16-158887-7

DOI 10.1628/978-3-16-158887-7

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577

(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 10/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Der vorliegende Band geht auf ein Symposium an der Wirtschaftsuniversität Wien im Mai 2018 zurück. Er dokumentiert die Referate und Diskussionen des neunten Jahrestreffens von Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtlern aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Wir danken allen Referenten sehr herzlich für ihre stimulierenden Vorträge. Ein weiterer Dank gebührt Herrn Konstantin Horn und den studentischen Hilfskräften am Hamburger Max-Planck-Institut für die redaktionelle Überarbeitung der Manuskripte sowie Frau Anja Rosenthal für die Erstellung der Druckvorlage.

Wien, Hamburg und Zürich im Juli 2019

*Susanne Kalss
Holger Fleischer
Hans-Ueli Vogt*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Abkürzungsverzeichnis IX

Hans-Ueli Vogt

Öffentlich-rechtliche Organisationsform vs. staatliche Beteiligung an
einer Aktiengesellschaft –
Prolegomena zum „Staat als Aktionär“: Die Rolle von Aktiengesell-
schaften in der Corporate Governance des Staates 1

Diskussion (*Sebastian Brehm*) 21

Michael Holoubek

Der Staat als Aktionär –
Verfassungsrechtliche Vorgaben aus österreichischer Sicht 23

Thomas Mann

Der Staat als Aktionär –
Öffentlich-rechtliche Besonderheiten in Deutschland 39

Diskussion (*Sophie Natlacen*) 55

Michael Gruber

Der Beamte als Aufsichtsratsmitglied 57

Klaus Ulrich Schmolke

Vertreter von Gebietskörperschaften im Aufsichtsrat –
Fragen der Information, Verschwiegenheit und Bewältigung von
Interessenkonflikten 75

Diskussion (*Florian Ebner/Alexander Leonhartsberger*) 99

Walter Bayer

Der Staat als Spitze eines Konzerns –
Was kann das Aktiengesetz leisten? 103

Peter V. Kunz

Staatsbeteiligungen und ausgewählte Verantwortlichkeiten 127

Diskussion (*Veronika Kubasta/Sebastian Brehm*)..... 141

Susanne Kalss

Der Bundes Public Corporate Governance Kodex 145

Diskussion (*Veronika Kubasta*)..... 169

Jessica Schmidt

Golden Shares – VW and Beyond 171

Christoph B. Bühler

Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften –
Regelungsanliegen und -instrumente 195

Diskussion (*Veronika Kubasta/Sophie Natlacen*) 209

Autorenverzeichnis 211

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AtP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
AktRÄG	Aktienrechts-Änderungsgesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AR	Aufsichtsrat
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
arg. e	Argument aus
Art.	Artikel
ASFINAG	Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
bay.	bayerisch
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BB	Betriebs-Berater
bbg.	brandenburgisch
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BDG	Beamten-Dienstrechtsgesetz
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie

bd.-wtt.	baden-württembergisch
BeamStG	Beamtenstatusgesetz
Begr.	Begründung
betr.	betreffend
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGRB	Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes
BHG	Bundshaushaltsgesetz
BHO	Bundshaushaltsordnung
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BOARD	Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar
BT	Bundestag
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C.M.L.Rev.	Common Market Law Review
CEO	Chief Executive Officer
CGK	Corporate Governance Kodex
CLJ	Cambridge Law Journal
CNE	Comisión Nacional de Energía
COM	Europäische Kommission
CRD	Capital Requirements Directive
d. h.	das heißt
dAktG	Deutsches Aktiengesetz
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/n
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DM	Deutsche Mark
Dok.	Dokument
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Drucks.	Drucksache
dt.	deutsch
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt

e. V.	eingetragener Verein
ebd.	ebenda
EBLR	European Business Law Review
ECL	European Company Law
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EP	Europäisches Parlament
EStG	Einkommensteuergesetz
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuLF	The European Legal Forum
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EUR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EWSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
exkl.	exklusive
f./ff.	folgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung
FMStBG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
Fn.	Fußnote
FPStatG	Finanz- und Personalstatistikgesetz
FS	Festschrift
FWF	Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung
g.h.M.	ganz herrschende Meinung
GA	Generalanwalt
gem.	gemäß
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GL	Geschäftsleitung
GLJ	German Law Journal
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GP	Gesetzgebungsperiode
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union

Großkomm	Großkommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GV	Gemeindevertretung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. A.	herrschende Ansicht
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HR	Handelsregister
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptversammlung
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
i. H. v.	in Höhe von
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
ISR	Investment Screening Regulation
IWP	Institut Österreichischer Wirtschaftsprüfer
JA	Juristische Arbeitsblätter
jew.	jeweils
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
KB	Kantonalbank
KBG	Kantonalbankgesetz
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kammergericht
KölnKomm	Kölner Kommentar
KommJur	Kommunaljurist
KomVerf	Kommunalverfassung
KonTraG	Gesetz zur Transparenz und Kontrolle im Unternehmensbereich
krit.	kritisch
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LB	Landesbank
LFG	Luftfahrtgesetz
LG	Landgericht

LHO	Landeshaushaltsordnung
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
lit.	littera
m. a. W.	mit anderen Worten
m. Anm.	mit Anmerkung
m. E.	meines Erachtens
m. N.	mit Nachweisen
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. zahlr. N.	mit zahlreichen Nachweisen
m. zust. Anm.	mit zustimmender Anmerkung
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
MinBlFin	Ministerialblatt des Bundesministeriums für Finanzen
mind.	mindestens
MünchHdbAG	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4: Aktien- gesellschaft
MünchKomm	Münchener Kommentar
mv.	mecklenburg-vorpommerisch
N.	Note
n. F.	neue Fassung
Nachw.	Nachweis
NBG	Nationalbankgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
Nr.	Nummer
nrw.	nordrhein-westfälisch
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitschrift
öAktG	Österreichisches Aktiengesetz
ÖBA	BankArchiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
ÖBIB	Österreichische Bundes- und Industriebeteiligungen
ÖCGK	Österreichischer Corporate Governance Kodex
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
ÖFVA	Österreichische Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Manage- ment
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PCGK	Public Corporate Governance Kodex
PG	Postgesetz

POG	Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post
PublG	Publizitätsgesetz
RAnz	Reichsanzeiger
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
rhpf.	rheinland-pfälzisch
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.-anh.	sachsen-anhaltisch
s. o.	siehe oben
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen
SCGK	Public Corporate Governance Kodex des Landes Salzburg
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
SVVOR	Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht
SWD	Commission Staff Working Document
TUG	Telekommunikationsunternehmensgesetz
u. a.	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UIG	Umweltinformationsgesetz
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
unstr.	unstrittig
v.	von/vom
v. a.	vor allem
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VermRÄndG	Vermögensrechtsänderungsgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VFSD	Verordnung über den Flugsicherungsdienst
VfSlg	Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
VKU	Verband kommunaler Unternehmen

Vorb.	Vorbemerkung
VPG	Postverordnung
VR	Verwaltungsrat, Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VW	Volkswagen
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WU	Wirtschaftsuniversität
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Z.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEW	Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
zust.	zustimmend

Öffentlich-rechtliche Organisationsform vs. staatliche Beteiligung an einer Aktiengesellschaft

Prolegomena zum „Staat als Aktionär“: Die Rolle von
Aktiengesellschaften in der Corporate Governance des Staates

Hans-Ueli Vogt

I.	Einleitung.....	1
II.	Formen der Organisation staatlicher Tätigkeit.....	3
III.	Hauptsächliche Gesichtspunkte zur Bestimmung des Führungsmodells.....	5
	1. Art der Tätigkeit.....	5
	2. Verantwortung für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.....	6
	3. Ziele der Selbständigkeit und insbesondere der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform.....	6
IV.	Die Bedeutung der Organisationsform.....	8
	1. Die Organisationsform als zentrales Element des Führungsmodells.....	8
	2. Organisationsform und Anwendung von Rechtsvorschriften.....	9
	3. Zur Unterscheidung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen.....	10
V.	Rechtliche Strukturelemente von Führungsmodellen.....	11
	1. Besondere Mitwirkungs- und Informationsrechte.....	11
	2. Organe.....	12
	3. Steuerung, Aufsicht, Kontrolle und Sanktionierung.....	12
	4. Rechtliche Strukturelemente von Führungsmodellen und politischer Einfluss.....	13
VI.	Konkrete Bestimmung des Führungsmodells im Einzelfall.....	13
	1. Kombination der verschiedenen Gesichtspunkte und Elemente.....	14
	2. Ergänzende Gesichtspunkte bei der Wahl der Organisationsform.....	15
	a) Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen.....	16
	b) Gefahr von Interessenkonflikten.....	17
VII.	Schluss.....	18

I. Einleitung

Das Symposium steht unter dem Titel „Der Staat als Aktionär“. Es geht somit um privatrechtliche Organisationsformen, an denen der Staat beteiligt ist, oder – über ein enges Begriffsverständnis hinaus – um privatrechtliche Organisationsformen, auf die der Staat in anderer Weise als auf der Grundlage einer Beteili-

gung maßgeblichen Einfluss nehmen kann, zum Beispiel durch Einsitz in einem Leitungsgremium.

Man kann die Rechtsfragen, die sich stellen, wenn der Staat an einem Unternehmen beteiligt ist oder darin eine Leitungsaufgabe ausübt, auf positivrechtlicher Grundlage im Allgemeinen leicht beantworten. Wenn man aber über den Rand des positiven Rechts hinausschaut, so ist der Umstand, dass der Staat auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage Einfluss auf eine privatrechtliche Organisation nimmt, in einen größeren Zusammenhang zu stellen.

Den größeren Zusammenhang kann man als zwei Entscheidungen beschreiben: die Entscheidung des Staates, in einem bestimmten Bereich tätig zu werden, und die Entscheidung, dies mittels einer privatrechtlichen Organisationsform zu tun.

Die Entscheidung des Staates, in einem bestimmten Bereich tätig zu werden, ist in Staaten mit einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung dadurch bestimmt, dass die betreffende Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe ist oder an ihrer Erfüllung jedenfalls ein öffentliches Interesse besteht. Ob sich ein Staat mit marktwirtschaftlicher Wirtschaftsverfassung privatwirtschaftlich betätigen soll, ist vorliegend grundsätzlich nicht von Interesse.¹ Es ist hier somit im Prinzip nicht über die Grenzen politisch legitimer staatlicher Tätigkeit im Wirtschaftsbereich zu sprechen; ganz belanglos ist die Frage dennoch nicht. Die in diesem Beitrag behandelten Fragen können sich folglich auch im Fall einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit stellen – einer Tätigkeit, die wir in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung im Grundsatz den Privaten überlassen möchten.

Im Zentrum steht demnach die zweite Entscheidung, nämlich, ob der Staat, wenn er sich in einem bestimmten Bereich außerhalb der Zentralverwaltung betätigen will, dies mittels einer privatrechtlichen Organisationsform tun oder ob er hierfür eine öffentlich-rechtliche Organisationsform wählen soll. Dabei ist das Gegensatzpaar von privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Organisationsform eine Vereinfachung und zudem eine Verrechtlichung der eigentlich zu treffenden Entscheidung: Es geht nämlich darum, wie der Staat, wenn er in einem bestimmten Bereich tätig sein will, seine Tätigkeit organisiert und führt, also steuert und kontrolliert; dabei mag er zur Umsetzung seiner Entscheidung eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Organisationsform wählen.²

Es geht demnach um Führung, also um Steuerung und Kontrolle in und durch Organisationen. Es geht um Corporate Governance, und zwar die Corporate Governance im Staat. Staatliche Tätigkeit in der Gestalt einer privatrechtlichen

¹ Allgemein etwa *Abegg/Frei*, recht 2018, 142 ff.

² Vgl. zum Ganzen Bericht des Bundesrates vom 13.9.2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBl 2006, S. 8233, 8267 ff.; Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 13.9.2006 zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates (Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht), S. 13 ff.

Organisation ist eine Frage der *Public Corporate Governance*.³ Gestellt ist somit die Frage: Was ist die Rolle von Aktiengesellschaften in der Corporate Governance des Staates?

Auf der Suche nach dem richtigen, passenden Platz für Aktiengesellschaften in der Corporate Governance des Staates hat man sich zuerst einen Überblick über die möglichen Formen der Organisation staatlicher Tätigkeit zu verschaffen (→ II.). Sodann geht es um Gesichtspunkte, die bei der Wahl der Organisationsform und, umfassender ausgedrückt, des passenden Führungsmodells eine Rolle spielen: die Art der Tätigkeit, die Verantwortung des Staates im Fall der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe sowie die Ziele, die mit der Auslagerung einer Aufgabe aus der Zentralverwaltung verfolgt werden (→ III.). Dabei wird sich zeigen, dass die rechtliche Organisationsform ein kaum fassbares Element der Corporate Governance des Staates ist (→ IV.), sodass man besser nach rechtlichen Strukturelementen verschiedener Führungsmodelle fragt (→ V.). Verknüpft man am Schluss die verschiedenen Gesichtspunkte und Strukturelemente richtig und ergänzt die Entscheidung überdies durch einige weitere Kriterien, so gelangt man zu einer Entscheidung betreffend die geeignete Organisationsform (→ VI.).

II. Formen der Organisation staatlicher Tätigkeit

Welche Organisationsformen stehen dem Staat zur Verfügung, wenn er eine bestimmte Tätigkeit ausüben soll, sei es eine öffentliche Aufgabe, sei es eine privatwirtschaftliche Tätigkeit? Nach funktionalen Gesichtspunkten kann man die folgenden Formen der Organisation staatlicher Tätigkeit unterscheiden:

Der Staat kann erstens eine Tätigkeit durch die Zentralverwaltung ausüben und so insbesondere eine öffentliche Aufgabe erfüllen. Zweitens kann er die Tätigkeit durch eine gegenüber der Verwaltung verselbständigte Einheit ausüben, die im Eigentum des Staates steht bzw. an der der Staat eine Haupt- oder Mehrheitsbeteiligung hält oder auf die er allenfalls auch nur über die Leitungsorgane Einfluss nimmt. Man kann den Prozess der Verselbständigung im Fall der Auslagerung auf einen privaten Rechtsträger als Privatisierung bezeichnen. Lässt man das dynamische Element weg, geht es einfach um eine selbständige Einheit. Drittens kann der Staat eine bestimmte Tätigkeit auch durch eine selbständige Einheit ausüben, die sodann mittels Gesetzgebung („Regulierung“) gesteuert wird, also ohne eine Beteiligung oder eine sonstige Einflussnahme auf organisationsrechtlicher Grundlage. Und schließlich kann der Staat Kooperationen eingehen: *Public-Private-Partnerships*.⁴

³ Allgemein zur Public Corporate Governance *Lienhard*, Grundlagen der Public Corporate Governance, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2008, S. 43 ff.

⁴ Siehe zum Ganzen Corporate-Governance-Bericht, S. 8241 ff.

Vorliegend interessiert die zweite Form der Organisation staatlicher Tätigkeit, die selbständige Einheit im Eigentum des Staates bzw. mit staatlicher Beteiligung. Bei der ersten Form ist die Organisationsform eine Behörde der Zentralverwaltung, bei der dritten fehlt eine organisationsrechtliche Einflussnahme, und bei den Kooperationen geht es um vertragliche Zusammenarbeit.

Für die Organisation einer staatlichen Tätigkeit im Rahmen einer selbständigen Einheit kommen verschiedene rechtliche Organisationsformen in Betracht, und zwar öffentlich-rechtliche und privatrechtliche. Zu den privatrechtlichen gehören zuerst die öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform: privatrechtliche Gesellschaften, die eine öffentliche Aufgabe erfüllen. Solche sind in der Schweiz etwa die Ruag, das Rüstungsunternehmen des Bundes,⁵ und Skyguide, die Flugsicherungsgesellschaft zur Überwachung des schweizerischen und des angrenzenden Luftraumes.⁶ Zu nennen sind sodann die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften: durch ein öffentlich-rechtliches Spezialgesetz geschaffene Aktiengesellschaften, für deren Organisation das Spezialgesetz oder die Statuten auf Vorschriften des Privatrechts verweisen und an denen der Staat in der Regel eine Mehrheitsbeteiligung hält.⁷ Beispiele sind die Schweizerische Nationalbank,⁸ einige Kantonalkbanken,⁹ die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB),¹⁰ die Swisscom¹¹ und die Post.¹² Schließlich gibt es die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen: privatrechtliche Gesellschaften, die öffentlich-rechtlichen Körperschaften Mitwirkungsrechte einräumen, wobei die Körperschaft an der Gesellschaft beteiligt sein mag oder nicht. Beispiele sind die Flughafen Zürich AG¹³ und die St. Galler Kantonalkbank^{14, 15}.

Neben den privatrechtlichen Organisationsformen gibt es öffentlich-rechtliche, insbesondere die öffentlich-rechtliche Anstalt, die als Organisationsform nach Maßgabe des Rechts des betreffenden Gemeinwesens für selbständige Einheiten zur Verfügung steht.

⁵ Art. 1 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 Bundesgesetz vom 10.10.1997 über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB).

⁶ Art. 40a Abs. 1 Bundesgesetz vom 21.12.1948 über die Luftfahrt (LFG).

⁷ Hierzu allgemein *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 1 Rn. 70 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., 2018, § 1 Rn. 35; siehe sodann im Zusammenhang mit den Schweizerischen Bundesbahnen BGE 132 III 470 E. 3.3, S. 473 ff.

⁸ Art. 1 Abs. 1 Bundesgesetz vom 3.10.2003 über die Schweizerische Nationalbank (NBG).

⁹ *Bühler*, GesKR 2018, 355, 365, bei und in Fn. 9.

¹⁰ Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz vom 20.3.1998 über die Schweizerischen Eisenbahnen (SBBG).

¹¹ Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz vom 30.4.1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (TUG).

¹² Siehe zur Post Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz vom 17.12.2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (POG).

¹³ § 2 Abs. 1 Gesetz vom 12.7.1999 über den Flughafen Zürich (Flughafengesetz ZH).

¹⁴ Art. 1 Abs. 1 Kantonalkbankgesetz vom 22.9.1996 (KBG SG).

¹⁵ Siehe zum Ganzen *Bühler*, GesKR 2018, 355, 365, bei und in Fn. 9.

III. Hauptsächlichliche Gesichtspunkte zur Bestimmung des Führungsmodells

I. Art der Tätigkeit

Was die passende Organisationsform für eine bestimmte staatliche Tätigkeit ist, hängt unter anderem von der Art der Tätigkeit ab. Damit wird das Verhältnis der Tätigkeit zu einem staatlichen Auftrag angesprochen. In seinem Corporate-Governance-Bericht hat der schweizerische Bundesrat ein System zur Bewertbarkeit der Auslagerungseignung von Bundesaufgaben entwickelt, das rechtliche, politikwissenschaftliche, volkswirtschaftliche und betriebswirtschaftliche Kriterien berücksichtigt. Daraus ergeben sich vier Aufgabentypen:¹⁶

Ministerialaufgaben sind primär die Aufgaben der Politikvorbereitung, zum Beispiel die Vorbereitung der Gesetzgebung, aber auch Dienstleistungen, deren Erbringung einen ausgeprägt hoheitlichen Charakter hat und die zum Teil mit weitreichenden Eingriffen in Grundrechte verbunden sind, wie etwa die Landesverteidigung.

Dienstleistungen mit Monopolcharakter sind Dienstleistungen, für die ein funktionierender Markt fehlt. Zu denken ist an Dienstleistungen in den Bereichen der Bildung, der Forschung und der Kultur.

Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht sind Regulierungsaufgaben, wie sie unter anderem die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA), die Schweizerische Zulassungs- und Aufsichtsbehörde für Arzneimittel und Medizinprodukte (Swissmedic), die Wettbewerbskommission (WEKO) oder die Postregulationsbehörde (PostReg) wahrnehmen.

Schließlich gibt es Dienstleistungen, die am Markt erbracht werden. Hierzu zählen insbesondere Infrastrukturdienstleistungen, wie sie beispielsweise die Post und die SBB erbringen.

Ministerialaufgaben interessieren vorliegend nicht weiter, denn sie sind grundsätzlich durch die Zentralverwaltung zu erfüllen, nicht durch verselbständigte Einheiten. Umgekehrt sind nicht alle Tätigkeiten, denen selbständige Einheiten mit maßgeblichem staatlichem Einfluss nachgehen, Gegenstand eines staatlichen Auftrages: Die Frage nach der Rolle von Aktiengesellschaften in der Corporate Governance des Staates und damit der Führung staatlich beherrschter Unternehmen stellt sich insbesondere auch dann, wenn der Staat außerhalb einer öffentlichen Aufgabe tätig wird.

¹⁶ Siehe zum Ganzen Corporate-Governance-Bericht, S. 8234. Die Aufgabentypologie gemäß dem Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates ist von verschiedenen Kantonen übernommen worden (siehe für den Kanton Basel-Landschaft die Erläuterungen der Finanzverwaltung des Kantons Basel-Landschaft, S. 5 ff.; für den Kanton Zürich die Richtlinien über die Public Corporate Governance, vom Regierungsrat verabschiedet am 29.1.2014, Ziff. 2, S. 3, sowie den Bericht über die Public Corporate Governance, vom Regierungsrat verabschiedet am 29.1.2014, S. 12 ff.).

2. Verantwortung für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe

Das Modell der Führung einer selbständigen Einheit, die eine öffentliche Aufgabe erfüllt, und damit im Besonderen die Wahl der rechtlichen Organisationsform hängen auch davon ab, welche Art und welchen Grad der Verantwortung der Staat bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe wahrnehmen will. Folgende Arten von Verantwortung für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe sind zu unterscheiden:

Erfüllungsverantwortung bedeutet, dass der Staat Umfang und Qualität der für die Erfüllung der Aufgabe notwendigen Leistungen festlegt. Er hat die primäre und umfassende Verantwortung für die Erfüllung der Aufgabe. Er erbringt die entsprechenden Leistungen durch eine Einheit der zentralen Verwaltung selber.¹⁷

Ein schwächerer Grad der Verantwortung ist die Gewährleistungsverantwortung. Sie beschränkt sich darauf, dass der Staat gewährleistet, dass die Aufgabe in angemessener Qualität und im gewünschten Ausmaß erfüllt wird. Damit ist die Möglichkeit der Auslagerung der Aufgabenerfüllung an eine selbständige Einheit eröffnet (was als Dezentralisierung und Teilprivatisierung bezeichnet wird).¹⁸

Schließlich mag der Staat eine Verantwortung auch nur dadurch wahrnehmen, dass er für einen bestimmten Bereich Vorschriften aufstellt (Regulierungsverantwortung), oder er mag gar auf eine Regulierung verzichten. In beiden Fällen bedeutet dies, dass die Tätigkeit privatisiert wird (Vollprivatisierung).¹⁹

Vorliegend interessieren die Fälle der Gewährleistungsverantwortung. Hier können selbständige, vom Staat beherrschte Einheiten bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Einsatz kommen.

3. Ziele der Selbständigkeit und insbesondere der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform

Für das Modell der Führung einer selbständigen Einheit und insbesondere die Wahl der Organisationsform sind sodann die Gründe wichtig, weshalb die Tätigkeit einer selbständigen Einheit übertragen werden soll, und damit die Ziele, die mit der Selbständigkeit der betreffenden Einheit verfolgt werden.

Gründe und Ziele einer Übertragung von Aufgaben auf eine selbständige Einheit und der Wahl einer privatrechtlichen oder aber einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform sind etwa:²⁰

Es soll eine marktwirtschaftliche Tätigkeit ermöglicht oder erleichtert werden. Gemeint ist die Möglichkeit, rasch auf Entwicklungen auf einem Markt zu reagie-

¹⁷ Corporate-Governance-Bericht, S. 8245; siehe auch *Häner*, Parlament 3/2001, 4.

¹⁸ Corporate-Governance-Bericht, S. 8246; siehe auch *Freudiger*, Anstalt oder Aktiengesellschaft?, Diss. Bern 2016, S. 12; *Lienhard*, in: SVVOR (Fn. 3), S. 44.

¹⁹ Corporate-Governance-Bericht, S. 8246.

²⁰ Siehe zum Folgenden Corporate-Governance-Bericht, S. 8246 f.; *Bühler*, GesKR 2018, 355, 358; *Gutzwiller*, Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Diss. St. Gallen 2017, Rn. 116 ff.

ren und so gegenüber Konkurrenten aus der Privatwirtschaft zu bestehen. Das erfordert Autonomie in der operativen Führung. Der Staat soll nur noch politische und finanzielle Vorgaben machen können.²¹ Es geht auch darum, gegenüber der Kundschaft als privates Unternehmen auftreten zu können. Die Erleichterung einer marktwirtschaftlichen Tätigkeit und die Einräumung der dafür notwendigen Autonomie standen etwa bei der formellen Verselbständigung der SBB im Zentrum. Die frühere Organisationsform der SBB als öffentlich-rechtliche Anstalt ohne eigene Rechtspersönlichkeit wurde angesichts der Veränderungen am Verkehrsmarkt als nicht mehr zeitgemäß angesehen. Um den Anforderungen in Zukunft zu genügen, sollte die Rechtsform der SBB „mit dem Ziel einer grösseren Autonomie“ angepasst werden.²²

Ein weiterer Grund für die Übertragung einer Aufgabe auf eine selbständige – und zwar eine privatrechtlich organisierte – Einheit ist die Beseitigung staatlichen Einflusses, bestehe er tatsächlich oder nur dem Anschein nach. Das gilt insbesondere dort, wo eine institutionelle Unabhängigkeit aus rechtsstaatlicher oder staatspolitischer Sicht wegen der öffentlichen Aufgabe, die zu erfüllen ist, als wichtig angesehen wird.

Ein häufig genannter Grund für die Übertragung von Aufgaben auf selbständige, privatrechtlich organisierte Einheiten ist die Möglichkeit, dass Dritte sich beteiligen können sollen (was im Allgemeinen bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen nicht möglich ist)²³. Die Beteiligung kann insbesondere im Wege einer Börsenkotierung der Gesellschaft erfolgen. So wurde im Zusammenhang mit der Verselbständigung der Swisscom ausgeführt, es werde dadurch ihre „Allianzfähigkeit“ verbessert.²⁴ Gleiches gilt für die Post, bei der argumentiert wurde, dass die Umwandlung in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft sowohl zur Verbesserung der Kapitalmarktfähigkeit der Post beitrage als auch zur Fähigkeit, Allianzen einzugehen.²⁵

Ein Gesichtspunkt, der im Besonderen bei der Entscheidung zwischen einer privatrechtlichen und einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform angeführt wird, ist sodann die Wahrnehmung und Akzeptanz. Geht es um eine öffentliche Aufgabe, so genießt im Allgemeinen eine öffentlich-rechtliche Organisationsform eine höhere Akzeptanz als eine privatrechtliche.²⁶ Demgegenüber passt in der Wahrnehmung für einen Auftritt am Markt eine privatrechtliche Organisations-

²¹ Siehe die Hinweise im Corporate-Governance-Bericht, S. 8247.

²² Botschaft vom 13.11.1996 zur Bahnreform, BBl 1997 I S. 909, 944.

²³ Siehe jedoch hinten VI.1.

²⁴ Siehe Corporate-Governance-Bericht, S. 8247, wo ausgeführt wird: „In der zunehmend globalen Telekommunikation bedingt dies zusätzlich auch die Kapitalmarktfähigkeit, da strategische Allianzen und Kooperationen heute vielfach durch eine gegenseitige Kapitalbeteiligung der betroffenen Unternehmungen erfolgen. Die gegenseitige Kapitalbeteiligung lässt sich am einfachsten bewerkstelligen, wenn die Partner börsennotierte Aktiengesellschaften sind, die dazu eigene Aktien tauschen können, ohne zusätzliche Finanzmittel aufwenden zu müssen.“

²⁵ Siehe die Botschaft vom 20.5.2009 zum POG, BBl 2009, S. 5265, 5278.

²⁶ Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 15.

form besser, zumal wenn es um eine Tätigkeit außerhalb eines Monopolbereichs geht.²⁷ In dieser Hinsicht ist die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft in der Nähe der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen zu sehen. Als Beispiel dient wiederum die Post. Ihre Ausgestaltung als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft und damit nicht als privatrechtliches Unternehmen wurde einerseits damit begründet, dass mit dieser Organisationsform „auf die spezifischen Bedürfnisse des Bundes und dessen öffentliche Interessen an den Aufgaben der Schweizerischen Post“ eingegangen werden könne; andererseits damit, dass aufgrund der Sensibilität der Bevölkerung im Bereich der postalischen Grundversorgung eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft eine höhere politische Akzeptanz genieße als eine rein privatrechtliche Aktiengesellschaft.²⁸

Die Gründe und Ziele einer Verselbständigung haben somit einen Einfluss darauf, ob eine bestimmte Aufgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen oder aber einer privatrechtlichen Organisationsform erfüllt werden soll. Dieser Zusammenhang erfordert eine genauere Betrachtung dieses Gegensatzpaares.

IV. Die Bedeutung der Organisationsform

Was ist die Bedeutung der Organisationsform im gesamten Zusammenhang des Führungsmodells, das der Staat für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit mittels einer selbständigen Einheit wählt?

1. Die Organisationsform als zentrales Element des Führungsmodells

Die Public-Corporate-Governance-Richtlinien stellen die rechtliche Organisationsform als ein zentrales Element eines Führungsmodells dar, in der Regel als das erste. Weitere Elemente sind etwa die Entsendung von Vertretern des Staates in ein Leitungsgremium, die Zusammensetzung, Wahl und Zuständigkeiten der Organe, die Haftung für Schäden bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, die Vorgabe strategischer Ziele durch den Eigner usw.²⁹

Damit wird es schwierig, die funktionale Bedeutung der Organisationsform zu beschreiben, weil die Organisationsform mit den genannten anderen Elementen zusammenhängt. Diese werden durch die gewählte Rechtsform weitgehend bestimmt. So ist die Entscheidung zugunsten einer Aktiengesellschaft im Prinzip damit verbunden, dass die Organisationsform einen Verwaltungsrat hat, die Angehörigen der Leitungsgremien die Interessen der Gesellschaft zu wahren haben und die Aktionäre nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Insofern strahlt die Entscheidung zugunsten der Aktiengesellschaft als Organisationsform auf die anderen Elemente des Führungsmodells aus.

²⁷ Siehe Corporate-Governance-Bericht, S. 8247 bei und in Fn. 16.

²⁸ Siehe zum Gesagten die Botschaft zum POG, S. 5279.

²⁹ Siehe zum Gesagten den Erläuternden Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 10.

Dieser Zusammenhang ist jedoch zu relativieren. Öffentlich-rechtliche Vorschriften im Fall einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform oder einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft können bei den genannten weiteren Elementen Sonderregeln schaffen, etwa dem Staat besondere Mitwirkungsrechte einräumen, Genehmigungsvorbehalte vorsehen usw.³⁰ In dem Maß, in dem das möglich ist, wird die Grenze zwischen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt und einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft verwischt und schwindet insofern auch die Bedeutung der Wahl der Organisationsform.

Dennoch lässt sich sagen: Die rechtliche Organisationsform ist der Ausgangspunkt, der logische Anknüpfungspunkt für die weitere Ausgestaltung des Modells zur Führung einer selbständigen Einheit mit staatlicher Beteiligung.³¹

2. Organisationsform und Anwendung von Rechtsvorschriften

Die rechtliche Organisationsform ist also, wie gesehen, für die einzelnen Elemente im Modell der Führung der selbständigen Einheit nicht ausschlaggebend. Sie ist im Prinzip darüber hinaus auch kein Element, das insofern wichtig wäre, als davon die Anwendung bestimmter Rechtsvorschriften abhängen würde.

Das gilt namentlich für die Bindung an die Grundrechte. Die Bindung besteht für den Staat auch dann, wenn er in der Gestalt einer privatrechtlichen Organisation auftritt und eine öffentliche Aufgabe erfüllt.³² Hingegen besteht nach schweizerischer Rechtsprechung keine Grundrechtsbindung, wenn der Staat im Wettbewerbsbereich tätig ist.³³ Die Lehre sieht das zum Teil anders; maßgeblich sei die staatliche Beherrschung bzw. wie stark der Staat finanziell und steuernd in einer privatrechtlichen Organisation engagiert sei.³⁴ So oder anders kommt es nicht auf die Organisationsform an.

Ebenfalls nicht durch die Organisationsform bestimmt ist sodann etwa die Anwendbarkeit der Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens, des öffentlichen Personalrechts bzw. des privaten Arbeitsrechts, des öffentlichen bzw. des privaten Haftungsrechts und auch nicht durchwegs des Steuerrechts. Durch positivrechtliche Anordnung können diese Vorschriften im Prinzip ungeachtet der gewählten Organisationsform vom zuständigen Gesetzgeber für anwendbar oder nicht anwendbar erklärt werden.³⁵

Die rechtliche Organisationsform bestimmt somit im Prinzip nur das Organisationsrecht. Doch selbst in dieser Hinsicht bestehen, wie gesehen, Möglichkeiten besonderer Ausgestaltungen durch entsprechende positivrechtliche Anordnungen im Fall von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften. Es scheint, dass

³⁰ Siehe etwa *Bühler*, GesKR 2018, 355, 359 ff.

³¹ Vgl. Corporate-Governance-Bericht, S. 8267.

³² *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rn. 1854; siehe sodann *Gutzwiller* (Fn. 20), Rn. 538 ff.

³³ BGE 129 III 35 E. 5.2 f., S. 40 f.; BGE 138 I 289 E. 2.8.1, S. 294.

³⁴ *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 32), Rn. 1859.

³⁵ Siehe zum Ganzen Corporate-Governance-Bericht, S. 8267 ff.

die Organisationsform für sich allein betrachtet eine geringe Bedeutung hat. Sie entzieht sich einer klaren Funktionszuschreibung.

3. Zur Unterscheidung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen

Wenn also die Bedeutung der Organisationsform einer selbständigen Einheit für die Corporate Governance des Staates und für ein bestimmtes Führungsmodell schwer zu fassen ist, so fragt sich in grundsätzlicher Hinsicht, was für eine Aktiengesellschaft (als die im Vordergrund stehende privatrechtliche Organisationsform) spricht und was für eine öffentlich-rechtliche Anstalt oder eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft.

Aus Sicht des Staates, der die Führung einer von ihm beherrschten selbständigen Einheit zu regeln hat, spricht in grundsätzlicher Hinsicht einiges für die Wahl einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform oder einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft. Was im Besonderen die öffentlich-rechtliche Anstalt betrifft, so kann der Gesetzgeber ihre Organisation individuell und konkret, ausgerichtet auf die spezifischen Eigenheiten und Bedürfnisse der selbständigen Einheit und den gewünschten Grad des Einflusses ausrichten, alles innerhalb der verfassungsrechtlichen Schranken. Es gibt in der Schweiz keinen abschließenden Katalog öffentlich-rechtlicher Organisationsformen, und der zuständige Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt einen großen Spielraum. Jedoch hat der Bundesrat in seinem Corporate-Governance-Bericht angekündigt, das Organisationsrecht der selbständigen Einheiten ein Stück weit zu standardisieren.³⁶ Der Bund hat darum für öffentlich-rechtliche Anstalten Mustererlasse geschaffen, differenziert nach den verschiedenen Arten von Tätigkeiten.³⁷

Was sodann die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft betrifft, so kann die einschlägige öffentlich-rechtliche Rechtsgrundlage den Staat zum Beispiel mit bestimmten Informations- und Mitwirkungsrechten ausstatten, die bei einer rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft nicht möglich wären.³⁸

Demgegenüber bedeutet eine Entscheidung zugunsten einer rein privatrechtlichen Organisationsform eine Entscheidung für einen Katalog mit einer beschränkten Anzahl von Rechtsformen, die überdies nach dem Grundsatz der Typenfixierung nur in beschränktem Rahmen individuell ausgestaltet werden können.³⁹

³⁶ Corporate-Governance-Bericht, S. 8266.

³⁷ Siehe die Mustererlasse für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter und für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/legistik/hauptinstrumente.html>>.

³⁸ Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 17.

³⁹ Siehe zum Gesagten Corporate-Governance-Bericht, S. 8267; Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 11.

V. Rechtliche Strukturelemente von Führungsmodellen

Die für eine staatliche Tätigkeit im Rahmen einer selbständigen Einheit zu wählende Organisationsform ist zwar der Ausgangspunkt für die Ausgestaltung eines Führungsmodells. Doch ergibt sich aus der Organisationsform nicht schlüssig und verbindlich, wie das Führungsmodell im Einzelnen aussieht. Es sind vielmehr die Art der staatlichen Tätigkeit, Art und Grad der Verantwortung des Staates bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und die Gründe und Ziele für die Selbständigkeit einer Einheit, die das Führungsmodell bestimmen.⁴⁰ Erst anschließend fragt sich, ob sich unter diesen Gesichtspunkten die privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Organisationsform besser eignet.

Damit rückt die Frage ins Zentrum, was wesentliche rechtliche Elemente eines Modells der Führung einer selbständigen, vom Staat beherrschten Einheit sind.

1. Besondere Mitwirkungs- und Informationsrechte

Zu den rechtlichen Elementen eines Führungsmodells gehören qualifizierte Stimmrechte des Staates bzw. seiner Vertreter, andere besondere Rechte des Staates, wie Weisungsrechte, sowie Stimmverpflichtungen, in dem Sinn verstanden, dass der Vertreter die Interessen des Staates wahren muss, sei es auf der Grundlage eines Vertrages oder einer gesetzlichen Anordnung.⁴¹

Solche Rechte lassen sich sowohl mit rein privatrechtlichen Aktiengesellschaften als auch mit spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften oder öffentlich-rechtlichen Anstalten verknüpfen. Bei Aktiengesellschaften bedeuten sie Abweichungen von den allgemeinen Regeln des Aktienrechts, wie namentlich der Gleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR). Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft steht im Prinzip gerade für solche Abweichungen zur Verfügung. Besondere Mitwirkungsrechte lassen sich auch mit öffentlich-rechtlichen Anstalten verbinden. Der Mustererlass des Bundes für öffentlich-rechtliche Anstalten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, sieht zum Beispiel vor, dass der Verwaltungsrat, der vom Bundesrat gewählt wird, die Bundesinteressen zu wahren hat. Rechtlich abgesichert wird diese Vorgabe dadurch, dass die strategischen Ziele und Aufgaben der Anstalt vom Bundesrat periodisch festgelegt werden und die Anstalt der Aufsicht des Bundesrates untersteht.⁴²

Solche besonderen Rechte sind angezeigt, wenn der Staat bei Dienstleistungen mit Monopolcharakter oder bei Aufsichtsaufgaben seine Gewährleistungs-

⁴⁰ Siehe zu diesen Gesichtspunkten vorn III.

⁴¹ Siehe zum Ganzen den Zusatzbericht des Bundesrates vom 25.3.2009 zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats, BBl 2009, S. 2659, 2667 ff.; siehe zum Ganzen auch *Gutzwiller* (Fn. 20), Rn. 319 ff.

⁴² Siehe zum Ganzen Art. 22 und 23 Eidgenössische Finanzverwaltung/Bundesamt für Justiz, Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/mustererlass-monopol-d.pdf>>.

verantwortung erfüllen will. Wenn jedoch die selbständige Einheit nicht nur eine öffentliche Aufgabe erfüllt, sondern daneben im Wettbewerbsbereich tätig ist, können besondere Rechte des Staates zu Interessenkonflikten führen.⁴³

2. Organe

Ein weiteres rechtliches Element eines Führungsmodells sind die Organe der selbständigen Einheit. Angesprochen sind hier die Zusammensetzung der Organe, die Wahl und Abberufung der Organmitglieder sowie die Zuteilung der Zuständigkeiten im Verhältnis zwischen den Organen einerseits und zum Staat andererseits. Diese Punkte sind eng mit der rechtlichen Organisationsform verknüpft.⁴⁴ Auf diese Punkte kann der zuständige Gesetzgeber Einfluss nehmen, und zwar im Prinzip sowohl bei öffentlich-rechtlichen Anstalten als auch bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften. Dabei unterscheiden sich eine öffentlich-rechtliche Anstalt und eine Aktiengesellschaft, was ihre innere Organisation angeht, auf den ersten Blick nicht wesentlich: Gemäß den Organisationserlassen der meisten Anstalten des Bundes haben solche Anstalten einen Verwaltungs- oder Institutsrat, eine Revisionsstelle und einen Direktor als formelle Organe.⁴⁵

3. Steuerung, Aufsicht, Kontrolle und Sanktionierung

Zu den rechtlichen Elementen eines Führungsmodells gehören sodann verschiedene Instrumente der Aufsicht und Steuerung und der Kontrolle und Sanktionierung. So kann der Staat durch Gesetzesvorschrift der selbständigen Einheit zum Beispiel strategische Ziele vorgeben und ihr Leistungsaufträge erteilen.⁴⁶ Die Vorgaben zur Strategie können in der Praxis gar konkrete Geschäftsentscheide betreffen. Dies geschah etwa, als die Swisscom plante, das irische Telekomunternehmen Eircom zu übernehmen. Der Bundesrat wies die Swisscom an, davon abzusehen.⁴⁷ Diese Intervention war unzulässig, denn die Swisscom ist, was ihre Führung und innere Organisation angeht, eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, und bei ihr hat der Bund als Aktionär keine Zuständigkeit im Bereich der Geschäftsführung.⁴⁸

Als Steuerungsinstrument kommt auch in Frage, dass der Staat die selbständige Einheit zur Berichterstattung verpflichtet,⁴⁹ in einem Leitungsorgan Einsitz

⁴³ Siehe zum Gesagten Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 29 und 31; siehe zu den Interessenkonflikten hinten VI.2. b).

⁴⁴ Vgl. zum Gesagten den Erläuternden Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 22 f.; Bühler, GesKR 2018, 355, 360.

⁴⁵ Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 20, bei und in Fn. 62.

⁴⁶ Vgl. zu Ersterem etwa Art. 8 SBBG, zu Letzterem Art. 5 NBG.

⁴⁷ Siehe zum Gesagten den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 28.3.2006 – Untersuchung zu den Entscheiden des Bundesrats vom 23.11.2005 betreffend das Unternehmen Swisscom AG, BBl 2006, S. 5173 ff.

⁴⁸ Siehe auch *Forstmoser*, SJZ 2008, 133, 137.

⁴⁹ Siehe etwa Art. 3 Abs. 1 BGRB.

nimmt⁵⁰ oder die Jahresrechnung oder Veränderungen in der Zusammensetzung des Aktionariats einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt.⁵¹ Auch für diese Instrumente gilt, dass ihr Einsatz eine Funktion der Gewährleistungsverantwortung ist, die der Staat bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe wahrnehmen will, und dass die Ausgestaltung der Instrumente grundsätzlich nicht von der Organisationsform der selbständigen Einheit abhängt. Bei den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften sind es gerade diese verschiedenen Instrumente, die der Gesetzgeber im betreffenden öffentlich-rechtlichen Erlass regelt.

4. *Rechtliche Strukturelemente von Führungsmodellen und politischer Einfluss*

Über die skizzierten rechtlichen Elemente eines Führungsmodells bestimmt der Staat den Grad seiner Gewährleistungsverantwortung. Je mehr er sich mittels entsprechender Elemente Einfluss und Verantwortung sichert, umso größer ist im Allgemeinen der politische Einfluss. So sind strategische Ziele und Leistungsaufträge, aber auch Berichterstattungspflichten, die Einsitznahme in Leitungsgremien, Genehmigungsvorbehalte usw. Instrumente, über die politischer Einfluss in den selbständigen Einheiten ausgeübt werden kann.

Auch unter diesem Aspekt scheint jedoch die rechtliche Organisationsform nicht von maßgeblicher Bedeutung zu sein. Insbesondere ist es nicht etwa so, dass politischer Einfluss, wenn die dafür geeigneten Instrumente zur Verfügung stehen, bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften zurückhaltender ausgeübt würde als bei öffentlich-rechtlichen Anstalten. So müssen sich in der Schweiz sowohl die SBB als auch die Post regelmäßig politische Einmischungen in als operativ zu charakterisierende Geschäftsentscheide sowie in Personalentscheide gefallen lassen. Dabei geschehen solche Einmischungen nicht nur über die genannten rechtlichen Strukturelemente (besondere Mitwirkungsrechte, Aufsicht usw.), sondern sie unterliegen dem ungebändigten politischen Prozess, zu dem neben politischen Vorstößen auch die Einflussnahme über die Medien gehört.

VI. Konkrete Bestimmung des Führungsmodells im Einzelfall

Die Wahl und Ausgestaltung des für eine selbständige Einheit passenden Führungsmodells ist nach dem Gesagten eine Entscheidung, die wie folgt strukturiert ist: Steht einmal fest, dass eine staatliche Tätigkeit im Rahmen einer selbständigen Einheit ausgeführt werden soll, ist dreierlei zu bestimmen: die Art der Tätigkeit; Art und Grad der Verantwortung, die der Staat haben soll, soweit es um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe geht; und die Gründe und Ziele der Ver selbständigung. Vor diesem Hintergrund sind sodann die rechtlichen Strukturele-

⁵⁰ Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 32 f.

⁵¹ Siehe Art. 7 Abs. 1 S. 3 NBG; Art. 3 Abs. 3 BGRB.

mente festzulegen, die dem Staat den gewünschten Einfluss garantieren (→ VI. 1.). Hinzu kommen ergänzende Gesichtspunkte, die in ausgesprochenem Maß den Charakter weicher Kriterien haben (→ VI. 2.).

1. Kombination der verschiedenen Gesichtspunkte und Elemente

1. Aus den Gründen für die Bildung einer selbständigen Einheit kann sich bereits schlüssig ergeben, dass die Einheit rechtlich als Aktiengesellschaft organisiert sein soll. Wird nämlich eine Börsenkotierung angestrebt, kommt im Prinzip nur eine Aktiengesellschaft in Betracht.⁵² Doch gilt nicht einmal dies ausnahmslos, kann doch eine öffentlich-rechtliche Anstalt, gestützt auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage, Partizipationsscheine ausgeben.

2. Soll eine Tätigkeit nicht nur formell ausgegliedert, sondern der betreffende Bereich liberalisiert und die staatliche Tätigkeit privatisiert werden, so kommt als Organisationsform in aller Regel nur eine rein privatrechtliche Aktiengesellschaft in Betracht. In diesem Fall hat der Staat entschieden, dass die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens keine öffentliche Aufgabe ist.

3. Steht keiner der beiden vorstehend genannten Fälle zur Diskussion, so ist festzulegen, welche rechtlichen Strukturelemente die Organisationsform haben soll, damit sie dem Staat den Grad von Einfluss verschafft, der dem gewünschten Grad der Gewährleistungsverantwortung entspricht. Diese rechtlichen Elemente können zu einem großen Teil sowohl mit einer rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft als auch mit einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft oder einer öffentlich-rechtlichen Anstalt verbunden werden.

4. Schließlich kommt es zu einer Verknüpfung zwischen der Art der Tätigkeit und der Organisationsform. Die Verknüpfung sieht, vereinfacht gesagt, wie folgt aus: Bei Dienstleistungen, die am Markt erbracht werden, wie Postdienstleistungen oder Leistungen des öffentlichen Verkehrs, ist eine privatrechtliche oder eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft zu wählen.⁵³

Der Hintergrund ist, dass es zwar kein rechtlich zwingendes, aber doch ein idealtypisches Element einer Aktiengesellschaft ist, dass sie sich eigenkapitalseitig einerseits aus Einlagen der Aktionäre, andererseits durch eine gewinnbringende Tätigkeit finanziert. Eine Finanzierung durch den Staat, zumal bereits bei der Gründung, ist zwar rechtlich möglich, doch ist eine fortdauernde, im Umfang bedeutsame Finanzierung durch staatliche Mittel idealtypisch mit der Konzeption der Aktiengesellschaft kaum zu vereinbaren. Namentlich bei Ministerial- und Aufsichtsaufgaben bietet sich die Aktiengesellschaft somit nicht an.

Erbringt eine selbständige Einheit hingegen Dienstleistungen am Markt und kann sie auf diese Weise ihre wirtschaftliche Selbständigkeit gewährleisten, so heißt dies zwar nicht zwingend, dass eine Aktiengesellschaft gewählt werden müsste, aber sie bietet sich in manchen Fällen an. Darum formuliert der Corpo-

⁵² Siehe vorn III. 2.

⁵³ Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 18.

rate-Governance-Bericht des Bundesrates als Leitsatz, dass private Aktiengesellschaften nur vorzusehen seien, wenn die selbständige Einheit mit der Mehrzahl ihrer Leistungen am Markt auftritt (wobei der Markt ein regulierter sein mag) und sie die Voraussetzungen zur wirtschaftlichen Selbständigkeit erfüllt, das heißt, dass die Einheit sich weitgehend über Leistungen am Markt auf der Grundlage der dort bestehenden Preise finanzieren kann.⁵⁴ Dies soll aber dennoch nur dann gelten, wenn auch das Kriterium, dass Dritte sich beteiligen können sollen, erfüllt ist.⁵⁵ Umgekehrt ist das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit auch dann erfüllt, wenn die selbständige Einheit vom Staat Abgeltungen für konkrete, bestellte Leistungen bezieht.⁵⁶

Bei Dienstleistungen mit Monopolcharakter und bei Aufsichtsaufgaben stehen die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen im Vordergrund. Hier gewährleistet die öffentlich-rechtliche Anstalt, aber je nach Ausgestaltung auch eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, dem Staat die nötigen Mitwirkungs- und Informationsrechte und sonstigen rechtlichen Strukturelemente des gewünschten Führungsmodells. Weil die Erbringung dieser Dienstleistungen nicht durch den Markt gesteuert wird, bedürfen sie einer Steuerung durch den Staat in der Rolle als Eigner, der auch die gesetzlichen Vorgaben konkretisieren kann. Auch der Umstand, dass viele dieser Dienstleistungen mit allgemeinen Steuermitteln finanziert werden, bedingt, dass dem Staat weitgehende Mitverwaltungsrechte zustehen, um angemessenen politischen Einfluss ausüben zu können.⁵⁷ Bei der Entscheidung zwischen öffentlich-rechtlicher Anstalt und spezialgesetzlicher Aktiengesellschaft spielt eine wesentliche Rolle, ob Dritte sich an der selbständigen Einheit beteiligen können sollen: Ist dies der Fall, so steht eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Vordergrund, andernfalls ist die Anstalt als Organisationsform zu wählen.⁵⁸ Bei den Aufsichtsaufgaben entspricht im Übrigen ohnehin die Organisationsform der Anstalt dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, den die betreffenden Einheiten wahrnehmen. Der hoheitliche Charakter ihrer Aufgaben legt zudem nahe, dass der Bund allein Eigner ist.⁵⁹

2. Ergänzende Gesichtspunkte bei der Wahl der Organisationsform

Den Ausschlag bei der Wahl der passenden rechtlichen Organisationsform geben in manchen Fällen gewisse ergänzende Gesichtspunkte, die eine öffentlich-rechtliche Anstalt oder aber eine Aktiengesellschaft – in der Regel eine spezialgesetzliche, mitunter aber auch eine rein privatrechtliche – als besser geeignet erscheinen lassen. Denn die Wahl der Organisationsform mag bestimmte Auswirkungen

⁵⁴ Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 19.

⁵⁵ Corporate-Governance-Bericht, S. 8269.

⁵⁶ Siehe den Erläuternden Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 20.

⁵⁷ Siehe zum Gesagten Corporate-Governance-Bericht, S. 8234; Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 19.

⁵⁸ Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 19.

⁵⁹ Siehe zum Gesagten den Erläuternden Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 19.

haben, die erwünscht oder unerwünscht sind. Doch sind selbst diese ergänzenden Gesichtspunkte nicht schlüssig: Sie mögen Argumente zugunsten der einen wie auch der anderen Organisationsform liefern.

a) Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen

Bei selbständigen Einheiten, die eine öffentliche Aufgabe erfüllen, besteht oftmals eine Tendenz, sich in Bereichen außerhalb des öffentlichen Auftrages zu bewegen und im Wettbewerbsbereich privatwirtschaftlich tätig zu werden. Das gilt sowohl für Unternehmen, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, als auch für solche, die Dienstleistungen am Markt erbringen. In beiden Fällen schließen mitunter an den jeweiligen Tätigkeitsbereich Märkte an, deren Bearbeitung keine öffentliche Aufgabe ist. Vor allem staatliche Unternehmen in den Bereichen der Telekommunikation, des Verkehrs und der Logistik sowie der Finanzdienstleistungen beschränken sich nicht mehr auf ihre Kernmärkte. Liberalisierungen in den angrenzenden Märkten wissen diese staatlichen Unternehmen oftmals am schnellsten zu nutzen, ausgerüstet mit den Vorteilen, die ihnen ihre Monopolstellung oder zumindest die typischerweise bestehende Marktmacht auf dem jeweiligen Kernmarkt verschafft hat, und mit finanziellen Mitteln, die aus der Tätigkeit im Rahmen ihres staatlichen Auftrages herrühren (womit neben das wettbewerbswidrige Verhalten noch der Aspekt der zweckwidrigen Verwendung staatlicher Gelder tritt). Es besteht eine Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen, wenn auf der Grundlage eines öffentlichen Auftrages und mit staatlichen Mitteln neben der Erfüllung dieses Auftrages eine privatwirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Das ist im Allgemeinen unerwünscht, weil einerseits ganz grundsätzlich in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung der Staat im Prinzip nicht als Wettbewerber auftreten soll und weil andererseits eine Gefahr von Quersubventionierungen besteht, eine Gefahr der Nutzung von Informationen aus der staatlichen Tätigkeit für den privatwirtschaftlichen Bereich, eine Gefahr der Beanspruchung von Vorteilen zugunsten des staatlich beherrschten Unternehmens in der Regulierung oder Besteuerung, der Beanspruchung von expliziten oder impliziten Staatsgarantien usw.⁶⁰

Was bedeutet die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen für die Entscheidung zwischen öffentlich-rechtlicher Anstalt und Aktiengesellschaft? Die Aktiengesellschaft als Organisationsform mag Anreize setzen oder es jedenfalls begünstigen, dass ein Unternehmen in andere, namentlich in angrenzende Märkte vorstößt. Daraus können sich die beschriebenen Wettbewerbsverzerrungen ergeben. Die Renditeerwartungen der privaten Anleger – oft aber auch des Staates, für den die Einkünfte aus staatlichen Beteiligungen eine bedeutende Finanzquelle sein kön-

⁶⁰ Siehe zum Ganzen auch den Bericht des Bundesrates vom 8.12.2017 in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP.Liberaler Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.9.2015, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte (Bericht „Staat und Wettbewerb“), S. 10 f.

nen – setzen die Geschäftsführungsorgane unter Druck, neue Geschäftsfelder zu erschließen, wenn ihr Kernmarkt gesättigt ist.

Die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen spricht jedoch nicht eindeutig gegen eine Aktiengesellschaft. Das erkennt man ohne Weiteres daran, dass auch öffentlich-rechtliche Anstalten aus ihrem Kernmarkt heraus in benachbarte Märkte vordringen.

b) Gefahr von Interessenkonflikten

Wenn der Staat sich an selbständigen Einheiten beteiligt, können in diesen Einheiten bzw. bei den Mitgliedern ihrer Leitungsorgane Interessenkonflikte entstehen.⁶¹ Auf der einen Seite stehen die wirtschaftlichen Interessen des Staates als Eigner (Interesse an einer Steigerung des Unternehmenswertes), auf der anderen Seite ein politisch festgelegter Auftrag, der mit dem Unternehmen erfüllt werden soll und nicht zwingend auf eine Steigerung des Unternehmenswertes abzielt, sondern die Erbringung der betreffenden Leistung in den Vordergrund stellt. Das Gesellschaftsinteresse und die Interessen des Staates können folglich auseinanderfallen.⁶² Jedenfalls dann, wenn der Staat Alleineigentümer der selbständigen Einheit ist, bedeutet die beschriebene Interessendivergenz jedoch genau gesehen keinen Interessenkonflikt im Rechtssinn; es geht dann vielmehr (nur) darum, das Gesellschaftsinteresse „richtig“ zu bestimmen. Eigentliche Interessenkonflikte entstehen erst dann, wenn neben dem Staat auch Dritte beteiligt sind.

Eigentliche Interessenkonflikte können ferner entstehen und ihre Auswirkungen werden verschärft, wenn die selbständige Einheit nicht nur eine öffentliche Aufgabe erfüllt, sondern daneben im Wettbewerbsbereich tätig ist. In einem solchen Fall haben die Vertreter des Staates in den Leitungsorganen und hat der Staat bei der Ausübung seiner Rechte sowohl die Interessen des Unternehmens als auch die des Staates zu wahren, wobei zwischen diesen Interessen ein echter Gegensatz bestehen kann. Die Vertreter der öffentlichen Hand befinden sich in einem doppelten Pflichtenexus.⁶³

Der beschriebene Interessenkonflikt präjudiziert nicht unmittelbar die Entscheidung betreffend die geeignete Organisationsform. Hingegen fragt sich (ähnlich wie beim Problem der Wettbewerbsverzerrungen),⁶⁴ ob die Wahl der Aktiengesellschaft als Organisationsform einen Anreiz dazu setzt oder es begünstigt, dass über den öffentlichen Auftrag hinaus eine privatwirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird – und insofern, dass die beschriebenen Interessenkonflikte entstehen. Das trifft wohl insofern zu, als die Aktiengesellschaft die Beteiligung Drit-

⁶¹ Siehe zum Folgenden *Buob*, AJP 2009, 142, 144 ff.; *Gutzwiller* (Fn. 20), Rn. 85 ff.

⁶² Siehe *Forstmoser*, SJZ 2002, 193, 217; *Gutzwiller* (Fn. 20), Rn. 528 ff.

⁶³ *Forstmoser/Jaag*, Der Staat als Aktionär, Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, 2000, Rn. 71; *Forstmoser*, SJZ 2002, 193, 218 f., 221.

⁶⁴ Siehe vorn VI.2.a).

ter ermöglicht, und diese mögen an einer Steigerung des Unternehmenswertes in besonderem Maß interessiert sein, möglicherweise mehr als der Staat.

Der Staat kann schließlich in dem Bereich, in dem die selbständige Einheit tätig ist, auch für die Regulierung zuständig sein und die Aufsicht wahrnehmen. Dann ist er in einer Mehrfachrolle: Eigner, Regulator, Gesetzgeber, Auftraggeber, Geschäftspartner.⁶⁵ Aus vereinzelt Interessenkonflikten kann ein eigentlicher Rollenkonflikt mit strukturellen Zielkonflikten werden. Die Gefahr der Instrumentalisierung von Regulierung zum Schutz der eigenen Interessen des Unternehmens ist groß, der mögliche volkswirtschaftliche Schaden ebenfalls.

Es scheint allerdings auch hier nicht so zu sein, dass die beschriebenen Rollenkonflikte als solche mit der rechtlichen Organisationsform und dem gewählten Führungsmodell zusammenhängen würden. Die Herausforderung für den Staat besteht darin, „mit diesen mehreren Rollen verantwortungsbewusst umzugehen und für die sich aus den verschiedenen Rollen ergebenden, teilweise divergierenden Interessen einen angemessenen Ausgleich zu finden“.⁶⁶ Dieser besteht in der Regel darin, die unterschiedlichen Rollen organisatorisch zu trennen.⁶⁷ Im Übrigen sollten die beschriebenen Rollenkonflikte auch Anlass sein, aus wirtschaftspolitischer Sicht kritisch zu hinterfragen, ob der Staat in einem bestimmten Bereich selber tätig sein soll, wenn er ihn stark reguliert; die Verantwortung, die der Staat für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe übernimmt, mag sich auf die Regulierung des betreffenden Bereichs beschränken.⁶⁸

VII. Schluss

Die Vorfrage zu den verschiedenen Rechtsfragen rund um staatliche Beteiligungen an Aktiengesellschaften lautet: Was ist die richtige, passende Rolle der Aktiengesellschaft in der Corporate Governance des Staates? Sie ist für die Schweiz nicht zuletzt deshalb nicht einfach zu beantworten, weil mit der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft – einer im Kern privatrechtlichen Organisationsform, die jedoch durch öffentliches Recht erst geschaffen und im Einzelnen ausgestaltet wird – eine Mischform zwischen öffentlich-rechtlicher Organisationsform und privatrechtlicher Aktiengesellschaft zur Verfügung steht. Klar scheint, dass die rechtliche Organisationsform für sich allein betrachtet eine untergeordnete Bedeutung hat. Es sind vielmehr die rechtlichen Strukturelemente wie besondere Mitwirkungsrechte usw., die in Abhängigkeit von der Art der staatlichen Tätigkeit, von Art und Grad der Verantwortung des Staates bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und mit Blick auf die Gründe für die Entscheidung zugunsten

⁶⁵ Siehe den Bericht „Staat und Wettbewerb“, S. 7 f.

⁶⁶ *Gutzwiller* (Fn. 20), Rn. 87.

⁶⁷ Vgl. zum Ganzen *Stöckli*, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Diss. Freiburg 2012, S. 660 ff.

⁶⁸ Siehe vorn III.2.

einer selbständigen Einheit festgelegt werden, die für die Governance des staatlichen Unternehmens bestimmend sind. Diese Elemente können im Prinzip sowohl mit einer privatrechtlichen oder spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft als auch mit einer öffentlich-rechtlichen Anstalt verbunden werden. Nur in eher seltenen Fällen wird die Entscheidung bereits aufgrund dieser Gesichtspunkte getroffen. Vielfach sind es ergänzende, wirtschaftspolitische Gesichtspunkte, die den Ausschlag dafür geben, ob der rechtliche Rohkörper für das gewünschte Führungsmodell eine öffentlich-rechtliche Anstalt oder eine spezialgesetzliche oder eine privatrechtliche Aktiengesellschaft sein soll.

Diskussion

zum Referat von Hans-Ueli Vogt

Sebastian Brehm

Die Diskussion zum Referat von *Hans-Ueli Vogt* zum Thema „Prolegomena zum ‚Staat als Aktionär‘: Die Rolle von Aktiengesellschaften in der Corporate Governance des Staates“ wurde von *Susanne Kalss* geleitet. Neben der Frage nach der unterschiedlichen Vorgehensweise bei Ausgliederungen aus der staatlichen Verwaltung in Deutschland, Österreich und der Schweiz wurde dabei vor allem die Reichweite der staatlichen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Schaffung besonderer gesellschaftsrechtlicher Vorschriften thematisiert.

I. Ausgliederungspraxis in Deutschland, Österreich und der Schweiz

Mehrere Diskutanten aus Deutschland zeigten sich verwundert über die große Zahl an sondergesellschaftsrechtlichen Vorschriften für ausgegliederte Rechtsträger in Österreich und der Schweiz. Obwohl die Schaffung von Sondergesellschaftsrecht in Deutschland zwar verfassungsrechtlich zulässig sei, mache der deutsche Gesetzgeber davon praktisch nicht Gebrauch. Die Wahl der konkreten Rechtsform habe eine bestimmte Funktion: So werde durch die Aktiengesellschaft als Rechtsträger aufgrund der beschränkten Einflussmöglichkeiten der Eigentümer eine gewisse „Staatsferne“ erzeugt und ist durch das Festhalten am allgemeinen gesetzlichen Modell eine gewisse Rechtssicherheit gegeben.

In Österreich und der Schweiz existieren vergleichsweise mehr spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, beispielsweise die Schweizerische Post. Bei diesen wird in speziellen Vorschriften auf die jeweiligen Besonderheiten der Gesellschaft eingegangen. In Bereichen, wo keine Spezialregelung besteht, wird in der Regel auf die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften verwiesen. Dementsprechend ist die Wahl der jeweiligen Rechtsform einem österreichischen Diskutanten zufolge insofern von Bedeutung, als dass diese den grundlegenden Rahmen vorgebe, wenngleich dieser mehr oder weniger stark modifiziert werden kann.

II. Grenzen staatlicher Gestaltungsmöglichkeiten?

Die scheinbare Beliebigkeit bei der Schaffung von Sondergesellschaftsrecht in Österreich und der Schweiz führte zu der Frage, ob und inwieweit der Schaffung von Sondergesellschaftsrecht und der damit einhergehenden Anpassung aktienrechtlicher Vorschriften an die jeweiligen Gegebenheiten Grenzen gesetzt seien.

Vogt veranschaulichte, dass in der schweizerischen Praxis weitreichende Abweichungen von den allgemeinen Regelungen des Aktienrechts möglich seien. So betreffen diese beispielsweise auch organisationsrechtliche Vorschriften, etwa wenn der Bund – anstelle des eigentlich zuständigen Verwaltungsrates – die Strategie der Gesellschaft vorgebe. Dem Wunsch nach zumindest teilweiser Harmonisierung könne durch Corporate-Governance-Kodizes entsprochen werden, wenngleich es sich hierbei lediglich um unverbindliches Soft Law handle.

Ein Teilnehmer aus der Schweiz warf die Frage auf, ob es hinsichtlich des Legalitätsprinzips einen Unterschied mache, ob es sich um einen sondergesetzlich geschaffenen Rechtsträger oder eine reguläre Aktiengesellschaft handle. Wäre beispielsweise der Verkauf von Geburtstagskarten durch die Post bei Ersterem eher problematisch als bei ausgegliederten Gesellschaften, die nur dem allgemeinen Aktienrecht unterliegen? *Vogt* betonte, dass dies nur subsidiär eine Frage der jeweiligen Rechtsform sei und primär auf die politische Frage hinauslaufe, ob der Staat die jeweilige Tätigkeit – den Verkauf der Geburtstagskarten – generell vornehmen dürfe. Der Staat habe nicht per se freie Hand, selbst wenn er in Form einer Aktiengesellschaft agiere.

Mehrere Diskutanten betonten, dass der Wahl der Rechtsform der Aktiengesellschaft trotz der Modifikation der betreffenden Rechtsvorschriften nicht zuletzt eine gewisse „Signalwirkung“ zukomme. So gehe damit etwa eine Veränderung im Betriebsklima, im Personalwesen oder im Rechnungswesen einher. Der Ausweg aus dem staatlichen Jahresbudget erleichtere beispielsweise die Teilnahme an der Wettbewerbswirtschaft und führe zu einer Stärkung der marktwirtschaftlichen Ausprägung. *Vogt* stimmte dem grundsätzlich zu, warnte aber davor, deklarierten Motiven und Signalen allzu viel Bedeutung beizumessen.

Der Staat als Aktionär

Verfassungsrechtliche Vorgaben aus österreichischer Sicht

Michael Holoubek

I.	Themenstellung	23
II.	Die Unterscheidung zwischen „Hoheitsverwaltung“ und „Privatwirtschaftsverwaltung“ als Ausgangspunkt	24
III.	Schranken für das Tätigwerden des Staats als Aktionär	27
IV.	Welchen verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegt der Staat als Aktionär?	31
	1. Sondergesellschaftsrecht und seine Grenzen	31
	2. Haushaltsverfassungsrechtliche Bindungen	35
	3. Grundrechtsbindung	35
V.	Parlamentarische Kontrolle	36
VI.	Resümee	38

I. Themenstellung

Aufgabe dieses Beitrags im Rahmen des rechtsvergleichenden Generalthemas ist es zu beschreiben, wie sich in Österreich das Verfassungsrecht zu staatlichen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, insbesondere also zur – wie die österreichische Lehre das nennt¹ – „privatwirtschaftlichen“ Tätigkeit des Staates als Aktionär, verhält. Zwei Fragestellungen stehen dabei im Vordergrund: zum Ersten, ob und inwieweit der Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht überhaupt derartige Beteiligungen eingehen bzw. halten darf; mit anderen Worten also, ob die Bundesverfassung² dem Staat Grenzen setzt, wenn er entsprechende Beteiligungen eingehen will, und wenn ja, welche. Nimmt man einmal die Antwort, dass die Verfassung in Österreich dem Staat solches nicht verwehrt, vorweg, dann stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, welchen verfassungsrechtlichen Bindungen der Staat als Aktionär unterliegt; ob und inwieweit also die Verfassung dem Staat als Aktionär – abseits der allgemeinen, also alle Aktionäre treffenden recht-

¹ Siehe prägend *Antonioli*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1954, S. 9; ausführlich *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, 1993, S. 9 ff.

² Der Beitrag beschränkt sich auf eine Betrachtung aus dem Blickwinkel der österreichischen Bundesverfassung; die Landesverfassungen spielen in der Praxis in Österreich eine untergeordnete Rolle.

lichen Bindungen – Beschränkungen im Zusammenhang mit seiner Stellung als Aktionär auferlegt oder den Gesetzgeber verpflichtet, für den Staat als Aktionär besondere Bindungen vorzusehen.

Diesen Fragestellungen soll im Folgenden nachgegangen werden, wobei – um der Diskussion im Rahmen der Gesamttagung eine Grundlage zu legen – der Bericht im Vordergrund steht.

II. Die Unterscheidung zwischen „Hoheitsverwaltung“ und „Privatwirtschaftsverwaltung“ als Ausgangspunkt

Um den Zugang der österreichischen Bundesverfassung zur Tätigkeit des Staates als Aktionär zu verstehen, muss man sich vor Augen halten, wie die Bundesverfassung die einschlägige Tätigkeit – die Beteiligung des Staates an Kapitalgesellschaften – einordnet: Einschlägige staatliche Aktivitäten³ zählen zunächst einmal zur „Verwaltung“ (in Abgrenzung zu Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit). Diese „Verwaltung“ versteht die österreichische Bundesverfassung in ihrer – wie alles hier und im Folgenden zugespitzt und damit verkürzt zusammengefasst – kelsenianischen Prägung als Rechtsfunktion. Für die Verfassung steht bei der Verwaltungstätigkeit die Rechtssetzung durch Verwaltungsorgane im Vordergrund, nicht eine inhaltliche Betrachtung der Tätigkeit und der damit wahrgenommenen Aufgaben. Daraus folgt eine rechtsformenbezogene Sichtweise der österreichischen Bundesverfassung, die – weitgehend strikt⁴ – zwischen Vollziehung der Gesetze durch rechtsförmliche Verwaltungsakte (Bescheid, Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, Rechtsverordnung)⁵ und Verwaltungstätigkeit durch Rechtssetzung in den Rechtssatzformen des Privatrechts unterscheidet. Letzteres wird als „Privatwirtschaftsverwaltung“ bezeichnet.⁶

³ Gemeint ist das Eingehen bzw. Halten der Beteiligung durch den Staat im Wege seiner Organe; dies ist insbesondere im Hinblick auf die Zurechnung zur „Verwaltung“ im Sinne des B-VG von der Tätigkeit der Gesellschaft, an der der Staat die Beteiligung hält, und auch von der Tätigkeit von Organwaltern der Gesellschaft, die der Staat aufgrund seiner Beteiligung bestellt oder entsendet, zu unterscheiden.

⁴ Es ist signifikant, dass im Bereich der in Art. 23 B-VG verankerten Amtshaftung (Staatshaftung) die dafür vorrangig zuständigen ordentlichen Gerichte einen deutlich „aufgabengeprägteren“, also inhaltlichen Zugang zur Abgrenzung von der Amtshaftung unterfallender Hoheitsverwaltung und auf den Weg des allgemeinen Zivilrechts verwiesener Privatwirtschaftsverwaltung wählen, vgl. dazu nur *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2017, Rn. 705 ff. m. w. H.

⁵ Das Bild stellt sich im Einzelnen natürlich differenzierter dar, insbesondere sind Formen sogenannter schlichter Hoheitsverwaltung mittlerweile in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, siehe nur *Raschauer* (Fn. 4), Rn. 699 ff.

⁶ Als „Klassikertext“ *Antoniolli* (Fn. 1), S. 9: „Zwei Wege geht die Verwaltung zur Erreichung ihrer Ziele, den Weg der Hoheitsverwaltung und den Weg der Privatwirtschaftsverwaltung.“

Der Bundesverfassung liegt also eine rechtssatzformbezogene und nicht eine aufgabenbezogene Sichtweise der Verwaltung zu Grunde, an die die einzelnen bundesverfassungsrechtlichen Regelungen anknüpfen. Die vom Gesetz vorgegebene Rechtssatzform entscheidet über die verfassungsrechtliche Einordnung und damit über wesentlich unterschiedliche verfassungsrechtliche Bindungen, denen die Verwaltungstätigkeit unterliegt.⁷ Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes kommt es dabei für die Abgrenzung der Privatwirtschaftsverwaltung von der Hoheitsverwaltung auf die Motive und den Zweck der Tätigkeit nicht an; entscheidend ist, welche rechtstechnischen Mittel die Gesetzgebung zur Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgabe bereitstellt. Hat der Gesetzgeber den Verwaltungsträger nicht mit Zwangsbefugnissen („Hoheitsgewalt“) ausgestattet, so liegt keine Hoheitsverwaltung, sondern Privatwirtschaftsverwaltung vor.⁸ Dabei kann das Gesetz freilich auch privatrechtliche Gestaltungsmacht einräumen, indem es Rechte und Pflichten von Vertragspartnern (auch in ungewöhnlich intensiver Weise) selbst vorherbestimmt und die Vertragsfreiheit weitgehend einschränkt.⁹ Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung genießt der Gesetzgeber also einen relativ weiten Gestaltungsspielraum, ob er eine Angelegenheit dem Bereich hoheitlicher oder dem Bereich privatwirtschaftlicher Vollziehung zuweist.¹⁰

Die Hoheitsverwaltung unterliegt vergleichsweise strengen verfassungsrechtlichen Bindungen: Für sie gilt ein – auch im Rechtsvergleich gesehen – striktes Legalitätsprinzip¹¹. Organisationsrechtlich ist wesentlich, dass die verfassungsrechtlichen Bindungen für die Hoheitsverwaltung nicht nur für die einschlägige Rechtssetzung durch Verwaltungsorgane im organisatorischen Sinn gelten, sondern in einer funktionellen Betrachtungsweise auch dann, wenn Private mit einschlägiger Verwaltungstätigkeit, also mit der Setzung entsprechender Hoheitsakte, betraut sind. Schließlich gilt – natürlich – für die hoheitliche Verwaltung eine

⁷ Ein Beispiel: Das Studienförderungsrecht – geregelt in einem einheitlichen Gesetz – erkennt Förderungen für Studierende sowohl hoheitlich durch Bescheid als auch insbesondere in der Begabtenförderung auf privatrechtlicher Grundlage zu. Trotz gleicher inhaltlicher Tätigkeit sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen und Vorgaben – insbesondere im Hinblick auf bundesstaatliche Kompetenzverteilung, Gesetzesvorbehalt und Rechtsschutzweg – unterschiedlich (wenn auch, wie beim Grundrechtsschutz, im Großen und Ganzen funktional äquivalent).

⁸ Vgl. etwa VfSlg 3262/1957, 6084/1969, 19.104/2001, 20.164/2017.

⁹ Siehe vor dem Hintergrund der spezifischen Ausgestaltung des österreichischen Tabakmonopols in Bezug auf die von Großhändlern zu leistenden Zuschläge zum System der Tabakmonopolverwaltung VfSlg 19.934/2013.

¹⁰ Vgl. zum Wiener Grundversorgungsgesetz VfSlg 20.099/2016.

¹¹ „Strikt“ im Sinne eines Totalvorbehalts dahingehend, dass jedes hoheitliche Verwaltungshandeln (also Verwaltungshandeln durch rechtsförmlichen Verwaltungsakt) einer Zuständigkeit, Inhalt und Verfahren bestimmenden gesetzlichen Grundlage bedarf – Verwaltung „auf Grund der Gesetze“, siehe *Korinek/Holoubek* (Fn. 1), S. 59 ff.; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2016, S. 318 ff.; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2017, S. 105 ff.

uneingeschränkte Bindung an die Grundrechte. Rechtsschutz gegen die hoheitlich handelnde Verwaltung gewährleistet die Verfassung einschließlich eines Säumnisschutzes im Wege der Verwaltungsgerichtsbarkeit.¹² Für die Hoheitsverwaltung enthält die Bundesverfassung also eine Fülle von Regelungen, die diese Form der Verwaltungstätigkeit rechtsstaatlichen und demokratischen Bindungen unterwerfen.

Insbesondere regelt die Verfassung das „Ob“ entsprechender Verwaltungstätigkeit durch das Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG klar: Hoheitlich darf die Verwaltung nur aufgrund entsprechender gesetzlicher Ermächtigung tätig werden, was bedeutet, dass über die Aufgaben, die die Verwaltung auf diese Art und Weise wahrzunehmen hat, der Gesetzgeber entscheidet. Inhaltlich bestimmt damit, weil er nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bei der Festlegung von Verwaltungsaufgaben im Rahmen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung einen großen Gestaltungsspielraum genießt, der Gesetzgeber weitgehend frei, was er zur Aufgabe der Verwaltung und damit zur staatlichen Aufgabe erklärt.¹³ Eine wesentliche Begrenzung folgt freilich aus der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, die in Österreich grundsätzlich nach dem Prinzip einer strikten Kompetenztrennung (keine sich überschneidenden oder konkurrierenden Kompetenzen) materienbezogen die Zuständigkeit für die gesetzliche Regelung auf den Bundes- und neun Landesgesetzgeber verteilt. Sollen also Verwaltungsaufgaben in Form der Hoheitsverwaltung besorgt werden, bedarf dies zwingend einer gesetzlichen Grundlage, die nur der nach der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zur Gesetzgebung in der betreffenden Materie zuständige Bundes- oder Landesgesetzgeber schaffen kann.

In der Privatwirtschaftsverwaltung ist nun – fast – alles anders. Denn für die Privatwirtschaftsverwaltung gelten nach herrschender Auffassung und Rechtsprechung¹⁴ weder das Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG noch die bundesstaatliche Kompetenzverteilung. Ohne hier zunächst auf Einzelheiten einzugehen, folgt daraus, dass privatwirtschaftliches Verwaltungshandeln – und damit nach ganz herrschender Auffassung etwa auch die Gründung einer Kapitalgesellschaft und der Erwerb von Beteiligungen an solchen – keiner speziellen gesetzlichen Ermächtigung im Sinne des Art. 18 B-VG bedarf. Weiters bindet die bundesstaatliche Kompetenzverteilung, weil es ja keine zwingende gesetzliche Grundlage geben muss, auch im Bereich der Vollziehung die Bundes- und Landesverwaltungsorgane nicht bei der Wahrnehmung privatwirtschaftlicher Verwaltungsaufgaben. Ob nach der allgemeinen Kompetenzverteilung der Art. 10 bis 15 B-VG eine Verwaltungsmaterie in die Vollzugskompetenz des Bundes oder der Länder

¹² Nur die Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen ist schon von Verfassungs wegen vor die ordentlichen Gerichte verwiesen.

¹³ Wobei die Verfassung gewisse Aufgaben verpflichtend vorgibt, den Gesetzgeber aber bei der Festlegung von Verwaltungsaufgaben darüber hinaus wenig begrenzt.

¹⁴ Siehe statt aller die Nachweise bei *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, 11. Aufl., 2016, Rn. 612 ff. und *Grabenwarter/Holoubek* (Fn. 11), Rn. 1019 ff.

fällt, ist insoweit unbeachtlich, als Bundes- und Landesverwaltungsorgane privatwirtschaftlich auch im jeweils „transkompetenten Bereich“ tätig werden dürfen. Der zuständige Bundesminister kann daher für die Sportförderung – grundsätzlich nach Art. 15 Abs. 1 B-VG Landessache – ebenso eine Kapitalgesellschaft gründen wie das zuständige oberste Verwaltungsorgan auf Landesebene eine solche zu Zwecken der Außenhandelsförderung, auch wenn der Außenhandel nach Art. 10 Abs. 1 Z. 2 B-VG Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung ist.

Die Ausnahme von der Ausnahme der Privatwirtschaftsverwaltung aus wesentlichen verfassungsrechtlichen Bindungen für die Verwaltung besteht in der Grundrechtsbindung: Hier sind sich in Österreich Lehre und Rechtsprechung dahingehend einig, dass die privatwirtschaftlich handelnde Verwaltung ebenso wie die hoheitliche an die Grundrechte gebunden ist.¹⁵ Weiters ist festzuhalten, dass auch das privatwirtschaftliche Verwaltungshandeln von Bundes- und Landesorganen den organisationsrechtlichen Vorgaben der Bundesverfassung zu folgen hat. Das gilt für Organzuständigkeiten ebenso wie für Art. 20 Abs. 1 B-VG, dem zufolge grundsätzlich¹⁶ unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder weisungsgebundene Verwaltungsorgane die Verwaltung führen.

Was den Rechtsschutz anlangt, so ergibt er sich für die Privatwirtschaftsverwaltung aus der verwendeten Handlungsform. Auch hier knüpft die österreichische Verfassung rechtsformbezogen an, Streitigkeiten mit der Verwaltung aus privatrechtlichen Anspruchsgrundlagen gehören nicht vor die Verwaltungsgerichte, sondern vor die ordentlichen Gerichte. In diesem Umstand liegt auch die historische Begründung dafür, warum die Bundesverfassung der Privatwirtschaftsverwaltung eigentlich so wenig rechtsstaatliche Aufmerksamkeit zuteilwerden lässt. Bei der Entstehung der Bundesverfassung war es das erklärte Ziel, im Hinblick auf die Hoheitsverwaltung eine verfassungsrechtliche Grundlage für eine dem Justizrecht ebenbürtige Verwaltungsrechtsordnung zu schaffen.¹⁷ Den Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber dem „Fiskus“, also dem privatrechtlich handelnden Staat, sah man demgegenüber bei den ordentlichen Gerichten gut aufgehoben und damit verfassungsrechtlich nicht weiter regelungsbedürftig.

III. Schranken für das Tätigwerden des Staats als Aktionär

Wie erwähnt lässt die Bundesverfassung weiten Spielraum, wenn der Staat Kapitalgesellschaften gründen oder sich an solchen beteiligen will. Diese Gestaltungsfreiheit besteht in mehrfacher Hinsicht:

¹⁵ Dazu noch näher unten (→ IV. 3.).

¹⁶ Das Weisungsprinzip in der Verwaltung ist durch Art. 20 Abs. 2 B-VG freilich wesentlich durchbrochen, siehe dazu nur *Grabenwarter/Holoubek* (Fn. 11), Rn. 872.

¹⁷ Siehe nur *Rill*, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, FS Wenger, 1983, S. 57, 59 f.

Sie beginnt schon bei der Frage, wer die grundsätzliche Entscheidung über die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Privatrechtsträger trifft. Weil das Legalitätsprinzip für die Privatwirtschaftsverwaltung nicht gilt, kann die Verwaltung in eigener Entscheidung Gesellschaften gründen und Beteiligungen eingehen.¹⁸ Sie ist dabei auf die allgemeinen privat- und gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten begrenzt, kann sich ihrer aber nach herrschender Auffassung auch unbeschränkt bedienen. Will der Gesetzgeber privatwirtschaftliche Aufgaben auf privatrechtliche Rechtsträger übertragen, so steht ihm dies ebenso weitgehend frei. Er kann dabei entweder im Materiengesetz die Verwaltung dazu verpflichten und ermächtigen, zur Besorgung bestimmter Aufgaben private Rechtsträger zu gründen, er kann dies aber im Gesetz auch selbst vornehmen. Letzteres erfolgt typischerweise dann, wenn der Gesetzgeber dabei auch besondere Aufgabenzuweisungen vornimmt und Einflussmöglichkeiten der für den Staat die Beteiligungsrechte wahrnehmenden Verwaltung über das allgemeine Gesellschaftsrecht hinaus festschreiben will.¹⁹ Auf die Frage, wie weit hier die Eingriffsmöglichkeiten des Gesetzgebers in das allgemeine Gesellschaftsrecht qua Sondergesellschaftsrecht gehen, ist sogleich zurückzukommen.

Hervorzuheben ist zunächst aber noch, dass nach herrschender Auffassung die Bundesverfassung für den Gesetzgeber und die Verwaltung nicht näher bestimmt, welche privatwirtschaftlichen Aufgaben auf private Rechtsträger übertragen werden dürfen und welche im Wege der staatlichen Verwaltung selbst besorgt werden sollen. Für welche Belange also der Staat öffentliche Unternehmen gründet, ist nach diesem Konzept eine verfassungsrechtlich weitgehend nicht vorherbestimmte Entscheidung des einfachen Gesetzgebers bzw. der entsprechend gestaltenden Verwaltung.

Dies kontrastiert wiederum mit dem Bereich der Hoheitsverwaltung in auffälliger Weise. Hier hat der Verfassungsgerichtshof in gefestigter Rechtsprechung konkrete verfassungsrechtliche Kriterien entwickelt, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit der – wegen des Legalitätsprinzips allein dazu befugte – Gesetzgeber hoheitliche Aufgaben auf private Rechtsträger übertragen darf.²⁰ So dürfen insbesondere hoheitliche Aufgaben nur „vereinzelte“ und sogenannte „Kernbereiche der staatlichen Verwaltung“ überhaupt nicht auf private Rechtsträger ausgegliedert werden.²¹ Eine Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf private Rechtsträger ist überdies nur zulässig, wenn ein dem Parlament demokratisch

¹⁸ Zu beachten gilt es allerdings, dass haushaltsrechtlich hierfür Vorgaben bestehen, siehe dazu noch unten (→ IV. 2.).

¹⁹ Siehe für einen Überblick über derartige Regelungen nur *Schauer*, FS Straube, 2009, S. 129, 137 ff.

²⁰ Siehe zu dieser sogenannten Austro-Control-Rechtsprechung des VfGH und den damit zusammenhängenden Fragen *Kucsko-Stadlmayer*, Gutachten 15. Österreichischer Juristentag, Bd. I/1, 2003, S. 75 ff.; zusammenfassend *Grabenwarter/Holoubek* (Fn. 11), Rn. 861 ff.

²¹ VfSlg 14.473/1996 – Austro-Control GmbH; siehe weiters insbesondere VfSlg 16.400/2001 – Bundeswertpapieraufsicht, 16.995/2003 – Energie-Control GmbH, 17.341/2004 – Zivildienst VerwaltungsgmbH, 19.728/2012 – Österreichischer Integrationsfonds.

verantwortliches oberstes Verwaltungsorgan ausreichende Steuerungsmöglichkeiten in Bezug auf den beliebigen ausgegliederten Rechtsträger besitzt. Dies bedeutet nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere, dass dem obersten Verwaltungsorgan, etwa dem Bundesminister, gegenüber dem mit Hoheitsbefugnissen betrauten privaten Rechtsträger ein Weisungsrecht zustehen muss, das der Gesetzgeber ausdrücklich vorzusehen hat.

Es fehlt nun zwar nicht an Versuchen in der Lehre, vergleichbare verfassungs-immanente Schranken für die Übertragung von nicht hoheitlichen Verwaltungsaufgaben auf öffentliche Unternehmen, also ausgegliederte Rechtsträger unter zumindest beherrschendem Einfluss des Staates, zu entwickeln. Zu nennen sind hier insbesondere frühe Ansätze von *Bernhard Raschauer*, die von der herrschenden Auffassung angenommene Wahlfreiheit des Gesetzgebers, ob er bestimmte Aufgaben dem Bereich der Hoheitsverwaltung oder dem der Privatwirtschaftsverwaltung zuordnet, einzugrenzen.²² Er sieht den Gesetzgeber verfassungsrechtlich gehalten, bei der Besorgung öffentlicher Aufgaben – wenn wie insbesondere bei der Leistungsverwaltung nicht nur punktuell Maßnahmen gesetzt, sondern strukturell die Verhältnisse der einzelnen sozial gestaltet werden, also „öffentliche Verwaltung wahrgenommen“ wird²³ – diese Form der Führung öffentlicher Verwaltung dem öffentlichen Recht und damit der Hoheitsverwaltung zuzuweisen. Dies führt dann auch zu der Annahme, dass, weil der Verfassungsgesetzgeber den organisatorischen Aufbau für die öffentliche Verwaltung im B-VG vorgegeben hat, der Gesetzgeber sich für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auch verpflichtend dieser Organisationsformen zu bedienen habe und eine Übertragung auf Privatrechtsträger nicht zulässig sei. Ähnlich, wenn auch weniger radikal, hat gut 20 Jahre später *Karl Korinek* argumentiert und ebenfalls aus dem Organisationskonzept des B-VG, im Besonderen aus dessen Art. 77, Schranken dafür abgeleitet, in welchen Rechtsformen der Gesetzgeber die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch ausgegliederte Rechtsträger organisieren darf.²⁴ Auch *Korinek* setzt bei der inhaltlichen Art der Verwaltungsaufgabe an und sieht für Aufgaben der Daseinsvorsorge etwa deutlich engere verfassungsrechtliche Schranken als im Bereich der Ausgliederung von Eigenunternehmungen oder eingegliederten Wirtschaftskörpern in erwerbswirtschaftliche Unternehmungen, wobei für ihn auch eine Rolle spielt, wie weit eine Leitungs- und Weisungsbefugnis des zuständigen obersten Verwaltungsorgans über das öffentliche Unternehmen erhalten bleibt.²⁵

Das Problem, das alle derartigen Versuche, privatwirtschaftliche Angelegenheiten der „öffentlichen Verwaltung“ auch einer Besorgung durch Verwaltungsorgane im organisatorischen Sinn oder in einem weiteren Schritt sogar öffentlich-

²² Siehe *Raschauer*, ÖZW 1977, 1; *ders.*, *ecolex* 1994, 434.

²³ Anders demgegenüber, wenn es um „reine“ Fiskal- und Erwerbswirtschaftsverwaltung geht.

²⁴ *Korinek*, ÖZW 2000, 46, 49 ff.

²⁵ *Korinek*, *ebd.*, 51 f.

rechtlichen, hoheitlichen Vollzugsformen vorzubehalten, haben, liegt darin, dass – worauf insbesondere *Josef Aicher* immer wieder hingewiesen hat – das öffentliche Recht „keine durchnormierten (Vertrags-)Typen wirtschaftlicher Leistungsbeziehungen, die den privatrechtlichen Vertragsformen mit ihrer *cum grano salis* ausgewogenen Rechten- und Pflichtenverteilung zwischen den Vertragspartnern gleichkommen“, kennt.²⁶ Daher bedienen sich Gesetzgebung und Verwaltung auch nach wie vor in vielfältigem Ausmaß der Rechtsform von Kapitalgesellschaften für die Einrichtung öffentlicher Unternehmen. Bislang hat die höchstgerichtliche Rechtsprechung dies auch aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel nicht beanstandet.

Die Nutzung privater Gesellschaftsformen für öffentliche Unternehmen nicht verbauen, gleichwohl aber den Zusammenhang zur Verwaltungsführung im Sinne des B-VG aufrechterhalten, wollen jene Ansätze, die davon ausgehen, dass auch im Fall der Ausgliederung von (bestimmten) Verwaltungsaufgaben privatwirtschaftlicher Natur von Verfassungen wegen einer Verpflichtung besteht, einen demokratischen Legitimationszusammenhang aufrechtzuerhalten. Dies kann sich im Einzelnen in einer Verpflichtung zu einer gesellschaftsrechtlichen Verankerung entsprechender Ingerenzbefugnisse und damit entweder einer dahingehenden sondergesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung des konkreten Gesellschaftsverhältnisses oder in einer verfassungsrechtlichen Vorgabe, wegen der Weisungsbefugnis der Generalversammlung in bestimmten Fällen die Rechtsform der GmbH zu wählen, niederschlagen.²⁷ Zur Begründung wird auf Art. 20 Abs. 1 B-VG, aber auch auf einen aus den einzelnen Verfassungsbestimmungen, die das Organisationsmodell der staatlichen Verwaltung konstituieren, ableitbaren allgemeinen Grundsatz eines Gebots der Sachangemessenheit der für eine Verwaltungsaufgabe gewählten Organisationsform abgestellt.²⁸ Zwar wird diese Auffassung heute in der Literatur doch stärker vertreten, sie hat bislang insbesondere in der gerichtlichen Praxis aber noch nicht zu konkreten Konsequenzen geführt. Freilich sehen vielfach Ausgliederungsgesetze derartige Ingerenzbefugnisse der staatlichen Verwaltung tatsächlich vor.

Was bleibt als Zwischenresümee? Zunächst der Befund, dass die österreichische Bundesverfassung dem privatwirtschaftlich tätigen Staat wenig echte Grenzen setzt. Aus Rechtsschutzgesichtspunkten sieht die Bundesverfassung aus ihrer Entstehungszeit heraus begründet den Einzelnen vor den ordentlichen Gerichten, wenn er mit der Verwaltung aus Privatrechtsverhältnissen in Streit gerät, gut aufgehoben.²⁹ Der Aspekt demokratischer Steuerung ist verfassungsrechtlich im

²⁶ So schon *Aicher*, in: Funk (Hrsg.), *Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte*, 1981, S. 191, 196 f.

²⁷ Siehe *Aicher*, Referat 15. Österreichischer Juristentag, Bd. I/2, 2005, S. 87, 90 ff.; *Korinek/Holoubek*, FS *Aicher*, 2012, S. 307, 319 ff. jeweils m. w. H.

²⁸ Siehe näher *Korinek/Holoubek*, FS *Aicher* (Fn. 27), S. 322 f.

²⁹ Es ist eine bemerkenswerte Leistung der ordentlichen Gerichtsbarkeit, angesichts der im Laufe der Zeit deutlich angestiegenen Bedeutung der Privatwirtschaftsverwaltung durch Nut-

Hinblick auf den privatwirtschaftlich agierenden Staat deutlich weniger im Fokus. Während die Verfassung im Bereich der Hoheitsverwaltung entsprechende Rechtssetzung auch durch private Rechtsträger funktionell dem Staat zurechnet, durchschneidet die Ausgliederung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten auf selbstständige Rechtsträger grundsätzlich die Zurechnung zur staatlichen Verwaltung.³⁰ Hier versucht die Lehre – gestützt auf die Ratio des organisatorischen Verwaltungsmodells des B-VG, demokratische Steuerung und Verantwortung sicherzustellen – über die Ableitung einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Aufrechterhaltung entsprechender Ingerenzbeziehungen bei gesellschaftsrechtlicher Beteiligung des Staates einen Ausgleich zu schaffen. Als herrschende Auffassung oder gar gefestigte Rechtsprechung lassen sich diese verfassungsrechtlichen demokratischen Legitimationsanforderungen für staatliche Unternehmenstätigkeit freilich nicht bezeichnen.

Inhaltlich gesehen enthält die Bundesverfassung wenig Determinanten dafür, welche öffentlichen Aufgaben im Wege öffentlicher Unternehmen, also der Beteiligung des Staates an privaten Rechtsträgern, besorgt werden dürfen, wenn man davon absieht, dass die Bundesverfassung wohl für bestimmte Aufgaben hoheitliche Verwaltung vorsieht und damit von vornherein eine privatwirtschaftliche Aufgabenwahrnehmung verwehrt.³¹

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Aufmerksamkeit weniger auf das „Ob“ staatlicher Unternehmensbeteiligung denn auf das „Wie“ zu richten. In diese schon durch die Überlegungen zur Herstellung eines verfassungsrechtlich gebotenen demokratischen Legitimationszusammenhangs angezeigte Richtung weisen eine Reihe weiterer verfassungsrechtlicher Vorgaben, die beim Eingehen oder der Ausübung staatlicher Beteiligungen an privaten Rechtsträgern zu beachten sind.

IV. Welchen verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegt der Staat als Aktionär?

1. Sondergesellschaftsrecht und seine Grenzen

Stellt man sich die Frage, wie denn als Abweichung vom allgemeinen Zivil- und Gesellschaftsrecht „der Gesetzgeber“ die zuvor angesprochenen demokratisch-

zung privatrechtlicher Mechanismen zum Ausgleich von Machtungleichgewichten im Lichte der Grundrechte, insbesondere des Gleichheitsgrundsatzes, dessen Fiskalgeltung früh erkannt und genutzt wurde, diese historische Prämisse im Laufe der Zeit immer wieder hochgehalten und bestätigt zu haben, siehe mit den entsprechenden Nachweisen *Korinek/Holoubek*, FS Aicher (Fn. 27), S. 307 ff.

³⁰ Diesbezüglich hat das B-VG einen organisatorischen Verwaltungsbegriff vor Augen, siehe grundlegend *Rill*, FS Antonioli, 1979, S. 35 ff.

³¹ Freilich sind auch hier die Grenzen alles andere als gesichert, vgl. zur Diskussion nur *Walzel von Wiesentreu*, Referat 15. ÖJT, Bd. I/2, 2005, S. 3, 22 ff. m. w. N.

legitimatorischen Bindungen für staatliche Unternehmenstätigkeit durch private Rechtsträger umsetzen kann, stößt man auf eine komplizierte Kompetenzrechtslage:

Ausgangspunkt ist, dass Art. 10 Abs. 1 Z. 6 B-VG das „Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens“ in Gesetzgebung und Vollziehung dem Bund zuweist. Für Zivilrecht gibt es daneben insoweit eine Bedarfskompetenz der Länder, als diese im Bereich ihrer – sonstigen – Gesetzgebungszuständigkeiten befugt sind, die zur Regelung des Gegenstandes erforderlichen Bestimmungen auch auf dem Gebiet des Straf- und, hier interessierend, des Zivilrechts zu treffen.³² Daraus wird einhellig geschlossen, dass im Bereich des Gesellschaftsrechts den Ländern keine vergleichbare Zuständigkeit zukommt, Gesellschaftsrecht also ausschließlich Bundessache ist. Damit kommt aber auch nur dem Bundesgesetzgeber die Befugnis zu, vom allgemeinen Gesellschaftsrecht abweichende Regelungen für öffentliche Unternehmen bzw. den Staat als Aktionär zu treffen, also sogenanntes „Sondergesellschaftsrecht“ zu erlassen. Mit dieser Maßgabe wird aber an der Zulässigkeit von (bundesgesetzlichen) sondergesellschaftsrechtlichen Regelungen nicht gezweifelt.³³

Freilich stellt sich die in ihrer Abgrenzung unscharfe und bislang auch in der Lehre wenig behandelte Abgrenzungsfrage, was als sondergesellschaftsrechtliche Regelung zu qualifizieren ist und was demgegenüber inhaltliche Regelung des Materiengesetzgebers darstellt. Besondere Gesellschaftsrechte des Staates (des Bundes) als Allein- oder Mehrheitseigentümer einer Kapitalgesellschaft, besondere gesellschaftsrechtliche Weisungsrechte oder spezifische Mittel der Ingerenz über Rechte entsandter Aufsichtsratsmitglieder (Informationsrechte, Einspruchsrechte etc.) oder besondere Regelungen über die Bestellung und Abberufung von Organwaltern zählen wohl zum Sondergesellschaftsrecht. Demgegenüber sind Aufgabenzuweisungen, Tätigkeitsbegrenzungen oder öffentlich-rechtliche Weisungsbefugnisse abseits der gesellschaftsrechtlichen Einflussnahmemöglichkeiten öffentlich-rechtliche Schranken der privaten Unternehmenstätigkeit, die grundsätzlich dem Materiengesetzgeber zukommen.³⁴

³² So genannte „lex Starzynski“, wobei nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs „erforderlich“ bedeutet, dass die in Rede stehenden zivilrechtlichen Begleitregelungen mit einer in die Landeskompetenz fallenden Hauptmaterie in unerlässlichem Zusammenhang stehen müssen; der VfGH setzt also einen strengen Maßstab an. Siehe zu all dem nur *Kahl*, in: *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg.), *Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht*, Art. 17 B-VG, Rn. 8 m. w. N.

³³ Siehe nur *Winner*, *ZfV* 1998, 104, 106; *Korinek/Holoubek* (Fn. 1), S. 100 f.; gegenteilige Auffassungen wie die von *Raschauer*, *ecolex* 1994, 435, sind vereinzelt geblieben.

³⁴ Vgl. etwa die Ausführungen am Beispiel der Austro-Control GmbH bei *Winner*, *ZfV* 1998, 104 ff.: Der gesetzliche Auftrag an den Bundesminister, eine GmbH im ausschließlichen Eigentum des Bundes zu gründen, ist ebenso eine materienspezifische Anordnung wie der gesetzlich statuierte Aufgabenkatalog; demgegenüber stellen gesetzliche Richtlinien für die Unternehmensführung, die die Handlungsmaßstäbe für die Geschäftsführung festlegen, ebenso Sondergesellschaftsrecht dar wie Regelungen über die Bildung der ersten Organe.

Über diese öffentlich-rechtlichen Bindungen der staatlichen Unternehmens-tätigkeit kommen dann doch wieder die Landesgesetzgeber ins Spiel, und zwar auf zweifache Weise: zum einen, wenn ihnen nach der allgemeinen Kompetenzverteilung ohnedies die entsprechende Materienkompetenz zukommt. Zum anderen ist aber auch eine weitere Besonderheit der österreichischen Kompetenzverteilung zu beachten. Aus der Bestimmung des Art. 17 B-VG – diese regelt ausdrücklich, dass durch die allgemeine Kompetenzverteilung „die Stellung des Bundes und der Länder als Träger von Privatrechten in keiner Weise berührt“ wird – schließen herrschende Lehre und Rechtsprechung, dass dieser Art. 17 B-VG selbst die Kompetenzgrundlage dafür darstellt, dass der jeweilige Bundes- oder Landesgesetzgeber gesetzliche Regelungen auf dem Gebiet der Privatwirtschaftsverwaltung erlassen darf. Dies allerdings mit der Besonderheit, dass im sogenannten „transkompetenten Bereich“, also dort, wo einer Gebietskörperschaft die Materienkompetenz nach der allgemeinen Kompetenzverteilung fehlt, derartige sogenannte „Selbstbindungsgesetze“ nur die eigene Verwaltungstätigkeit regeln dürfen, aber keine Rechte und Pflichten Dritter begründen können.³⁵ Daher können entsprechende Aufgabenzuweisungen und auch Vorgaben für die Tätigkeit der privatwirtschaftlich handelnden Verwaltung grundsätzlich auf Art. 17 B-VG gestützt werden. Ob das auch trägt, entsprechende Vorgaben für im (ausschließlichen) Eigentum des Staates stehende private Rechtsträger auf diese Kompetenzgrundlage zu stützen, wird wohl – weil in diesem Bereich grundsätzlich organisatorisch abgegrenzt wird – überwiegend verneint. Es ist aber nicht ausgemacht, dass bei einer funktionellen Betrachtung solches auch im transkompetenten Bereich³⁶ möglich ist.³⁷ Geht man in diesem Zusammenhang davon aus, dass aus demokratisch-legitimierenden Gründen die Verfassung derartige gesetzliche Regelungen entweder verlangt oder jedenfalls als zulässig vor Augen hat, dann spricht einiges für eine durchaus großzügige Auslegung der auf Art. 17 B-VG gestützten Regelungszuständigkeit auch im transkompetenten Bereich, soweit es um die Bindung der Tätigkeit der – in einem funktionellen Sinn – öffentlichen Aufgaben wahrnehmenden Verwaltung geht.

Bleibt die Frage, ob derartige gesetzliche Aufgabenzuweisungen, und hier kommt eine rechtsstaatliche Komponente ins Spiel, auch Ansprüche Dritter begründen können oder ob dies im transkompetenten Bereich, wie von der herrschenden Lehre angenommen, ausgeschlossen ist. Hier ist jedenfalls einmal festzuhalten, dass der OGH auch bei ausdrücklichem Ausschluss eines Rechtsanspruchs

³⁵ Statt aller *Kahl*, in: Kneihls/Lienbacher (Fn. 32), Art. 17 B-VG, Rn. 4 ff. m.w.N.; aus der Rechtsprechung OGH 23.12.2014, 1 Ob 218/14m und VfSlg 17.550/2005.

³⁶ Unstrittig ist das dort zulässig, wo der jeweiligen Gebietskörperschaft ohnedies die Materienzuständigkeit zukommt.

³⁷ Insbesondere dann, wenn man Art. 17 B-VG nur als Zurechnungspunkt für die einschlägige Kompetenzgrundlage sieht, die sich aber auch aus der Organisationskompetenz der jeweiligen Gebietskörperschaft (siehe *Wenger*, FS F. Korinek, 1972, S. 189) bzw. aus der grundsätzlichen Überordnung des Gesetzgebers über die Verwaltung (siehe *Rill*, FS Wenger, 1983, S. 57, 65 ff.) stützt.

auf Leistung aus solchen Selbstbindungsgesetzen dennoch Leistungsansprüche gestützt auf seine Rechtsprechung zum Kontrahierungszwang eines staatlichen Rechtsträgers, der Leistungen aufgrund des Gleichheitsgebotes nicht bestimmten Leistungswerbern verweigern darf, wenn er sie unter gleichen Bedingungen anderen Leistungswerbern gewährt hat, anerkennt.³⁸ Diese Rechtsprechung könnte kompetenzkonform dahingehend gedeutet werden, dass der Gesetzgeber der Sache nach entsprechende privatrechtliche Leistungs- und Kontrahierungspflichten der Verwaltung vorgegeben hat.

Wie schwierig es im Einzelfall oft ist, die kompetenzrechtliche Grenze zwischen im konkreten Fall zivilrechtlicher oder materienspezifischer Regelung privatwirtschaftlicher Tätigkeit des Staates zu ziehen, zeigt die Diskussion, die in Österreich um die Rechtsnatur jener landesgesetzlichen Bestimmungen geführt wurde, die Haftungen des Landes Kärnten bzw. einer Landesholding-Gesellschaft für Verbindlichkeiten einer ursprünglich ebenfalls im Eigentum des Landes Kärnten stehenden Bank begründet haben. Hier wurden in der Literatur nahezu sämtliche denkbaren Kompetenzgrundlagen in Erwägung gezogen.³⁹

Eine andere, ebenfalls noch nicht abschließend geklärte Frage ist, ob der Bundesgesetzgeber dann, wenn er sondergesellschaftsrechtliche Regelungen erlässt, dabei insoweit an systemimmanente Grenzen aus dem Kompetenztatbestand des wirtschaftlichen Assoziationswesens heraus gebunden ist, als er sich an grundlegende Strukturmerkmale des Gesellschaftsrechts halten muss, wie sie der Verfassungsgesetzgeber auch vorgefunden hat. Während die vom Gesellschaftsrecht her kommende Lehre dies bejaht und dem Gesetzgeber hier keine verfassungsrechtliche Befugnis zur Durchbrechung der gesellschaftsrechtlichen Ordnungs-

³⁸ Vgl. nur OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k (Bundesbetreuungsgesetz); OGH 28.11.2013, 6 Ob 173/13d (Pflege- und Betreuungskosten nach dem Tiroler Grundsicherungsgesetz) oder OGH 17.12.2012, 4 Ob 134/12b (zum Steiermärkischen Behindertengesetz).

³⁹ Von der Qualifikation als Selbstbindungsgesetz im Sinne des Art. 17 B-VG über eine historisch begründete Inklusion zur Organisationskompetenz des Landes bis hin zu einer sonderzivilrechtlichen Vorschrift im Sinne des Art. 15 Abs. 9 B-VG, vgl. *Binder/Trentinaglia*, ÖBA 2014, 904; *Th. Müller*, in: Baumgartner (Hrsg.), *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2015, 2015, S. 31; *Holoubek/M. Öhlinger*, ZFR 2014, 54 jeweils m. w. N. Auch sonst zeigt eine stichprobenartige Betrachtung einzelner Ausgliederungsgesetze, dass sich der Bundesgesetzgeber durchaus auf unterschiedliche Kompetenzgrundlagen beruft, wenn er einschlägige Rechtsträger errichtet, so etwa für die Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (BGBl. I 63/2002) auf den Materientatbestand des Gesundheitswesens, für die Familie und Beruf Management GmbH (BGBl. I 3/2006) auf den Kompetenztatbestand Bevölkerungspolitik (Art. 10 Abs. 1 Z. 17 B-VG) oder für die Österreichische Austauschdienst-GmbH (OEAD, BGBl. I 99/2008) auf Art. 17 B-VG und auf Art. 14 Abs. 1 B-VG (Hochschulwesen), nur auf Art. 17 B-VG bezüglich der Austria Wirtschaftsservice GmbH (AWS, BGBl. I 130/2002), nur auf Zivilrechtswesen (und auf den Dienstrechtskompetenztatbestand allerdings für übernommene Beamte) bezüglich der Österreichischen Bundesforste AG (BGBl. 793/1996) oder wiederum auf den Materientatbestand des Verkehrswesens bezüglich der Schifffahrt bzw. Bau und Instandhaltung von Wasserstraßen (Art. 10 Abs. 1 Z. 9 und 10 B-VG) für die Via Donau – Österreichische Wasserstraßen GmbH (BGBl. I 177/2004).

funktion verliehen sieht,⁴⁰ ist die öffentlich-rechtliche Lehre tendenziell zurückhaltender.⁴¹

2. Haushaltsverfassungsrechtliche Bindungen

Nur hinzuweisen, weil an und für sich nicht verfassungsrechtlich vorgegeben, sondern im einfachen Bundeshaushaltsrecht grundgelegt, ist auf jene Bindungen, die der privatwirtschaftlichen Unternehmenstätigkeit des Staates durch das Haushaltsrecht auferlegt werden.⁴² In vielen Fällen wesentlich ist, dass das Haushaltsverfassungsrecht aber wegen seiner „doppelten Bedingtheit“⁴³ für einschlägige Gesellschaftsgründungen bzw. -beteiligungen eine finanzgesetzliche Grundlage erfordert. Ob und inwieweit diese zumindest einen Teil jener demokratischen Legitimation herstellen kann, die die Verfassung vor Augen hat, ist eine bekannt umstrittene Frage.⁴⁴

3. Grundrechtsbindung

Das wesentliche Instrument zur rechtsstaatlichen Domestizierung staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung im Allgemeinen und auch staatlicher Unternehmenstätigkeit im Besonderen und damit die wichtigste verfassungsrechtliche Schranke dieser Tätigkeit stellt zweifellos die Fiskalgeltung der Grundrechte dar. Diese ist in der Literatur unumstritten⁴⁵ und insbesondere eine Entwicklung der Judikatur⁴⁶. Öffentliche Unternehmen, die staatlicher Beherrschung unterliegen, sind damit grundrechtsgebunden – es kommt also für die Grundrechtsbindung nicht auf die Organisationsform, sondern materiell auf die Tatsache einer Tätigkeit des Staates (in bestimmter Art und Weise) an. So unterliegt die öffentliche Hand im Unterschied zu „echten Privaten“ wegen der Fiskalgeltung des Gleichheitsgrundsatzes einer Verpflichtung zur Gleichbehandlung bis hin gegebenenfalls zu einem Kontrahierungszwang, unabhängig davon, ob ihr im technischen Sinn etwa eine marktbeherrschende Stellung oder gar eine Monopolstellung zukommt. Dies gilt

⁴⁰ Aicher, in: Referat 15. ÖJT (Fn. 27), S. 92 f. im Anschluss an *Spannowsky*, ZGR 1996, 400, 428.

⁴¹ Siehe nur *Kucsko-Stadlmayer*, in: Gutachten 15. ÖJT (Fn. 20), S. 66; diese Lehre hält es auch für zulässig, dass der Landesgesetzgeber seine fehlende sondergesellschaftsrechtliche Kompetenz dadurch substituiert, dass er öffentlich-rechtliche juristische Personen schafft (wozu er qua Organisationskompetenz unstrittig befugt ist), für die er dann Regelungen des allgemeinen Gesellschaftsrechts auch verändert übernehmen kann, siehe *Kucsko-Stadlmayer*, a. a. O.

⁴² Siehe insbesondere § 71 BHG 2013 und zur Diskussion um den insoweit gleichgerichteten früheren § 59 Abs. 1 BHG Aicher, in: Referat 15. ÖJT (Fn. 27), S. 93 ff.

⁴³ Siehe *Korinek/Holoubek* (Fn. 1), S. 197 ff.

⁴⁴ Siehe nur *Korinek/Holoubek* (Fn. 1), S. 204 ff.

⁴⁵ Vgl. nur *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, 2011, S. 23 ff.; *Öhlinger/Eberhard* (Fn. 14), Rn. 737, 800; *Holoubek*, ÖZW 2000, 33, 39.

⁴⁶ Vgl. die Nachweise bei *Holoubek*, in: *Korinek/Holoubek u. a. (Hrsg.)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Kommentar, Art. 7 Abs. 2 B-VG, Rn. 434.

nach der Judikatur jedenfalls dann, wenn öffentliche Unternehmen Versorgungsaufgaben wahrnehmen.⁴⁷ Anders liegen die Dinge, wenn öffentliche Unternehmen „rein erwerbswirtschaftlich“ (und tatsächlich unter Marktbedingungen) agieren.⁴⁸

Eine Besonderheit der österreichischen Grundrechtsdoktrin liegt darin, dass der Staat dann, wenn er im Wege privater Rechtsträger agiert, nicht nur grundrechtsgebunden ist, sondern seinerseits auch Grundrechtsträger sein kann. Wenn derartige öffentliche Unternehmen staatlichen Organen gegenüberstehen, die ihnen gegenüber mit Hoheitsgewalt auftreten, wird dies allgemein für unproblematisch erachtet⁴⁹, jedenfalls soweit es sich um juristische Personen des Privatrechts handelt⁵⁰. Allerdings können Fallkonstellationen auftreten, in denen ein „materieller Durchgriff“ insoweit erfolgt, als sich der Staat insbesondere im Zusammenhang mit dem Eigentumsschutz nicht gegen sich selbst auf diesen berufen kann.⁵¹ Diese Überlegung lässt sich dahingehend verallgemeinern, dass es wohl auf die konkrete Konstellation ankommt, ob sich ein öffentliches Unternehmen in einer Unterordnungssituation gegenüber dem hoheitlich handelnden Staat befindet, wie sie für vergleichbare Unternehmen auch auftreten kann, oder ob es um die spezifische Ausübung staatlicher Eigentümer- oder Ingerenzbefugnisse geht, vor denen die Grundrechte den Staat gleichsam nicht „vor sich selbst“ schützen sollen.

V. Parlamentarische Kontrolle

Der Blick auf die verfassungsrechtlichen Bindungen des Staates als Aktionär und damit öffentlicher Unternehmen wäre unvollständig, würden nicht auch die maßgeblichen Formen parlamentarischer Kontrolle Erwähnung finden. Hier ist zunächst das parlamentarische Interpellationsrecht zu nennen, das die demokrati-

⁴⁷ So für Straßenbahnunternehmen etwa OGH 30.11.1993, 4 Ob 146/93 oder für Flugplatzbetreiber OGH 30.5.1994, 1 Ob 524/94 oder für ein städtisches Elektrizitäts- und Wasserversorgungsunternehmen OGH 28.3.1979, 3 Ob 522/78.

⁴⁸ So für das Straßenbahnunternehmen, soweit es erwerbswirtschaftlich Werbeflächen vergibt, OGH 30.11.1993, 4 Ob 146/93 oder für den Flugplatzbetreiber hinsichtlich der Organisation der Bordverpflegung OGH 30.5.1994, 1 Ob 524/94; näher dazu *Raschauer*, Wirtschaftsverfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht, in: ders. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2010, Rn. 2006.

⁴⁹ Siehe mit Nachweisen *Holoubek*, in: Korinek/Holoubek (Fn. 46), Art. 7 Abs. 1 B-VG, Rn. 95.

⁵⁰ Bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften ergibt sich dies schon aus der Grundrechtsträgerschaft des privaten (Minderheits-)Beteiligten; aber auch bei staatlichen Alleingesellschaften wird die Grundrechtsträgerschaft ganz überwiegend ohne weitere Erörterung sowohl in Lehre wie Judikatur bejaht.

⁵¹ So im Zusammenhang mit der staatlichen Trägergesellschaft für ein geplantes Atomkraftwerk und dem österreichischen Atomsperrgesetz VfSlg 9911/1983, siehe nur *Öhlinger/Eberhard* (Fn. 14), Rn. 876.

sche Verantwortlichkeit des zuständigen obersten Verwaltungsorgans sicherstellen soll (und auf dessen Effektivierung unter anderem ja auch die Überlegungen zu einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Herstellung von Ingerenzbeziehungen abzielen). Hier ist für die österreichische Verfassung festzuhalten, dass das parlamentarische Interpellationsrecht grundsätzlich so weit reicht wie die Leitungsbefugnis des obersten Verwaltungsorgans. Mit Art. 52 Abs. 2 B-VG bestehen Kontrollrechte des Nationalrats (und des Bundesrats) gegenüber der Bundesregierung und ihren Mitgliedern auch in Bezug auf Unternehmungen, an denen der Bund mit mindestens 50 % des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist, aber eben nur so weit, wie die Leitungsbefugnisse des obersten Organs reichen.⁵² Daher kommt etwa der Festlegung sondergesellschaftsrechtlicher Befugnisse oder öffentlich-rechtlicher Weisungsbeziehungen gerade auch für das Interpellationsrecht besondere Bedeutung zu.

Vergleichbares gilt für das Enqueterecht, also für parlamentarische Untersuchungsausschüsse gemäß Art. 53 B-VG.⁵³

Die Gebarungskontrolle des Rechnungshofs als Hilfsorgan des Nationalrats besteht auch gegenüber öffentlichen Unternehmen, soweit der Bund alleine oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofs unterliegenden Rechtsträgern an diesen mit mindestens 50 % beteiligt ist oder diese beherrscht. Hier kommt es auf die tatsächliche Beherrschung und nicht „nur“ auf rechtlich festgelegte Einflussnahmemöglichkeiten an. Demgemäß vermittelt auch eine „Blockademöglichkeit“ bei Beschlüssen im Leitungsorgan eine entsprechende Beherrschung.⁵⁴ Wenn allerdings die Mehrheitsverhältnisse in einer Publikums-gesellschaft so gestaltet sind, dass eine tatsächliche Beherrschung nicht mehr vorliegt, auch wenn die staatliche Beteiligung noch in der Mehrheit ist (aber 50 % nicht erreicht), ist keine Zuständigkeit des Rechnungshofs zur Gebarungsprüfung mehr gegeben.⁵⁵

All dies ist hier nicht im Einzelnen auszubreiten, aber es ist darauf hinzuweisen, dass die insbesondere über die Rechnungshofkontrolle vermittelte Transparenz doch wesentliche verfassungsrechtlich vorgezeichnete Wirkungen für die staatliche Beteiligung an Kapitalgesellschaften entfaltet.

⁵² *Kahl*, in: Korinek/Holoubek (Fn. 46), Art. 52 B-VG, Rz. 29.

⁵³ Siehe Art. 53 Abs. 2 B-VG in diesem Sinn interpretierend VfSlg 19.993/2015.

⁵⁴ VfSlg 19.834/2013.

⁵⁵ VfGH 11.12.2018, KR 1/2018 u. a. zur Flughafen Wien AG; in diesem Zusammenhang ist es auch interessant festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des VfGH Einschaurechte des Rechnungshofs bei öffentlichen Unternehmen nur insoweit bestehen, als dies zum Zweck der Gebarungsprüfung erforderlich ist, wobei der VfGH hier allerdings wohl einen weiten Maßstab anlegt, siehe VfSlg 19.910/2014.

VI. Resümee

Versucht man, aus dem vorstehenden Bericht ein Fazit zu ziehen, so liegt es nahe, die Entwicklung in den Blick zu nehmen, die das Verständnis der Verfassung in ihrer Bedeutung insbesondere als Schranke für die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen genommen hat. Diese ist doch bemerkenswert: *Walter Antonioli* hat 1954 im Hinblick auf die Wahl der Rechtsform für privatwirtschaftliche Aktivitäten des Staates festgestellt: „Regeln dafür bestehen nicht und lassen sich auch nicht finden. Jede nur denkbare Rechtsform wird verwendet. Entscheidend ist die Zweckmäßigkeit.“⁵⁶ Heute stellt sich der Befund doch deutlich differenzierter dar. So kommt *Josef Aicher* 2005 zu dem Schluss, dass die „verfassungsrechtlichen Kosten“ für privatrechtliche Ausgliederungen „zulässigerweise bezahlt werden, wenn sie durch eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Normierung von Ingerenzbeziehungen gleichsam kompensiert werden“.⁵⁷

⁵⁶ *Antonioli* (Fn. 1), S. 9.

⁵⁷ *Aicher*, in: Referat 15. ÖJT (Fn. 27), S. 90.

Der Staat als Aktionär

Öffentlich-rechtliche Besonderheiten in Deutschland

Thomas Mann

I.	Verfassungsrechtliche Grundlegung	40
1.	Grundsätzliche Rechtsformenwahlfreiheit	40
2.	Verfassungsrechtliche Strukturanforderungen	42
a)	Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen zur Erfüllung eines öffentlichen Auftrags	43
b)	Verpflichtung zur Steuerung und Einwirkung (Ingerenzpflicht)	45
c)	Anforderungen des Demokratieprinzips	45
d)	Grundrechtsbindung statt Grundrechtsberechtigung	46
II.	Konfliktfelder	47
1.	Zweckprogrammierung	48
2.	Ingerenzrechte	48
a)	Organbildung	49
b)	Weisungen	49
c)	Konzernrecht	49
d)	Kontrolle	50
3.	Demokratische Legitimation	51
III.	Lösung durch Verwaltungsgesellschaftsrecht?	51
IV.	Gestaltungsoption „Gesellschaft des Öffentlichen Rechts“	53
V.	Fazit	54

Die Rolle des Staates als Aktionär beschäftigt die Rechtswissenschaft in Deutschland bereits seit der Weimarer Zeit.¹ Die Schwierigkeiten sind dadurch bedingt, dass sich hier zwei im Ansatz wesensfremde Sichtweisen in einem Spannungsfeld gegenüberstehen: Zum einen gibt es die am traditionellen Modell behördlicher Aufgabenerledigung ausgerichteten öffentlich-rechtlichen Organisationsanforderungen, zum anderen das an betriebswirtschaftlichen Denkmustern sowie einer gewinnorientierten Unternehmensführung ausgerichtete Kapitalgesellschaftsrecht. Der nachfolgende Beitrag will sowohl einen Überblick über die Anforde-

¹ Zu privatrechtlich organisierten Gesellschaften der öffentlichen Hand unter Geltung der WRV vgl. *Ambrosius*, Die Öffentliche Wirtschaft in der Weimarer Republik, 1984, S. 68 ff.; speziell zur seinerzeitigen Entwicklung im kommunalen Wirtschaftsrecht *Mann*, VR 1996, 230 ff.

rungen geben, die das deutsche öffentliche Recht für eine staatliche oder kommunale Beteiligung an Kapitalgesellschaften aufstellt, als auch aufzeigen, welche Schwierigkeiten sich für die Umsetzung dieser Forderungen im deutschen Gesellschaftsrecht ergeben.

I. Verfassungsrechtliche Grundlegung

Die Antwort auf die Frage, ob sich der Staat als Aktionär an Unternehmen beteiligen kann, gibt das Verfassungsrecht. Dort ist auch der Sitz der öffentlich-rechtlichen Organisationsanforderungen, die es bei einer solchen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung zu beachten gilt.

1. Grundsätzliche Rechtsformenwahlfreiheit

Anders als noch die Weimarer Verfassung, enthält das Grundgesetz zwar keinen ausdrücklichen Abschnitt über die Wirtschaftsordnung und die Rolle des Staates innerhalb des Wirtschaftslebens, aber dass eine öffentliche Wirtschaftsteilnahme grundsätzlich zulässig ist, daran bestehen nach der deutschen Verfassungsordnung keine Zweifel. Auch ohne explizite Sondervorschriften finden sich mehrere verfassungsrechtliche Bestimmungen (z. B. Art. 87e, 87f, 110 Abs. 1, 135 Abs. 6, 143a, 143b GG), aus deren Gesamtschau sich mittelbar ergibt, dass das Grundgesetz die öffentliche Wirtschaftstätigkeit als ein Faktum registriert und ihr zumindest keine grundsätzlichen Barrieren entgegensetzt.²

Abweichende Ansätze in der Literatur, die maßgeblich bis Ende der 60er Jahre vertreten worden sind, haben sich nicht durchsetzen können. Das gilt für die These, die öffentliche Wirtschaftsteilnahme sei durch ein metaverfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip begrenzt,³ ebenso wie für die Ansicht, aus der Konzeption einer freiheitlichen Grundrechtsordnung folge, dass wirtschaftliche Tätigkeit ausschließlich durch Private zu erfolgen habe.⁴ Spätestens seitdem auch das primäre Gemeinschaftsrecht in Art. 106 Abs. 2 AEUV öffentliche Unternehmen anerkannt hat,⁵ werden diese Auffassungen auch nicht mehr vertreten.⁶

² Vgl. im Überblick statt vieler nur *Ronellenfitsch*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 3. Aufl., 2006, § 98 Rn. 33; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 16 ff.

³ Prononciert in diesem Sinne *Nipperdey*, in: Bettermann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Band IV/2, 1962, S. 741 ff.; *Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 (Erstbearb.), Rn. 52; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 278 f.

⁴ In diesem Sinne etwa *H. P. Ipsen*, NJW 1963, 2101, 2107 f.; *Nipperdey*, WuW 1954, 211, 213 ff., 225.

⁵ Dazu *Mann* (Fn. 2), S. 30 ff. (zur Vorgängernorm des Art. 86 II EGV).

⁶ Vgl. auch die Definition des öffentlichen Unternehmens in Art. 2 lit. b der Transparenzrichtlinie (RL 2006/111/EG v. 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Trans-

Die Offenheit des Grundgesetzes besteht auch mit Blick auf die Frage, in welchen (öffentlich-rechtlichen oder kapitalgesellschaftlichen) Rechtsformen sich der Staat wirtschaftlich betätigen darf. Auch hier hat sich schon sehr früh die Auffassung durchgesetzt, dass ihm insoweit eine prinzipielle Wahlfreiheit zusteht.⁷ Diese Auffassung hat in den 90er Jahren eine Verfestigung erfahren, als durch Verfassungsänderungen die Privatisierungen von Bahn, Post und Telekommunikation ihren Niederschlag im Grundgesetz gefunden haben und seitdem etwa nach Art. 87e GG die Eisenbahnen des Bundes „als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form“ zu führen sind. Für Gemeinden ist die prinzipielle Wahlfreiheit bei der Inanspruchnahme öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsformen darüber hinaus verfassungsrechtlich bereits durch Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG als Kernbereichselement der Selbstverwaltungsgarantie gewährleistet.⁸

Neben den sog. „Eigengesellschaften“, bei denen eine bestimmte öffentlich-rechtliche Körperschaft alleiniger Träger eines Unternehmens in privatrechtlicher Rechtsform ist, umfasst dies auch die sog.⁹ „gemischt-öffentlichen Unternehmen“, die von mehreren Hoheitsträgern gemeinsam betrieben werden. Grundsätzlich ebenfalls möglich, aber rechtlich problematischer ist es, wenn Anteile an einer Kapitalgesellschaft sowohl von öffentlich-rechtlichen Körperschaften als auch von Privaten gehalten werden (sog. „gemischt-wirtschaftliche Unternehmen“¹⁰). Für die Feststellung einer Unternehmensträgerschaft des Staates ist hier nicht allein die Kapitalmehrheit entscheidend,¹¹ sondern nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung kommt der Direktionsgewalt im Sinne einer beherrschenden Einflussnahme (bzw. Gesamtverantwortung) maßgebliche Bedeutung zu.¹² Auch öffentliche Minderheitsbeteiligungen können somit zur Annahme eines „öffentlichen“ Unternehmens i. w. S. führen, wenn das Unternehmen faktisch von

parenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. EU 2006 L 318/17), die mittlerweile auch von der Sektoren-Richtlinie übernommen wurde (Art. 4 Abs. 2 RL 2014/25 EU v. 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. EU 2014 L 94/243).

⁷ Vgl. bereits Art. 156 Abs. 1 Satz 2 WRV. Zur Diskussion im Parlamentarischen Rat siehe JöR 1 n. F., S. 877 ff.; unter Geltung des GG statt vieler *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 113 ff.; *Mann* (Fn. 2), S. 39 ff.; *Brüning*, in: Schulte/Kloos (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 5 Rn. 16.

⁸ Vgl. nur BVerfGE 137, 108, 158; *Graf Vitzthum*, AöR 104 (1979), 580, 581; *Mann*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2018, Art. 28, Rn. 219.

⁹ In Anlehnung an *Püttner*, Die Öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., 1985, S. 26. Zur gleichen Terminologie in Österreich vgl. *Holoubek*, VVDStRL 60 (2001), 513, 522 in Fn. 38.

¹⁰ Die Bezeichnung geht – soweit ersichtlich – zurück auf *Freund*, DJZ 16 (1911), Sp. 1113 ff., und hat weitgehende Verbreitung gefunden. Abweichende Bezeichnung („gemischt-private Unternehmen/Gesellschaften“) allerdings bei *R. Stober*, NJW 1984, 449, 452.

¹¹ So aber noch *Thiemeyer*, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, 1975, S. 19; *Blankart*, Ökonomie der öffentlichen Unternehmen, 1980, S. 7 f.

¹² BVerfGE 128, 226, 247 (*Fraport*); zustimmend *Gurlit*, NZG 2012, 249, 253.

der öffentlichen Hand beherrscht wird.¹³ Das ist etwa der Fall, wenn die öffentliche Hand in der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, an der sie nicht mehrheitlich die Kapitalanteile hält, dennoch die Stimmenmehrheit besitzt, weil beispielsweise viele Kleinaktionäre ihr Stimmrecht regelmäßig nicht ausüben¹⁴ oder weil die öffentliche Hand Mehrstimmrechte besitzt.¹⁵ Ganz in diesem Sinne stellt in Deutschland ja auch § 16 Abs. 1 AktG für den Begriff des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens auf die Mehrheit der Anteile oder die Mehrheit der Stimmrechte ab.¹⁶

Trotz der grundsätzlich zu attestierenden Wahlfreiheit bei der Organisation öffentlicher Unternehmen begegnet die konkrete Wahlentscheidung jedoch auch verfassungsimmanente Begrenzungen, die hier nicht vertieft werden sollen. Zum Beispiel darf durch die Wahl privatrechtlicher Rechtsformen nicht die bundesstaatliche Kompetenzordnung unterlaufen werden. In Bereichen, in denen der Bund keine Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz besitzt, darf er auch keine Kapitalgesellschaften gründen. Das ist vom BVerfG bereits im Jahr 1961 mit Blick auf die von Adenauer gegründete „Deutschland-Fernsehen GmbH“ entschieden worden, die eindeutig die Rundfunkhoheit der deutschen Länder verletzte.¹⁷

2. Verfassungsrechtliche Strukturanforderungen

Unabhängig von ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit unterliegt die Wirtschaftstätigkeit staatlicher und kommunaler Unternehmen aber gleichwohl noch besonderen Restriktionen, die sich in kleiner Münze dann letztlich als besondere Organisations- und Strukturdirektiven für die Rechtsformgestaltung herunterbrechen lassen. Im Kern geht es um drei Anforderungen, die sich letztlich insbesondere aus dem Demokratieprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip, dem Ordnungssystem der wirtschaftsrelevanten Grundrechte und – speziell mit Blick auf kommunale Unternehmen – aus der Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung ergeben. Auf den Punkt gebracht muss die einfachrechtliche Ausgestaltung des Organisationsrechts öffentlicher Unternehmen, um diesen verfassungsrechtlichen Maßgaben Rechnung tragen zu können, gewährleisten, dass

- diese Unternehmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen (Instrumentalfunktion),

¹³ BGHZ 69, 334, 347; Ziekow, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2016, § 7 Rn. 7, 33; Ruthig/Storr, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl., 2015, Rn. 666.

¹⁴ Vgl. z. B. die Ausgangslage in BGHZ 135, 107, 115.

¹⁵ Zu Mehrstimmrechten der öffentlichen Hand in den Anteilseignerversammlungen von GmbHs und AGs, insbesondere mit Blick auf §§ 5 EGAktG und 12 II AktG, siehe Mann (Fn. 2), S. 191 ff.

¹⁶ Ebenso § 8 Abs. 2 des Gesetzes über die Finanzstatistik i. d. Fass. v. 11.6.1980 (BGBl. I S. 673), wonach zu den öffentlichen Unternehmen alle Unternehmen gezählt werden, an denen die öffentliche Hand „unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 50 % des Nennkapitals oder des Stimmrechts beteiligt“ ist.

¹⁷ BVerfGE 12, 205, 253; dazu ausführlich Müller-Terpitz, in: Menzel/Müller-Terpitz, *Verfassungsrechtsprechung*, 2. Aufl., 2011, S. 139 ff.

- die öffentliche Hand über ausreichende Ingerenzrechte verfügt, um die Tätigkeit ihrer Unternehmen steuern zu können, und
- alle wesentlichen Unternehmensentscheidungen von demokratisch legitimierten Entscheidungsträgern getroffen werden.¹⁸

a) Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen zur Erfüllung eines öffentlichen Auftrags

Ganz maßgeblich für das Verständnis dieser besonderen Restriktionen ist der von den staatlichen und kommunalen Unternehmen zu erfüllende öffentliche Auftrag. Er ist eine Konsequenz aus der Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen, die ursprünglich in der öffentlichen Betriebswirtschaftslehre entwickelt worden ist. Diese begreift öffentliche Unternehmen vor allem als Instrumente ihrer Träger zur Verwirklichung wirtschaftspolitischer Ziele. Damit ist gemeint, dass staatliche Unternehmen generell, egal ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sind, vom Staat nur zur Erfüllung öffentlicher Zwecke eingesetzt werden dürfen (sog. Instrumentalfunktion), weshalb eine Gewinnmaximierung als dominantes Unternehmensziel für staatliche oder kommunale Unternehmen in der Regel keine Gültigkeit besitzt.¹⁹

Nachdem diese Betrachtungsweise auch von den Verwaltungswissenschaften adaptiert worden ist,²⁰ versteht auch das Öffentliche Recht in Deutschland staatliche Unternehmen als Einheiten, durch deren Betätigung die Verwaltung zugleich die Erledigung öffentlicher Aufgaben verfolgt und denen deshalb eine rein erwerbswirtschaftliche, ausschließlich an Gewinnzielen orientierte wirtschaftliche Betätigung zu versagen ist.²¹

Die Notwendigkeit der Verfolgung öffentlicher Zwecke erweist sich als eine Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip. Eine Konsequenz aus der Idee des Rechtsstaates ist die prinzipielle Orientierung des staatlichen Handelns an den Interes-

¹⁸ Zum Ganzen ausführlich *Mann* (Fn. 2), S. 55–97 und passim; siehe auch *Strobel*, DVBl. 2005, 77, 78; *Geis/Madeja*, JA 2013, 248, 249 f.

¹⁹ Grundlegend *Thiemeyer* (Fn. 11), S. 28 und passim; *ders.*, in: Chmielewicz/Eichhorn (Hrsg.), Handwörterbuch der öffentlichen Betriebswirtschaft, 1989, Sp. 671 ff.; ferner *Blankart* (Fn. 11), 1980, S. 111 f.; *Pothhoff*, in: Eichhorn (Hrsg.), Auftrag und Führung öffentlicher Unternehmen, 1977, S. 49, 50; *P. Eichhorn* (Hrsg.), Verwaltungslexikon, 2. Aufl., 1991, S. 413, 600 f.; *Kersting*, in: Krieger/Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl., 2017, Rn. 13.14.

²⁰ Vgl. nur *Schuppert*, ZögU 8 (1985), 310, 311 f.; *Müller*, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Institutional choice), 1993, S. 81 f.; *Püttner*, Verwaltungslehre, 3. Aufl., 2000, S. 263.

²¹ Allgemeine Auffassung, vgl. etwa *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 62 ff.; *Meßner*, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand, 2. Aufl., 2010, Teil 2, Rn. 17; *Nierhaus*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band II – Kommunale Wirtschaft, 2011, § 40 Rn. 9, 27; *Oebbecke*, ebd., § 41 Rn. 29; *Kerst*, VR 2014, 325, 326; *Hartmann/Zwirner*, ZögU 2014, 213, 214 f., mit Verweis auf BVerfGE 128, 226, 247 (*Fraport*).

sen einer als gleich gedachten Allgemeinheit, an Zielen des Gemeinwohls:²² Staatliches oder kommunales Handeln darf daher nicht reiner Selbstzweck sein, sondern muss der Verwirklichung bestimmter Ziele dienen. Im Verfassungsstaat aber ist das Gemeinwohl der Legitimationsgrund aller Staatlichkeit.²³ Aus diesem Gemeinwohlgebot folgt eine Notwendigkeit zur Rechtfertigung jeder staatlichen Betätigung, insbesondere auch der öffentlichen Wirtschaftsaktivität, durch gemeinwohlbezogene Erwägungen.²⁴ Ein Recht der öffentlichen Hand zu zweckfreier Wirtschaftsbetätigung kann daher vom Öffentlichen Recht nicht anerkannt werden, da eine rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates allein zu Finanzierungszwecken etwa auch mit der Teleologie des Steuerstaates²⁵ konfligiert.²⁶ Denn immerhin lässt sich der Finanzverfassung entnehmen, dass der Staat seine Einnahmen im Wesentlichen über die Partizipation an den Erträgen der ökonomischen Betätigung der Bürger und nicht durch Gewinnmaximierung am Markt bestreiten soll.

Mit Blick auf das Unionsrecht genügt die Feststellung, dass durch die ausdrückliche Thematisierung öffentlicher Unternehmen in Art. 106 Abs. 1 AEUV und die Anerkennung des Stellenwerts der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Art. 14 AEUV ersichtlich wird, dass die Europäische Gemeinschaft die Sonderrolle achtet, die öffentlichen Unternehmen aufgrund ihrer spezifischen Funktion als Instrumente zur Durchsetzung wirtschafts- oder sozialpolitischer Ziele der Mitgliedstaaten zukommt. Gleichzeitig wird damit klargestellt, dass ein wirtschaftliches Engagement der öffentlichen Hand auch unter den Bedingungen einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (Art. 120 Satz 2, 127 Abs. 1 Satz 3 AEUV) zulässig ist, grundsätzlich aber keine Sonderstellung im Hinblick auf die Maßgaben des AEUV beanspruchen kann.²⁷

²² *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1966, S. 763 ff.; *Bettermann*, in: Juristische Fakultät der FU Berlin (Hrsg.), FS E. E. Hirsch, 1968, S. 1, 23; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 17. Aufl., 2017, § 26 II.

²³ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl., 2006, § 71 Rn. 2, 132.

²⁴ Allg. Auffassung, vgl. nur *Püttner* (Fn. 9), S. 129; *Haverkate*, VVDStRL 46 (1988), 217, 228, 229 f.; *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 258; v. *Danwitz*, AöR 120 (1995), 595, 604 f.; *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), 416, 420; *Pitschas/Schoppa*, in: *Mann/Püttner* (Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band II – Kommunale Wirtschaft, 3. Aufl., 2011, § 43 Rn. 31.

²⁵ Zum Steuerstaat vgl. ausführlich *Vogel/Waldhoff*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Vorb. zu Art. 104a–115 GG, Rn. 327 ff.

²⁶ *Isensee*, DB 1979, 145, 149; *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 311 ff.; *Ehlers*, JZ 1990, 1089, 1091; *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), 416, 420 f.; *Becker*, ZöG 24 (2001), 1, 9; a. A. (ohne Begründung) *Gersdorf*, AfP 1998, 470, 472.

²⁷ Vgl. im Überblick *Jung*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., 2016, Art. 106 Rn. 10 ff.; ferner ausführlich *Traut*, Die Corporate Governance von Kapitalgesellschaften der öffentlichen Hand, 2013, S. 181 ff.; *Kerst*, VR 2014, 325, 329 ff.; zum Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse *Mann*, in: *Heselhaus/Nowak* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 34.

b) Verpflichtung zur Steuerung und Einwirkung (Ingerenzpflicht)

Auch die zweite, ihrerseits auf der Instrumentalthese aufbauende Schlussfolgerung, die öffentliche Hand müsse im Organisationsstatut des Unternehmens über Steuerungsmöglichkeiten verfügen, um jederzeit auf die Erfüllung des öffentlichen Auftrags hinzuwirken und einem „Versickern“ dieses öffentlichen Auftrags vorbeugen zu können, lässt sich aus Sicht des Öffentlichen Rechts als ein verfassungsrechtliches Postulat begreifen.

Hier sind es erneut das Rechtsstaatsprinzip, aber auch das Demokratieprinzip und bei den Gemeinden Art. 28 GG, die im Ergebnis verlangen, dass die durch Wahlen demokratisch legitimierten Vertreter des Staates und der Gemeinden für die Handlungen der Exekutive einzustehen haben: Das durch Wahl vermittelte Mandat, in Verantwortung gegenüber dem Volk alle staatlichen oder kommunalen Angelegenheiten gemeinwohlbezogen zu erledigen, enthält auch ein Moment der Pflichtigkeit. Denn diese Verantwortung kann nur jemand tragen, der auch die tatsächliche Möglichkeit besitzt, dirigierenden Einfluss auf die Aufgabenerledigung zu nehmen. In Konsequenz dieser Verantwortung kann auf solche Ingerenzrechte auch nicht verzichtet werden.²⁸

Insbesondere bei der Organisation öffentlicher Unternehmen in privatrechtlichen Rechtsformen darf es daher aus der Sicht des öffentlichen Rechts nicht zu wesentlichen Steuerungs- und damit Verantwortungsverlusten kommen. Hieraus leitet sich die Vorstellung ab, dass auch die von Kapitalgesellschaften erbrachten Leistungen auf ihnen vorgegebene Gemeinwohlzwecke ausgerichtet sein müssen und nicht dem Einfluss der verantwortlichen Organe entzogen werden dürfen.²⁹ Mit anderen Worten: Durch Ausgründung darf die Letztverantwortung des Staates für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben nicht aus der Hand gegeben werden.

c) Anforderungen des Demokratieprinzips

Die dritte der genannten Verfassungsanforderungen, dass alle wesentlichen Unternehmensentscheidungen von demokratisch legitimierten Entscheidungsträgern getroffen werden müssen, stellt sich als eine Ableitung aus dem Demokratieprinzip dar. Ausgangspunkt ist hier Art. 20 Abs. 2 GG, nach dem „alle Staatsgewalt [...] vom Volke“ ausgeht und „durch besondere Organe der vollziehenden Gewalt [...] ausgeübt“ wird. Hieraus folgert die deutsche Staatsrechtslehre, dass jeder einzelne Entscheidungsträger über eine demokratische Legitimation verfügen muss, die einen hinreichenden Legitimationsgehalt staatlichen Handelns gewährleistet. Das meint insbesondere, dass eine organisatorisch-personelle Rückführbarkeit des staatlichen Handelns auf das Volk und eine sachlich-inhaltliche Verantwortlichkeit staatlichen Handelns gegenüber dem Volk gegeben sein müs-

²⁸ Grundlegend *Püttner*, DVBl. 1975, 535 ff.; ausführlich *Mann* (Fn. 2), S. 55 ff.; im Überblick *Fabry*, in: *Fabry/Augsten*, Unternehmen der öffentlichen Hand, 2. Aufl., 2010, Teil 1 Rn. 59.

²⁹ Ganz in diesem Sinne dann auch der Hinweis auf Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck in der Präambel des PCGK des Bundes Ziff. 1 Abs. 3.

sen.³⁰ Im Bereich der unmittelbaren Verwaltung durch Behörden folgt daraus insbesondere das Modell der „Legitimationskette“, also die Notwendigkeit, dass sich die Legitimation des Amtsträgers auf das Volk oder seine gewählte Vertretung zurückführen lassen muss.³¹

Unter der Prämisse, dass das Tatbestandsmerkmal „Staatsgewalt“ nicht nur auf die staatsunmittelbare Verwaltung beschränkt ist,³² stehen diese Folgerungen auch dann, wenn öffentliche Aufgaben durch Unternehmen in öffentlich-rechtlichen Rechtsformen erfüllt werden, seit langem außer Streit.³³ Im Grundsatz muss das dann aber auch bei einer Verselbständigung von privatrechtlichen „Trabanten“ in Gestalt von Kapitalgesellschaften gelten, denn ansonsten könnte sich der Staat durch eine „Flucht ins Privatrecht“ seiner verfassungsrechtlichen Bindungen entziehen.³⁴

d) Grundrechtsbindung statt Grundrechtsberechtigung

Der letztgenannte Aspekt ist auch ein entscheidendes Argument bei der Frage der Grundrechtsgebundenheit und der Grundrechtsberechtigung öffentlicher Unternehmen. In den letzten Jahren hat das BVerfG mehrfach, etwa in der Fraport-Entscheidung von 2011,³⁵ der Entscheidung zum kommunalen Freibad 2016³⁶ oder zuletzt in seiner Entscheidung zum parlamentarischen Informationsanspruch in Sachen der Deutschen Bahn AG,³⁷ seine Linie bestätigt, dass Unternehmen in Privatrechtsform, die im Alleinbesitz des Staates stehen oder mehrheitlich von ihm beherrscht werden, der Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unterworfen sind.³⁸ Umgekehrt bedeutet das für die Frage der Grundrechtsberechtigung, dass solche Unternehmen formal betrachtet dem Staat zuzurechnen sind und sich anders als rein private Unternehmen gerade nicht auf Grundrechte berufen können.³⁹ Hier unterscheidet sich die deutsche allgemeine

³⁰ Allgemeine Auffassung, siehe grundlegend *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 2. Aufl., 2004, § 24 Rn. 14 ff.

³¹ Siehe dazu nur BVerfGE 47, 253, 272, 275; 52, 95, 130; 77, 1, 40; 83, 60, 72 f.; VerfGH NRW, OVGE 39, 292, 294; *Ossenbühl*, ZGR 1996, 504, 509; *Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl., 1984, S. 604 f.

³² *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 329, 339, 345 m. w. N.

³³ Vgl. nur VerfGH NRW, OVGE 39, 292, 295; *Püttner* (Fn. 9), S. 136 f.; *Kirchhof*, in: Henneke (Hrsg.), Kommunale Aufgabenerfüllung in Anstaltsform, 2000, S. 31, 40 f.

³⁴ BGHZ 91, 84, 96 ff.; OLG Bremen, DÖV 1977, 899; *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), 329, 346; *Ossenbühl*, ZGR 1996, 504, 508; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) (Fn. 30), § 24 Rn. 14 ff.; *Ehlers*, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl., 2015, Abschn. B. Rn. 61; *Brüning*, in: Schulte/Kloos (Fn. 7), § 5 Rn. 94 f.

³⁵ BVerfGE 128, 226, 244 ff.

³⁶ BVerfG, KommJur 2016, 415 ff.

³⁷ BVerfG, NVwZ 2018, 51, Rn. 241; dazu *Burgi*, NVwZ 2018, 601 ff.

³⁸ Zustimmend *Gurlit*, NZG 2012, 249, 254; a. A. soweit nur *Traut* (Fn. 27), S. 299: nur die öffentliche Hand als Gesellschafterin sei in der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte an Grundrechte gebunden, nicht jedoch die Gesellschaft als solche.

³⁹ BVerfG, NVwZ 2018, 51, Rn. 270 f.; *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl., 2016, Abschn. B. Rn. 121; *Sachs*, GG, 8. Aufl., 2018, Art. 19 Rn. 110 ff.; demgegenüber war

Grundrechtslehre deutlich von der Rechtsauffassung in Österreich und der Schweiz.⁴⁰

II. Konfliktfelder

Bereits dieser kurze Abriss dürfte deutlich gemacht haben, dass diese verfassungsrechtlichen Strukturanforderungen zu zahlreichen Konflikten mit dem Gesellschaftsrecht führen müssen. Diese werden noch dadurch verstärkt, dass das unterverfassungsrechtliche Gesetzesrecht die allgemein bleibenden Maßgaben der Verfassung aufgreift und in Form konkreter Anforderungskataloge weiter ausgestaltet. Einschlägig sind insofern, soweit Bundes- und Landesunternehmen betroffen sind, die Vorschriften des Haushaltsrechts und, mit Blick auf die in der Praxis besonders zahlreichen Unternehmen der Gemeinden und Kreise, die Bestimmungen des kommunalen Wirtschaftsrechts.

Im kommunalen Wirtschaftsrecht wiederum gibt es keine einheitlichen Maßstäbe, da das Kommunalrecht in Deutschland in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fällt. Dementsprechend variieren dann auch die Anforderungen von Bundesland zu Bundesland mitunter deutlich. Außerdem wechselt, je nach neuer Landesregierung, mitunter die politische Grundeinstellung zur Kommunalwirtschaft und es lassen sich „Gesetzgebungstrends“ beobachten, die wie eine Welle im Laufe von 10 Jahren dann mal durch alle Länder aufgegriffen werden. Seit einigen Jahren ist etwa ein Trend zu beobachten, die Organisation der Beteiligungsverwaltung durch „Richtlinien für die gute Führung öffentlicher Unternehmen“, sog. Public-Corporate-Governance-Kodizes (PCGK), auszugestalten.⁴¹ Ebenso wie der Bund haben inzwischen auch viele deutsche Länder und Kommunen solche eigenen Kodizes oder Beteiligungsrichtlinien entwickelt.⁴² Ansonsten hat das föderale Spektrum über die Jahre hinweg eine bunte Regelungsvielfalt hervorgebracht: Neben Ländern, die für kommunale Unternehmen sogar mal einen Vorrang des Eigenbetriebs vorgesehen hatten⁴³ oder noch haben,⁴⁴ finden sich andere, welche die Wahl einer Aktiengesellschaft für kommunale Un-

die Anerkennung der Grundrechtsfähigkeit des schwedischen Staatsunternehmens in BVerfGE 143, 246 kein Paradigmenwechsel, sondern einer Sonderkonstellation geschuldet, vgl. näher *Ludwigs/Friedmann*, NVwZ 2018, 22 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu die Beiträge von *Holoubek* für Österreich und *Kunz* für die Schweiz in diesem Sammelband (S. 23 ff. bzw. S. 127 ff.).

⁴¹ Vgl. *Schwarting*, ZöGU 2013, 191, 192 f. Frühe Ansätze bereits bei *Siekmann*, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 15 (1996), S. 282 ff.

⁴² Eine Übersicht der aktuellen Kodizes und Beteiligungsrichtlinien hat das Institut für den öffentlichen Sektor e. V. erstellt. Sie ist zu finden unter <<https://publicgovernance.de/html/de/2317.htm>> (letzter Zugriff: 10.5.2019).

⁴³ Vgl. Art. 91 Abs. 1 Nr. 2 bay. GO i. d. Fass. d. G. v. 25.4.1973 (GVBl. S. 911), aufgehoben durch G. v. 26.7.1995 (GVBl. S. 376) – dazu *Mann*, NVwZ 1996, 557 f.; § 103 Abs. 1 Nr. 1 bd.-wtt. GO, aufgehoben 1999 – dazu *Schoepke*, VBIBW 1994, 81, 84 f.

⁴⁴ Vgl. § 117 Abs. 1 Nr. 1 s.-anh. GO: Vorrang öffentlich-rechtlicher Rechtsformen.

ternehmen ausdrücklich nur subsidiär gegenüber öffentlich-rechtlichen Rechtsformen⁴⁵ oder gegenüber einer GmbH⁴⁶ oder auch gar nicht⁴⁷ erlauben oder die Zulässigkeit privatrechtlicher Rechtsformen auf Eigengesellschaften beschränken.⁴⁸ Daneben normieren die Gemeindeordnungen der Länder detailliert klare Einzelanforderungen, die bei der Wahl einer Rechtsform des Kapitalgesellschaftsrechts einzuhalten sind.⁴⁹ Alle diese Anforderungen verstehen sich, das sei noch einmal klargestellt, als einfachrechtliche Konkretisierungen der eben skizzierten Verfassungsvorgaben.

Zu Konflikten kommt es nun nicht erst, wenn das kommunale Wirtschaftsrecht Anforderungen aufstellt, die sich mit dem Gesellschaftsrecht nicht vereinbaren lassen. Die Schwierigkeiten entstehen bereits bei der Frage, wie sich diese Anforderungen mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts realisieren lassen. Weil das an anderer Stelle bereits ausführlich dargelegt worden ist,⁵⁰ soll nachfolgend nur noch auf wenige Merkpösten hingewiesen werden.

1. Zweckprogrammierung

Für die Frage der Zweckprogrammierung auf die Wahrnehmung öffentlicher Zwecke erweist sich als vorentscheidend, dass neben dem Unternehmensgegenstand auch der Gesellschaftszweck als Zielvorgabe in der Satzung verankert wird.⁵¹ Denn anders als bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen hängt die Effektivität der gesellschaftsrechtlichen Steuerungsinstrumente vor allem bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen nicht selten vorentscheidend von der statutarischen Festlegung der öffentlichen Zweckverfolgung ab. Nur bei Aufnahme des öffentlichen Zwecks als Gesellschaftszweck in die Satzung wird das öffentliche Interesse, das der Staat mit dem Unternehmen verfolgt, zu einem Eigeninteresse der Gesellschaft, sodass den beteiligten privaten Gesellschaftern die Berufung auf eine primär gewinnorientierte Unternehmensführung verwehrt werden kann.⁵²

2. Ingerenzrechte

Was die Frage der verfassungsrechtlich für die öffentliche Hand geforderten Ingerenzrechte betrifft, so wird man näher nach den Möglichkeiten der Einwirkung und der Kontrolle unterscheiden müssen.

⁴⁵ Vgl. z. B. § 103 Abs. 2 bd.-wtt. GO; § 108 Abs. 4 nrw. GO; § 87 Abs. 1 rhpf. GO; § 96 Abs. 2 sächs. GO.

⁴⁶ Vgl. § 96 Abs. 4 bbg. KomVerf.

⁴⁷ Vgl. § 68 Abs. 4 Satz 2 mv. KomVerf.

⁴⁸ Vgl. § 136 Abs. 2 Nr. 2 NKomVG.

⁴⁹ Vgl. z. B. Art. 92 bay. GO; § 96 Abs. 1 bbg. KomVerf; § 69 Abs. 1 mv. KomVerf; § 137 Abs. 1 NKomVG.

⁵⁰ Vgl. Mann, VBIBW 2010, S. 7 ff.; ders., in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band II – Kommunale Wirtschaft, 2011, § 46.

⁵¹ Vgl. inzwischen auch die Forderung in Ziff. 3.1.1 PCGK des Bundes.

⁵² Ausführlich dazu Mann (Fn. 2), S. 183 ff.; ebenso jetzt auch Traut (Fn. 27), S. 42 ff.

a) Organbildung

In Bezug auf die Einwirkungsmöglichkeiten hält das GmbH-Recht angesichts der starken Stellung der Gesellschafter und der Möglichkeit zur Einräumung von Sonderrechten (insbes. Entsendungsrechten) durchaus Optionen bereit, um der öffentlichen Hand bereits auf der institutionellen Ebene eine dominierende Stimmrechtsmacht in der Anteilseignerversammlung und einen Einfluss bei der Bestellung der Leitungs- und Aufsichtsorgane zu sichern. Bei der AG, insbesondere wenn es sich nicht um eine reine Eigengesellschaft handelt, bestehen insoweit schon rechtliche Hindernisse (Ausschluss von Mehrstimmrechtsaktien; begrenzte Rechte zur Entsendung in den Aufsichtsrat; kein direkter Einfluss auf die Bestellung des Vorstands). Doch auch bei der GmbH kann ein erster „Einflussknick“ konstatiert werden, soweit ein nach dem Mitbestimmungsrecht obligatorischer Aufsichtsrat zur Wahl der Geschäftsführer berufen ist, was diesbezügliche exklusive Sonderrechte einzelner Gesellschafter ausschließt.⁵³

b) Weisungen

Auch mit Blick auf die Einwirkungsmöglichkeiten durch Weisungsrechte des öffentlichen Gesellschafters erweist sich die GmbH-Verfassung als vorteilhafter. Rechtlich problematisch ist insbesondere die aktienrechtliche Unzulässigkeit eines imperativen Mandats von Aufsichtsratsmitgliedern, die mit der mitunter im kommunalen Wirtschaftsrecht geforderten Weisungsbindung entsandter Aufsichtsratsmitglieder⁵⁴ konfligiert. Eine rein faktische Rücksichtnahme auf die öffentlichen Interessen vermag der verfassungsrechtlich geforderten Einwirkungsmöglichkeit nicht hinreichend Rechnung zu tragen. Die gleiche rechtliche Beurteilung ergibt sich für die ebenfalls weisungsfrei gestellten Mitglieder eines obligatorischen GmbH-Aufsichtsrates. Anders als gegenüber dem Vorstand einer AG ist im GmbH-Recht eine Erteilung von Weisungen der Gesellschafter an die Geschäftsführung durchaus möglich, kann aber insbesondere dann auf Schwierigkeiten stoßen, wenn es sich um ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen handelt oder Mitbestimmungsregeln greifen.⁵⁵

c) Konzernrecht

Man kann nun darüber nachdenken, inwieweit sich Weisungsrechte über Figuren des Konzernrechts realisieren lassen, und hierzu die gesamte Klaviatur durchspielen. Dadurch entstehen aber immer weitere Fragen, beispielsweise: Was ist mit der Verlustausgleichspflicht der öffentlichen Hand bei Weisungen gegenüber dem Vorstand einer AG im Vertragskonzernrecht? Reicht im einfachen faktischen

⁵³ Zum Ganzen detailliert *Mann* (Fn. 2), S. 190 ff.

⁵⁴ Vgl. z. B. Art. 93 Abs. 2 Satz 3 bay. GO; § 104 Abs. 2 bbg. GO; § 113 Abs. 1 Satz 2 nrw. GO, siehe hierzu BVerwGE 140, 300.

⁵⁵ Zum Ganzen ausführlich *Mann* (Fn. 2), S. 197 ff.; zu Einzelaspekten siehe aus jüngerer Zeit etwa *Leisner*, GewArch 2009, 33, 342; *Weckerling-Wilhelm*, NZG 2011, 327 ff.; *Ziche/Herrmann*, DÖV 2014, 111 ff.

AG-Konzern die Unverbindlichkeit von Weisungen an den Vorstand aus, um der verfassungsrechtlich geforderten gesicherten Einwirkungsmöglichkeit zu entsprechen? Vor allem aber entstehen auch bei Konstruktionen wie Holding-GmbHs unerwünschte zusätzliche Mediatisierungseffekte und Transparenzverluste. Bei allen mittelbaren Beteiligungskonstruktionen ergeben sich negative Diversifizierungsfolgen, namentlich eine Versickerung öffentlicher Zweckverfolgung und ein mit zunehmenden Unterbeteiligungen und Verschachtelungen abnehmender Einfluss der öffentlichen Hand.⁵⁶

d) Kontrolle

Hinsichtlich der Steuerung öffentlicher Unternehmen durch Kontrollinstrumente wird man die Finanz- und Wirtschaftlichkeitskontrolle⁵⁷ von der Kontrolle der Zielerreichung beim öffentlichen Auftrag (Aufgabenerfüllungskontrolle) unterscheiden müssen. In letzterer Hinsicht ergeben sich Probleme vor allem im Spannungsfeld zwischen öffentlich-rechtlichen Berichtspflichten und gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen. Das führt in die Bereiche von §§ 394, 395 AktG und zum Folgeproblem einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Teilungsverwaltung. Angesprochen sind damit die Anforderungen des körperschaftsinternen Geheimnisschutzes, also die Frage, welcher Personenkreis berechtigt werden soll, die Berichte von Aufsichtsratsmitgliedern entgegenzunehmen.⁵⁸ Die Gemeindeordnungen der Länder treffen auch insoweit keine einheitlichen Regelungen: Einige benennen – wenig hilfreich – „die Gemeinde“ als Berichtsadressat,⁵⁹ andere sehen eine Berichtspflicht an „den Rat“/ „die Vertretung“⁶⁰ respektive „den Hauptausschuss oder die Gemeindevertretung“⁶¹ vor. Dieser Themenkomplex hat in der jüngsten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Deutschen Bahn neue Nahrung erhalten: Wenn das Parlament bei Bundesbeteiligungen einen Informationsanspruch gegenüber staatlichen Unternehmen hat – wie lässt sich da eine Publizität von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verhindern?⁶² Im kommunalen Bereich gibt es darüber hinausgehend sogar auch immer wieder Forderungen nach einer Teilnahme von Ratsmitgliedern an Sitzungen des Aufsichtsrates von Unternehmen mit kommunaler Beteiligung.⁶³

⁵⁶ Zum Ganzen ausführlich *Mann* (Fn. 2), S. 214 ff.; *Traut* (Fn. 27), S. 89 ff.; siehe auch *Hartmann/Zwirner*, ZöGÜ 2014, 213, 219 ff.

⁵⁷ Im Blickfeld stehen hier die Abschlussprüfung nach §§ 264 ff. HGB, die erweiterte Jahresabschlussprüfung nach § 53 HGrG und die Betätigungsprüfung nach §§ 44, 54 HGrG, 92 BHO/LHO, siehe zu diesen Themen *Mann* (Fn. 2), S. 230 ff.

⁵⁸ Hierzu *Mann* (Fn. 2), S. 240 ff.; *ders.* (zur GmbH), in: Ennuschat u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für P. J. Tettinger, 2007, S. 295, 301 ff.

⁵⁹ So etwa Art. 93 Abs. 2 Satz 2 bay. GO.

⁶⁰ So etwa § 138 Abs. 4 Satz 2 NKomVG, § 113 Abs. 5 nrw. GO.

⁶¹ So etwa § 104 Abs. 4 bbg. GO; § 71 Abs. 4 mv. KomVerf.

⁶² BVerfG, NVwZ 2018, 51 m. Anm. *Sachs*, JuS 2018, 308 ff.

⁶³ Dagegen OVG NRW, NWVBl. 1997, 67, 68; *Mann* (Fn. 2), S. 248 f. und *Fabry*, in: *Fabry/Augsten* (Fn. 28), Rn. 77.

3. Demokratische Legitimation

Eine Überprüfung der Forderung nach demokratischer Legitimation der Gesellschaftsorgane schließlich offenbart demokratietheoretische Mängel. Das beginnt bereits bei der Frage, ob die Legitimationskette vor der Binnenstruktur der juristischen Person des Privatrechts enden muss und sich dann alles Weitere nach deren innerem Aufbau vollzieht. Legitimationsadressat wäre dann die Kapitalgesellschaft als solche, einer weitergehenden Binnenlegitimation bedürfte es dann nicht. Wenn man das aber verlangt, kommt man selbst bei Eigengesellschaften in Schwierigkeiten, soweit die für bestimmte Kapitalgesellschaften geltenden Regeln direkter Mitbestimmung zur Anwendung zu bringen sind. Denn eine Wahl durch Arbeitnehmervertreter vermittelt keine demokratische Legitimation im staatsrechtlichen Sinn. Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen bedingt die Beteiligung Privater, sofern diesen nicht stimmrechtslose Geschäftsanteile oder stimmrechtslose Vorzugsaktien eingeräumt werden, zwangsläufig einen potentiellen Störfaktor bei der Bildung einer durchgängigen Legitimationskette.⁶⁴

III. Lösung durch Verwaltungsgesellschaftsrecht?

Wenn man alle diese Einzelaspekte zusammen in den Blick nimmt, dann liegt die ernüchternde Einschätzung nahe, dass die öffentlich-rechtlichen Strukturansforderungen und das Kapitalgesellschaftsrecht nicht vollends miteinander in Einklang zu bringen sind. Einen dogmatischen Lösungsvorschlag, wie man all diesen vielen kleinen Problemen mit einem einheitlichen Lösungskonzept begegnen könnte, offeriert die Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht. Ihr Ausgangspunkt ist folgender: Immer dann, wenn das am Gemeinwohl ausgerichtete öffentliche Recht Anforderungen aufstellt, die mit entgegenstehenden gesellschaftsrechtlichen Maßgaben konfliktieren (z. B. die Forderung nach Weisungsbindung entsandter Aufsichtsratsmitglieder), entsteht ein Bedarf nach Kollisionsregeln für die konkrete Rechtsanwendung. Das ganz überwiegende gesellschaftsrechtliche Schrifttum, aber auch zahlreiche Vertreter des öffentlichen Rechts lösen den Konflikt unter Hinweis auf Art. 31 GG (Bundesrecht bricht Landesrecht, also Kommunalrecht), also im Sinne eines Vorrangs des bundesrechtlich geregelten Gesellschaftsrechts.⁶⁵

⁶⁴ Ausführlich zu diesem Komplex *Mann* (Fn. 2), S. 254 ff.

⁶⁵ So etwa *Raiser*, ZGR 1978, 391, 402 f.; *Püttner* (Fn. 9), S. 234 f.; *Schmidt-Aßmann/Ulmer*, BB 1988, Beil. 13 zu Heft 27/1988, S. 15; *Emmerich*, in: Eichhorn (Hrsg.), Auftrag und Führung öffentlicher Unternehmen, 1977, S. 88, 99; *Hüffer/Koch*, AktG, 13. Aufl., 2018, § 394 Rn. 2a; *Schwintowski*, NJW 1995, 1316, 1317; *Schön*, ZGR 1996, 429, 432; *Pielow*, FS K. Ipsen, 2000, S. 725, 736; *Steiner*, FS Hufen, 2015, S. 561, 564 f.; *Traut* (Fn. 27), S. 39 ff. Abweichende Begründung bei *Fischer*, Die AG 1982, 85, 90 f., *Lutter/Grunewald*, WM 1984, 385, 396 und *Harbarth*, Anlegerschutz in öffentlichen Unternehmen, 1998, S. 107 f.: AktG und GmbHG als abschließende und damit gem. Art. 72, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG Landesrecht ausschließende Regelung.

Diesen Lösungsansatz nach Art. 31 GG lehnt die Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht ab. Ihr Kernargument ist, dass der Verweis auf Art. 31 GG nicht stimme, da es bei genauer Betrachtung nicht um einen Konflikt zwischen dem bundesrechtlichen Charakter des Gesellschaftsrechts und dem landesrechtlichen Kommunalwirtschaftsrecht gehe. Vielmehr müsse man berücksichtigen, dass die kommunalrechtlich statuierten Pflichten bloße einfachrechtliche Ausprägungen von Verfassungsanforderungen sind, die dann insoweit rangbestimmend seien. Der Regelungswiderspruch bestehe also in Wahrheit zwischen Verfassungsrecht und Gesellschaftsrecht. Aus dieser Überlegung heraus nimmt die Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht Anleihen bei der anerkannten Rechtsfigur des Verwaltungsprivatrechts⁶⁶ und will den aus der Verfassung abgeleiteten öffentlichen Zweckbindungen und Ingerenzpflichten stärker Rechnung tragen, indem sie in Konfliktfällen für eine ungeschriebene öffentlich-rechtliche Überlagerung und Modifikation des Gesellschaftsrechts eintritt.⁶⁷

Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Lehre offenbart jedoch Mängel in ihren dogmatischen Begründungsansätzen: So nimmt ihre Konstruktion ausschließlich die relativ unproblematischen Eigengesellschaften in den Blick, arbeitet mit unzulässigen *a-maiore-ad-minus*-Begründungen und kann nicht hinreichend einsichtig erklären, wie sie aus den verfassungsrechtlichen Ingerenzpflichten zwingende verfassungsunmittelbare Weisungsrechte kondensiert.⁶⁸

Im Ergebnis jedenfalls stellt die herrschende Meinung damit zu Recht auf die Maßgeblichkeit des Gesellschaftsrechts ab. Eine punktuelle Durchbrechung des Organisationsstatuts einer Aktiengesellschaft durch ungeschriebene Grundsätze, die man selbst erst durch Turnen am verfassungsrechtlichen Hochreck gewinnt, wäre zudem auch der Rechtssicherheit nicht dienlich. Ob es möglich ist, die dargestellten Anforderungen des öffentlichen Rechts bei Kapitalgesellschaften umzusetzen, entscheidet sich damit alleine nach den Möglichkeiten des Gesellschaftsrechts. Bieten die Vorschriften des Gesellschaftsrechts hierzu keine Handhabe, wie das bei zwingenden Vorschriften des Aktienrechts der Fall ist, dann ist es nur konsequent, wenn der Staat und die Kommunen verpflichtet werden, von der Wahl dieser Rechtsformen Abstand zu nehmen.⁶⁹

⁶⁶ Siehe hierzu etwa nur *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017, § 17 Rn. 1 ff.

⁶⁷ So vor allem *Kraft*, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1982, S. 231 ff.; v. *Danwitz*, AöR 120 (1995), 595, 622 ff. Im Grundsatz ebenso *Stober*, NJW 1984, 449, 454 f.; *Haverkate*, VVDStRL 46 (1988), 217, 226, 228; *Ossenbühl*, ZGR 1996, 504, 514, 516 ff. und ansatzweise auch *Krebs*, Die Verwaltung 29 (1996), 309, 320.

⁶⁸ Ausführliche Widerlegung bei *Mann*, Die Verwaltung 35 (2002), 463 ff.

⁶⁹ *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 109 ff.; *Spannowsky*, ZGR 1996, 400, 421 ff.; *Mann*, VBIBW 2010, 7, 8 f.; 14 f.; *Gurlit*, NZG 2012, 249, 253.

IV. Gestaltungsoption „Gesellschaft des Öffentlichen Rechts“

Das führt zu einer letzten Option: Wenn öffentliche Unternehmen besondere Anforderungen an die innere Struktur haben, die von einer normalen AG abweichen, dann sollte dies dem Rechtsverkehr dadurch signalisiert werden, dass dem Staat und den Kommunen eine Rechtsformalternative zur Verfügung gestellt wird, die einerseits die begehrte Flexibilität und andererseits die nötige verfassungsrechtliche Bindung sicherstellt. Damit wären auch die Transparenzerwartungen des Rechtsverkehrs erfüllt: Ob eine AG grundrechtsberechtigt oder -verpflichtet ist, ob sie dem Vergaberecht unterfällt oder nicht, kann man nach gegenwärtiger Rechtslage oftmals nur ergründen, wenn man sich mit den Beteiligungsverhältnissen vertraut gemacht hat. Anders als in der schweizerischen Rechtsordnung, die öffentlich-rechtliche Sonderrechte gemäß Art. 762 OR und sogar spezialgesetzliche Aktiengesellschaften nach Art. 763 OR kennt,⁷⁰ ist im deutschen Recht für den Rechtsverkehr, insbesondere für potentielle Investoren, nicht leicht erkennbar, wann ein Marktteilnehmer vorliegt, für den öffentlich-rechtliche Besonderheiten gelten. Mit einer eigenständigen Rechtsform für öffentliche Unternehmen wäre insoweit Transparenz geschaffen und eine Möglichkeit eröffnet, die divergierenden Anforderungen von Gesellschaftsrecht und öffentlichem Recht spezialgesetzlich zu harmonisieren.

Entsprechende Überlegungen haben in den 50er Jahren bereits der Verband kommunaler Unternehmen⁷¹ und die Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft⁷² angestellt, die den Ausgangspunkt für diverse spätere Reformervägungen in der Literatur bildeten,⁷³ doch der Bundesgesetzgeber hat sich bislang nicht zur Umsetzung eines solchen Vorhabens entschließen können. Jedoch ist im Gemeindefinanzwirtschaftsrecht der Länder zwischenzeitlich eine solche Rechtsform geschaffen worden, die genau eine solche Fusion von wirtschaftlicher Flexibilität und verfassungsrechtlichen Anforderungen bewirken soll.⁷⁴ Diese Rechtsformalternative beruht auf der Basis der Anstaltsform. Denn anders als im *numerus clausus*

⁷⁰ Dazu etwa *Schürmann*, ZSR 72 (1953), 65a, 93a; *Stoffel*, Beamte und Magistraten als Verwaltungsräte von gemischt-wirtschaftlichen Aktiengesellschaften, 1975, S. 43 f., 102 f.; *Mann* (Fn. 2), S. 335 ff. und den Beitrag von *Bühler* in diesem Sammelband, S. 195 ff.

⁷¹ Vgl. die §§ 10 bis 20 des „Entwurfs eines Gesetzes über die Wirtschaftsunternehmen der Gemeinden und Gemeindeverbände in Hessen“, abgedr. als Sonderbeilage Hessen zum VKU-Nachrichtendienst, Folge 64 (1954).

⁷² Vgl. den „Entwurf zu einem Gesetz über Öffentliche Unternehmen“, veröffentlicht als Heft 3 der Schriftenreihe der GÖW, 1955.

⁷³ Zusammenfassung der Rechtsformentwürfe und Überblick über die diversen Vorschläge in der Literatur bei *Mann* (Fn. 2), S. 307 ff.

⁷⁴ Vgl. z. B. Art. 89 ff. bay. GO; §§ 141 ff. NKomVG; § 114a nrw. GO; § 106a sh. GO; aus der Lit. siehe etwa *Mann*, NVwZ 1996, 557 ff.; *Ehlers*, ZHR 167 (2003), 546 ff.; *Storr*, NordÖR 2005, 94 ff.; *Hogeweg*, Die kommunale Anstalt in Niedersachsen, 2007; *Schraml*, in: *Mann/Püttner* (Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band II – Kommunale Wirtschaft, 3. Aufl., 2011, § 45.

der kapitalgesellschaftsrechtlichen Formen bietet konzeptionell vor allem die fehlende rechtliche Verfestigung einer „Anstaltsverfassung“ den nötigen Freiraum, um eine speziell auf die Bedürfnisse der öffentlichen Unternehmen zugeschnittene Rechtsform auszuarbeiten. Die Beispiele bereits bestehender, durch Spezialgesetz errichteter öffentlich-rechtlicher Anstalten im Banken- und Versicherungsbereich – die bekanntesten von ihnen sind die Sparkassen⁷⁵ – lassen erkennen, dass das Organisationsrecht dieser Gebilde sich stark an kapitalgesellschaftsrechtlichen Strukturen orientiert, die aber in den Errichtungsgesetzen frei konfektioniert werden.⁷⁶ Zusätzlich bleiben aber auch Vorteile erhalten, die mit dem öffentlichen Recht verbunden sind: Dienstherrenfähigkeit für Beamte, Hoheitstätigkeit ohne Beleihung oder ein Anschluss- und Benutzungszwang in Wirtschaftsbereichen, die Daseinsvorsorgeleistungen erbringen. Vor allem aber unterfällt sie nicht der Steuerpflicht kraft Rechtsform nach § 1 Abs. 1 KStG.

Eine solche neue Rechtsformalternative auf der Bundesebene soll die üblichen Rechtsformen nicht substituieren, sondern der Wahlfreiheit der öffentlichen Hand lediglich eine weitere Gestaltungsoption hinzufügen. Kompetenzrechtlich könnte sich der Bund auf Art. 74 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) stützen, müsste aber die Landeskompetenzen im Bereich der Verwaltungsorganisation achten. Ein Bundesgesetz über eine eigenständige Rechtsform für öffentliche Unternehmen könnte also keine vereinheitlichende Wirkung im Sinne einer verbindlichen Organisationsvorgabe für Bund, Länder und Gemeinden entfalten, sondern nur für Bundesunternehmen gelten, ansonsten aber zumindest ein fakultatives Organisationsvorbild für Länder und Kommunen offerieren.⁷⁷

V. Fazit

Wie in allen anderen Bereichen, in denen sich Öffentliches Recht und Zivilrecht als wechselseitige Auffangordnungen begegnen – ein anderes Feld ist zum Beispiel der öffentlich-rechtliche Vertrag –, stellt auch die Betätigung des Staates als Aktionär hohe Herausforderungen an die deutsche Rechtsdogmatik. Angesichts der aufgezeigten Harmonisierungsnotwendigkeiten im „öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsrecht“ lassen sich praktische Lösungen nur finden, wenn Experten des Gesellschaftsrechts und des Öffentlichen Rechts zusammenarbeiten und dabei auch den Blick über die nationale Rechtsordnung hinauswenden, um dadurch Anregungen für neue Lösungswege gewinnen zu können.

⁷⁵ Zum Organisationsrecht der Sparkassen siehe *Henneke*, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band II – Kommunale Wirtschaft, 3. Aufl., 2011, § 53a.

⁷⁶ Vgl. näher *Siekmann*, NWVBl. 1993, 361 ff.; *Mann* (Fn. 2), S. 357 ff.

⁷⁷ In diesem Sinne auch *R. Schmidt*, ZGR 1996, 345, 358; *Spannowsky*, ZHR 160 (1996), 560, 588; *Pielow*, in: Epping u. a. (Hrsg.), Festschrift K. Ipsen, 2000, S. 725, 738.

Diskussion

zu den Referaten von Michael Holoubek und Thomas Mann

Sophie Natlacen

Nach den Referaten von *Michael Holoubek* und *Thomas Mann* zur wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates in Österreich sowie in Deutschland begann eine Diskussion über die Probleme jener Rechtsformen, in denen ein Staat wirtschaftlich operieren kann.

Dabei standen die Möglichkeiten und Pflichten des Staates als wirtschaftlicher Akteur in Österreich und in Deutschland im Vordergrund. Beispielsweise gebe es in Österreich, anders als in Deutschland – „glücklicherweise“, wie es ein österreichischer Diskutant formulierte –, keine Pflicht zur Einflussnahme auf das Unternehmen, um die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben zu gewährleisten (Ingenieurpflicht). Lediglich in § 71 Bundeshaushaltsgesetz finde sich eine entsprechende *lex fugitiva*. Bei dieser Bestimmung stelle sich laut einem Diskutanten jedoch die Frage der praktischen Bedeutung, da es meist Probleme mit der Auskunftserteilung gebe.

Von einigen Teilnehmern wurde in Bezug auf die verschiedenen Ausgestaltungen von Rechtsformen insbesondere die missverständliche Außenwirksamkeit kritisiert. So werde der Verkehr getäuscht, wenn nach außen eine AG agiere, diese jedoch tatsächlich sondergesetzlich abweichend organisiert sei. Ebenso verhalte es sich mit den (deutschen) öffentlich-rechtlichen Anstalten, hinter welchen sich meist das Konstrukt einer AG verstecke. Auch in Österreich gab es historisch solche Anstalten, meist Sparkassen oder Hypothekenbanken; jedoch habe man diese für altmodisch befunden und durch Aktiengesellschaften ersetzt. *Mann* betonte, dass in Deutschland hingegen fast der gesamte Finanzsektor in der Form von Anstalten organisiert sei.

Für Gesprächsbedarf sorgte weiters die unterschiedliche Reichweite des Grundrechtsschutzes. Während in Österreich ein staatsnahes Unternehmen sowohl an die Grundrechte gebunden sei (Fiskalgeltung) als auch Grundrechtsträger sein könne, sei Letzteres in Deutschland dann nicht möglich, wenn ein Unternehmen vom Staat beherrscht werde. Ausschlaggebend für die Beurteilung, ob ein Rechtsträger Grundrechtsschutz genieße, sei daher das Ausmaß der staatlichen Beteiligung. Dabei komme es zu einer Abweichung des verfassungsrechtlichen vom aktienrechtlichen Beherrschungsbegriff. Wo diese Grenze genau liege, sei umstritten, auch die Gerichte drückten sich vor einer klarstellenden Entscheidung.

Laut *Holoubek* bestehe in Österreich jedenfalls dann ein Grundrechtsschutz, wenn auch Private an einem Unternehmen beteiligt seien.

Trotzdem – warf ein Diskutant ein – komme jedem Aktionär schon aufgrund seiner Aktionärsrechte auch in Deutschland Grundrechtsschutz zu, auch wenn die Gesellschaft selbst kein Grundrechtsträger sein könne. Die Bedeutung des Grundrechtsschutzes ergebe sich vor allem auch für weitere Stakeholder, etwa für Gläubiger.

Ein weiteres Thema der Diskussion war die Geheimhaltungspflicht hinsichtlich sensibler Informationen. Auch staatsnahe Unternehmen dürften, so *Mann*, Informationen über zukünftige Entscheidungen geheim halten, um wettbewerbsfähig zu sein. Auskunft könne lediglich über bereits getroffene Entscheidungen erteilt werden.

Schließlich wurden gesellschaftsrechtliche Sonderregeln am Beispiel der Banken aufgebracht. So modifiziere das spezielle Aufsichtsrecht in diesem Bereich sogar den Kern des Gesellschaftsrechts. Umgekehrt würden Konstruktionen des Gesellschaftsrechts aber auch auf andere Rechtsgebiete angewendet, etwa bei Aufsichtsorganen, um die Unabhängigkeit eines Rechtsträgers zu gewährleisten.

In Deutschland werde aufgrund der limitierten Eignung der AG für das privatwirtschaftliche Handeln des Staates eine weitere Rechtsform diskutiert. Die hohen Anforderungen, die an das wirtschaftliche Tätigwerden des Staates geknüpft sind, seien mit dem herrschenden Gesellschaftsrecht schlicht nicht zu vereinbaren. In Österreich entstehe ein solches Vollzugsdefizit aufgrund der Möglichkeit von gesellschaftsrechtlichen Sondergesetzen erst gar nicht. Auf die Frage nach einem daraus resultierenden Formmissbrauch wies *Holoubek* darauf hin, dass dies eher selten vorkomme.

Der Beamte als Aufsichtsratsmitglied

Michael Gruber

I.	Einleitung	57
II.	Interessenwahrung	59
	1. Aufsichtsratsmitglieder allgemein	59
	2. Entsandte Aufsichtsratsmitglieder	60
	3. Der Beamte als entsandtes Aufsichtsratsmitglied	61
III.	Weisung	63
	1. Aufsichtsratsmitglieder allgemein	63
	2. Entsandte Aufsichtsratsmitglieder	64
	3. Der Beamte als entsandtes Aufsichtsratsmitglied	64
IV.	Information	67
	1. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder	67
	2. Entsandte Aufsichtsratsmitglieder	68
	3. Der Beamte als entsandtes Aufsichtsratsmitglied	71
V.	Zusammenfassung in Thesen	73

I. Einleitung

Angesichts der vielen Gestaltungen, welche die öffentliche Hand in den letzten Jahren zur Ausgliederung bzw. Privatisierung gewählt hat, scheint mir eine Eingrenzung meines Themas auf folgenden Lebenssachverhalt sinnvoll:

Der Bund ist an einer Kapitalgesellschaft als Gesellschafter beteiligt. Er entsendet einen seiner Beamten in den Aufsichtsrat (AR) der Gesellschaft.

Dazu einige Vorbemerkungen:

1. Gesellschaften des Bundes sind sowohl (überwiegend) GmbHs als auch (seltener) AGs. Der Fokus meiner Betrachtungen liegt dennoch auf dem Aktienrecht. Das entspricht nicht nur dem Generalthema unserer diesjährigen Tagung. Die Konzentration auf das Aktienrecht rechtfertigt sich auch damit, dass die im Folgenden berührten dogmatischen Fragestellungen vorwiegend im Aktienrecht diskutiert werden. Dies wiederum hängt auch damit zusammen, dass das Aufsichtsratsrecht des GmbHG seit der GmbH-Novelle 1980 weitgehend und auch in den hier interessierenden Fragestellungen jenem des AktG nachgebildet ist.
2. Bei Bundesbeteiligungen handelt es sich im Regelfall um *Ein-Personen-Gesellschaften*.

3. Das Entsendungs- oder Nominierungsrecht – manchmal auch ein aktienrechtlich untypisches Bestellungsrecht – ist bei Beteiligungen des Bundes i. d. R. in dem einschlägigen Sondergesetz festgeschrieben (§ 10 Abs. 2 Bundesforstgesetz¹; § 14 Wasserstraßengesetz²; § 3 Austria Wirtschaftsservice-Gesetz³; § 3 Bundesimmobiliengesetz⁴; § 13 Bundestheaterorganisationsgesetz⁵; § 9 Bundesbeschaffung-GmbH-Gesetz⁶; § 6 Österreichische Forschungsförderungsgesellschaft mbH-Errichtungsgesetz⁷).

Dies entspricht dem Haushaltsrecht des Bundes: Beteiligungen an Gesellschaften und Genossenschaften des Privatrechts dürfen nach § 71 Abs. 1 Bundeshaushaltsgesetz 2013 (BHG 2013)⁸ von einem haushaltsleitenden Organ für den Bund nur erworben werden, wenn (u. a.) der Bund einen angemessenen Einfluss in dem Aufsichtsorgan der betreffenden Gesellschaft oder Genossenschaft erhält und sichergestellt ist, dass die auf Veranlassung des Bundes gewählten oder entsandten Mitglieder dieses Aufsichtsorgans, in Ausübung ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Bundes berücksichtigen; dem Aufsichtsorgan hat zumindest eine Vertreterin oder ein Vertreter des Bundesministeriums für Finanzen anzugehören, wenn dem Aufsichtsorgan mindestens zwei vom Bund gewählte oder entsandte Mitglieder angehören (Z. 3 lit. a).

4. Ich beschränke mich zur besseren Anschaulichkeit auf die *Entsendung* eines Beamten in den Aufsichtsrat. Für den rechtstatsächlich bei Bundesgesellschaften auch festzustellenden Fall der Nominierung ist darauf hinzuweisen, dass das Verhältnis zwischen Nominierendem und Nominierendem aktienrechtlich streitig ist. Während einige Nominierung und Entsendung etwa bei der Informationsweitergabe gleichbehandeln wollen,⁹ lehnen andere dies ab.¹⁰ Der aktienrechtliche Meinungsstreit braucht im vorliegenden Kontext nicht entschieden zu werden: Für Bundesbeteiligungen kommen in den Sondergesetzen sowohl die Nominierung als auch die Entsendung – die „Bestellung“ wird aktienrechtlich wohl ebenso zu verstehen sein – vor. Sachliche Gründe für die Differenzierung sind nicht ersichtlich, eher dürfte ein legistisches Zufallsprin-

¹ BGBl. 793/1996 zuletzt geändert durch BGBl. I 142/2000: AG (100 % Bund); Nominierung.

² BGBl. I 177/2004: GmbH (100 % Bund); Bestellung.

³ BGBl. I 130/2002 zuletzt geändert durch BGBl. I 31/2018: GmbH (100 % Bund); Entsendung.

⁴ BGBl. I 141/2000, zuletzt geändert durch BGBl. I 96/2018: GmbH (100 % Bund); Wahl der AR-Mitglieder durch die Generalversammlung.

⁵ BGBl. I 108/1998 zuletzt geändert durch BGBl. I 100/2015: GmbH (100 % Bund); Bestellung/Entsendung.

⁶ BGBl. I 39/2001: GmbH (100 % Bund); Bestellung.

⁷ BGBl. I 73/2004 zuletzt geändert durch BGBl. I 36/2007: GmbH (100 % Bund); Entsendung.

⁸ BGBl. I 139/2009 zuletzt geändert durch BGBl. I 60/2018.

⁹ *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Hrsg.), *Handbuch für den Aufsichtsrat*, 2. Aufl., 2016, S. 846.

¹⁰ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1227.

zip herrschen. § 71 BHG 2013 behandelt gewählte und entsandte AR-Mitglieder überhaupt gleich. Bei Bundesbeteiligungen soll es also zumindest haushaltsrechtlich offenkundig nicht darauf ankommen, auf welche Art das AR-Mitglied in seine Funktion gekommen ist.

5. An mehreren Stellen meines Vortrages wird sich zeigen, dass die Beamtenstellung des AR-Mitglieds Schnittstellen des Gesellschaftsrechts zum öffentlichen Recht (Verfassungs-, Haushalts- und Dienstrecht) berührt. Ich bin daher beim Abfassen meines Manuskripts mehrmals an Grenzen gestoßen, jenseits derer ich mich mangels hinreichender Kompetenz recht unwohl fühle. Wenn ich Sie daher im Folgenden auf manch unfreiwilligen Ausflug über diese Grenzen hinweg mitnehme, bitte ich schon jetzt um wohlwollende Nachsicht, sollte ich mich verirren.

Ich konzentriere mich im Folgenden auf drei Problembereiche: Information, Weisung, Interessenwahrung/Interessenkonflikt. Und ich darf mich meiner Herkunft entsprechend auf das österreichische Recht beschränken.

Die mir aufgetragenen Problembereiche bergen in sich einen Interessenkonflikt zwischen der Loyalitätspflicht des Beamten als Staatsdiener und der organchaftlichen Treuepflicht des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft. Eine vergleichbare Konfliktsituation ist dem Gesellschaftsrechtler schon beim entsandten Aufsichtsratsmitglied an sich bekannt. Es gilt also die für entsandte AR-Mitglieder entwickelten Konfliktlösungsmodelle mit dem Sachverhaltsmoment anzureichern, dass es sich bei diesem entsandten Aufsichtsratsmitglied um einen Beamten handelt. Danach ist zu fragen, ob dieses Momentum eine besondere rechtliche Beurteilung erfordert.

Diese Aufgabenstellung veranlasst mich zu einer deduktiven Methode: Ich werde die drei Problembereiche Interessenwahrung, Weisung und Information jeweils kurz für das Aufsichtsratsmitglied im Allgemeinen, sodann – schon etwas ausführlicher – für das entsandte Aufsichtsratsmitglied und schließlich – als jeweilige *conclusio* – für den Beamten als entsandtes Aufsichtsratsmitglied in einer Gesellschaft des Bundes darstellen.

II. Interessenwahrung

1. Aufsichtsratsmitglieder allgemein

Jedes Aufsichtsratsmitglied unterliegt ab Annahme seiner Bestellung der *organchaftlichen Treuepflicht*. Dies erklärt sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen der AG und ihrem AR-Mitglied: AR-Mitglieder stehen zur AG in einem verbandsrechtlichen Verhältnis. Die konkreten Rechte und Pflichten richten sich nach der Organträgerstellung. Daneben besteht auch eine schuldrechtliche Beziehung zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Mitglied.¹¹ Die beiden Rechts-

¹¹ Kalss, in: Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg.), Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2017, Rz. 3/627.

beziehungen laufen parallel und fließen zu einem gemeinsamen Rechtsverhältnis eigener Art – teils verbandsrechtlicher, teils schuldrechtlicher Natur – zusammen.¹² Das schuldrechtliche Pflichtenband ist vom Auftragsrecht geprägt, während im verbandsrechtlichen Rechtsverhältnis die aktienrechtliche Pflichtenbindung hervortritt.¹³

Inhaltlich wird die Treuepflicht der AR-Mitglieder durch den Verweis in § 99 AktG auf § 84 AktG so wie für die Vorstandsmitglieder begründet:¹⁴ Auszugehen ist davon, dass der Aufsichtsrat als redlich handelnder Verwalter fremden Vermögens zu agieren hat. Der Aufsichtsrat hat sich gegenüber der Gesellschaft loyal zu verhalten und bei seinem Handeln stets das *Unternehmensinteresse als oberste Leitschnur* zu beachten.¹⁵ Auch AR-Mitglieder dürfen bei ihren Entscheidungen nicht eigene Interessen oder solche ihnen nahestehender Unternehmen verfolgen, die im Widerspruch zu den Interessen des Unternehmens stehen.¹⁶

2. *Entsante Aufsichtsratsmitglieder*

Das entsante Mitglied ist den anderen Aufsichtsräten mit Blick auf seine Rechte und Pflichten gleichgestellt.¹⁷

Neben der angesprochenen Rechtsbeziehung (→ II. 1.) zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft besteht eine Rechtsbeziehung zwischen dem Entsendenden und dem Entsandten.¹⁸ Ein entsantes Aufsichtsratsmitglied unterliegt somit zwei Rechtsverhältnissen, nämlich zum einen dem organschaftlichen Rechtsverhältnis gegenüber der beaufsichtigten Gesellschaft und zum anderen dem Auftragsverhältnis gegenüber dem Entsender.¹⁹ Aus diesen beiden Rechtsverhältnissen und den damit einhergehenden Treuepflichten können *Loyalitätskonflikte*, somit Interessenkonflikte, zwischen der beaufsichtigten Gesellschaft und dem Entsender entstehen, die in der Person des entsantten Aufsichtsratsmitglieds zusammenkommen.²⁰

Dieser Interessenkonflikt ist *zugunsten des Gesellschaftsinteresses aufzulösen*: Nach den Materialien zu § 88 AktG (1937) darf ein entsantes Aufsichtsratsmitglied zwar die (Aktionärs-)Interessen des Entsenders in den Aufsichtsrat einbringen, in den es entsendet wurde; im Kollisionsfall gehen aber die Interessen dieser Gesellschaft vor: Das Entsendungsrecht wurde ausweislich der Ma-

¹² *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 11), Rz. 3/627.

¹³ *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 11), Rz. 3/627.

¹⁴ *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 11), Rz. 3/705.

¹⁵ *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, 2. Aufl., 2012*, § 99 Rz. 19; *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 11), Rz. 3/706.

¹⁶ *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 11), Rz. 3/710.

¹⁷ *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 15), § 88 Rz. 25; *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 11), Rz. 3/618.

¹⁸ *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 11), Rz. 3/618.

¹⁹ *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 295.

²⁰ *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 295.

terialien zum AktG 1937 geschaffen, um es namentlich bei gemischt- und gemeinschaftlichen Unternehmen Aktionären zu ermöglichen, Personen ihres Vertrauens in den Aufsichtsrat zu entsenden, „damit diese in besonderem Maße ihre Belange wahren können, soweit mit diesen nicht die Belange der Gesellschaft in Widerspruch stehen“²¹. Ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied kann – „salopp formuliert“²² – als Interessenvertreter des entsendenden Aktionärs angesehen werden, der den Gruppen- und Aktionärsinteressen Gehör verschaffen darf.²³

Somit ist zwar ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied berechtigt, die Interessen des entsendenden Gesellschafters in das Aufsichtsratsgremium einzubringen.²⁴ Das entsandte Mitglied darf daher die Interessen des entsendungsberechtigten Aktionärs im Aufsichtsrat vortragen und zum Diskussionspunkt machen.²⁵ Dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprechend ist die Grenze dieser Interessenvertretung im Aufsichtsrat das *Unternehmenswohl*.²⁶ Das Interesse der unmittelbar betroffenen Gesellschaft, somit der Gesellschaft, in der das Aufsichtsratsmandat gehalten wird, geht den Interessen des entsendenden oder nominierenden Gesellschafters vor.²⁷

3. Der Beamte als entsandtes Aufsichtsratsmitglied

Ändert sich etwas an den anerkannten Grundsätzen für die Interessenwahrung durch entsandte AR-Mitglieder (→ II. 2.), wenn der Entsender der Alleingesellschafter Bund und das entsandte AR-Mitglied einer seiner Beamten ist?

a) Zur Beantwortung dieser Frage ist nochmals auf den bereits erwähnten § 71 Abs. 1 BHG 2013 zu rekurrieren. Dort wird verlangt, dass „der Bund einen angemessenen Einfluss in dem Aufsichtsorgan der betreffenden Gesellschaft oder Genossenschaft erhält und sichergestellt ist, dass die auf Veranlassung des Bundes gewählten oder entsandten Mitglieder dieses Aufsichtsorgans, in Ausübung ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Bundes berücksichtigen“.

Christian Nowotny hat in einem 1999 erschienenen Aufsatz – im Übrigen mit demselben Titel wie mein heutiger Vortrag – überzeugend dargelegt, dass man das Verhältnis dieser haushaltsrechtlichen Bestimmung zum Gesellschaftsrecht in mehrerlei Hinsicht deuten kann:²⁸ Zum einen wäre es denkbar, dass nach der Auffassung des Gesetzgebers allein über die Möglichkeit, Vertrauensleute auszusuchen, der Einfluss ausreichend gewahrt werden könne, selbst wenn auf diese

²¹ Begründung § 84 dAktG 1937, dt. RAnz 28/1937, abgedruckt in: Aktiengesetz mit Amtlicher Begründung, 1939, S. 183; vgl. *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1216.

²² *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 292.

²³ *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 292.

²⁴ *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 291.

²⁵ *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 15), § 88 Rz. 29.

²⁶ *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 292.

²⁷ *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 292.

²⁸ *Nowotny*, RdW 1999, 283, 285; seine Ausführungen beziehen sich auf eine inhaltsgleiche Bestimmung in einem Vorgänger-BHG (BHG 1986).

Personen nicht unmittelbar Einfluss genommen werden könne.²⁹ Dies scheine nicht so unrealistisch, insbesondere wenn man an die Möglichkeit der Entsendung von Beamten in eine derartige Funktion denke, also von Personen, die in einem umfassenden Treueverhältnis zu ihrem Dienstgeber stünden.³⁰

Zum anderen wäre es aber auch denkbar, in der Regelung des BHG 2013 eine sondergesellschaftsrechtliche Vorschrift zu sehen, sodass in Durchbrechung des genannten Prinzips Aufsichtsratsmitglieder, die im Rahmen von Bundesbeteiligungen von der Republik gewählt oder entsandt werden, in eine Rechtsbeziehung eintreten, bei der durch das Beamtendienstrecht die gesellschaftsrechtliche Position teilweise überlagert würde.³¹

Eine vermittelnde Position – wie sie *Nowotny* in weiterer Folge ausführt – müsste versuchen, die haushaltsrechtliche Vorstellung vom angemessenen Einfluss des Bundes so auszulegen, dass sie gesellschaftsrechtlichen Prinzipien nicht zuwiderläuft.³²

Diese letztgenannte Position, mit der ich sympathisiere, läuft auf einen Primat des Gesellschaftsrechts hinaus. Dafür könnte sprechen, dass sich der Bund ja einer privatrechtlichen Gesellschaftsform bedient. Er muss sich daher wie jedes andere Privatrechtsobjekt am AktG messen lassen.³³ Denn der Bund verwendet für Ausgliederungen auch andere Rechtsformen, z. B. sind die Universitäten Anstalten des öffentlichen Rechts.

Verfassungsrechtlich könnte gegen den Primat des Gesellschaftsrechts sprechen, dass der haushaltsrechtlich geforderte Einfluss des Bundes wegen der Rechnungshofkontrolle über die Gesellschaft (Art. 126b Abs. 2 Bundes-Verfassungsgesetz [B-VG]) notwendig ist. Der Bund kann die Richtigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (Art. 126b Abs. 5 B-VG) nur bei entsprechendem Einfluss auf die Gesellschaftsorgane gewährleisten.

An dieser Stelle bin ich zum ersten Mal an eine Grenze meiner Kunst gestoßen. Im Bewusstsein einer möglichen Inkonsistenz beschränkte ich mich auf eine gesellschaftsrechtliche Sicht der Dinge. Gilt demnach tatsächlich der Primat des Gesellschaftsrechts, so ergibt sich daraus *These 1: Der haushaltsrechtlich geforderte Einfluss des Bundes auf den Aufsichtsrat ist nur in dem vom Gesellschaftsrecht vorgegebenen Rahmen zulässig. Der Beamte als vom Gesellschafter Bund entsandtes AR-Mitglied darf die Interessen des Bundes in den vom Gesellschaftsinteresse gesteckten Grenzen ausüben.*

b) Das so entstandene Bild wäre aber unvollständig, wenn man nicht noch auf eine schon eingangs erwähnte rechtstatsächliche Facette hinwiese: Der *Bund* ist in aller Regel *Alleingesellschafter*. Es stellt sich daher die altbekannte und auch

²⁹ *Nowotny*, RdW 1999, 283, 285.

³⁰ *Nowotny*, RdW 1999, 283, 285.

³¹ *Nowotny*, RdW 1999, 283, 286 m. N. zur Diskussion.

³² *Nowotny*, RdW 1999, 283, 286.

³³ So in der Sache etwa *Kautz*, FS H. Torggler, 2013, S. 601, 606.

in Österreich viel diskutierte Frage, ob es bei der Ein-Personen-Gesellschaft ein Gesellschaftsinteresse neben dem Gesellschafterinteresse überhaupt geben kann.

Ich kann die Diskussion im vorliegenden Rahmen nicht um eine weitere Stellungnahme bereichern. Im Grundsatz – und dieser reicht für unsere Problemstellung aus – erscheint mir die von *Hans-Georg Koppensteiner* schon seit langem vorgetragene Position überzeugend: Im Verhältnis zu ihrem Gesellschafter hat die *Ein-Personen-Gesellschaft kein eigenes Interesse*.³⁴ Unbestritten dürfte allerdings – darauf hat *Ulrich Torggler* immer wieder hingewiesen – auch sein, dass der Disposition des Alleingeschafters über das Gesellschaftsinteresse durch den zwingenden *Gläubigerschutz* Grenzen gesetzt sind.³⁵ Die grundsätzliche Identität von Gesellschafter- und Gesellschaftsinteresse gilt bei der Ein-Personen-Gesellschaft insoweit nicht, als das Gesellschaftsinteresse zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger dem Gesellschaftereinfluss entzogen ist.³⁶

Wenn dem so ist, was folgt dann daraus für unsere Fragestellung? Die Wahrnehmung der Interessen des entsendenden Alleinaktionärs Bund durch das entsandte AR-Mitglied wäre nicht durch ein gesondertes Interesse der AG begrenzt, weil die Interessen der AG und ihres Aktionärs Bund identisch sind. Es sei denn, die Interessenwahrnehmung würde Gläubigerinteressen verletzen. Das ist meine *These 2: Der in den Aufsichtsrat entsandte Beamte des Bundes kann in einer Gesellschaft, deren einziger Gesellschafter der Bund ist, die Interessen des Bundes wahrnehmen, soweit durch diese Interessen(-Wahrnehmung) nicht Gläubigerinteressen verletzt werden*.

Dieses Verständnis würde auch den geschilderten haushaltsrechtlichen Zusammenhängen gerecht werden – zumindest für Gesellschaften, an denen nur der Bund beteiligt ist.

III. Weisung

I. Aufsichtsratsmitglieder allgemein

Das Organ Aufsichtsrat ist gegenüber dem Vorstand und gegenüber der Hauptversammlung weisungsfrei.³⁷ Gemäß § 95 Abs. 7 AktG gilt der Grundsatz der höchstpersönlichen Amtsausführung durch jedes Aufsichtsratsmitglied. Aus der Höchstpersönlichkeit der Amtsausführung folgt, dass das Aufsichtsratsamt weisungsfrei auszuüben ist.³⁸ Ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied kann nicht an die Weisung durch einen Außenstehenden gebunden werden.³⁹

³⁴ Zuletzt *Koppensteiner*, GES 2015, 5.

³⁵ *U. Torggler*, GesRZ 2013, 11, 16.

³⁶ *U. Torggler*, GesRZ 2013, 11, 16.

³⁷ *Strasser*, in: *Jabornegg/Strasser*, AktG, 5. Aufl., 2011, Vor Vierter Teil AktG, Rz. 6; OGH 6 Ob 97/02m.

³⁸ Vgl. für öffentliche Unternehmen *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 1161.

³⁹ *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 292.

2. *Entsante Aufsichtsratsmitglieder*

Da das Gesetz das Entsendungsrecht ausdrücklich anerkennt und es nach den Materialien klar der Interessenvertretung des Entsendungsberechtigten dient und das Rechtsverhältnis zwischen dem Entsandten und dem Entsendenden ein Geschäftsbesorgungs- oder Auftragsverhältnis ist, wird deutlich, dass der Entsender gegenüber dem entsandten Mitglied ein *Weisungsrecht* über dessen Verhalten im Aufsichtsrat hat.⁴⁰ Das Weisungsrecht hat dort seine Schranken, wo das entsandte Mitglied bei Ausführung der Weisung gegen die *Interessen der Gesellschaft* oder überhaupt gegen zwingendes Recht verstoßen würde.⁴¹ § 70 i. V. m. § 99 AktG setzt daher für den Aufsichtsrat in der AG die Grenze.⁴² Eine Weisung, die dem Unternehmensinteresse widerspricht, d. h. andere Interessen als die des Unternehmens verfolgt, ist nichtig und unbeachtlich und darf vom Aufsichtsratsmitglied nicht befolgt werden.⁴³

3. *Der Beamte als entsandtes Aufsichtsratsmitglied*

Wir haben gesehen (→ III. 2.), dass dem Weisungsrecht des entsendenden Aktionärs durch das Unternehmensinteresse der AG Grenzen gesetzt sind. Wir haben aber auch erwähnt, dass der Bund in aller Regel *Alleingesellschafter* ist.

Bei den für Bundesbeteiligungen wie erwähnt typischen Ein-Personen-Gesellschaften ist das Gesellschaftsinteresse mit jenem ihres Alleingeschafters Bund identisch. Daraus folgt *These 3: Weisungen des Alleingeschafters Bund an den Beamten als AR-Mitglied sind wegen Interessenidentität zwischen Gesellschaft und Bund zulässig, soweit nicht Gläubigerinteressen durch die Weisung berührt werden.*

Hinzu kommt die besondere Pflichtensituation, in der ein Beamter als entsandtes Aufsichtsratsmitglied gegenüber seinem Dienstgeber Bund (= entsendender Aktionär) steht. So ist der Beamte verfassungsrechtlich (Art. 20 Abs. 1 B-VG)⁴⁴ wie auch dienstrechtlich (§ 44 Abs. 1 Satz 1 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 [BDG 1979])⁴⁵ an (zulässige) Weisungen seines Vorgesetzten gebunden. Die ge-

⁴⁰ Ganz h. M., vgl. etwa die Nachw. bei *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 292; siehe auch *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1222.

⁴¹ *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 293.

⁴² *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 293.

⁴³ *Kalss*, in: *Kalss/Kunz* (Fn. 9), S. 293.

⁴⁴ „Unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder führen nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe, ernannte berufsmäßige Organe oder vertraglich bestellte Organe die Verwaltung. Sie sind den ihnen vorgesetzten Organen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich und, soweit in Gesetzen gemäß Abs. 2 nicht anderes bestimmt ist, an deren Weisungen gebunden. Das nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.“

⁴⁵ „Der Beamte hat seine Vorgesetzten zu unterstützen und ihre Weisungen, soweit verfassungsgesetzlich nicht anderes bestimmt ist, zu befolgen.“

sellschaftsrechtliche Weisungsbindung des entsandten AR-Mitglieds läuft mit der *dienstrechtlichen Weisungsunterworfenheit* des Beamten als AR-Mitglied parallel.

Allerdings ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Tätigkeit als Aufsichtsrat ist im gegebenen Zusammenhang – Beteiligungen des Bundes – für einen Bundesbeamten eine *Nebentätigkeit*: Eine Nebentätigkeit liegt nämlich auch vor, wenn der Beamte auf Veranlassung seiner Dienstbehörde eine Funktion in Organen einer juristischen Person des privaten Rechts ausübt, deren Anteile ganz oder teilweise im Eigentum des Bundes stehen (§ 37 Abs. 2 BDG 1979).⁴⁶

Ist der Beamte unter diesem Prätext verpflichtet, ein Aufsichtsratsmandat anzunehmen? Kann ihm eine diesbezügliche Weisung erteilt werden? Dafür ist zunächst zu prüfen, ob die Ausübung der Nebentätigkeit als Organ eines privatrechtlichen Rechtsträgers zu den Dienstpflichten des Beamten zählt und damit den beamtendienstrechtlichen Regeln unterliegt. Eine ausdrückliche Norm fehlt.⁴⁷

Obwohl ich an der Universität Salzburg dem Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht angehöre, beschäftige ich mich mit dem Beamtendienstrecht nicht – vielleicht auch deshalb, weil ich als Professor nicht mehr wie früher Beamter, sondern Angestellter der Universität Salzburg bin. Ich bin wiederum an einer Grenze angelangt und muss mich darauf beschränken, die spärlichen Äußerungen im Schrifttum wiederzugeben:

Demnach ist von den allgemeinen und besonderen Dienstpflichten des Beamten (§§ 43 ff. BDG 1979) auszugehen, deren schuldhafte Verletzung unter disziplinarrechtlicher Sanktion steht (§ 91 BDG 1979). Dabei bildet die Besorgung der „dienstlichen Aufgaben“ den Ausgangspunkt.⁴⁸ Nun erklärt zwar § 37 Abs. 1 BDG 1979 die Nebentätigkeit als eine solche ohne unmittelbaren Zusammenhang mit den dienstlichen Aufgaben. Die Determinierung ist jedoch verständlich, weil die Regelung im 4. Abschnitt des BDG 1979 (Verwendung des Beamten) erfolgt, wobei § 36 Abs. 1 BDG 1979 den „Arbeitsplatz“ i. e. S. betrifft und der Beamte neben diesem Arbeitsplatz im Rahmen seines Dienstverhältnisses zusätzlich zu Nebentätigkeiten herangezogen werden kann, die nicht mit den unmittelbaren Aufgaben an seinem Arbeitsplatz im Zusammenhang stehen.⁴⁹ Dass der Bereich einer Nebentätigkeit des Beamten grundsätzlich ebenso den dienstrechtlichen Regeln untersteht wie die Tätigkeit auf seinem Arbeitsplatz im Sinne des § 36 BDG 1979, könne daher – so eine Literaturstimme – ernsthaft nicht in Frage gestellt werden.⁵⁰

⁴⁶ Sonst wäre die AR-Tätigkeit eine Nebenbeschäftigung (§ 56 Abs. 5 BDG).

⁴⁷ Riedl, Aufsichtsrat aktuell 1 (2008), 4.

⁴⁸ Riedl, Aufsichtsrat aktuell 1 (2008), 4.

⁴⁹ Riedl, Aufsichtsrat aktuell 1 (2008), 4 unter Hinweis auf *Kucsko-Stadlmayer*, Das Disziplinarrecht der Beamten, 3. Auflage, 2003, S. 102.

⁵⁰ Riedl, Aufsichtsrat aktuell 1 (2008), 4, 5.

Im Schrifttum besteht Einigkeit darüber, dass der Beamte nicht zur Übernahme eines Aufsichtsratsmandats verpflichtet werden kann.⁵¹ Die dafür gegebene Begründung vermag dann nicht zu überzeugen, wenn sie darauf abhebt, dass die Übernahme des Mandates nicht zu den unmittelbaren Dienstpflichten gehöre.⁵² Ich habe mich bei meinen Kollegen, die sich im Dienstrecht auskennen sollten, umgehört: Obwohl ich keinen Beleg dafür liefern kann, dürfte die Nebentätigkeit sehr wohl zu den Dienstpflichten gehören. Mit einer fehlenden Dienstpflicht an sich kann man also kaum begründen, warum der Beamte nicht zur Übernahme eines Aufsichtsratsmandats verpflichtet werden kann.

Folgerichtiger erscheint nach dem Vorgesagten eine andere Überlegung: Die Annahme eines Aufsichtsratsmandates durch den Beamten löst für diesen eine besondere persönliche Sorgfaltspflicht, verbunden mit Haftungen, aus. Ob unter diesem Gesichtspunkt der Beamte durch Weisung zu einer Annahme des Mandats verpflichtet werden kann, ist erörterungsbedürftig.⁵³ Dazu wird argumentiert, auch wenn man eine umfassende Treuebindung des Beamten annehme, könne dies nicht so weit gehen, dass dieser eine Tätigkeit übernehmen müsse, die mit persönlichen Haftungen verbunden ist.⁵⁴ Dienstrechtlich lässt sich diese im Ergebnis zustimmungswerte Argumentation so begründen:⁵⁵ Das BDG 1979 ist lückenhaft, weil § 37 Abs. 2 BDG 1979 diese Frage nicht regelt. Man kann aber eine Analogie zu einer systematisch und teleologisch verwandten Bestimmung ziehen: Gemäß § 36 Abs. 3 BDG 1979 kann der Beamte mit seiner Zustimmung und wenn er die Eignung hierfür aufweist, zur Besorgung von Aufgaben herangezogen werden, die regelmäßig von Beamten einer höheren Besoldungs- oder Verwendungsgruppe etc. ausgeübt werden, falls entsprechend eingestufte, für diese Verwendung geeignete Beamte nicht zur Verfügung stehen. *Dies zugrunde gelegt, bedarf die Mandatsübernahme im Aufsichtsrat der Zustimmung des Beamten (These 4a).*⁵⁶

Wenn aber auch eine Nebentätigkeit denselben dienstrechtlichen Regeln unterliegt wie die Haupttätigkeit des Beamten, so ist der Beamte im Rahmen dieser Nebentätigkeit auch weisungsgebunden. Auf das Aufsichtsratsmandat des Beamten umgelegt, würde dies nach der hier vorgeschlagenen Auslegung des BDG 1979 bedeuten: *Hat der Beamte einmal das Aufsichtsratsmandat übernommen, so ist er bei der Ausübung dieses Mandats entsprechenden (zulässigen) Weisungen seines Dienstvorgesetzten unterworfen (These 4b).*

Damit wäre auch im Wege des Dienstrechtes dem haushaltsrechtlichen Erfordernis des Einflusses auf den Aufsichtsrat Genüge getan.

⁵¹ Riedl, Aufsichtsrat aktuell 1 (2008), 4, 5; Nowotny, RdW 1999, 283, 289.

⁵² So aber Nowotny, RdW 1999, 283, 289.

⁵³ Riedl, Aufsichtsrat aktuell 1 (2008), 4, 5.

⁵⁴ Nowotny, RdW 1999, 283, 289. Zustimmung Riedl, Aufsichtsrat aktuell 1 (2008), 4, 5, dem der Text oben folgt.

⁵⁵ Riedl, Aufsichtsrat aktuell 1 (2008), 4, 5.

⁵⁶ Riedl, Aufsichtsrat aktuell 1 (2008), 4, 5.

IV. Information

1. Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder

Nach § 99 AktG gilt für Aufsichtsratsmitglieder § 84 AktG über die Sorgfaltpflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß. Das bezieht sich nach allgemeiner Auffassung nicht bloß auf Sorgfaltsmaßstab („Sorgfaltspflicht“) und Haftungssanktion („Verantwortlichkeit“) gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AktG, sondern auf den gesamten, in § 99 AktG anhand der Überschrift („Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder“) benannten § 84 AktG.⁵⁷ Von der sinngemäßen Anwendbarkeit mitumfasst ist daher auch § 84 Abs. 1 Satz 2 AktG. Danach haben die Vorstands- bzw. – i. V. m. § 99 AktG – Aufsichtsratsmitglieder als Teil ihrer umfassenderen Interessenwahrungspflicht „[ü]ber vertrauliche Angaben [...] Stillschweigen zu bewahren“⁵⁸. Die Verschwiegenheitspflicht ist Ausdruck der organschaftlichen Treuepflicht.⁵⁹ Sie kann weder durch die Satzung noch durch die Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat erleichtert oder verschärft werden.⁶⁰

Die Pflicht zur Verschwiegenheit ist das notwendige Korrelat zur Pflicht des Vorstands, dem AR in allen Gesellschaftsangelegenheiten offen zu berichten (§§ 81, 95 AktG).⁶¹ Das Aktienrecht verschafft den Aufsichtsratsmitgliedern weitgehende Einsichtsmöglichkeiten in die Vermögenssphäre der Gesellschaft, um ihre Überwachungsfunktion wirksam und effizient wahrnehmen zu können.⁶² So verpflichtet § 81 Abs. 1 AktG den Vorstand zur periodischen Berichterstattung über grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik des Unternehmens sowie über die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage anhand einer Vorscheurechnung. § 95 Abs. 2 AktG räumt dem Aufsichtsrat das Recht ein, jederzeit Berichterstattung über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu Konzernunternehmen vom Vorstand zu verlangen. § 95 Abs. 3 AktG ermächtigt den Aufsichtsrat, die Bücher und die Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren, einzusehen und diese zu prüfen.⁶³

In der Sache bezieht sich die Verschwiegenheitspflicht auf alle Informationen, die ein Aufsichtsratsmitglied im Zusammenhang mit dieser Funktion erlangt und

⁵⁷ U. Torggler, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1216.

⁵⁸ U. Torggler, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1216. Siehe jetzt auch Mitterlehner, WBl 2017, 669.

⁵⁹ Kalss, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 15), § 99 Rz. 23; Kalss, in: Kalss/Kunz (Fn. 9), S. 837.

⁶⁰ Kalss, in: Kalss/Kunz (Fn. 9), S. 837; U. Torggler, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1218.

⁶¹ Kalss, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 15), § 99 Rz. 30; Kalss, in: Kalss/Kunz (Fn. 9), S. 837.

⁶² Mitterlehner, WBl 2017, 669.

⁶³ Mitterlehner, WBl 2017, 669.

deren Weitergabe nach sorgfältiger Einschätzung (§ 99, § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG) für die Aktiengesellschaft und/oder ihr Unternehmen nachteilig sein kann, sei es auch nur für die gedeihliche Zusammenarbeit in und unter den Organen, insbesondere die Informationsbereitschaft des Vorstands.⁶⁴ Insbesondere sind vertrauliche Berichte sowie die Beratungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse erfasst, einschließlich des Abstimmungsverhaltens.⁶⁵

2. Entsandte Aufsichtsratsmitglieder

Gilt die Verschwiegenheitspflicht auch im Verhältnis zwischen dem entsandten AR-Mitglied und dem entsendenden Aktionär? Für das gewählte AR-Mitglied steht fest, dass seine Verschwiegenheitspflicht auch gegenüber den Aktionären gilt.⁶⁶

§ 99 AktG differenziert ebenso wenig wie § 84 AktG nach dem Besetzungsgrund. Zumindest als Grundsatz ist daher allgemein anerkannt, dass die Aufsichtsratsmitglieder insofern gleich behandelt werden und namentlich die Verschwiegenheitspflicht gemäß § 84 Abs. 1 Satz 2 AktG auch für Aufsichtsratsmitglieder gilt, die von Aktionären (§ 88 AktG) oder dem (Zentral-)Betriebsrat (§ 110 ArbVG) entsendet wurden.⁶⁷

Über die Ausnahmen gibt es – wie *Ulrich Torggler* in der Festschrift für seinen Vater *Hellwig* festhält – einen bunten Strauß von Meinungen.⁶⁸ In Bezug auf entsandte Aufsichtsratsmitglieder (§ 88 AktG) steht die deutsche h. M. auf dem Standpunkt, dass *lege non distinguente* keine Sonderstellung in Bezug auf die §§ 84, 99 AktG bestehe und dies namentlich auch im Verhältnis zum Entsendungsberechtigten gelte.⁶⁹ Im österreichischen Schrifttum wird dagegen mit deutlicher Mehrheit für Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht für das Verhältnis des entsandten AR-Mitglieds zum entsendenden Aktionär plädiert.⁷⁰

Wenn wir die einzelnen Blumen in diesem Strauß näher betrachten, so dürfte Folgendes dem gesellschaftsrechtlichen *common sense* in Österreich entsprechen.⁷¹

Die gesetzliche Anerkennung des Interesses eines entsendungsberechtigten Aktionärs, seine Interessen in dem durch das Unternehmensinteresse (§ 70 Abs. 1 AktG) gesteckten Rahmen über das entsandte Aufsichtsratsmitglied in die Aufsichtsratsentscheidungen einzubringen, lockert die Verschwiegenheitspflicht des Entsendeten gemäß §§ 99, 84 AktG. Die Weitergabe vertraulicher Angaben i. S. d. § 84 Abs. 1 Satz 2 AktG ist aber nur zulässig, wenn und soweit eine Information

⁶⁴ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1217 m. w. N.

⁶⁵ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1217.

⁶⁶ *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 11), Rz. 3/707; *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1218.

⁶⁷ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1219.

⁶⁸ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1219.

⁶⁹ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1221 m. w. N.

⁷⁰ Nachw. zuletzt bei *Mitterlehner*, WBI 2017, 669.

⁷¹ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1225.

zur Interessensondierung erforderlich ist, die Weitergabe nicht unverhältnismäßig in Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft eingreift und das schonendste Mittel zur Erreichung des Zwecks der Interessensondierung ist.⁷²

Dogmatisch kann man dieses Ergebnis wohl am ehesten mit der wie erwähnt vom historischen Gesetzgeber anerkannten Funktion des Entsendungsrechts erklären:⁷³ Ähnlich wie einen Arbeitnehmervertreter sieht das Gesetz auch ein gemäß § 88 AktG entsandtes Aufsichtsratsmitglied als Interessenvertreter, der den Aktionärsinteressen Gehör verschaffen darf und soll, soweit diese im Rahmen und in den Grenzen des (längerfristigen) Unternehmenswohls (§ 70 Abs. 1 AktG) berücksichtigungswürdig und -fähig sind.⁷⁴ Wenn das Gesetz also in dem durch das Unternehmenswohl (§ 70 Abs. 1 AktG) abgesteckten Rahmen auch die Einbringung der Interessen des Entsenders zulässt, so folgt daraus, dass es auch die dazu erforderliche Informationsweitergabe zulässt.⁷⁵ Die Einbringung der Interessen des Entsendungsberechtigten in den Entscheidungsprozess setzt i. d. R. die vorherige Abklärung dieser Interessen voraus, was ohne Information über den Gegenstand anstehender Aufsichtsratsagenden nicht möglich ist.⁷⁶

Es gilt aber zur Auflösung des Zielkonflikts zwischen der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder einerseits und dem gesetzlich anerkannten und daher berechtigten Interesse eines entsendungsberechtigten Aktionärs das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.⁷⁷ Denn nur dann ist der ungleiche Informationszugang von entsendungsberechtigten Aktionären und anderen sachlich zu rechtfertigen: Die Informationsweitergabe muss zur sachgerechten Einbringung der Aktionärsinteressen erforderlich sein.⁷⁸ Das Entsenderinteresse an der Information darf nicht außer Verhältnis zu drohenden Nachteilen der Gesellschaft stehen. Es ist unter mehreren Alternativen diejenige zu wählen, die den geringsten Eingriff in das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft mit sich bringt.⁷⁹

Zur Begrenzung der Informationsweitergabe mit dem Unternehmenswohl soll nach einer vor allem von *Susanne Kalss* vertretenen Auffassung § 118 Abs. 3 AktG herangezogen werden.⁸⁰ Gemäß § 118 Abs. 3 AktG darf dem Aktionär in der Hauptversammlung die Auskunft verweigert werden, soweit sie nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung geeignet ist, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen (Z. 1), oder ihre Erteilung strafbar wäre (Z. 2).

⁷² *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1225.

⁷³ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1221.

⁷⁴ So *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1222.

⁷⁵ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1222.

⁷⁶ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1222.

⁷⁷ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1223.

⁷⁸ Vgl. auch *Kalss*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 15), § 88 Rz. 28; *Kalss*, in: Kalss/Kunz (Fn. 9), S. 295, 846.

⁷⁹ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1223.

⁸⁰ *Kalss*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 15), § 88 Rz. 28.

Ulrich Torggler meint demgegenüber, dass man mit dieser Analogie § 118 Abs. 3 AktG überfordere.⁸¹ Dort sei ein Auskunftsverweigerungsrecht geregelt. Als Grundlage einer solchen *Pflicht* sei die Norm daher ungeeignet.

Diese Differenzierung zwischen dem Recht und der Pflicht zur Auskunftsverweigerung ist allerdings schon für die Basis des Analogieschlusses, also § 118 Abs. 3 AktG, fraglich. Wenn überhaupt⁸² könnte dies nur für § 118 Abs. 3 Z. 1 AktG (Nachteil für das Unternehmen) vertreten werden. Nur diesen Tatbestand meint ja wohl auch *Kalss* bei der Beurteilung des Unternehmenswohles. Denn die Beurteilung, ob die Auskunft nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung geeignet ist, dem Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen, ist schon nach den *verba legalia* eine Ermessensentscheidung des Auskunftspflichtigen. Allerdings ist auf eine Kommentarmeinung hinzuweisen, die dadurch besonderes Gewicht erlangt, dass sie von den zuständigen Legisten im BMJ stammt, die das AktRÄG 2009 verfasst haben.⁸³ Obwohl im Gesetz nur davon die Rede sei, dass die Auskunft verweigert werden dürfe, sei davon auszugehen, dass im Fall der Z. 1 insoweit eine Verpflichtung zur Auskunftsverweigerung bestehe, als sich die Vorstandsmitglieder und die ebenfalls auskunftspflichtigen Mitglieder des AR durch die Erteilung einer für die Gesellschaft erheblich nachteiligen Auskunft nach § 84 bzw. § 99 AktG schadenersatzpflichtig machen würden.

Soweit die Erteilung der Auskunft strafbar wäre (Z. 2), wird man nach einer auch in Österreich vertretenen Auffassung eine Auskunftsverweigerungspflicht anzunehmen haben.⁸⁴ Denn dem Vorstand kommt bei strafbarem Verhalten kein Ermessen zu und das Auskunftsrecht stellt keinen Rechtfertigungsgrund für die durch Erteilung der Auskunft begründete Strafbarkeit dar.⁸⁵

Nimmt man aber für beide Tatbestände in § 118 Abs. 3 AktG eine Pflicht zur Auskunftsverweigerung an, so würde sich der Tatbestand als Grundlage für eine analoge Anwendung auf das Informationsrecht des entsandten AR-Mitglieds grundsätzlich eignen: Eine Information, die dem Aktionär in der Hauptversammlung aus den Gründen des § 118 Abs. 3 AktG nicht offenbart werden darf, darf auch das entsandte AR-Mitglied dem entsendenden Aktionär nicht mitteilen.

Allerdings äußert *Ulrich Torggler* auch Zweifel an der Ähnlichkeit der beiden Fragestellungen zugrunde liegenden Sachverhalte. Er weist darauf hin, dass die in § 118 Abs. 3 AktG geregelte Situation eine andere sei, weil eine Verlautbarung in der Hauptversammlung eine Information typischerweise unkontrollierbar mache, während es im hier interessierenden Zusammenhang nur um die Weitergabe an *einen* Aktionär gehe.⁸⁶

⁸¹ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1224.

⁸² Insoweit nicht differenzierend *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1224.

⁸³ Siehe *Bydliński/Potyka*, in: Jabornegg/Strasser (Fn. 37), § 118 Rz. 16.

⁸⁴ *Pucher/Zwick*, WBI 2010, 54, 56.

⁸⁵ *Pucher/Zwick*, WBI 2010, 54, 56.

⁸⁶ *U. Torggler*, FS H. Torggler, 2013, S. 1215, 1224.

Ich meine, dass auch hier wiederum zwischen beiden Tatbeständen des § 118 Abs. 3 AktG differenziert werden muss: Hinsichtlich der strafbaren Auskunftserteilung (Z. 2) wird man allenfalls danach differenzieren können, ob sich die Strafbarkeit (auch) daraus ergibt, dass die Information öffentlich gemacht wird. Ich bin kein Strafrechtler. Aber es leuchtet *prima vista* ein, dass diese Öffentlichkeit bei einer Auskunft in der Hauptversammlung eher gegeben sein wird als bei einer Information des entsendungsberechtigten Aktionärs.

Geht es dagegen um den erheblichen Nachteil für das Unternehmen (Z. 1), würde ich *Ulrich Torggler* tendenziell Recht geben: Die Einschätzung nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung, ob die Information geeignet ist, dem Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen, kann für die Auskunftserteilung in der Hauptversammlung anders ausfallen als bei der Information eines Aktionärs.

Ich würde daher eine zu *Kalss* und *U. Torggler* vermittelnde Auffassung vertreten wollen: Zur Beurteilung, wann die Informationsweitergabe durch das entsandte AR-Mitglied an den Entsender mit dem Unternehmenswohl kollidiert, ist eine Analogie zu § 118 Abs. 3 Z. 1 AktG grundsätzlich geeignet. Allerdings wird die Information in der Hauptversammlung im Regelfall wegen der damit erreichten (Teil-)Öffentlichkeit eher geeignet sein, dem Unternehmenswohl zu schaden, als die vertraulich mögliche Information eines Aktionärs.

3. Der Beamte als entsandtes Aufsichtsratsmitglied

Im österreichischen Aktienrecht existiert keine dem § 394 dAktG vergleichbare Norm. Gemäß § 394 Satz 1 dAktG unterliegen Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht.

Somit gelange ich zu meiner *These 5: Nach österreichischem Recht unterliegt der Beamte derselben Verschwiegenheitspflicht wie andere entsandte AR-Mitglieder.*

Für Gesellschaften des Bundes gilt es allerdings zwei Besonderheiten zu vermerken, die beide darauf hinauslaufen, dass der Information des Aktionärs wenn überhaupt nur sehr weit gesteckte Grenzen gesetzt sind:

Zum einen ist schon mehrfach darauf hingewiesen worden, dass der Bund in aller Regel Alleingesellschafter ist. Daraus ergibt sich *These 6: Das Unternehmenswohl ist dann keine taugliche Begrenzung der Informationsweitergabe, wenn es mit dem Interesse des einzigen Gesellschafters Bund identisch ist.*

Der zweite Aspekt knüpft nicht an den informierenden Beamten als AR-Mitglied, sondern an den *Empfänger der Information* an, also i. d. R. den Vorgesetzten des Beamten, etwa den zuständigen Bundesminister als Vertreter des Bundes. Dieser Informationsempfänger unterliegt der verfassungsrechtlich gebotenen *Amtsverschwiegenheit* gemäß Art. 20 Abs. 3 Satz 1 B-VG⁸⁷: Alle mit Aufgaben

⁸⁷ § 46 Abs. 1 BDG: Der Beamte ist über alle ihm ausschließlich aus seiner amtlichen Tätigkeit bekanntgewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhal-

der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe sowie die Organe anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist (Amtsverschwiegenheit).

Aus dieser den Informationsempfänger treffenden Pflicht zur Amtsverschwiegenheit schließt die h. M., dass die Informationsweitergabe durch das AR-Mitglied auch aktienrechtlich zulässig sei.⁸⁸

Zutreffend ist daran zunächst, dass die Amtsverschwiegenheit auch für den Bereich nichtthoheitlicher Verwaltung gilt.⁸⁹ Die Beteiligung an Gesellschaften ist Teil der Privatwirtschaftsverwaltung.

Aktienrechtlich ist anerkannt, dass sich der Aufsichtsrat als Organ, aber auch das einzelne AR-Mitglied eines Sachverständigen zur Unterstützung bedienen darf (vgl. § 95 Abs. 3 AktG). Unterliegt dieser Sachverständige wie etwa ein Rechtsanwalt oder Steuerberater einer beruflichen Verschwiegenheitspflicht, erachtet die h. M. die Informationsweitergabe an diesen Berater für zulässig, weil bzw. soweit dadurch die Vertraulichkeit gewahrt ist.⁹⁰ Die Ähnlichkeit beider Sachverhalte ist evident: *Unterliegt der Informationsempfänger einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht, ist die Weitergabe der Information durch ein AR-Mitglied unbedenklich.*

Allerdings ist fraglich, ob die von der Amtsverschwiegenheit nach Art. 20 Abs. 3 B-VG geschützten Geheimhaltungsinteressen unseren Sachverhalt – Weitergabe von Informationen, die eine Gesellschaft des Bundes betreffen – überhaupt abdecken.⁹¹ Nur wenn dies bejaht werden könnte, rechtfertigte die Amtsverschwiegenheit als Verschwiegenheitspflicht des Informationsempfängers die Informationsweitergabe durch das AR-Mitglied. Denn andernfalls würde ggf. die – ebenfalls auch für die Privatwirtschaftsverwaltung geltende⁹² – *Auskunfts-*

tung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist, gegenüber jedermann, dem er über solche Tatsachen nicht eine amtliche Mitteilung zu machen hat, zur Verschwiegenheit verpflichtet (Amtsverschwiegenheit).

⁸⁸ Nowotny, RdW 1999, 283, 289; ihm folgend Kalss, in: Kalss/Kunz (Fn. 9), S. 1162.

⁸⁹ Feik, in: Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Kneihls/Lienbacher (Hrsg.), Art. 20 Abs. 3 B-VG, Rz. 7; Mayer/Muzak, B-VG, 5. Aufl., 2015, Art. 20 B-VG B. I.1.

⁹⁰ Statt aller Kalss, in: Kalss/Kunz (Fn. 9), S. 842 m. w. N. Vgl. auch Welser, FS Jud, 2012, S. 745, 761 f.

⁹¹ Bedenken etwa bei Kautz, FS H. Torggler, 2013, S. 601, 606.

⁹² Mayer/Muzak (Fn. 89), Art. 20 B-VG C. I. 3.

pflicht nach Art. 20 Abs. 4 B-VG⁹³ bzw. dem AuskunftspflichtG⁹⁴ greifen. Dem aktienrechtlichen Vertraulichkeitsargument wäre damit der Boden entzogen. Die Informationsweitergabe durch den Beamten als AR-Mitglied an einen Empfänger, der nach Art. 20 Abs. 4 B-VG bzw. dem AuskunftspflichtG auskunftspflichtig ist, wäre sodann unzulässig.

Die von Art. 20 Abs. 3 B-VG geschützten Geheimhaltungsinteressen sind: Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, das wirtschaftliche Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, die Vorbereitung einer Entscheidung oder das überwiegende Interesse der Parteien.

Für unseren Sachverhalt könnte das wirtschaftliche Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts einschlägig sein. Dieses Geheimhaltungsgebot soll den wirtschaftlichen Erfolg einer (Gebiets-)Körperschaft als Privatrechtsträger absichern.⁹⁵ Ich kann diese wiederum jenseits der Grenzen meiner Kunst liegende Frage nicht belastbar beantworten. Aber es scheint mir im vorliegenden Zusammenhang das ökonomische Interesse des Gesellschafters Bund im Rahmen seiner Beteiligung an der einschlägigen Gesellschaft unter den genannten Geheimhaltungstatbestand subsumierbar zu sein.⁹⁶ Wenn dem so wäre, folgte daraus *These 7: Soweit das wirtschaftliche Interesse des Bundes im Rahmen seiner Beteiligung den Informationsempfänger zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet, ist die Informationsweitergabe durch den Beamten als AR-Mitglied zulässig.*

V. Zusammenfassung in Thesen

1. Der haushaltsrechtlich geforderte Einfluss des Bundes auf den Aufsichtsrat ist nur in dem vom Gesellschaftsrecht vorgegebenen Rahmen zulässig. Der Beamte als vom Gesellschafter Bund entsandtes AR-Mitglied darf die Interessen des Bundes in den vom Gesellschaftsinteresse gesteckten Grenzen ausüben.
2. Der in den Aufsichtsrat entsandte Beamte des Bundes kann in einer Gesellschaft, deren einziger Gesellschafter der Bund ist, die Interessen des Bundes wahrnehmen, soweit durch diese Interessen(-Wahrnehmung) nicht Gläubigerinteressen verletzt werden.

⁹³ „Alle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe sowie die Organe anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts haben über Angelegenheiten ihres Wirkungsbereiches Auskünfte zu erteilen, soweit eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht dem nicht entgegensteht [...]“

⁹⁴ BGBl. 287/1987.

⁹⁵ *Feik*, in: Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Fn. 89), Art. 20 Abs. 3 B-VG, Rz. 14 m.N.

⁹⁶ Dies wird von *Kautz*, FS H. Torggler, 2013, S. 601, 606 wohl nicht in Erwägung gezogen.

3. Weisungen des Alleingeschafters Bund an den Beamten als AR-Mitglied sind wegen Interessenidentität zwischen Gesellschaft und Bund zulässig, soweit nicht Gläubigerinteressen durch die Weisung berührt werden.
4. a) Die Übernahme eines Aufsichtsratsmandats bedarf dienstrechtlich der Zustimmung des Beamten.
b) Hat der Beamte einmal das Aufsichtsratsmandat übernommen, so ist er bei der Ausübung dieses Mandats entsprechenden (zulässigen) Weisungen seines Dienstvorgesetzten unterworfen.
5. Nach österreichischem Recht unterliegt der Beamte derselben Verschwiegenheitspflicht wie andere entsandte AR-Mitglieder.
6. Das Unternehmenswohl ist dann keine taugliche Begrenzung der Informationsweitergabe, wenn es mit dem Interesse des einzigen Geschafters Bund identisch ist.
7. Soweit das wirtschaftliche Interesse des Bundes im Rahmen seiner Beteiligung den Informationsempfänger zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet, ist die Informationsweitergabe durch den Beamten als AR-Mitglied zulässig.

Vertreter von Gebietskörperschaften im Aufsichtsrat

Fragen der Information, Verschwiegenheit und Bewältigung von Interessenkonflikten

*Klaus Ulrich Schmolke**

I.	Einleitung	75
II.	Pflichtenbindung und Eigenverantwortlichkeit der Vertreter der Gebietskörperschaft im Aufsichtsrat	77
	1. Aktienrechtliche Ausgangslage	77
	2. Potenzielle Konflikte mit den Interessen der Gebietskörperschaft	78
	3. Öffentliche Zweckbindung der AG durch die Satzung	78
	4. Berücksichtigung der besonderen Interessen der öffentlichen Hand im Rahmen des Gesellschaftsinteresses	79
	5. Weitergehender Einfluss auf Vertreter im Aufsichtsrat von Verfassungen wegen? ..	80
	a) Einfluss auf die AG als Postulat des Demokratieprinzips	80
	b) Weisungsbindung der Vertreter im Aufsichtsrat?	80
	6. Maßgeblichkeit des Aktienrechts als Konsequenz der Rechtsformwahl	81
	7. Aber: punktuelle verfassungskonforme Auslegung des AktG möglich	82
III.	Verschwiegenheitspflicht und Informationsprivileg nach §§ 394, 395 AktG	83
	1. Aktienrechtliche Ausgangslage: Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsrats	83
	2. Informationsprivileg der öffentlichen Hand nach §§ 394, 395 AktG	84
	a) Dispensvoraussetzungen nach § 394 Satz 1 und 3 AktG	85
	b) Rechtsfolge – Umfang zulässiger Berichterstattung	87
IV.	Zusammenfassung der Ergebnisse	96

I. Einleitung

Wenn sich die Gebietskörperschaften der Bundesrepublik Deutschland unternehmerisch betätigen, tun sie dies nicht selten in privatrechtlicher Form.¹ Bisweilen schlüpfen sie hierbei auch in die Rolle des Aktionärs, beteiligen sich also an einer

* Eine kürzere Version dieses Beitrags ist in WM 2018, 1913 ff. erschienen.

¹ Im Jahre 2016 waren 11.494 von 16.833 öffentlichen Unternehmen, genauer „kaufmännisch buchenden öffentlichen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen“ (siehe § 2 Abs. 1 Nr. 10, Abs. 3 FPStatG), privatrechtlich organisiert (Quelle: <www.destatis.de>).

Aktiengesellschaft.² Prominente Beispiele für solche aktienrechtlichen Beteiligungen der öffentlichen Hand sind etwa die DAX-30-Unternehmen Deutsche Telekom³, RWE⁴ oder VW⁵, aber auch die zu 100 % dem Bund gehörende Deutsche Bahn. Zur Wahrung der eigenen Interessen entsenden oder wählen die Gebietskörperschaften Vertreter in den Aufsichtsrat der Beteiligungsgesellschaft. Allerdings dürfen auch diese Vertreter von Gebietskörperschaften im Aufsichtsrat einer AG grundsätzlich nur innerhalb der durch das deutsche Aktienrecht gesteckten Grenzen agieren.⁶ Dieser durch das Aktienrecht aufgespannte Aktionsrahmen soll im Folgenden ausgemessen werden. Hierbei wird sich zeigen, dass das deutsche Aktienrecht⁷ – jedenfalls nach dem im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum bislang vorherrschenden Verständnis – außerordentlich spröde auf die besonderen Interessen der an der Gesellschaft beteiligten öffentlichen Hand reagiert. Diese Sprödigkeit wird aus verfassungsrechtlicher Perspektive teils argwöhnisch beäugt. Sie wirft die Frage auf, wann und ob überhaupt die Aktiengesellschaft eine für die Tätigkeit der öffentlichen Hand taugliche Rechtsform darstellt.⁸

Eine ausdrückliche Konzession an die besonderen Bedürfnisse der öffentlichen Hand als Aktionär findet sich indes in den §§ 394, 395 AktG, die der beteiligten Gebietskörperschaft ein Informationsprivileg gewähren, indem sie unter gewissen Voraussetzungen den Vertreter im Aufsichtsrat von seiner Verschwiegenheitspflicht befreien. Jedoch herrscht auch hier bislang eine „enge Lesart“ vor, welche die Interessen der Gesellschaft und ihrer Bezugsgruppen gegen das Informationsbedürfnis der öffentlichen Hand in Schutz nimmt. In einer aktuellen Entscheidung vom 7.11.2017 hat das BVerfG allerdings Feststellungen zum parlamentarischen Informationsanspruch und zu dessen Beschränkbarkeit getroffen, die

² Optiert die öffentliche Hand für eine privatrechtliche Organisationsform ihrer unternehmerischen Tätigkeit, entscheidet sie sich in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle für den Einsatz einer GmbH (im Jahr 2016 waren dies 10.043 von 11.494 Fällen; Quelle: <www.destatis.de>).

³ Die Beteiligung des Bundes liegt einschließlich des von der KfW gehaltenen Anteils bei 31,9 % (Stand: 31.3.2019; Quelle: <www.telekom.com/de/investor-relations/unternehmen/aktionersstruktur>).

⁴ Größter Einzelaktionär der RWE AG mit 6 % des gezeichneten Kapitals ist die KEB Holding AG, hinter der die Stadt Dortmund steht. Die Stadt Essen hält 3 % am gezeichneten Kapital der RWE AG (Stand: Ende 2018; Quelle: <www.rwe.com/web/cms/de/113836/rwe/investor-relations/aktie/aktionersstruktur/>).

⁵ Das Land Niedersachsen hält 11,8 % des gezeichneten Kapitals an der Volkswagen AG bei einem Stimmenanteil von 20 % (Stand: 31.12.2018; Quelle: <www.volkswagenag.com/de/InvestorRelations/shares/shareholder-structure.html>).

⁶ Freilich scheinen sich die Gebietskörperschaften nicht immer an diese Vorgaben zu halten. So hat beispielsweise der frühere Aufsichtsratsvorsitzende der Deutschen Bahn AG, *Utz-Hellmuth Felcht*, öffentlich die aktienrechtswidrigen Einmischungen des Bundes beklagt, siehe *Schwenn*, „Bei der Bahn überschreitet die Politik Grenzen“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29.11.2017, 16.

⁷ Alle folgenden Verweise auf aktienrechtliche Vorschriften betreffen das deutsche Aktiengesetz (im Folgenden abgekürzt als AktG).

⁸ Siehe dazu noch unten (→ II. 6.).

erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser engen Gesetzesinterpretation wecken.⁹

Für eine bessere Einordnung dieser aktuellen Entwicklungen ist zunächst das Regime der §§ 394, 395 AktG näher darzustellen. Die dortigen Regelungen schaffen eine Balance zwischen den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der AG und dem Informationsbedürfnis der Gebietskörperschaft. Sie dienen damit der Auflösung eines (potenziellen) Interessenkonflikts in der Person des Vertreters der Gebietskörperschaft im Aufsichtsrat in Bezug auf Fragen der Informationsweitergabe. Freilich sieht sich der Vertreter im Aufsichtsrat auch jenseits dieser Fragen nicht selten den widerstreitenden Interessen von AG und der von ihm vertretenen Gebietskörperschaft ausgesetzt. Wie dieses Spannungsverhältnis im Allgemeinen aufzulösen ist, soll daher zunächst erörtert werden (→ II.), bevor sich der Beitrag den Regelungen der §§ 394, 395 AktG im Besonderen widmet (→ III.).

II. Pflichtenbindung und Eigenverantwortlichkeit der Vertreter der Gebietskörperschaft im Aufsichtsrat

1. Aktienrechtliche Ausgangslage

Nach der reinen Lehre des Aktienrechts hat das Aufsichtsratsmitglied seine Tätigkeit allein am Gesellschaftsinteresse auszurichten. Bezugspunkt seiner Sorgfaltspflicht ist gem. § 93 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 116 AktG ebenjenes Gesellschaftsinteresse. Bestehen Interessenkollisionen in der Person des Aufsichtsratsmitglieds, hat es aufgrund seiner Treupflichtbindung gegenüber der AG stets dem Interesse der Gesellschaft den Vorrang gegenüber den widerstreitenden Interessen einzuräumen.¹⁰

Der Vorrang des Gesellschaftsinteresses wird dadurch abgesichert, dass Aufsichtsratsmitglieder ihr Mandat eigenverantwortlich wahrnehmen, also nicht an Weisungen gebunden sind (arg. e § 101 Abs. 3 Satz 1, § 111 Abs. 6 AktG).¹¹ Dies gilt auch für entsandte Aufsichtsratsmitglieder. Sie unterliegen nicht den Weisungen des Entsendungsberechtigten.¹²

⁹ BVerfGE 147, 50 = NVwZ 2018, 51; siehe dazu – unter Betonung unterschiedlicher Aspekte der Entscheidung – insb. *Burgi*, NVwZ 2018, 601 ff.; *Gersdorf*, DÖV 2018, 789 ff.; *Hamdorf/Moradi Karkaj*, DVBl. 2018, 823 ff.; *Hommelhoff*, ZHR 182 (2018), 296 ff.; *Katz*, NVwZ 2018, 1091 ff.; *Kersting*, WPg 2018, 392 ff.; *Koch*, ZHR 183 (2019), 7 ff.; *Mann*, AG 2018, 57 ff.; *Schockenhoff*, NZG 2018, 521 ff.; *Werner*, NVwZ 2019, 449 ff.

¹⁰ Ziff. 5.5.1 DCGK; *Möllers*, ZIP 2006, 1615, 1616 f.; *Hüffer/Koch*, AktG, 13. Aufl., 2018, § 116 Rn. 8.

¹¹ BGHZ 36, 296, 306; 90, 381, 398; *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 111 Rn. 60.

¹² BGHZ 36, 296, 306; *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 101 Rn. 12.

2. Potenzielle Konflikte mit den Interessen der Gebietskörperschaft

Bei Vertretern von Gebietskörperschaften im Aufsichtsrat ist eine Interessenkollision der oben genannten Art freilich vorprogrammiert.¹³ Die Gebietskörperschaft, die den Vertreter entsandt oder gewählt hat, verfolgt öffentliche Interessen, die nicht notwendigerweise mit dem Interesse der Gesellschaft und ihrer sonstigen Aktionäre übereinstimmen. Die Anerkennung dieses potenziellen Konflikts hat bekanntlich auch dazu geführt, Körperschaften des öffentlichen Rechts bereits als Unternehmen i. S. d. § 17 Abs. 1 AktG zu qualifizieren, wenn sie ein in privater Rechtsform organisiertes Unternehmen beherrschen.¹⁴ Der BGH hat damit der „Gefahr einer einseitigen Förderung öffentlicher Aufgaben und politischer Ziele zu Lasten von Minderheitsaktionären“ Rechnung tragen wollen.

„Denn anders als bei privaten Aktionären ist bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Regelfall davon auszugehen, dass sie sich bei der Ausübung ihres Einflusses auf die beherrschte Aktiengesellschaft nicht nur von typischen Aktionärsinteressen, sondern auch von anderen Interessen leiten lassen, nämlich solchen, die aus ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellung herrühren. Diese Interessenkollision ist von der gleichen Art wie der Konflikt, de[n] das Konzernrecht steuern soll.“¹⁵

Für den Vertreter im Aufsichtsrat manifestiert sich dieser Konflikt in der aktienrechtlichen Verpflichtung auf das Gesellschaftswohl einerseits (→ II. 1.) und der öffentlich-rechtlichen Pflichtenbindung andererseits. Letztere kann sich insbesondere durch das Beamtenrecht ergeben (siehe §§ 60, 62 Abs. 1 Satz 2 BBG, §§ 33, 35 Satz 2 BeamtStG), aber auch allgemein durch landesrechtliche Vorgaben zur Ausübung des Aufsichtsratsmandats im Interesse der Gebietskörperschaft. So heißt es etwa in § 113 Abs. 1 GO NRW:

„Die Vertreter der Gemeinde in Beiräten, Ausschüssen, Gesellschafterversammlungen, Aufsichtsräten oder entsprechenden Organen von juristischen Personen oder Personenvereinigungen, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, haben die Interessen der Gemeinde zu verfolgen. Sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden. Die vom Rat bestellten Vertreter haben ihr Amt auf Beschluss des Rates jederzeit niederzulegen.“¹⁶

3. Öffentliche Zweckbindung der AG durch die Satzung

Die potenzielle Interessenkollision zwischen Gesellschaftsinteresse und den Interessen der Gebietskörperschaft, die „aus ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellung herrühren“, lässt sich jedoch insofern auflösen, als die Gebietskörperschaft die Beteiligungsgesellschaft in der Satzung auf einen gemeinnützigen oder

¹³ Prononciert *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG, 4. Aufl., 2017, Vor § 394 Rn. 1: „strukturell schwerwiegende Interessenkonflikte“.

¹⁴ BGHZ 135, 107, 113.

¹⁵ BGHZ 135, 107, 113 f. Zu den konzernrechtlichen Fragen bei Beteiligungen der öffentlichen Hand siehe eingehend den Beitrag von *Bayer* in diesem Band S. 103 ff.

¹⁶ Dies gilt freilich nach § 113 Abs. 1 Satz 4 GO NRW nur, „soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.“ Sehr kritisch zu derlei Regelungen Hüffer/*Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 2a.

öffentlichen Zweck hin ausrichten kann.¹⁷ Dieser satzungsmäßig festgelegte öffentliche Zweck determiniert das von den Gesellschaftsorganen und damit auch dem Aufsichtsrat zu beachtende Gesellschaftsinteresse.¹⁸ Eine solche öffentliche Zweckbindung lässt sich auch durch eine entsprechende Ausrichtung des Unternehmensgegenstands auf öffentliche Belange erreichen.¹⁹

Das Vorstehende lässt sich anhand des folgenden Beispiels aus dem Bereich der kommunalen Wohnungswirtschaft verdeutlichen:

„Zweck der Gesellschaft ist vorrangig eine sichere und sozial verantwortbare Wohnungsversorgung der breiten Schichten der Bevölkerung.

Die Gesellschaft errichtet, betreut, bewirtschaftet und verwaltet Bauten in allen Rechts- und Nutzungsformen, darunter Eigenheime und Eigentumswohnungen. Sie kann außerdem alle im Bereich der Wohnungswirtschaft, des Städtebaus und der Infrastruktur anfallenden Aufgaben übernehmen, Grundstücke erwerben, belasten und veräußern sowie Erbbaurechte ausgeben.

Sie kann Gemeinschaftsanlagen und Folgeeinrichtungen, Läden und Gewerbebauten, soziale, wirtschaftliche und kulturelle Einrichtungen und Dienstleistungen bereitstellen. Die Gesellschaft ist berechtigt, andere Unternehmen zu erwerben oder sich an solchen zu beteiligen.

[...]

Die Preisbildung für die Überlassung von Mietwohnungen und die Veräußerung von Wohnungsbauten soll angemessen sein, d. h. eine Kostendeckung einschließlich angemessener Verzinsung des Eigenkapitals sowie die Bildung ausreichender Rücklagen unter Berücksichtigung einer Gesamtrentabilität des Unternehmens ermöglichen.“²⁰

4. Berücksichtigung der besonderen Interessen der öffentlichen Hand im Rahmen des Gesellschaftsinteresses

Jenseits einer solchen „Zweckprogrammierung“ bleibt es dem Vertreter der Gebietskörperschaft auch nach aktienrechtlichen Standards unbenommen, die besonderen Interessen der Gebietskörperschaft im Rahmen der eigenverantwortlichen Ausübung seines Aufsichtsratsmandats ausgerichtet am Gesellschaftsinteresse zu berücksichtigen.²¹ Wie groß die Spielräume für diese Berücksichtigung sind, hängt unter anderem davon ab, ob man die Interessen der Öffentlichkeit unabhängig von den Aktionärsinteressen in das Gesellschaftsinteresse integriert

¹⁷ Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG, 4. Aufl., 2015, Vor §§ 394, 395 Rn. 28; Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), Vor § 394 Rn. 97.

¹⁸ Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), Vor § 394 Rn. 98.

¹⁹ Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), Vor §§ 394, 395 Rn. 28; Hüffer/Koch (Fn. 10), § 394 Rn. 2c m. w. N.: „Zweckprogrammierung des Unternehmensgegenstands nach § 23 III Nr. 2 auf kommunale Belange“; ferner Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), Vor § 394 Rn. 100: Modifizierung des Zwecks durch Änderung des Unternehmensgegenstands.

²⁰ Auszug aus dem Gesellschaftsvertrag der Städtischen Wohnungsgesellschaft Bremerhaven mbH (zum 11.6.2018 geltende Fassung), online: <https://www.transparenz.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen2014_tp.c.79615.de&template=00_html_to_pdf_d>.

²¹ Hüffer/Koch (Fn. 10), § 394 Rn. 31; wohl weitergehend Hommelhoff, ZHR 182 (2018), 296, 312, der jedenfalls für die Deutsche Bahn AG annimmt, dass deren Gesellschaftsinteresse „auch von der spezifischen Gemeinwohlverantwortung [... des] Alleinaktionärs Bund mitgeprägt“ sei.

(*stakeholder value approach*) oder dies nur insofern tut, als die Verfolgung öffentlicher Interessen auch den Aktionärsinteressen dient (*shareholder value approach*).²²

5. Weitergehender Einfluss auf Vertreter im Aufsichtsrat von Verfassungen wegen?

a) Einfluss auf die AG als Postulat des Demokratieprinzips

Vor diesem aktienrechtlichen Hintergrund wird diskutiert, ob der Einfluss der Gebietskörperschaft auf die Beteiligungsgesellschaft nicht von Verfassungen wegen deutlich größer ausfallen muss. Insofern ist allgemein anerkannt, dass sich Gebietskörperschaften, die sich zur Erledigung ihrer Aufgaben einer Beteiligungsgesellschaft in privater Rechtsform bedienen, ihrer öffentlich-rechtlichen Bindung an das Gemeinwohl nicht entziehen dürfen.²³ Vielmehr bedarf die unternehmerische Betätigung des Staates der demokratischen Legitimation, und zwar auch dann, wenn der Staat sich hierfür eines Unternehmens in Privatrechtsform bedient.²⁴ Aus der Anwendung des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 und 2, 28 Abs. 1 GG) folgt, dass die Gebietskörperschaft zur Steuerung und Kontrolle der Beteiligungsgesellschaft verpflichtet ist (sog. Ingerenzpflichten).²⁵

b) Weisungsbindung der Vertreter im Aufsichtsrat?

Mit Blick auf die Vertreter der Gebietskörperschaften in den Aufsichtsräten von Beteiligungsgesellschaften in Form der AG findet sich dieser Gedanke einfachgesetzlich ausgeformt in § 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO wieder, wo es heißt:

„Der Bund soll sich [...] an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteili-

²² Auf dem Boden des *stakeholder value approach* Hüffer/Koch (Fn. 10), § 394 Rn. 31; Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), Vor § 394 Rn. 41; allgemein zur Debatte um die Deutung des Gesellschaftsinteresses i. S. eines *stakeholder* oder eines *shareholder value approach* nur Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., 2019, § 76 Rn. 21 ff.

²³ Siehe hier nur Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), Vor § 394 Rn. 41 m. w. N.; vgl. zur Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform auch die Fraport-Entscheidung des BVerfG NJW 2011, 1201 Rn. 45 ff.

²⁴ Jüngst BVerfGE 147, 50, Rn. 219 = NVwZ 2018, 51; siehe auch Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), Vor §§ 394, 395 Rn. 21.

²⁵ Siehe wiederum BVerfGE 147, 50, Rn. 221 = NVwZ 2018, 51; ferner BVerfG NJW 2011, 3735 Rn. 29 m. w. N.: „Zum anderen ist die Bindung der auf Vorschlag des Rates bestellten oder gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats an die Beschlüsse des Rates ein Ausfluss des Demokratieprinzips aus Art. 20 II, 28 I GG, das seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland gebietet, dass eine Gemeinde, wenn sie sich zum Betrieb einer Versorgungseinrichtung einer juristischen Person des Privatrechts bedient, durch Einwirkungs- und Kontrollrechte hinreichend Einfluss auf den Betreiber nehmen kann“; siehe aus der Literatur ferner Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), Vor §§ 394, 395 Rn. 20, die zudem auf den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG verweisen.

gen, wenn [...] 3. der Bund einen angemessenen Einfluß, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält.“

Lange Zeit hat man lebhaft diskutiert, ob sich der verfassungsmäßig gebotene Mindesteinfluss in einer Weisungsbindung des Vertreters im Aufsichtsrat konkretisiert.²⁶ So wurde im älteren Schrifttum vertreten, dass sich die öffentlich-rechtliche Weisungsbindung bei Ausübung eines Aufsichtsratsmandats durchsetze.²⁷ Teils sollte sich diese Weisungsbindung aber auf das Innenverhältnis beschränken, während im Außenverhältnis Weisungsfreiheit herrsche.²⁸ In jüngerer Zeit haben sich einige Verwaltungsgerichte an einer anderen Differenzierung versucht: Danach bestehe zwar grundsätzlich eine Weisungsbindung des Aufsichtsratsmitglieds. Dies gelte aber nicht für nachteilige Weisungen, die dem Wohl der Gesellschaft zuwiderlaufen.²⁹ Die heute ganz h. M. im Aktien-, aber auch im öffentlichen Recht verneint indes eine Weisungsbindung der Vertreter der öffentlichen Hand im Aufsichtsrat.³⁰

6. Maßgeblichkeit des Aktienrechts als Konsequenz der Rechtsformwahl

Die Ablehnung eines Weisungsrechts fügt sich in die allgemeinere Vorstellung, dass die öffentliche Hand auf die vorfindlichen Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten des Aktienrechts verwiesen ist, wenn sie sich denn dazu entscheidet, die Rechtsform der AG für ihre Betätigung zu wählen.³¹ Das dann anwendbare Aktienrecht geht jedenfalls anderslautendem Landesrecht vor (Art. 31 GG). Aber auch die aus dem Demokratieprinzip des GG abgeleiteten Ingerenzpflichten sind bereits bei der Rechtsformwahl seitens der Gebietskörperschaft zu berücksichtigen.

Allerdings wird bei der Wahl der Rechtsform der AG ein „Einflussknick“ der öffentlichen Hand bei der AG konstatiert, der sich insbesondere in der Weisungs-

²⁶ Konzise Aufbereitung der Debatte bei Hüffer/Koch (Fn. 10), § 394 Rn. 28 f.

²⁷ So etwa Ipsen, JZ 1955, 593, 597 f.; Stober, NJW 1984, 449, 455; heute noch „jedenfalls“ bzgl. Bericht und Informationsweitergabe unter Verweis auf die Regelung in §§ 394, 395 AktG Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), Vor §§ 394, 395 Rn. 31.

²⁸ So etwa Hettlage, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 279, 295; Schneider, ZGR 1977, 335, 339 ff. m. w. N.; vgl. für das österreichische Recht auch Kalss, in: MünchKomm AktG, 4. Aufl., 2017, Anh. § 395 Rn. 39.

²⁹ So OVG Münster NVwZ 2007, 609; VG Arnsberg ZIP 2007, 1988, 1990; ähnlich für das österreichische Recht Kalss, in: MünchKomm AktG (Fn. 28), Anh. § 395 Rn. 39. Siehe zur Kritik der Entscheidung des VG Arnsberg Lutter, ZIP 2007, 1991 f.: „Schuster, bleib bei Deinem Leisten“.

³⁰ BVerfGE 147, 50, Rn. 225 = NVwZ 2018, 51; vgl. ferner BVerwG NJW 2011, 3735 Rn. 20; aus der Lit. etwa Hüffer/Koch (Fn. 10), § 394 Rn. 29; Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), Vor § 394 Rn. 46 f.; vgl. auch jüngst Hommelhoff, ZHR 182 (2018) 296, 313 Fn. 87; unklar Schall, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., 2019, § 394 Rn. 3: Es sei „praktische Konkordanz“ zwischen Aktien- und Verwaltungsrecht herbeizuführen.

³¹ Siehe etwa VGH Kassel AG 2013, 35, 38; OVG Rheinland-Pfalz DVBl. 2016, 1274 Rn. 82: „Unterwerfung“ unter das Aktienrecht; Bayer, AG 2012, 141, 152 f.

freiheit des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) sowie des Aufsichtsrats (§§ 101 Abs. 3 Satz 1, 111 Abs. 5 AktG) zeige und aus der Perspektive des Demokratieprinzips problematisch sei.³² Dieser Befund führe zu einem „Vorrang“ der GmbH gegenüber der AG.³³ Die Gemeindeordnungen der Länder tragen dem auch Rechnung. So heißt es etwa in § 108 Abs. 4 GO NRW:

„Die Gemeinde darf unbeschadet des Absatzes 1 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.“

Das BVerfG hat diese Sichtweise jedenfalls im Ausgangspunkt erst kürzlich bestätigt:

„Zwar trifft es zu, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates dem Interesse der Gesellschaft verpflichtet sind und im Grundsatz ohne Bindung an Weisungen agieren müssen [...]. Die Wahl privater Unternehmensformen für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben kann daher zu einem Kontroll-, Steuerungs- und Legitimationsdefizit führen. Dies bedeutet aber nicht, dass das Gesellschaftsrecht an die Steuerungsbedürfnisse des Staates als Anteilseigner anzupassen ist, sondern dass dieser selbst die Rechtsform für die ihm obliegende Aufgabenwahrnehmung zu wählen hat, die die erforderlichen Einwirkungsmöglichkeiten gewährleistet.“³⁴

7. Aber: punktuelle verfassungskonforme Auslegung des AktG möglich

Häufig endet die Analyse mit dem vorstehend erläuterten „Vorrang des Aktienrechts“. Dies ist konsequent, wenn man eine Modifikation des Aktienrechts durch das öffentliche Recht, Stichwort: „Verwaltungsgesellschaftsrecht“, gänzlich ablehnt.³⁵ Das Ingerenzprinzip bzw. die Verwirklichung des Demokratieprinzips bei der Beteiligung der öffentlichen Hand an Gesellschaften in privater Rechtsform sei in seiner konkreten Ausformung nicht verfassungsrechtlich determiniert. Es handele sich damit in erster Linie um einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, der bei dessen Ausfüllung überdies die Gewährleistungen der Kapitalverkehrsfreiheit zu achten habe (Stichwort: *Golden-Shares*-Rspr. des EuGH³⁶).³⁷

Hinter dem Verweis auf den nationalen Gesetzgeber wie auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit liegen materiale Überlegungen des Schutzes von *Stakeholder*-Interessen, vor allem derjenigen privater Mitaktionäre, die letztlich auch für die

³² Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), Vor §§ 394, 395 Rn. 22.

³³ Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), Vor §§ 394, 395 Rn. 33 f. m. w. N.; vgl. auch Bayer, AG 2012, 141, 153. Dieser „Vorrang“ spiegelt sich in der Tatsache, dass die ganz überwiegende Zahl der privatrechtlich organisierten öffentlichen Unternehmen GmbH sind, siehe dazu Fn. 2.

³⁴ BVerfGE 147, 50, Rn. 225 = NVwZ 2018, 51.

³⁵ Deziert Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), Vor § 394 Rn. 19 ff., 47; siehe auch Koch, ZHR 183 (2019), 7, 25 f.; nur im Ausgangspunkt Kersting, WPg 2018, 392, 394 ff.

³⁶ Siehe dazu ausführlich J. Schmidt in diesem Band S. 171 ff.

³⁷ Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), Vor § 394 Rn. 19 ff.; vgl. auch Bayer, AG 2012, 141, 152.

Ablehnung einer Weisungsbindung des Vertreters im Aufsichtsrat schlagend sind.³⁸ Allerdings verweisen insbesondere Vertreter des öffentlichen Rechts ganz zutreffend darauf, dass auch das Aktienrecht – wie jedes einfache Recht – der verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist.³⁹ Dies führe auch nicht zu einer „Überlagerung“ des Aktienrechts i. S. eines Verwaltungsgesellschaftsrechts, wenn diese Auslegung nur „punktuell“, nämlich dort vorgenommen werde, wo das Aktienrecht selbst Sondervorschriften für die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand vorhalte.⁴⁰ Damit sind die Regelungen in den §§ 394, 395 AktG angesprochen, die im Folgenden näher in den Blick genommen werden.

III. Verschwiegenheitspflicht und Informationsprivileg nach §§ 394, 395 AktG

Die soeben erläuterte Gemengelage von Aktien- und Verfassungsrecht bildet auch den Hintergrund für die Auslegung der §§ 394, 395 AktG. Diese aktienrechtlichen „Sondervorschriften bei Beteiligung von Gebietskörperschaften“⁴¹ dienen dazu, die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht des Vertreters im Aufsichtsrat in Ansehung der ihn treffenden öffentlich-rechtlichen Berichtspflichten zu lockern. Die Vorschriften lösen die angesprochene Kollision aktienrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Pflichtenbindungen in der Person des Vertreters auf, indem sie das Aktienrecht den besonderen Verhältnissen dieser Konstellation anpassen.⁴² Man hat § 394 AktG daher auch als „aktienrechtliche Kollisionsnorm“ apostrophiert.⁴³

1. Aktienrechtliche Ausgangslage: Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsrats

Die aktienrechtliche Ausgangslage, an welche die §§ 394, 395 AktG anknüpfen, stellt sich wie folgt dar: Die Aufsichtsratsmitglieder sind in Konkretisierung ihrer

³⁸ Deutlich Hüffer/Koch (Fn. 10), § 394 Rn. 29: „Ingerenzpflicht kann diese Vorgabe nicht zu Lasten außenstehender Gesellschafter oder sonstiger Stakeholder aufbrechen“.

³⁹ Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), Vor §§ 394, 395 Rn. 23.

⁴⁰ Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), Vor §§ 394, 395 Rn. 23 m.w.N. und dies., ebd., § 394 Rn. 38, 44 ff.; im Ergebnis ähnlich Kersting, WPg 2018, 392, 394 ff.

⁴¹ So die Überschrift des Ersten Teils des Fünften Buchs des AktG.

⁴² AusschussB zum AktG 1965 in Kropff, AktG 1965, S. 495: „Die neuen Vorschriften beschränken sich darauf, die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht den besonderen Verhältnissen der auf Vorschlag von Gebietskörperschaften in den Aufsichtsrat gewählten oder entsandten Mitglieder anzupassen“; dazu Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 3.

⁴³ Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 26. Zur Umgehung dieses Kollisionsregimes bei unmittelbarer öffentlich-rechtlicher Auskunftspflichtung der AG gegenüber Dritten Koch, in: FS Schmidt-Preuß, 2018, S. 367, 375 ff. unter Verweis auf BGH NJW 2017, 3153.

Treubindung gegenüber der AG gem. § 116 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG zur Verschwiegenheit verpflichtet. § 116 Satz 2 AktG stellt hierzu klar, dass sich die Verschwiegenheitspflicht insbesondere auch auf „erhaltene vertrauliche Berichte“ und „vertrauliche Beratungen“ erstreckt.

Bei dieser Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsrats bleibt es im Grundsatz auch im Konzern. Zwar lässt sich eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht im Unternehmensverbund begründen. Im Vertragskonzern ergibt sich diese aus einem das Weisungsrecht nach § 308 AktG flankierenden Auskunftsanspruch,⁴⁴ im faktischen Konzern besteht ein Recht zur Informationsweitergabe unter den Voraussetzungen des § 311 AktG⁴⁵. Informationsanspruch und Recht zur Informationsweitergabe richten sich jedoch an den Vorstand der AG, der auch die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Informationsweitergabe prüfen muss.⁴⁶ Dieses Ergebnis wird auch durch einen Gegenschluss zu § 394 AktG gestützt, der eben nur Aufsichtsratsmitglieder einer Gebietskörperschaft von der Verschwiegenheitspflicht befreit.⁴⁷ Allerdings lässt man auch eine Informationsweitergabe durch das Aufsichtsratsmitglied zu, wenn der Vorstand der abhängigen Gesellschaft hierzu sein Einverständnis erteilt hat.⁴⁸

2. Informationsprivileg der öffentlichen Hand nach §§ 394, 395 AktG

Vor diesem aktienrechtlichen Hintergrund dispensiert § 394 AktG Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, von der Verschwiegenheitspflicht, und zwar allein „hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben“ (siehe auch § 394 Satz 2 AktG). Die Vorschrift des § 395 AktG soll die mit diesem Dispens für die Gesellschaft verbundenen Risiken weitgehend einhegen, indem sie die Berichtsadressaten ihrerseits mit einer Verschwiegenheitspflicht belegt.⁴⁹

⁴⁴ Siehe nur Hüffer/*Koch* (Fn. 10), § 308 Rn. 12a mit § 93 Rn. 31; zu dessen dogmatischer Herleitung ausführlich *Mader*, Der Informationsfluss im Unternehmensverbund, 2016, S. 77 ff. m. zahlr. N.

⁴⁵ Ausführlich Hüffer/*Koch* (Fn. 10), § 311 Rn. 36a ff.; ferner *Mader* (Fn. 44), S. 362 ff.; siehe auch *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, 5. Aufl., 2015, § 93 Rn. 288; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, 5. Aufl., 2019, § 93 Rn. 125 jew. m. w. N. Streitig ist insofern, ob die Informationsweitergabe angesichts der Treubindung des herrschenden Unternehmens bei der Informationsverwendung überhaupt einen Nachteil begründet und – sofern man dies bejaht – ob der Nachteil ausgleichsfähig ist.

⁴⁶ In diesem Sinne auch Hüffer/*Koch* (Fn. 10), § 116 Rn. 12; *Habersack*, in: MünchKomm AktG, 5. Aufl., 2019, § 116 Rn. 57.

⁴⁷ Hüffer/*Koch* (Fn. 10), § 116 Rn. 12.

⁴⁸ Hüffer/*Koch* (Fn. 10), § 116 Rn. 12.

⁴⁹ Vgl. AusschussB in *Kropff* (Fn. 42), S. 496: „[...] regeln aber andererseits eine Schweigepflicht der Verwaltungen (§ 395*). Die aktienrechtlichen Grundsätze über die Wahrung von vertraulichen Angaben und Geheimnissen bleiben daher im Wesentlichen unberührt.“

a) *Dispensvoraussetzungen nach § 394 Satz 1 und 3 AktG*

§ 394 AktG stellt an den Dispens von der Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitglieds drei Voraussetzungen. Diese betreffen zunächst den Vertreter im Aufsichtsrat selbst. Dieser muss (1) „auf Veranlassung“ einer (2) „Gebietskörperschaft“ in den Aufsichtsrat gelangt sein. Ferner gilt der Dispens nur insofern, als den Vertreter (3) eine Berichtspflicht trifft.

(1) *An AG beteiligte Gebietskörperschaft*

Die Gebietskörperschaft kann der Bund, ein Bundesland oder eine kommunale Gebietskörperschaft sein (Gemeinde, Landkreis). Diese Gebietskörperschaft muss an der AG beteiligt sein, wie sich aus der Abschnittsüberschrift vor den §§ 394 f. AktG ergibt.⁵⁰ Nach h. M. ist dabei unerheblich, ob es sich um eine Mehrheits- oder eine Minderheitsbeteiligung handelt.⁵¹ Ebenso kann eine bloß mittelbare Beteiligung ausreichen, sofern nur die Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds durch die Gebietskörperschaft „veranlasst“ ist.⁵²

(2) *Veranlassung*

Der Vertreter muss „auf Veranlassung“ der Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sein. Diese „Veranlassung“ definiert man gemeinhin als die gezielte Einflussnahme der Gebietskörperschaft auf die Besetzung des Aufsichtsrats, die für die Bestellung des konkreten Vertreters auch kausal war.⁵³ Die Hauptfälle der Veranlassung sind die Entsendung durch die Gebietskörperschaft sowie die Wahl des selbst vorgeschlagenen Vertreters mit Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung. Jenseits dieser klaren Fälle bleibt der Begriff der Veranlassung jedoch opak.⁵⁴ Einigkeit besteht immerhin noch dahingehend, dass bei einer Wahl des vorgeschlagenen Vertreters an die Stelle der eigenen Stimmenmehrheit der Gebietskörperschaft eine über Absprachen mit anderen Aktionären organisierte Mehrheit treten kann.⁵⁵ Teils wird aber auch ein

⁵⁰ Heute wohl unstr., siehe etwa *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 16; *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 33 jeweils m. w. N.

⁵¹ Siehe für die h. M. etwa *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 19 f.; *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 33; *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 13; a. A. noch *Martens*, AG 1984, 29, 36.

⁵² Ganz h. M.; siehe etwa *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 22; *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 33, 35; *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 12.

⁵³ Vgl. *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 23; *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 34 jeweils m. w. N.; ähnlich *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 14, der das Sichtbarwerden des Interesses der Gebietskörperschaft an der Bestellung des betreffenden Kandidaten nach außen betont.

⁵⁴ Siehe etwa *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 23: „diffus“; *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 34: „nicht abschließend geklärt“.

⁵⁵ Die Veranlassung bei unmittelbarer Beteiligung hierauf beschränkend *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 34.

mit den eigenen Stimmen der Gebietskörperschaft unterstützter Wahlvorschlag für ausreichend erachtet, wenn sich die Sonderstellung des vorgeschlagenen Kandidaten als Vertreter der Gebietskörperschaft aus den Umständen ergibt, insbesondere weil es sich um einen Beamten oder Angestellten der Gebietskörperschaft handelt.⁵⁶

(3) Berichtspflicht

Die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht nach § 394 Satz 1 AktG greift nur, soweit der Vertreter der Gebietskörperschaft im Aufsichtsrat einer mit der Schweigepflicht kollidierenden Berichtspflicht unterliegt. Diese außerhalb des Aktienrechts liegende und von diesem vorausgesetzte Berichtspflicht⁵⁷ muss gem. § 394 Satz 3 AktG auf Gesetz, auf Satzung oder auf dem Aufsichtsrat in Textform mitgeteiltem Rechtsgeschäft beruhen. Dieser Satz 3 ist erst kürzlich durch die Aktienrechtsnovelle 2016⁵⁸ in das AktG eingefügt worden. Er soll klarstellen, dass eine Berichtspflicht nicht auf gesetzlicher Grundlage beruhen muss, sondern auch „im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung, eines Auftrags oder einer Nebenabrede mit der Gebietskörperschaft begründet werden kann“.⁵⁹ Nicht gänzlich zweifelsfrei ist trotz dieser Klarstellung, ob Satz 3 (und damit Satz 1) auch die Berichtspflicht aufgrund beamtenrechtlicher Weisungsbindung erfasst.⁶⁰ Nach weithin geteilter Auffassung ist dies zu bejahen.⁶¹ Richtig ist, dass diese Berichtspflicht letztlich auch auf eine gesetzliche Grundlage zurückgeführt werden kann.⁶² Ferner ist die klare Intention des Novellengesetzgebers zu bedenken, Berichtspflichten ganz weitgehend und ohne allzu hohe Anforderungen zuzulassen.⁶³ Schließlich wäre auch in der Sache wenig gewonnen, wenn man die Gebietskörperschaft auf den zusätzlichen Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit ihrem Beamten verwiese.

Beispiele für eine gesetzlich begründete Berichtspflicht i. S. d. § 394 Satz 1, 3 AktG finden sich etwa in § 113 Abs. 5 Satz 1 GO NRW oder Art. 93 Abs. 2 Satz 2 BayGO. In letztgenannter Vorschrift heißt es:

⁵⁶ *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 24; unklar *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 15 einerseits und Rn. 16 andererseits. Zur Veranlassung bei bloß mittelbarer Beteiligung siehe die Ausführungen bei *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 25; *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 35 jeweils m. w. N.

⁵⁷ Siehe auch Begr. RegE Aktienrechtsnovelle 2014, BT-Drucks. 18/4349, S. 33: „§ 394 AktG begründet jedoch nicht selbst eine Berichtspflicht.“

⁵⁸ BGBl. I 2016, 2565.

⁵⁹ Begr. RegE Aktienrechtsnovelle 2014, BT-Drucks. 18/4349, S. 33.

⁶⁰ Zu ihrer normativen Verankerung im BBG bzw. BeamtStG siehe die konzise Darstellung des Meinungsstands bei *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 36 ff.

⁶¹ Zum Streitstand vor Inkrafttreten der Aktienrechtsnovelle 2016 *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 36 ff.; ferner *Koch* (Fn. 43), S. 368 m. w. N.

⁶² *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 40.

⁶³ Siehe etwa *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 40 m. w. N.; auch *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 38.

„Vorbehaltlich entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften haben Personen, die von der Gemeinde entsandt oder auf ihre Veranlassung gewählt wurden, die Gemeinde über alle wichtigen Angelegenheiten möglichst frühzeitig zu unterrichten und ihr auf Verlangen Auskunft zu erteilen.“⁶⁴

b) Rechtsfolge – Umfang zulässiger Berichterstattung

Liegen die vorgenannten Voraussetzungen vor, dann darf der Vertreter im Aufsichtsrat auch vertrauliche Angaben und Geheimnisse der AG an die Gebietskörperschaft berichten, ohne gegen seine Verschwiegenheitspflicht aus § 93 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 116 Satz 1 AktG zu verstoßen. Dieser Dispens ist nach dem bislang herrschenden Verständnis der §§ 394, 395 AktG jedoch in zweierlei Richtung begrenzt: Die Weitergabe von Informationen ist zum einen nur zulässig, soweit sie nach dem Berichtszweck erforderlich ist (→ III.2.b)(1)). Zum anderen beschränkt man den Adressatenkreis der Informationsweitergabe auf solche Berichtsempfänger, die hinreichende Gewähr dafür bieten, dass die sie nach § 395 AktG treffende Verschwiegenheitspflicht auch eingehalten wird (→ III.2.b)(2)).

(1) Berichtszweck als inhaltliche Grenze des Informationsprivilegs

Der in § 394 AktG geregelte Dispens von der Verschwiegenheitspflicht erfasst nur die Informationsweitergabe zum Zwecke der Erfüllung der in Satz 1 und Satz 3 in Bezug genommenen Berichtspflichten. Auch dürfen nur die für diese Zwecke erforderlichen vertraulichen Informationen weitergegeben werden. § 394 Satz 2 AktG stellt diese „funktionale Bindung“ des Informationsprivilegs der öffentlichen Hand⁶⁵ noch einmal ausdrücklich klar. Dabei ist das Informationsprivileg nicht etwa allein auf die haushaltsrechtliche Bestätigungsprüfung (§ 44 HGrG, § 92 BHO) ausgerichtet, sondern bedient auch allgemeinere Erfordernisse der Beteiligungsverwaltung.⁶⁶

Für die Entscheidung darüber, welche Informationen für die Berichtszwecke erforderlich sind, wird dem Aufsichtsratsmitglied teilweise ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zugesprochen.⁶⁷ Nach anderer Ansicht soll die Beurteilung der Erforderlichkeit wiederum bei der die Information anfordernden Stelle liegen. Die hiermit verbundene Einschränkung der Eigenverantwortlichkeit des Aufsichtsratsmitglieds sei als punktuelle Durchbrechung hinzunehmen.⁶⁸ Richtigerweise ist jedoch weder dem Aufsichtsratsmitglied noch der die Information anfordernden Stelle eine Einschätzungsprärogative zuzubilligen. Für das Auf-

⁶⁴ § 113 Abs. 5 Satz 1 GO NRW lautet: „Die Vertreter der Gemeinde haben den Rat über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten.“

⁶⁵ Vgl. *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 30; auch Hüffer/*Koch* (Fn. 10), § 394 Rn. 41: „funktionaler Bezug zur Berichtspflicht“.

⁶⁶ *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 49 f.; vgl. auch *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 31 zu den konkret erfassten Informationen.

⁶⁷ So etwa *Kersting*, in: KölnKomm AktG, 3. Aufl., 2016, §§ 394, 395 Rn. 187 f.

⁶⁸ *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 52.

sichtsratsmitglied handelt es sich um eine gebundene Entscheidung.⁶⁹ Geht es im Rahmen dieser Entscheidung von fehlender Erforderlichkeit der vertraulichen Information aus, dann hat es die Auskunft zu verweigern, auch wenn die anfordernde Stelle anderer Ansicht ist. Dies gebietet die organschaftliche Verschwiegenheitspflicht.⁷⁰

(2) *Taugliche Berichtsadressaten – bisheriger Meinungsstand*

(a) *Gewähr der Vertraulichkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal (h. L.)*

§ 394 Satz 1 AktG nennt als Empfänger des Berichts allein die Gebietskörperschaft als solche.⁷¹ Damit ist es Aufgabe des für die jeweilige Gebietskörperschaft einschlägigen Organisationsrechts, den konkreten Berichtsadressaten zu benennen.⁷² Allerdings entnehmen weite Teile des aktienrechtlichen Schrifttums dem „Gesamtzusammenhang“ der §§ 394, 395 AktG das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal, dass eine Weitergabe vertraulicher Informationen nur dann zulässig ist, wenn eine hinreichende Gewähr für die Einhaltung der nach § 395 AktG auferlegten Verschwiegenheitspflicht besteht.⁷³ Dies wird teils dahingehend konkretisiert, dass der Kreis der Empfänger so begrenzt sein müsse, dass die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht in ähnlicher Weise wie beim Aufsichtsrat kontrollierbar bleibe.⁷⁴ Hieraus wird dann abgeleitet, dass jedenfalls die direkte Berichterstattung an Parlamente oder den Gemeinderat unzulässig sei, wie sie etwa § 113 Abs. 5 Satz 1 GO NRW vorsieht.⁷⁵ Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal soll aber auch gelten, wenn Mitarbeiter der Verwaltung die vertraulichen Informationen als Mitteilungen im dienstlichen Verkehr i. S. d. § 395 Abs. 1 Hs. 2 AktG in den parlamentarischen Raum weitergeben wollen.⁷⁶ Eine Weitergabe von vertraulichen Informationen an das Parlament sei daher nur zulässig, wenn das adressierte parlamentarische Gremium einerseits mit der Aufgabe der Prüfung betraut

⁶⁹ Siehe auch Hüffer/Koch (Fn. 10), § 394 Rn. 44; Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 32; Schall, in: Spindler/Stilz (Fn. 30), § 394 Rn. 13; ferner Schockenhoff, NZG 2018, 521, 527.

⁷⁰ A. A. Schall, in: Spindler/Stilz (Fn. 30), § 394 Rn. 13: Der Vertreter müsse nach allgemeinem Verwaltungsrecht Gefolgschaft leisten, sei dann aber wegen des Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht gerechtfertigt.

⁷¹ Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 36.

⁷² Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 39; Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 36 m. N. für die g. h. M.

⁷³ Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 37; grundlegend Schmidt-Aßmann/Ulmer, BB 1988, Beil. 13, S. 9. Für diese Ansicht ferner etwa Hüffer/Koch (Fn. 10), § 394 Rn. 42 m. w. N.

⁷⁴ Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 37 und § 395 Rn. 10; so letztlich auch Mann, AG 2018, 57, 62 f., wenn er an § 95 AktG Maß nimmt.

⁷⁵ Hüffer/Koch (Fn. 10), § 394 Rn. 42 f.

⁷⁶ Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 38.

und andererseits nach Zusammensetzung und Arbeitsweise der Schutz der Vertraulichkeit gesichert sei.⁷⁷

(b) Verfassungsrechtlich gebotene Lockerung des Geheimnisschutzes?

Diese Sichtweise der h. L. ist jedoch auf Widerspruch gestoßen. Der unbedingte Vorrang des aktienrechtlichen Geheimnisschutzes vor dem Grundsatz der Öffentlichkeit parlamentarischer Kontrolle überzeuge nicht. Die h. L. verkenne nämlich, dass die §§ 394, 395 AktG gerade dazu bestimmt seien, eine demokratische Kontrolle zu ermöglichen.⁷⁸ Teils wird daher die Herstellung „praktischer Konkordanz“ zwischen Geheimnisschutz und Auskunftsanspruch gefordert, die sich im Ergebnis mit der bloßen Möglichkeit zur Herstellung von Vertraulichkeit (in Sitzungen demokratischer Kollegialorgane) begnügt.⁷⁹ Andere wollen nach den konkreten Teilnehmungsverhältnissen differenzieren: Werde die Gesellschaft durch die öffentliche Hand beherrscht, setze sich das Interesse an einer effektiven öffentlichen Kontrolle gegenüber dem Geheimnisschutz durch.⁸⁰

(3) Die Bedeutung des BVerfG-Urteils v. 7.11.2017 für die Auslegung der §§ 394, 395 AktG

(a) Die Kernaussagen des Gerichts und hieran anknüpfende Fragen

Das BVerfG hat am 7.11.2017 eine Entscheidung zum parlamentarischen Informationsanspruch nach Art. 38 Abs. 1 Satz 2 und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG getroffen⁸¹ und dabei die Position einer stärker verfassungsrechtlich geprägten Auslegung der §§ 394, 395 AktG gestärkt. Das Urteil betont die Wichtigkeit der Parlamentsöffentlichkeit und lässt einfachgesetzliche und damit auch aktienrechtliche Verschwiegenheitsregelungen nicht per se als Schranke des parlamentarischen Frage- und Informationsrechts gelten.⁸² Belange des Geheimnisseschutzes könnten aber die Einschränkung der Abgeordnetenrechte rechtfertigen, sofern sie sich auf verfassungsrechtlich geschützte Güter oder zwingende Gründe des Staatswohls

⁷⁷ Schürnbrand, in: MünchKomm AktG (Fn. 13), § 394 Rn. 38; jüngst Schockenhoff, NZG 2018, 521, 524. Siehe dazu auch Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 43, der auf entsprechende Vorkehrungen in §§ 69a Abs. 2, 97 Abs. 4 BHO verweist.

⁷⁸ Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 45 f.

⁷⁹ So etwa Schall, in: Spindler/Stilz (Fn. 30), § 394 Rn. 14; ähnlich Rachlitz, in: Grigoleit, AktG, 2013, §§ 394, 395 Rn. 24; vgl. auch Kerst, Pflichten- und Interessenkollision bei der Verwaltung von Staatsbeteiligungen an Aktiengesellschaften, 2016, S. 177 ff.

⁸⁰ Huber/Fröhlich, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 45 f.

⁸¹ Siehe zu den in der Entscheidung nicht verhandelten Informationsansprüchen nach den Informationsfreiheitsgesetzen und dem UIG die knappen Ausführungen bei Burgi, NVwZ 2018, 601, 603, der hinsichtlich des UIG auf die Feststellungen in BVerfG NVwZ 2017, 1775 verweist.

⁸² BVerfGE 147, 50, Ls. 2 = NVwZ 2018, 51: „Das verfassungsrechtlich garantierte parlamentarische Frage- und Informationsrecht unterliegt Grenzen, die, auch soweit sie einfachgesetzlich geregelt sind, ihren Grund im Verfassungsrecht haben müssen. Vertraglich vereinbarte oder einfachgesetzliche Verschwiegenheitsregelungen sind für sich nicht geeignet, das Frage- und Informationsrecht zu beschränken“; siehe ferner ebd. Rn. 213 speziell zum Aktienrecht.

zurückführen ließen.⁸³ Entgegenstehende Grundrechte der Aktiengesellschaft kämen hierfür indes nicht in Betracht, wenn sie vollständig oder mehrheitlich vom Staat beherrscht werde.⁸⁴ Jedoch stelle das fiskalische Interesse des Staates am Schutz vertraulicher Informationen seiner (Beteiligungs-)Unternehmen einen verfassungsrechtlichen Staatswohlbelang dar, welcher dem Informationsanspruch des Parlaments Grenzen setze.⁸⁵ Solche Grenzen ergäben sich auch aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz.⁸⁶

Was bedeuten diese Aussagen konkret für die Auslegung der §§ 394, 395 AktG? Das BVerfG gibt hierauf keine klare Antwort, sondern führt lediglich aus:

„Die Frage, ob das aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG abgeleitete Frage- und Informationsrecht des Bundestages gegenüber der Regierung eine (verfassungskonforme) Auslegung der §§ 394, 395 AktG erfordert, wonach stets eine öffentliche Information des Bundestages zu erfolgen hat, die auch eine Veröffentlichung als Bundestagsdrucksache erlaubt, bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung, [...]“⁸⁷

Mangels eindeutiger Aussagen des BVerfG kommen die Exegeten der Entscheidung zu unterschiedlichen Einschätzungen. So werden teils lediglich minimale Korrekturen der bisherigen Lesart der §§ 394, 395 AktG für erforderlich gehalten,⁸⁸ während andere die Entscheidung als klaren Bruch mit dem bisherigen Verständnis der §§ 394, 395 AktG sehen.⁸⁹

Will man die Bedeutung der Entscheidung des BVerfG für die Auslegung der §§ 394, 395 AktG ausmessen, sind zwei Fragen zu unterscheiden. Die erste Frage lautet: Lässt sich die bisher aus §§ 394, 395 AktG herausgelesene Beschränkung des parlamentarischen Informationsanspruchs (Stichwort: „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“⁹⁰) verfassungsrechtlich rechtfertigen oder ist das Niveau des Geheimnisschutzes der AG im Lichte der Entscheidung des BVerfG abzusenken (→ III. 2. b)(3)(b)–(d))? Kommt man hier zu dem Ergebnis, dass das Aufsichtsratsmitglied dem Berichtsadressaten die vertrauliche Information nicht vorenthalten darf, wenn und weil er diese Information möglicherweise in Erfüllung seiner verfassungsrechtlichen Auskunftspflicht an das Parlament weitergeben muss, so stellt sich die zweite Frage: Darf und muss der Vertreter im Aufsichts-

⁸³ BVerfGE 147, 50, Rn. 205 = NVwZ 2018, 51.

⁸⁴ BVerfGE 147, 50, Rn. 238 und ff. = NVwZ 2018, 51; krit. in Bezug auf die bloß mehrheitliche Beteiligung *Schockenhoff*, NZG 2018, 521, 523; vgl. insofern auch *Kersting*, WPG 2018, 392, 395.

⁸⁵ BVerfGE 147, 50, Ls. 6 = NVwZ 2018, 51.

⁸⁶ BVerfGE 147, 50, Rn. 227 = NVwZ 2018, 51.

⁸⁷ BVerfGE 147, 50, Rn. 296 = NVwZ 2018, 51.

⁸⁸ Siehe *Mann*, AG 2018, 57, 61 ff.

⁸⁹ Siehe etwa *Schockenhoff*, NZG 2018, 521, 527; *Werner*, NVwZ 2019, 449, 451; vgl. auch *Burgi*, NVwZ 2018, 601, 603: „Überhaupt liegt auf der Hand, dass in Umsetzung der neuen Anforderungen ein verändertes Informationsflussmanagement im Verhältnis zwischen Bundesregierung und Deutscher Bahn aufgebaut werden muss.“; ferner *Katz*, NVwZ 2018, 1091, 1093; *Koch* (Fn. 43), S. 384.

⁹⁰ Siehe oben (→ III. 2. b)(2)(a)).

rat die Weitergabe vertraulicher Information an die Gebietskörperschaft davon abhängig machen, dass der Berichtsadressat dem Parlament diese Information zumindest nur dann und insoweit zugänglich macht, wie dies verfassungsrechtlich geboten ist (→ III. 2. b)(3)(e))?⁹¹

(b) Der „Verantwortungsbereich der Regierung“ als Bezugspunkt und Grenze des parlamentarischen Auskunftsanspruchs

Hinsichtlich der ersten Frage gilt zunächst: Der parlamentarische Auskunftsanspruch kann nur insoweit eine Neuinterpretation der §§ 394, 395 AktG erfordern, als er überhaupt besteht. Insofern ist bedeutsam, dass der Auskunftsanspruch aus dem parlamentarischen Recht zur Kontrolle der Regierung folgt. Er bezieht sich daher auch nur auf den Verantwortungsbereich der Bundesregierung.⁹² In diesen Verantwortungsbereich fällt – so das BVerfG – auch die Geschäftstätigkeit von mehrheitlich oder vollständig in der Hand des Bundes befindlichen Unternehmen in Privatrechtsform, weil hier über das Kontrollrecht des Parlaments „ein demokratischer Legitimationszusammenhang“ hergestellt werden müsse.⁹³ Selbst wenn man bei der Beteiligung an Aktiengesellschaften aufgrund der nur eingeschränkten Einflussmöglichkeiten des Mehrheits- oder Alleinaktionärs ein Legitimationsdefizit annähme, änderte dies an der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung nichts.⁹⁴ Zur Begründung einer solchen Verantwortlichkeit genüge vielmehr die maßgebliche Mitwirkung bei der Bestellung der Aufsichtsräte – und so mittelbar der Vorstände – sowie der Bestand von – auch nur mittelbaren – Einwirkungsmöglichkeiten.⁹⁵

Eine Minderheitsbeteiligung des Staates fällt hingegen in der Regel nicht in den Verantwortungsbereich der Regierung und ist damit auch nicht vom Kontrollrecht des Parlaments erfasst. Daher ist eine Abweichung von der traditionellen Auslegung der §§ 394, 395 AktG hinsichtlich der tauglichen Berichtsadressaten⁹⁶ für solche Minderheitsbeteiligungen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht veranlasst.⁹⁷ Diesen Gegenschluss hat das BVerfG in seiner Entscheidung

⁹¹ Siehe zu dieser doppelten Fragestellung auch *Schockenhoff*, NZG 2018, 521, 527.

⁹² BVerfGE 147, 50, Rn. 214 f. = NVwZ 2018, 51.

⁹³ BVerfGE 147, 50, Rn. 219, 263 = NVwZ 2018, 51; anders noch *Kerst* (Fn. 79), S. 173 f.

⁹⁴ BVerfGE 147, 50, Rn. 220 ff., 226 = NVwZ 2018, 51.

⁹⁵ BVerfGE 147, 50, Rn. 264 und 267 (dort konkret zur Deutschen Bahn AG) = NVwZ 2018, 51. Insofern erscheint der von *Burgi*, NVwZ 2018, 601, 604 f., 608 f. aufgezeigte Weg, den „Einflussknick“ der öffentlichen Hand bei Beteiligung an einer AG für eine Einschränkung der Verantwortlichkeit der Regierung und damit des Auskunftsrechts des Parlaments nutzbar zu machen, weitgehend versperrt.

⁹⁶ Siehe oben (→ III. 2. b)(2)(a)).

⁹⁷ So im Ergebnis auch *Schockenhoff*, NZG 2018, 521, 524: „Folglich gelten in privaten Aktiengesellschaften, an denen die öffentliche Hand minderheitlich beteiligt ist, uneingeschränkt die §§ 394, 395 AktG. Eine Weitergabe vertraulicher Information an das Parlament in öffentlicher Sitzung ist nicht möglich.“; siehe ferner *Kerst*, GWR 2017, 474; offen lassend *Werner*, NVwZ 2019, 449, 451.

zwar nicht ausdrücklich gezogen.⁹⁸ Er lässt sich aber auch jenseits einer grundrechtlichen Argumentation⁹⁹ damit begründen, dass die Aktiengesellschaft bei staatlicher Minderheitsbeteiligung kein „Verwaltungstrabant“ ist. Sie wird nicht staatlich, sondern privat tätig. Die Notwendigkeit eines „demokratischen Legitimationszusammenhangs“ entfällt.¹⁰⁰

(c) Der Gewaltenteilungsgrundsatz als Grenze des parlamentarischen Auskunftsanspruchs

Aber auch bei einer Allein- oder Mehrheitsbeteiligung des Staates findet der parlamentarische Informationsanspruch seine Grenze im Gewaltenteilungsprinzip. Hierzu führt das BVerfG aus:

„Eine Pflicht der Regierung, parlamentarischen Informationswünschen zu entsprechen, besteht danach in der Regel nicht, wenn die Information zu einem Mitregieren Dritter bei Entscheidungen führen kann, die in der alleinigen Kompetenz der Regierung liegen. [...] Die Kontrollkompetenz des Bundestages erstreckt sich demnach grundsätzlich nur auf bereits abgeschlossene Vorgänge; sie enthält nicht die Befugnis, in laufende Verhandlungen und Entscheidungsvorbereitungen einzugreifen.“¹⁰¹

(d) Beschränkung des Auskunftsanspruchs aufgrund entgegenstehender Staatswohlbelange (Fiskalinteressen)

Für die verbleibenden abgeschlossenen Vorgänge betreffend Allein- oder Mehrheitsbeteiligungen lässt sich die Beschränkung des an sich bestehenden parlamentarischen Auskunftsanspruchs mit entgegenstehenden Fiskalinteressen des Staates begründen. Auch mit Blick auf die §§ 394, 395 AktG stellt das BVerfG klar:

„Das (fiskalische) Interesse des Staates am Schutz vertraulicher Informationen seiner (Beteiligungs-)Unternehmen stellt einen verfassungsrechtlichen Staatswohlbelang dar. Der einfachrechtlich gewährte Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse kann das verfassungsrechtlich verankerte Frage- und Auskunftsrecht des Parlaments gegenüber der Regierung zwar nicht unmittelbar einschränken, mittelbar aber insoweit, als er seinerseits dem Schutz öffentlicher Belange, die verfassungsrechtlich anzuerkennen sind, dient. Die Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen des in öffentlicher Hand befindlichen Unternehmens kann Auswirkungen auf den Wert der gehaltenen Anteile oder auf das Geschäftsergebnis haben, letzteres mit der Folge, dass sich die Gewinnabschöpfung mindert oder Zuschüsse aus dem öffentlichen Haushalt erforderlich oder umfänglicher werden. Auch wenn privatrechtlich organisierte Unternehmen, die sich ganz oder mehrheitlich in öffentlicher Hand befinden, keinen Grundrechtsschutz genießen, besteht doch zumindest ein auch verfassungsrechtlich anerkanntes öffentliches Interesse daran, dass deren Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschützt werden.“

⁹⁸ Siehe auch *Schockenhoff*, NZG 2018, 521, 524.

⁹⁹ Vgl. *Schockenhoff*, NZG 2018, 521, 524; ferner *Kerst* (Fn. 79), S. 176 ff.

¹⁰⁰ So *Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG (Fn. 17), § 394 Rn. 45.

¹⁰¹ BVerfGE 147, 50, Rn. 229 = NVwZ 2018, 51.

Andernfalls könnte der Staat nicht über solche Gesellschaften mit dem Ziel wirtschaftlich erfolgreichen Handelns am Markt teilnehmen¹⁰².

Mit dem Verweis auf die Gefahr der Minderung des Unternehmenswerts sowie auf das Ziel wirtschaftlich erfolgreichen Handelns am Markt nimmt das BVerfG letztlich solche Gesichtspunkte in Bezug, die auch für das Unternehmenswohl der beherrschten Gesellschaft ganz wesentlich sind. Auf dieses Unternehmenswohl sind die Organwalter durch ihre Treubindung gegenüber der AG eingeschworen.¹⁰³ Ausprägung dieser Treubindung ist wiederum die organschaftliche Verschwiegenheitspflicht gem. § 93 Abs. 1 Satz 3 (i. V.m. § 116 Satz 1) AktG.¹⁰⁴ Kurzum: Die Erhaltung des Unternehmenswerts und das Ziel wirtschaftlich erfolgreichen Handelns am Markt sind nicht nur Ausdruck staatlicher Fiskalinteressen und als solche geeignet, die Beschränkung des an sich bestehenden parlamentarischen Auskunftsanspruchs verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Es handelt sich hierbei auch um die wesentlichen Gesichtspunkte, welche hinter der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder einer unternehmerisch tätigen AG stehen. Insofern lassen sich die Vorgaben des BVerfG für eine Beschränkung des parlamentarischen Auskunftsanspruchs über die organschaftliche Verschwiegenheitspflicht und deren Reichweite aktienrechtlich gut abbilden. Sie stellen insoweit keinen aktienrechtlichen „Fremdkörper“ dar.¹⁰⁵

Sind danach also Beschränkungen des parlamentarischen Auskunftsanspruchs zur Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen zulässig, betreffen diese in erster Linie die „Form der Informationsvermittlung“. Solange den berechtigten Geheimhaltungsinteressen hierdurch hinreichend Rechnung getragen werden kann, lässt sich eine völlige Auskunftsverweigerung nicht rechtfertigen.¹⁰⁶ Als eine solche einschränkende Form der Informationsvermittlung ist in bestimmten Fällen auch die Übernahme von Aufgaben des Plenums durch geheim tagende parlamentarische Untergremien möglich.¹⁰⁷ Genau solche Vorkehrungen würden aber auch denjenigen Stimmen im aktienrechtlichen Schrifttum genügen, die für eine Zulässigkeit der Informationsweitergabe nach § 394 AktG eine hinreichende Gewähr für die Einhaltung der nach § 395 AktG auferlegten Verschwiegenheitspflicht fordern.¹⁰⁸

¹⁰² BVerfGE 147, 50, Rn. 281 f. = NVwZ 2018, 51. Siehe zur Bedeutung des „Geheimwettbewerbs“ für marktwirtschaftlich-unternehmerisches Handeln auch *Hommelhoff*, ZHR 182 (2018) 296, 316 f.

¹⁰³ Siehe nur *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 22), § 93 Rn. 114.

¹⁰⁴ Siehe nur Hüffer/*Koch* (Fn. 10), § 93 Rn. 29; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 22), § 93 Rn. 160 jeweils m. w. N.

¹⁰⁵ Vgl. auch *Kersting*, WPg 2018, 392, 394; anders *Koch* (Fn. 43), S. 383; skeptisch auch *ders.*, ZHR 183 (2019), 7, 36.

¹⁰⁶ Vgl. auch BVerfGE 147, 50, Rn. 202 = NVwZ 2018, 51: „Gegebenenfalls sind allerdings Formen der Informationsvermittlung zu suchen, die geeignet sind, das Informationsinteresse des Parlaments unter Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen der Regierung zu befriedigen“.

¹⁰⁷ BVerfGE 147, 50, Rn. 203 = NVwZ 2018, 51.

¹⁰⁸ Siehe dazu oben (→ III. 2. b)(2)(a) bei Fn. 74).

Allerdings muss ein solches Vorgehen nach Ansicht des BVerfG „auf wenige Ausnahmen mit eng begrenztem Anwendungsbereich beschränkt bleiben und zwingend erforderlich sein“.¹⁰⁹ Mit diesen strikten Anforderungen deutet das Gericht relativ unverhüllt an, dass nicht sämtliche der unter die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitglieds nach § 93 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 116 Satz 1 AktG fallenden Informationen unter derartigen Einschränkungen an den Bundestag weitergegeben werden dürfen.¹¹⁰ Als milderer Mittel bringt es für die diesen Filter passierenden Informationen die Anwendung der Geheimschutzordnung bei Beantwortung parlamentarischer Anfragen ins Spiel.¹¹¹

Aus diesen verfassungsrechtlichen Setzungen lässt sich für die Anwendung der §§ 394, 395 AktG festhalten: Der Vertreter im Aufsichtsrat darf eine vertrauliche Information an die Gebietskörperschaft jedenfalls dann weitergeben, wenn der Berichtsadressat zwar gegenüber dem Parlament auskunftspflichtig ist, jedoch für die Form der Informationsvermittlung hinreichende Vorkehrungen zur Wahrung der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der AG getroffen sind. Solche Vorkehrungen dürfen nur in Ausnahmefällen und bei zwingender Notwendigkeit in der Verweisung an ein geheim tagendes Untergremium des Parlaments bestehen. Im Regelfall ist für einen hinreichenden Geheimschutz von Verfassungen wegen die Auskunft gegenüber dem Plenum unter Anwendung der Geheimschutzordnung ausreichend.

(e) Reichweite der Verschwiegenheitspflicht des Vertreters im Aufsichtsrat

Soweit Einschränkungen des parlamentarischen Auskunftsanspruchs nach Ansicht des BVerfG verfassungsrechtlich zulässig sind, welche eine hinreichende Gewähr für die nach § 395 AktG eingeforderte vertrauliche Behandlung der Information durch den Berichtsadressaten bieten, stellt sich die weitere Frage, ob der Vertreter der Gebietskörperschaft im Aufsichtsrat die Informationsweitergabe von entsprechenden Vorkehrungen des Berichtsadressaten abhängig machen darf. Erste Interpreten der Entscheidung des BVerfG verneinen dies und konstataren damit einen Bruch mit der bisher im Aktienrecht vorherrschenden Lesart der §§ 394, 395 AktG. Vielmehr sei es Sache der Gebietskörperschaft, nach Ab-

¹⁰⁹ BVerfGE 147, 50, Rn. 203 = NVwZ 2018, 51 unter Verweis auf BVerfGE 130, 318, 360 f.

¹¹⁰ In diesem Sinne wohl auch *Schockenhoff*, NZG 2018, 521, 527, der eine Abwägung im jeweiligen Einzelfall für erforderlich hält. Siehe ferner *Hommelhoff*, ZHR 182 (2018) 296, 308: „grundsätzlich keine Geheimhaltungsvorbehalte gegenüber dem Bund und seinen Institutionen – es sei denn, ausnahmsweise erforderten die berechtigten fiskalischen Interessen des Staates im konkreten Fall die Geheimhaltung bestimmter Informationen.“ Anders jedoch weiterhin *Mann*, AG 2018, 57, 63; scheinbar auch *Koch*, ZHR 183 (2019), 7, 30 ff., 44.

¹¹¹ BVerfGE 147, 50, Rn. 206 ff. = NVwZ 2018, 51; vgl. auch BVerfGE 130, 318, 361: „Der Deutsche Bundestag hat für die allermeisten Fallgestaltungen mit der von ihm erlassenen Geheimschutzordnung, deren Einhaltung die Pflicht eines jeden Abgeordneten und deren Verletzung strafbar ist [...], grundsätzlich ausreichende Vorsorge für die Wahrung der Vertraulichkeit getroffen.“

wägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall zu entscheiden, ob eine Behandlung in einem nicht öffentlich tagenden Ausschuss erforderlich ist oder nicht.¹¹²

Hieran ist richtig, dass die angesprochene Prüfungs- und Entscheidungskompetenz bei der Gebietskörperschaft, also dem Berichtsadressaten liegt. Die gleichwohl nach §§ 394, 395 AktG gestattete Informationsweitergabe des Vertreters im Aufsichtsrat und die damit einhergehende Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht lassen sich jedenfalls für die bloße Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand auch aktienrechtlich begründen. In diesem Fall hat die Gebietskörperschaft nämlich schon aufgrund ihrer aktienrechtlichen Treuepflicht dafür Sorge zu tragen, dass den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der AG im Rahmen der Informationsvermittlung zumindest so weit Rechnung getragen wird, wie dies verfassungsrechtlich statthaft ist. Der Vertreter im Aufsichtsrat darf sich seinerseits darauf verlassen, dass die Gebietskörperschaft als Berichtsadressat ihre mitgliedschaftliche Treuepflicht gegenüber der AG achtet, und daher die Informationen ohne Weiteres im Rahmen seiner Berichtspflicht weitergeben.¹¹³

Im Falle einer Alleinbeteiligung der Gebietskörperschaft fehlt es hingegen an einer Treuepflicht gegenüber der AG.¹¹⁴ Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger an der Geheimhaltung vertraulicher Informationen der AG werden hier vor allem durch § 311 AktG geschützt.¹¹⁵ Im Rahmen des § 311 AktG hält man aber die Weitergabe vertraulicher Informationen an das herrschende Unternehmen für zulässig, soweit dies der Erfüllung konzernbezogener Publizitätspflichten dient.¹¹⁶ Eine entsprechende Veröffentlichungspflicht der Regierung gegenüber dem Auskunft ersuchenden Parlament besteht aber nur so weit, wie Vorkehrungen zum Schutz der Vertraulichkeit verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden können. Der Vertreter im Aufsichtsrat darf und muss daher die Weitergabe vertraulicher Informationen an die Gebietskörperschaft im Rahmen seiner Berichtspflicht von deren Zusage abhängig machen, dass eine Offenlegung gegenüber dem Par-

¹¹² *Schockenhoff*, NZG 2018, 521, 527; zust. *Werner*, NVwZ 2019, 449, 451; a. A. *Koch*, ZHR 183 (2019), 7, 27 f.

¹¹³ Vgl. für eine ganz ähnliche Argumentation zur Frage der zulässigen Informationsweitergabe durch den Vorstand im Unternehmensverbund *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 311 Rn. 36c m. w. N. Für den vorliegenden Fall scheinbar anders aber *Koch*, ZHR 183 (2019), 7, 27 f. Siehe ferner *Schockenhoff*, NZG 2018, 521, 527 f., der die Regierung in Ansehung der *Golden-Shares*-Rspr. des EuGH in der Pflicht sieht, Fragen von Abgeordneten im Zweifel in nicht öffentlich tagenden Ausschüssen behandeln zu lassen. Ausführlich zur *Golden-Shares*-Rspr. *J. Schmidt* in diesem Band S. 171 ff.

¹¹⁴ Siehe nur *Henze/Notz*, in: Großkomm AktG, 4. Aufl., 2004, Anh § 53a Rn. 42 ff.

¹¹⁵ Vgl. wiederum *Henze/Notz*, Großkomm AktG (Fn. 114), Anh § 53a Rn. 47, die allgemein auf die Vermögensbindung nach § 57 AktG verweisen. Zur Anwendung des § 311 AktG im Zusammenhang mit der Veranlassung nachteiliger Maßnahmen durch die beteiligte öffentliche Hand siehe auch *Burgi*, NVwZ 2018, 601, 608; *Hommelhoff*, ZHR 182 (2018) 296, 314 f.; *Koch*, ZHR 183 (2019), 7, 29 f., 32 f.

¹¹⁶ Siehe etwa *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 311 Rn. 36c; ausführlich *Mader* (Fn. 44), S. 389 ff.; ferner *Habersack*, FS Möschel, 2011, S. 1175, 1190 f., der dies jedoch unter den Vorbehalt stellt, dass das herrschende Unternehmen die erlangten Informationen vertraulich behandelt.

lament nur insoweit erfolgt, wie dies – nach eigener Prüfung der Gebietskörperschaft – von Verfassungen wegen zwingend geboten ist.¹¹⁷

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Vertreter von Gebietskörperschaften im Aufsichtsrat einer AG sind wie jedes andere Aufsichtsratsmitglied auch auf das Gesellschaftsinteresse verpflichtet und zu eigenverantwortlicher Wahrnehmung ihres Mandats angehalten.
2. Hierbei bleibt es auch im Falle konfligierender Interessen der vertretenen Gebietskörperschaft. Ihr Vertreter im Aufsichtsrat darf jedoch in dem durch das Gesellschaftsinteresse gesteckten Rahmen die besonderen Interessen und Bedürfnisse der Gebietskörperschaft berücksichtigen.
3. Ein weitergehender Einfluss der Gebietskörperschaft, gar in Form eines Weisungsrechts gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied, lässt sich auch nicht aus dem verfassungsrechtlich verankerten Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2, Art. 28 Abs. 1 GG) ableiten.
4. Soweit die Gebietskörperschaft danach zur Steuerung und Kontrolle der Beteiligungsgesellschaft verpflichtet ist (Ingerenzpflicht), hat sie dies bereits bei der Wahl der geeigneten Rechtsform zu berücksichtigen. Ist diese Wahl zugunsten der AG ausgefallen, muss sie sich daran festhalten lassen.
5. Für die Frage der Informationsversorgung tragen die §§ 394, 395 AktG den Bedürfnissen der Gebietskörperschaft Rechnung. Sie dispensieren den Vertreter im Aufsichtsrat von der Verschwiegenheitspflicht, soweit er der Gebietskörperschaft gegenüber berichtspflichtig ist.
6. Die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft wahrt § 395 AktG, indem er die Berichtsadressaten ihrerseits einer Schweigepflicht unterwirft. Hieraus wird – aus rein aktienrechtlicher Perspektive plausibel – der Schluss gezogen, dass taugliche Berichtsadressaten überhaupt nur solche sind, die für die Erfüllung dieser Pflicht zur Vertraulichkeit auch hinreichend Gewähr bieten.
7. Das BVerfG verlangt in einer aktuellen Entscheidung für die hieraus folgende Beschränkung des parlamentarischen Auskunftsanspruchs indes eine ver-

¹¹⁷ Ein Ausgleich des Nachteils überschießender Offenlegung in den Kategorien des § 311 AktG kommt in aller Regel mangels Quantifizierbarkeit des Nachteils nicht in Betracht; vgl. dazu *Mader*, WM 2015, 2074, 2077 f.; ferner *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 311 Rn. 36b; zu einer möglichen Haftung aus § 317 AktG (analog) siehe hier nur *Kersting*, WPg 2018, 392, 395 f. Das Vorstehende gilt auch dann, wenn die Berichtsansforderung durch die Gebietskörperschaft als solche im konkreten Fall als hoheitliche Maßnahme zu qualifizieren wäre und man deshalb § 311 AktG nicht anwenden würde (siehe zu diesem Themenkreis OLG Köln AG 2006, 586, 589 m. w. N.; ferner *Hüffer/Koch* (Fn. 10), § 311 Rn. 13; *Kropff*, ZHR 144 (1980), 74, 91 ff.). Denn auch jenseits des § 311 AktG ist der Vertreter im Aufsichtsrat in seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied Sachwalter des Unternehmensinteresses und damit auch der hierin gebündelten Interessen der Gesellschaftsgläubiger. Als solcher hat er auf einen angemessenen Schutz vertraulicher Informationen durch den Berichtsadressaten hinzuwirken.

fassungsrechtlich – und nicht lediglich aktienrechtlich – begründete Rechtfertigung. Es lässt offen, ob die §§ 394, 395 AktG derart verfassungskonform ausgelegt werden müssen, dass stets eine öffentliche Information des Bundestages zu erfolgen hat.

- a) Der parlamentarische Auskunftsanspruch bezieht sich indes nur auf den „Verantwortungsbereich der Regierung“. In diesen Verantwortungsbereich fällt auch die Geschäftstätigkeit von mehrheitlich oder vollständig in der Hand des Bundes befindlichen Unternehmen in Privatrechtsform. Die nur eingeschränkten Einflussmöglichkeiten des Mehrheits- oder Alleinaktionärs auf die Geschicke einer AG ändern hieran nichts. Nicht in den Verantwortungsbereich der Regierung fallen indes Minderheitsbeteiligungen des Staates. Insofern ist daher eine Neuinterpretation der §§ 394, 395 AktG nicht veranlasst.
- b) Der parlamentarische Auskunftsanspruch findet seine Grenze zudem im Gewaltenteilungsgrundsatz. Er erstreckt sich daher grundsätzlich nur auf bereits abgeschlossene Vorgänge, nicht jedoch auf laufende Verhandlungen oder Entscheidungsvorbereitungen.
- c) Das fiskalische Interesse des Staates am Schutz vertraulicher Informationen seiner (Beteiligungs-)Unternehmen kann jedoch die Einschränkung des an sich bestehenden Auskunftsanspruchs des Parlaments verfassungsrechtlich rechtfertigen. Dabei ist den berechtigten Geheimhaltungsinteressen vorrangig über die „Form der Informationsvermittlung“ (und nicht durch eine vollständige Auskunftsverweigerung) Rechnung zu tragen. Eine Auskunft allein gegenüber einem geheim tagenden Untergremium des Parlaments muss dabei „auf wenige Ausnahmen mit eng begrenztem Anwendungsbereich beschränkt bleiben und zwingend erforderlich sein“. Nach Ansicht des BVerfG ist die Anwendung der Geheimschutzordnung zum Schutz berechtigter Geheimhaltungsinteressen in der Regel ausreichend.
- d) Für die Anwendung der §§ 394, 395 AktG folgt aus diesen verfassungsrechtlichen Setzungen, dass der Vertreter im Aufsichtsrat eine vertrauliche Information an die Gebietskörperschaft jedenfalls auch dann weitergeben darf, wenn der Berichtsadressat zwar gegenüber dem Parlament auskunftspflichtig ist, jedoch für die Form der Informationsvermittlung hinreichende Vorkehrungen zur Wahrung der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der AG getroffen sind. Ob die Vorkehrungen hinreichend sind, bestimmt sich dabei nach den unter c) skizzierten Maßstäben.
- e) Die Entscheidung über die erforderlichen Vorkehrungen bei Auskünften gegenüber dem Parlament trifft indes der insofern auskunftspflichtige Berichtsadressat und nicht der Vertreter im Aufsichtsrat. Dieser darf sich allerdings bei einer Mehrheitsbeteiligung darauf verlassen, dass die Gebietskörperschaft in Achtung ihrer mitgliedschaftlichen Treubindung gegenüber der AG selbst dafür Sorge trägt, dass den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft im Rahmen der Informationsvermittlung an das

Parlament durch die erforderlichen und verfassungsrechtlich zulässigen Vorkehrungen Rechnung getragen wird. Ist die Gebietskörperschaft hingegen Alleinaktionärin, besteht eine mitgliedschaftliche Treubindung gegenüber der AG nicht. Hier darf und muss der Vertreter im Aufsichtsrat die Weitergabe vertraulicher Informationen von der Zusage abhängig machen, dass eine Offenlegung der Information gegenüber dem Parlament nur insoweit erfolgt, wie dies – nach eigener Prüfung der Gebietskörperschaft – von Verfassungs wegen zwingend geboten ist.

Diskussion

zu den Referaten von
Michael Gruber und Klaus Ulrich Schmolke

Florian Ebner/Alexander Leonhartsberger

Im Anschluss an die Referate von *Michael Gruber* und *Klaus Ulrich Schmolke* eröffnete *Susanne Kalss* die Diskussion.

Ulrich Torggler legte seiner ersten Anmerkung zu Grunde, dass die Verschwiegenheitspflicht auf die Geschäftsgeheimnisse beschränkt sei, welche sich durch das Unternehmenswohl definierten, aus dem wiederum das Geheimhaltungsinteresse folge. Ausgehend davon stellte er kritisch die Frage, ob in einer weiteren Stufe aus demselben Kriterium wirklich noch Ausnahmen gewonnen werden können. Dem entgegnete *Michael Gruber*, dass er es im Ergebnis für unerheblich halte, ob das Unternehmenswohl bereits beim Geschäftsgeheimnis ansetze oder erst bei der Frage der Weitergabe, da es auf einer Ebene eine Rolle spielen müsse. Es gelte außerdem jene Fälle in den Griff zu bekommen, bei denen kein Geschäftsgeheimnis vorliege, aber dennoch eine Verschwiegenheitspflicht bestehe. Die Verschwiegenheitspflicht reiche rein sachlich noch weiter, wofür *Michael Gruber* beispielhaft auf die internen Beratungen des Aufsichtsrats verwies. Die Inhalte dieser Beratungen dürften anerkanntermaßen auch nicht weitergegeben werden.

Zur Amtsverschwiegenheit ergänzte *Ulrich Torggler*, dass diese zwar im Verfassungsrang stehe, sie aber dennoch die wohl meistgebrochene Bestimmung sei, die existiere. Machte man mit dem Argument der Amtsverschwiegenheit ernst, könnte wohl auch jedem Angestellten des Entsenders berichtet werden. Er stellte daher die Frage in den Raum, ob das Vertrauen in die Amtsverschwiegenheit nicht vielleicht doch zu hoch sei. Dazu führte *Michael Gruber* aus, dass die Amtsverschwiegenheit nicht nur in der Verfassung, sondern auch im Beamtendienstrechtsgesetz stehe. Die Amtsverschwiegenheit könne daher ein zusätzlicher Aspekt für die Rechtfertigung der Informationsweitergabe sein. Er stimme zwar zu, dass die Amtsverschwiegenheit praktisch häufig gebrochen werde, dennoch sei dies kein Argument dafür, sie nicht als Rechtfertigungsgrund heranzuziehen.

Anschließend führte *Gerald Spindler* aus, dass in der Diskussion auch europarechtliche Aspekte, etwa die „Informationsfreiheitsrichtlinie“ in ihrer Neufassung,¹

¹ Siehe zur Überarbeitung der RL EG 2003/98 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors i. d. F. RL EU 2013/37 <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-legislation-reuse-public-sector-information>>.

zu berücksichtigen seien. Der Anwendungsbereich dieser Richtlinie gehe relativ weit und sehe auch Auskunftsansprüche vor. Wenn der Staat Aufgaben in eine 100%-Gesellschaft ausgliedere, könne er sich wohl nicht zur Abwendung einer Auskunftspflicht auf das Unternehmenswohl berufen, wenn die Informationsfreiheitsrichtlinie sonst direkt Anwendung finden würde. Das Sekundärrecht der EU gehe §§ 394, 395 AktG vor. Allgemein werde im Gesellschaftsrecht häufig generell auf das Gesellschaftsinteresse verwiesen, hingegen müsse bei der Informationsfreiheitsrichtlinie auf den genauen Zweck abgestellt werden. Das mache einen großen Unterschied. Weiters verwies *Gerald Spindler* auf einen in der Richtlinie für Geschäftsgeheimnisse² enthaltenen interessanten Passus, wonach im öffentlichen Recht enthaltene Berichtspflichten unberührt bleiben, und regte generell mehr Austausch zwischen den Juristen im Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts und des Gesellschaftsrechts an.

Von *Jan Lieder* wurde *Michael Gruber* auf die besondere Betonung der Annahme des Aufsichtsratsmandats durch Beamte in seinem Vortrag angesprochen. *Michael Gruber* stimmte *Jan Lieder* zunächst zu, dass ein Aufsichtsratsmandat immer angenommen werden müsse. Hier stelle sich jedoch zusätzlich die Frage, ob ein Beamter durch Weisung zur Annahme des Mandats gezwungen werden könne. Im Ergebnis sei aber davon auszugehen, dass der Beamte nicht zur Annahme des Mandats gezwungen werden könne, sondern dass die Zustimmung des Beamten benötigt werde. Dies lasse sich dienstrechtlich begründen.³

An *Klaus Ulrich Schmolke* richtete *Jan Lieder* die Frage, ob – anders als im diskutierten Fall, der sich auf den Bundestag bezog – auf Landesebene oder kommunaler Ebene mehr Spielraum bestehe und welche Bedeutung die verfassungsrechtlichen Bestimmungen in diesem Kontext hätten. *Walter Bayer* ergänzte diesbezüglich, dass das Auskunftsrecht der Bundestagsabgeordneten einen hohen Stellenwert habe, was auf Bestimmungen in der Gemeindeordnung wohl nicht eins zu eins umgelegt werden könne. Dennoch bildeten die sonderrechtlichen Bestimmungen mit gewissen Grenzen ein „Einfallstor“ für das öffentliche Recht. In diesem Zusammenhang sei auch auf das Gesetzgebungsverfahren zu verweisen, in dem zunächst sogar die Öffentlichkeit von Aufsichtsratssitzungen diskutiert wurde. *Klaus Ulrich Schmolke* merkte zunächst an, dass Art. 28 GG auf das Demokratieprinzip Bezug nehme, welches grundsätzlich auch gegenüber den Gemeinden und Ländern wirke. Bei der Frage sei jedoch – wie auch nochmals seitens der Diskutanten eingeworfen wurde – danach zu differenzieren, ob die Berichterstattung direkt an ein parlamentarisches Gremium erfolge oder ob zunächst der Verwaltung berichtet werde, die in der Folge dem parlamentarischen Gremium Auskunft gebe. Ersteres sei unter den Kautelen der §§ 394, 395 AktG problematisch. Im zweiten Fall könne man die Frage stellen, ob der Gemeinderat im Rahmen einer demokratischen Kontrolle staatlichen Handelns wirklich die gleiche Funktion habe wie ein Bundesparlament, wobei dies ein Thema für

² RL EU 2016/943.

³ Vgl. dazu nun die Schriftfassung des Vortrages in diesem Band, S. 57 ff.

die öffentlich-rechtliche Diskussion sei. Dabei könnte etwa einbezogen werden, dass nach der Entscheidung des BVerfG⁴ das Fragerecht überwiegend ein Mittel der Opposition sei.

Sebastian Mock sprach die Auswirkungen der beamtenrechtlichen Stellung der Aufsichtsratsmitglieder auf ihre zivilrechtliche Haftung gegenüber der Gesellschaft an. Er stellte die Frage in den Raum, ob Beamte, die zivilrechtlich haften, einen Rückgriffsanspruch gegenüber ihrem Dienstherrn haben. Eine solche Haftungsfreistellung durch eine Gebietskörperschaft könne faktisch zu einer unbegrenzten Haftung führen. *Michael Gruber* führte dazu aus, dass über die Regressmöglichkeit des Beamten als Aufsichtsratsmitglied diskutiert werde. Dabei gebe es in Österreich ein spezifisches Problem. Es sei jedenfalls klar, dass die Bestimmungen des Organhaftpflichtgesetzes nicht gelten, weil diese nur auf die Hoheitsverwaltung Anwendung finden. Gleichzeitig sei aber anerkannt, dass das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz bei Beamten nicht gelte. Daraus ergebe sich im Grenzbereich zwischen Gesellschaftsrecht und öffentlichem Recht eine Lücke. Diese Lücke sei zu schließen, da es eine Form von Regressmöglichkeit geben müsse. Wie diese Gesetzeslücke zu schließen sei, sei aber offen. *Klaus Ulrich Schmolke* ergänzte, dass eine Freistellung durch den Staat letztlich einer Versicherungslösung vergleichbar sei. Es müsse daher zumindest Mechanismen geben, die das „Moral-Hazard-Problem“ lösen, etwa nennenswerte disziplinarische Maßnahmen. In diesem Zusammenhang wurde durch die Diskutanten beispielhaft auf § 138 Abs. 6 NKomVG⁵ Bezug genommen. Dieser sehe einen Freistellungsanspruch vor, trage dem „Moral-Hazard-Problem“ aber durch den Ausschluss des Freistellungsanspruchs für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit Rechnung, wobei für Weisungen wiederum eine Ausnahme gelte.

Patrick Warts machte schließlich darauf aufmerksam, dass sich auch bei der GmbH als ausgegliedertem Rechtsträger spannende Fragen stellten. So könne es zu Konflikten kommen, wenn die Kontrolle des Gemeinwohls oder des öffentlichen Interesses vornehmlich über den Beirat und Aufsichtsrat erfolgen solle. Dazu gebe es im GmbH-Recht eine Diskussion, ob die Gesellschafter – wenn diese bereits einen Weisungsbeschluss gefasst haben – dennoch den Aufsichtsrat befassen müssen.

⁴ BVerfG NVwZ 2018, 51.

⁵ Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, Nds. GVBl. 2010, 576 in der geltenden Fassung.

Der Staat als Spitze eines Konzerns

Was kann das Aktiengesetz leisten?

*Walter Bayer**

I.	Rechtstatsachen	103
II.	Die öffentliche Hand als herrschendes Unternehmen?	108
	1. Meinungsstand vor VEBA/Gelsenberg	108
	2. Zur Dogmatik der §§ 15 ff. AktG: Ein kurzer Überblick	109
	3. VEBA/Gelsenberg: BGHZ 69, 334	110
	4. Reaktionen	114
	5. Fortführung der Rechtsprechung und Gegenmaßnahmen des Gesetzgebers	114
	6. Modifizierung der Rechtsprechung: VW (BGHZ 135, 107)	115
III.	Folgerungen	119
	1. Barabfindungsangebot	119
	2. Anwendung der §§ 311, 317 AktG (Nachteilsausgleich bzw. Haftung)	119
	3. Abhängigkeitsbericht (§ 312 AktG)	120
	4. Abschluss Beherrschungsvertrag gem. §§ 291 ff. AktG	121
	5. Mitteilungspflichten	121
	6. Konzernvermutung?	122
	7. Konzernrechnungslegung	123
	8. Konzernleitung/Konzernüberwachung?	124
IV.	Zusammenfassung	124

I. Rechtstatsachen

Aktuell zählen wir in Deutschland (exkl. Banken- und Versicherungsbranche) etwa 100 Aktiengesellschaften, die im Allein- oder Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand stehen (also einschließlich der Beteiligungen von Ländern und Kommunen).¹ Hinzu kommen etwa 7.000 GmbHs.² Bei zahlreichen weiteren Aktiengesellschaften besitzt die öffentliche Hand Minderheitsbeteiligungen. Als Beispiel hierfür sei die Deutsche Telekom genannt, an der die Bundesrepublik Deutschland unmittelbar mit 14,48 % und mittelbar über die KfW-Bankengruppe

* Teilidentisch mit: *Walter Bayer*, FS Karsten Schmidt, 2019, Bd. I, S. 65 ff.

¹ Abfrage der Unternehmensdatenbank AMADEUS (Abfragedatum: 30.1.2018).

² Abfrage der Unternehmensdatenbank AMADEUS (Abfragedatum: 30.1.2018).

mit weiteren 17,51 % beteiligt ist,³ was in der Vergangenheit jeweils die *faktische Hauptversammlungsmehrheit* bedeutete.⁴ Dagegen ist die Deutsche Post AG kein vom Bund abhängiges Unternehmen.⁵ Im Übrigen werden vom Bund oder seinen Sondervermögen heute *unmittelbar* nur noch fünf weitere Unternehmen in der Rechtsform der AG kontrolliert; hervorzuheben ist die 100%-Beteiligung an der Deutschen Bahn.⁶ Hinzu kommt die *mittelbare* Kontrolle von Bahn-Tochterunternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft. Als Folge der Finanzkrise existieren weiter Beteiligungen, die über den Finanzmarktstabilisierungsfonds vermittelt werden.⁷

Blickt man in die Beteiligungsberichte der Länder, so sticht für Bayern die 75%-Beteiligung an der BayernLB Holding AG ins Auge, die ihrerseits Alleineigentümerin der als öffentlich-rechtliche Anstalt organisierten BayernLB ist, der wiederum 100 % der Anteile an der Deutschen Kreditbank AG zustehen.⁸ Nordrhein-Westfalen kontrolliert etwa die Duisburger Hafen AG,⁹ Baden-Württemberg mittelbar die Badische Staatsbrauerei Rothaus.¹⁰ Dem Land Berlin gehören drei große Wohnungs-Aktiengesellschaften.¹¹ Als große kommunal beherrschte Aktiengesellschaften mit Milliardenumsätzen seien etwa die Dortmunder Stadtwerke AG oder die SWK Stadtwerke Krefeld AG genannt.¹²

Börsennotiert sind heute lediglich noch fünf Unternehmen, die im Mehrheitsbesitz einer einzelnen Gebietskörperschaft stehen, nämlich die Bremer Lagerhaus AG, die Hamburger Hafen und Logistik AG, die Frankfurter Mainova AG, die Mannheimer MVV AG sowie die ÜSTRA Hannoversche Verkehrsbetriebe AG; hinzu kommt

³ Siehe auch <www.telekom.com/de/investor-relations/unternehmen/aktionaersstruktur> (Stand: 31.3.2018).

⁴ Zuletzt wurde daher auch noch ein Abhängigkeitsbericht gem. § 312 AktG erstellt.

⁵ So (bei einer mittelbaren Bundesbeteiligung i.H.v. 30,5 % im Jahre 2011) BGH GRUR 2012, 728 ff. (weil mindestens 67 % HV-Präsenz). Aktuell liegt die (über die KfW zugerechnete) Beteiligung des Bundes nur noch bei knapp unter 25 % (vgl. Stimmrechtsdatenbank der BaFin, Abfragedatum: 14.5.2018). Auf der letzten Hauptversammlung vom 24.4.2018 waren rund 66 % des Grundkapitals vertreten. Abhängigkeitsberichte gem. § 312 AktG wurden in den letzten Jahren nicht vorgelegt.

⁶ Zur Organisationsstruktur der Deutschen Bahn AG jüngst *Hommelhoff*, ZHR 182 (2018), 296 ff.

⁷ Näher *Bayer/Hoffmann*, AG 2018, R84 ff.

⁸ Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat (Hrsg.), Beteiligungsbericht des Freistaats Bayern 2017 – Staatliche Beteiligungen an Unternehmen, 2017, S. 53 ff.

⁹ Ministerium der Finanzen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Beteiligungsbericht der Landesregierung Nordrhein-Westfalen für das Jahr 2016, 2018, S. 50 f.

¹⁰ Ministerium für Finanzen Baden-Württemberg (Hrsg.), Beteiligungsbericht 2017 des Landes Baden-Württemberg: Staatliche Beteiligungen an Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts im Jahr 2016, 2017, S. 189 ff.

¹¹ Senatsverwaltung für Finanzen (Hrsg.), Beteiligungsbericht 2017 – Geschäftsjahr 2016, 2017, S. 106 ff., 132 ff., 136 ff.

¹² Aus Abfrage der Unternehmensdatenbank AMADEUS (Abfragedatum: 30.1.2018).

die bereits erwähnte, vom Bund qua faktischer Hauptversammlungsmehrheit kontrollierte Deutsche Telekom AG (siehe auch weiter unten *Diagramm 2*).¹³

Bei weiteren Gesellschaften hat keine Gebietskörperschaft für sich *allein* die Mehrheit, sondern nur durch die Zusammenrechnung der Anteile mehrerer Gebietskörperschaften. Hauptbeispiele sind die börsennotierte EnBW Energie Baden-Württemberg AG (Land Baden-Württemberg mittelbar 46,76 %, diverse im Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke zusammengeschlossene Landkreise mittelbar weitere 46,87 %, Streubesitz: 0,39 %) oder auch die (börsennotierte) Fraport AG, bei der allerdings das Land Hessen (mit 31,31 % beteiligt) und die Stadt Frankfurt am Main (mittelbar mit 20 % beteiligt) ihre Interessen in einem Konsortialvertrag *koordiniert* haben. Konsortialvereinbarungen mit dem Ergebnis einer gemeinsamen Beherrschung existieren allerdings auch zwischen öffentlicher Hand und privater Hand: So verfügt bei der börsennotierten Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft das Land Hamburg (über eine Beteiligungsgesellschaft) nur über 13,9 % der Stimmrechte.¹⁴ Dem Land Hamburg werden aber wegen eines mit zwei weiteren (privaten) Großaktionären abgeschlossenen „Shareholder’s Agreement“ insgesamt 71,56 % der Stimmrechte zugerechnet.¹⁵

Blicken wir vier Jahrzehnte auf das Jahr 1977 zurück, in dem der BGH im VEBA-Gelsenberg-Urteil seine Leitentscheidung zur Einbeziehung der öffentlichen Hand in den Anwendungsbereich des deutschen Konzernrechts fällte,¹⁶ so ist zu konstatieren, dass jedenfalls der Bund (nicht nur bei der Rechtsform AG) seine Beteiligungen *stark abgebaut* hat. Dies ist in erster Linie darauf zurückzuführen, dass der umfangreiche Industriebesitz, der im Jahre 1977¹⁷ mit sechs Teilkonzernen noch den Schwerpunkt der Bundesbeteiligungen ausmachte, zwischenzeitlich weitgehend privatisiert wurde. So war der Bund unter Einbeziehung seiner Sondervermögen laut seiner Beteiligungsberichte im Jahr 1977 (1978) an 941 (938) Unternehmen unmittelbar oder – soweit Nennkapitalien von mind. 100.000 DM vorlagen – mit wenigstens 25 % mittelbar beteiligt. Die letzten verfügbaren Beteiligungsberichte weisen nur noch 616 (für 2015) bzw. 575 (für 2016) solcher Unternehmen aus (siehe auch *Diagramm 1*).¹⁸ Die beigegefügte

¹³ Näher *Bayer/Hoffmann*, AG 2018, R84 ff.

¹⁴ Vgl. Jahresabschluss der Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft 2017 (Stichtag 31.12.2017).

¹⁵ Vgl. Jahresabschluss der Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft 2017 (Stichtag 31.12.2017) sowie Abfrage BaFin-Stimmrechtsdatenbank am 14.5.2018.

¹⁶ BGHZ 69, 334.

¹⁷ Siehe nur *F. Knauss*, Die Beteiligungen des Bundes, 1978; vgl. weiter *Kropff*, ZHR 144 (1980), 74, 83, unter Bezugnahme auf den Beteiligungsbericht v. 31.12.1978.

¹⁸ Angaben von 1962 bis 1976 nach *Knauss* (Fn. 17), S. 54 auf Grundlage der damaligen Beteiligungsberichte des Bundes; Angaben für 1977 nach *Knauss*, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (Hrsg.), Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. 1, Heft 17, 1980, S. 34 f.; Angaben für 1978 nach *Kropff*, ZHR 144 (1980), 74, 83 unter Bezugnahme auf den Beteiligungsbericht zum Stichtag 31.12.1978. Die jüngeren Zahlen ab 1998 beruhen auf eigenen Recherchen in den Beteiligungsberichten 1998 bis 2017 des Bundes. Dabei wurden offensichtliche Darstellungsfehler in einzelnen Beteiligungsberichten des Bundes (z. B. 2009 und 2010, wo es zu Verwechslungen zwischen der „Gesamtzahl der unmittelbaren

*Tabelle*¹⁹ differenziert indes für die Zeit ab 1998 zwischen unmittelbaren Beteiligungen und mittelbaren Beteiligungen (bei Beteiligungen von mind. 25 % an Unternehmen mit mind. 50.000 DM/100.000 Euro Nennkapital). Bei den mittelbaren Beteiligungen handelt es sich – z. B. wegen des globalen Engagements der Deutschen Bahn – allerdings häufig auch um Rechtsträger ausländischer Rechtsform. Der Bund und seine Sondervermögen waren demnach z. B. im Jahr 2016 an 106 Unternehmen *unmittelbar* sowie (mit anteilmäßig mind. 25 %) an weiteren 469 Unternehmen mit einem Nennkapital von mind. 50.000 Euro *mittelbar* beteiligt. Zum Vergleich: Ende 1978 gab es noch 171 solcher *unmittelbaren* und 767 solcher *mittelbaren* Beteiligungen – in der Summe also 938.²⁰

Diagramm 1: Zahl unmittelbarer und bedeutender mittelbarer Beteiligungen des Bundes 1962 bis 1978 sowie 1998 bis 2016

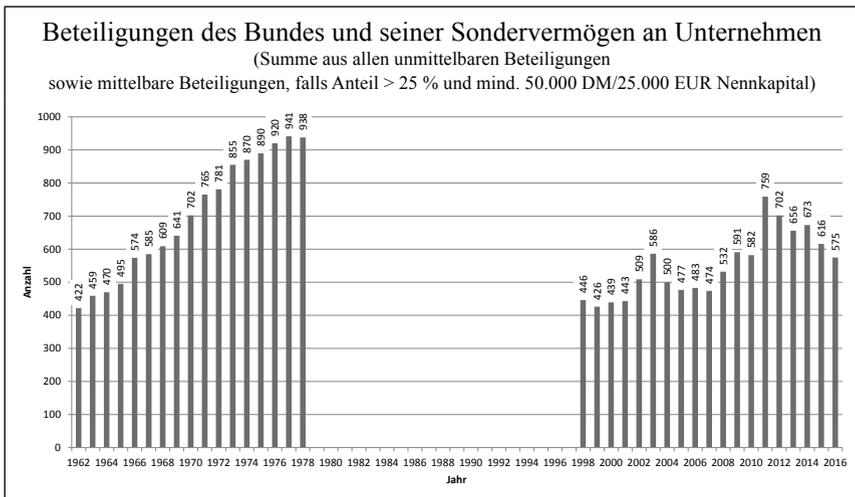


Tabelle zu Diagramm 1: Verhältnis unmittelbarer und bedeutender mittelbarer Beteiligungen des Bundes 1998 bis 2016

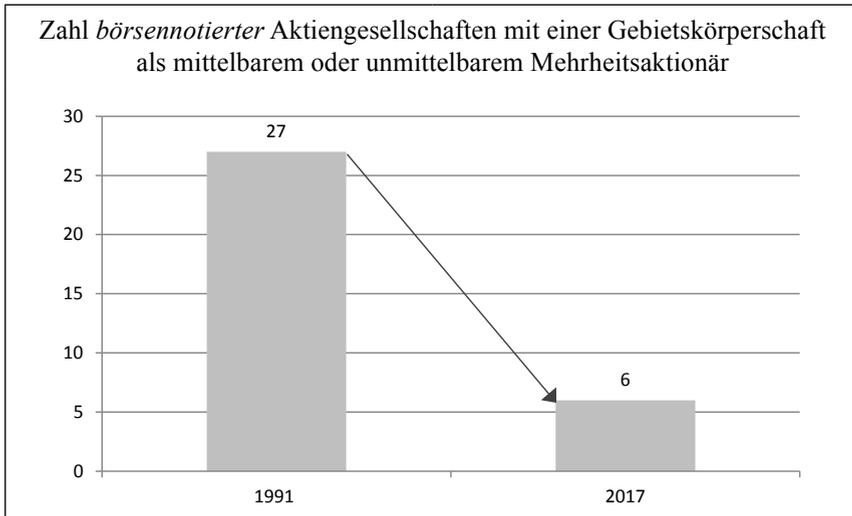
Jahr	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
unmittelbare Beteiligungen	137	131	128	122	120	116	111	108	112	110	108	108	112	109	111	107	107	108	106
große mittelbare Beteiligungen	309	295	311	321	389	470	389	369	371	364	424	483	470	650	591	549	566	508	469
Summe	446	426	439	443	509	586	500	477	483	474	532	591	582	759	702	656	673	616	575

und bedeutenderen mittelbaren Beteiligungen“ und der „Gesamtzahl der bedeutenderen unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen“ kam) entsprechend korrigiert.

¹⁹ Zahlen auf Grundlage eigener Recherchen in den Beteiligungsberichten des Bundes 1998 bis 2017.

²⁰ Beteiligungsbericht des Bundes zum Stichtag 31.12.1978, zit. nach *Kropff*, ZHR 144 (1980), 74, 83. Nennkapital mind. 100.000 DM.

Diagramm 2: Börsennotierte Aktiengesellschaften mit einer Gebietskörperschaft als Mehrheitsaktionär



- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Aachener Straßenbahn und Energieversorgungs-AG 2. Allgemeine Privatkundenbank AG 3. Badenwerk AG 4. Berliner Bank AG 5. Berliner Kraft- und Licht (Bewag) AG 6. Braunschweig-Hannoversche Hypothekbank AG 7. Bremer Lagerhaus-Gesellschaft – AG von 1877 – 8. Bremer Straßenbahn AG 9. CONTIGAS Deutsche Energie-AG 10. Deutsche Lufthansa AG 11. Deutsche Verkehrs-Bank AG 12. Energieversorgung Ostbayern AG 13. EVO Energieversorgung Oberfranken AG 14. Fernheizwerk Neukölln AG 15. Fränkisches Überlandwerk AG 16. Gemeinnützige AG für Wohnungsbau 17. Großkraftwerk Franken AG 18. Hamburger Hochbahn AG 19. Hamburgische Electricitäts-Werke AG 20. Industrierwaltungsgesellschaft AG (IVG) 21. Maingas Aktiengesellschaft 22. Tempelhofer Feld AG für Grundstücksverwertung 23. Überlandwerk Unterfranken AG 24. ÜSTRA Hannoversche Verkehrsbetriebe AG 25. ZEAG Zementwerk Lauffen-Elektrizitätswerk Heilbronn AG 26. (Faktische Mehrheitsbeteiligung: Volkswagen Aktiengesellschaft 27. einschl. AUDI Aktiengesellschaft) | <ol style="list-style-type: none"> 1. Bremer Lagerhaus-Gesellschaft – AG von 1877 – (Freie Hansestadt Bremen, Stadtgemeinde: 63,0 %) 2. Hamburger Hafen und Logistik AG (Freie und Hansestadt Hamburg: 68 %) 3. Mainova AG (Stadt Frankfurt/Main: 75,2 %) 4. MVV Energie AG (Stadt Mannheim: 50,1 %) 5. ÜSTRA Hannoversche Verkehrsbetriebe AG (Stadt Hannover via „Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft Hannover mbH“: 98,4 % – es besteht ein Beherrschungsvertrag) 6. (Faktische Mehrheitsbeteiligung: Deutsche Telekom AG – Bundesrepublik Deutschland) |
|--|--|

ohne Mehrmütterherrschaften durch beständige Interessenskoordination verschiedener Gebietskörperschaften

Den deutlichen Rückgang *börsennotierter* Aktiengesellschaften im Mehrheitsbesitz einer Gebietskörperschaft zeigt Diagramm 2. Ursächlich für den Rückgang waren vor allem die zahlreichen Privatisierungen, allerdings auch einige durch die öffentliche Hand selbst veranlasste Squeeze-out.²¹

Als *erstes Zwischenergebnis* können wir daher festhalten: Rechtstatsächlich kommt der Problematik der öffentlichen Hand als Spitze eines Aktienkonzerns eine *weitaus geringere Bedeutung zu als in früheren Zeiten*. Dennoch hat sich die Frage, ob die konzernrechtlichen Vorschriften des Aktiengesetzes die richtige „Adresse“ zur Regelung der Problematik sind, nicht erledigt: Nach wie vor bilden sowohl der Bund als auch Länder und Kommunen *in zahlreichen Fällen die Spitze eines Konzerns*. Präziser formuliert: Der jeweilige Rechtsträger der öffentlichen Hand ist nach ganz h. M. als herrschendes Unternehmen, die jeweilige Beteiligung entsprechend als abhängiges Unternehmen zu qualifizieren.²²

II. Die öffentliche Hand als herrschendes Unternehmen?

1. Meinungsstand vor VEBA/Gelsenberg

Blicken wir wieder vier Jahrzehnte zurück, so ist dieses Ergebnis keineswegs selbstverständlich. Vielmehr formulierte *Wolfgang Zöllner* in einem Anfang 1976 publizierten Beitrag tendenziell eher gegenläufig: „Die Frage, inwieweit dem Staat Unternehmenseigenschaft im Sinn der §§ 15 ff. AktG zukommt, ist von einer abschließenden Klärung noch weit entfernt. Stellungnahmen zu dieser Frage sind meist erheblich zu undifferenziert, um im Einzelnen einen Nachvollzug der Begründung zu erlauben“. Er fährt fort, dass zwar die „Konfliktrichtigkeit staatlicher Beteiligung an Aktiengesellschaften“ allgemein gesehen werde, doch folge daraus allein noch nicht, dass auch „die rechtliche Lösung der Konflikte über eine Anwendung der §§ 15 ff. AktG zu suchen (sei)“. Den Meinungsstand Ende 1975 fasste *Zöllner* wie folgt zusammen: „Weit überwiegend wird [...] die Unternehmenseigenschaft des Staates generell verneint oder doch nur unter stark einschränkenden [...] Voraussetzungen bejaht“. ²³ Diese restriktive Linie²⁴ wurde dann auch von *Zöllner* selbst unterstützt: Zwar sei die Anwendung konzernrechtlicher Vorschriften auf den Staat nicht generell im Sinne einer „konzernrechtli-

²¹ Näher *Bayer/Hoffmann*, AG 2018, R84 ff.

²² Siehe aus dem aktuellen Schrifttum nur *Bayer*, in: MünchKomm AktG, 5. Aufl., 2019, § 15 Rn. 38 ff.; *Hüffer/Koch*, AktG, 13. Aufl., 2018, § 15 Rn. 16; *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., 2015, § 15 Rn. 68 ff.; *Windbichler*, in: Großkomm AktG, 5. Aufl., 2017, § 15 Rn. 27 ff.

²³ Alle Zitate *Zöllner*, ZGR 1976, 1, 23 f. (mit zahlreichen Nachw. zum Meinungsstand in Fn. 65). Ebenso: *Würdinger*, in: Großkomm AktG, 3. Aufl., 1970, Vorb. §§ 15–19 Anm. 4; *Kropff*, in: G/H/E/K, AktG, 1976, § 311 Rn. 84.

²⁴ Nach *Emmerich* (AG 1976, 225, 226 f.) wird die Diskussion indes „weitgehend mit Scheinargumenten geführt“.

chen Immunität“ ausgeschlossen, doch komme eine Erstreckung nur im Einzelfall und nur im Wege einer analogen Anwendung in Betracht.²⁵

Ähnlich wurde die Rechtslage in einer Mitte 1976 publizierten gutachtlichen Stellungnahme auch von *Herbert Wiedemann* und *Klaus-Peter Martens* gesehen: Auch sie hielten mit Hinweis auf die „rechtliche [...] Komplexität des Untersuchungsgegenstands“ die literarische Meinungsbildung sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung für „noch nicht ausreichend fortgeschritten, um eine gesicherte Problembewältigung anbieten zu können“.²⁶ Im Ergebnis könne allerdings „die öffentliche Hand wegen ihrer sonderrechtlichen, nämlich öffentlich-rechtlichen Zielsetzung nicht als Unternehmen im Sinne des Konzernrechts qualifiziert werden“.²⁷

Hauptprotagonist der Gegenauffassung war *Volker Emmerich*, der sich *grundsätzlich für eine entsprechende Anwendung des Konzernrechts auf die öffentliche Hand* aussprach.²⁸ Dieser Linie hat sich dann auch die Rechtsprechung angeschlossen, wobei zwei fundamentale Schritte unterschieden werden müssen: zum einen die Grundsatzentscheidung *VEBA/Gelsenberg* (BGHZ 69, 334), zum anderen die Fortentwicklung durch BGHZ 135, 107 (VW).

2. Zur Dogmatik der §§ 15 ff. AktG: Ein kurzer Überblick

Die Vorschriften der §§ 15 ff. AktG finden sich im Ersten Teil des Ersten Buches des Aktiengesetzes unter der Überschrift „Allgemeine Vorschriften“. Bei den §§ 15 bis 19 AktG handelt es sich in erster Linie um Definitions- und Zurechnungsnormen, in den §§ 20 bis 22 AktG werden Mitteilungspflichten geregelt, die heute allerdings nur noch für nicht börsennotierte Unternehmen gelten. Zentrale Ausgangsvorschrift ist § 15 AktG, die wie folgt lautet: „Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind“.

Wir sehen bereits anhand dieser Vorschrift, dass terminologisch das „Recht der verbundenen Unternehmen“ der weitergehende gesetzliche Oberbegriff gegenüber dem „Konzernrecht“ als dem für Konzernunternehmen geltenden Recht ist. Blicken wir nun in das Dritte Buch des Aktiengesetzes, das unter der Überschrift „Verbundene Unternehmen“ die §§ 291 bis 337 AktG enthält, so taucht der Begriff des „Konzerns“ überhaupt nicht mehr auf. Allerdings wird durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages gem. §§ 291 ff. AktG ein sog. Vertrags-

²⁵ So zusammenfassend *Zöllner*, ZGR 1976, 1, 32. In diese Richtung auch *Würdinger*, DB 1976, 613 ff.

²⁶ *Wiedemann/Martens*, AG 1976, 197.

²⁷ *Wiedemann/Martens*, AG 1978, 232, 239.

²⁸ Grundlegend *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 212 ff.; vgl. weiter *Emmerich*, AG 1976, 225 ff.

konzern i. S. v. § 18 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AktG gebildet, durch die Eingliederung gem. §§ 319 ff. AktG ein sog. Eingliederungskonzern i. S. v. § 18 Abs. 1 Satz 2 Alt 2 AktG. Das Vorliegen eines sog. faktischen Konzerns wird gem. § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG vermutet, wenn ein herrschendes und ein abhängiges Unternehmen zusammengefasst sind. Doch spielt es auf der Rechtsfolgenseite grundsätzlich keine Rolle, ob ein Konzern im Rechtssinne vorliegt oder nicht. Vielmehr knüpfen die Rechtsfolgen im Vertragskonzern allein an den Beherrschungsvertrag an, die Rechtsfolgen im faktischen Konzern allein daran, dass ein herrschendes Unternehmen unzulässigen Einfluss auf ein abhängiges Unternehmen ausübt (so etwa bei § 311 AktG) oder dass ein abhängiges Unternehmen in Beziehungen zu irgendwelchen verbundenen Unternehmen steht; im letzteren Fall ist gem. § 312 AktG stets ein sog. Abhängigkeitsbericht aufzustellen.

M. a. W.: Zentrales Kriterium für die Anwendbarkeit der „konzernrechtlichen Schutzvorschriften“ des Aktiengesetzes ist nicht der Tatbestand eines Konzerns, sondern der Tatbestand des abhängigen bzw. herrschenden Unternehmens. Und gleichfalls erfolgen Zurechnungen i. S. v. § 16 AktG stets nur im Hinblick auf *Aktionäre mit Unternehmensqualität*, und auch Mitteilungspflichten werden nach §§ 20 ff. AktG nur für *Unternehmer-Aktionäre* begründet. Diese Unterscheidung gegenüber dem Nichtunternehmer-Aktionär war eine bewusste Entscheidung des Reformgesetzgebers von 1965.

Auch rückblickend ist es daher nachvollziehbar, wenn nach Inkrafttreten der Aktienrechtsreform eine hitzige Debatte über den „konzernrechtlichen Unternehmensbegriff“ entbrannt ist.²⁹ Im Kern betraf der Streit allerdings die *Abgrenzung zum Privataktionär*, der nach der gesetzlichen Konzeption bewusst privilegiert werden sollte. Im Zeitpunkt der BGH-Entscheidung VEBA/Gelsenberg war diese Abgrenzung noch heftig umstritten.³⁰

3. VEBA/Gelsenberg: BGHZ 69, 334

Betrachten wir zunächst den Sachverhalt und die Vorgeschichte von VEBA/Gelsenberg:³¹ Auf die militärischen Erfolge der israelischen Armee im Jom-Kippur-Krieg gegen Ägypten und Syrien antworteten verschiedene arabische Länder mit einer Drosselung ihrer Ölproduktion und setzten dadurch zahlreiche westliche Staaten unter Druck. Im November 1973 war auf den Autobahnen eine Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h angeordnet und an drei Sonntagen ein Fahrverbot.

Eine weitere Reaktion auf die Ölkrise war der Erwerb einer Aktienmehrheit an der Gelsenberg AG durch den Bund mit der Absicht, unter Einbeziehung kleinerer deutscher Ölgesellschaften die Versorgungssicherheit zu erhöhen. Nach Er-

²⁹ Zeitenössische Nachzeichnung der Diskussion etwa bei *Hohrmann*, *Der Staat als Konzernunternehmer*, 1983, S. 13 ff.; vgl. weiter *Geßler*, in: G/H/E/K, AktG, 1973, § 15 Rn. 6 ff.

³⁰ Näher etwa *Geßler*, in: G/H/E/K, AktG (Fn. 29), § 15 Rn. 25 ff. m. w. N.

³¹ Siehe auch *Monopolkommission*: Sondergutachten 2: Wettbewerbsliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg), 1975.

teilung einer kartellrechtlichen Ministererlaubnis³² wurde das Aktienpaket dann treuhänderisch auf die VEBA übertragen, an der der Bund mit 43,7 % beteiligt war.

Einer personellen Verflechtung sollte im Jahre 1975 die *Eingliederung* folgen, die nach § 320 AktG möglich ist, sofern der künftigen Hauptgesellschaft mindestens 95 % des Grundkapitals der einzugliedernden Gesellschaft gehören,³³ was hier der Fall war, da die VEBA zwischenzeitlich ihren Anteil auf 96,1 % erhöht hatte. Der Eingliederungsbeschluss vom 16.7.1975 wurde indes von der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW) mit der Begründung angefochten, dass den Minderheitsaktionären als *Abfindung nur VEBA-Aktien* angeboten worden waren, indes nicht wahlweise auch eine *Barabfindung*. Da eine solche nur dann beansprucht werden kann, wenn „die Hauptgesellschaft eine abhängige Gesellschaft“ ist (§ 320 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 5 Satz 3 AktG a. F.³⁴), war gerichtlich zu klären, ob die VEBA ein vom Bund abhängiges Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift war.

Der II. Zivilsenat des BGH³⁵ ging in „dieser für den konzernrechtlichen Unternehmensbegriff sehr bedeutsamen Entscheidung“³⁶ die Streitfrage,³⁷ ob sich „ein solches Abhängigkeitsverhältnis auch aus einer starken Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an einer Aktiengesellschaft ergeben kann“, sehr vorsichtig an und arbeitete zunächst den (Haupt-)Zweck der konzernrechtlichen Vorschriften heraus, nämlich die *Abwehr von Gefahren*, die der abhängigen Gesellschaft, ihren Minderheitsaktionären und mittelbar auch den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft daraus erwachsen, dass ein herrschendes Unternehmen seine Sonderinteressen gegenüber dem Interesse der abhängigen Gesellschaft durchsetzt.³⁸

Auch die im VEBA-Gelsenberg-Fall maßgebliche Vorschrift des § 320 Abs. 5 Satz 3 AktG a. F. gehört – so der BGH weiter – „zu der Gruppe von Vorschriften, die vor allem Minderheitsaktionäre (und gegebenenfalls auch Gläubiger) vor den Gefahren schützen sollen, die ihnen durch eine Beherrschung ihrer Gesellschaft von außen drohen“. Der Anspruch auf eine Barabfindung solle gewährleisten, dass die abfindungsberechtigten Aktionäre der einzugliedernden Gesellschaft

³² Vom 1.2.1974 gem. § 24 Abs. 3 GWB gegenüber der Untersagung durch das Bundeskartellamt vom 7.1.1974, WuW 1974, 263 ff.

³³ Zur Verfassungsmäßigkeit: BGH WM 1974, 713, 716 („BASF/Wintershall“).

³⁴ Siehe nur *Würdinger*, in: Großkomm AktG (Fn. 23), § 320 Anm. 13; *Biedenkopf/Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, 1. Aufl., § 320 Rn. 19.

³⁵ Vorinstanz: LG Essen NJW 1976, 1897 (Klage stattgegeben). Dazu von *Mutius/Nesselmüller*, NJW 1976, 1878 ff.; *Kütting*, DB 1976, 2447 ff.

³⁶ So *K. Schmidt*, GesR, 1. Aufl., 1986, § 31 Abs. 2 Satz 1, S. 712.

³⁷ Der BGH verweist zum Meinungsstand auf *Zöllner*, ZGR 1976, 1 ff., 24 sowie auf *Dielmann*, Die Beteiligung der öffentlichen Hand an Kapitalgesellschaften und die Anwendbarkeit des Rechts der verbundenen Unternehmen, 1977, S. 102 ff. (vgl. zu dieser Dissertation auch die Besprechung durch *Windbichler*, ZHR 142 (1978), 404 ff.). Siehe auch noch AG Köln, AG 1975, 330 und LG Köln AG 1976, 244 (Lufthansa AG ist vom Bund abhängig und daher zur Erstellung eines Abhängigkeitsberichts gem. § 312 AktG verpflichtet).

³⁸ Siehe in diesem Sinne aktuell nur *Hüffer/Koch*, AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 3; *Bayer*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 7 ff.

„nicht gezwungen sein sollen, wiederum Aktionäre einer abhängigen Gesellschaft mit der darin liegenden Gefahr zu werden.“³⁹

Aus dieser schutzorientierten Zweckrichtung arbeitet der BGH dann im Folgenden die wesentlichen Merkmale des Unternehmensbegriffs heraus, wobei er im Ausgang den Ausführungen in den Gesetzesmaterialien folgt, dass bei der Beherrschung durch einen *privaten Großaktionär* grundsätzlich von einem *Gleichlauf* der Interessen ausgegangen werden könne, dies aber anders sei, wenn sich der Großaktionär „auch außerhalb der Gesellschaft unternehmerisch betätigt“: Hier sei die Konzerngefahr „typischerweise“ vorauszusetzen, so dass die „besondere Konfliktlage auch besondere gesetzliche Vorkehrungen erfordere“.⁴⁰ Diese „wirtschaftliche Interessenbindung außerhalb der (betreffenden) Gesellschaft“ müsse „stark genug“ sein, „um die ernste Besorgnis zu begründen, der Aktionär könnte um ihretwillen seinen Einfluß zum Nachteil der Gesellschaft geltend machen“.⁴¹ Das „hiernach erforderliche unternehmerische Fremdinteresse“ könne – so der BGH weiter – „auf ein vom Anteilseigner unmittelbar betriebenes Handelsgeschäft bezogen sein“, könne „unter Umständen aber auch in einer wirtschaftlichen Interessenverflechtung anderer Art begründet liegen“. Insbesondere könnten

„auch natürliche Personen, die nicht Einzelkaufleute sind [...], mit Rücksicht auf sonstige unternehmerische Interessen in sich selbst jenen Interessenkonflikt verkörpern, vor dessen Gefahren das Gesetz die abhängige Gesellschaft und deren Minderheitsgesellschafter zu schützen sucht“;

daher könnten auch natürliche Personen unter gewissen Voraussetzungen „die Eigenschaft eines herrschenden Unternehmens haben“.⁴²

Mit dieser Rechtsprechung hat der BGH den Grundstein zum sog. „zweckorientierten Unternehmensbegriff“ gelegt, der heute in Lehre und Praxis vorherrschend ist.⁴³ Herrschendes Unternehmen ist danach jeder Aktionär – gleich welcher Rechtsform –, der neben seiner Beteiligung an der (abhängigen) Gesellschaft noch anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen hat, die nach Art und Intensität die ernsthafte Besorgnis begründen, er könne deshalb seinen aus der Beteiligung folgenden Einfluss zum Nachteil der (abhängigen) Gesellschaft geltend machen. Ein Privataktionär ist nach zwischenzeitlich gefestigter, wenngleich nicht unbestrittener Meinung dann herrschendes Unternehmen, wenn er an einem oder mehreren weiteren Unternehmen *maßgeblich beteiligt* ist, ohne dass es (zusätzlich) darauf ankommt, ob er sich mittels dieser Beteiligung unternehmerisch betätigt oder nicht.⁴⁴

³⁹ So BGHZ 69, 334, 337 unter Bezugnahme auf die BegrRegE zu § 320 AktG, bei *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 425.

⁴⁰ BGHZ 69, 334, 336 im Anschluss an BegrRegE, vgl. *Kropff* (Fn. 39), S. 41 f., 406 ff.

⁴¹ BGHZ 69, 334, 337.

⁴² BGHZ 69, 334, 338.

⁴³ Siehe mit allen Nachw. *Bayer*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 10.

⁴⁴ So BGHZ 148, 123, 125 („MLP“); ausf. *Bayer*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 17 ff. m. w. N.

Kommen wir zurück zum VEBA-Gelsenberg-Urteil: Der BGH konstatiert, dass der *Konzernkonflikt* auch im Falle der Beherrschung durch die *öffentliche Hand* nicht ausgeschlossen sei, da die spezifische Aufgabenstellung der staatlichen Wirtschaftspolitik mit dem Interesse der privaten Aktionäre kollidieren könne. Ob die Normen des öffentlichen Rechts insoweit einen adäquaten Schutz bieten könnten, sei fraglich, so dass die Anwendung der konzernrechtlichen Schutzvorschriften

„jedenfalls dann ein sachgerechtes und unentbehrliches Mittel zur Konfliktlösung (seien), wenn die öffentliche Hand sich privatwirtschaftlich in einem Umfang betätigt, daß sich hieraus allein schon für private Aktionäre die Gefahr ergibt, das Interesse der Gesellschaft und damit ihr eigenes einem für sie fremden Unternehmensziel aufgeopfert zu sehen“.⁴⁵

Ausdrücklich *abgelehnt* wird vom BGH die verbreitete Auffassung, die Anwendung des Konzernrechts scheidet deshalb aus, weil der öffentlichen Hand wegen ihrer Bindung an das Allgemeininteresse eine *Sonderstellung* einzuräumen sei. Im Gegenteil begründe

„die Tatsache, daß sich die öffentliche Hand auf das Gebiet der Privatwirtschaft begibt, um dort ihre unter Umständen sehr vielfältigen Interessen zu verfolgen, erst recht die Notwendigkeit, es bei der Anwendung der Vorschriften zum Schutz abhängiger Unternehmen zu belassen.“

Der BGH weiter:

„Denn ob die unternehmerischen Konzeptionen eines Großaktionärs auch oder vorwiegend vom öffentlichen Wohl bestimmt sind, macht aus der Sicht eines abhängigen Unternehmens, das nach dem Willen des Gesetzgebers vor fremdbestimmten unternehmerischen Einflüssen geschützt sein soll, keinen Unterschied; die Gefahr, ein Opfer solchen Einflusses zu werden, bleibt mindestens dieselbe“.⁴⁶

Sei somit eine „Vorzugsstellung“ der öffentlichen Hand abzulehnen,⁴⁷ so erübrige sich bei zweckgerechter Anwendung der konzernrechtlichen Schutzvorschriften auch der Umweg über die von Teilen des Schrifttums vertretene punktuelle Analogie.⁴⁸ Der BGH weist auch das Argument zurück, wonach das Konzernrecht nicht „auf Gebietskörperschaften als Träger gemischtwirtschaftlicher Unternehmen zugeschnitten und deshalb ungeeignet [sei], die in solchen Unternehmen auftretenden Interessenkonflikte angemessen zu lösen“.⁴⁹ Es sei vielmehr im Kontext der jeweiligen Vorschrift zu entscheiden, ob eine direkte oder auch nur entsprechende Anwendung in Betracht komme oder nicht.⁵⁰

Im Ergebnis qualifiziert der BGH die Bundesrepublik Deutschland im VEBA-Gelsenberg-Urteil auch deshalb als herrschendes Unternehmen, weil ihre „Be-

⁴⁵ BGHZ 69, 334, 338.

⁴⁶ BGHZ 69, 334, 340.

⁴⁷ BGHZ 69, 334, 340.

⁴⁸ BGHZ 69, 334, 343. Diese Argumentation als „schwer erklärlicher Widerspruch“ ansehend: *Emmerich*, AG 1976, 225, 227 Fn. 14.

⁴⁹ BGHZ 69, 334, 343.

⁵⁰ BGHZ 69, 334, 343 f.

teilungen in ihrer Gesamtheit [...] ihr im industriellen Bereich eine sehr starke Machtstellung (sichern), der für sie die naheliegende Möglichkeit, wenn nicht sogar die Notwendigkeit in sich birgt, eigene wirtschaftliche Initiativen zu entfalten und hierbei die eine oder andere Beteiligungsgesellschaft für fremde oder übergeordnete Unternehmensziele einzuspinnen“.⁵¹ Der BGH schließt mit der Überlegung, dass es unerheblich sei, ob der Bund *tatsächlich* auf die Geschäfte der VEBA Einfluss genommen hat oder nicht, da für ein Abhängigkeitsverhältnis die *Möglichkeit* genügt, beherrschenden Einfluss auszuüben.⁵² Trotz fehlender Aktienmehrheit sei eine solche Möglichkeit der Einflussnahme aufgrund der *faktischen* Hauptversammlungsmehrheit gegeben.⁵³

4. Reaktionen

Der Bund hat auf das Urteil unverzüglich durch eine Neufassung seiner „Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen“⁵⁴ reagiert.⁵⁵ Im Schrifttum ist das Urteil vielfach auf Zustimmung gestoßen,⁵⁶ hat indes teilweise auch Kritik erfahren.⁵⁷ Kontrovers diskutiert wurden insbesondere auch weitere vom BGH nicht explizit entschiedene Fragen.⁵⁸

5. Fortführung der Rechtsprechung und Gegenmaßnahmen des Gesetzgebers

Im Jahre 1988 hat dann der BGH⁵⁹ im Kontext *kapitalersetzender Leistungen* ohne nähere Begründung ausgeführt, dass die Freie Hansestadt Hamburg aufgrund der Beteiligung ihrer Landesbank in gleicher Weise die Finanzierungsverantwortung zu tragen habe, wie wenn sie an der insolventen HSW GmbH „gesellschaftsrechtlich über eine Tochter beteiligt wäre“.⁶⁰ Die kreditgewährende

⁵¹ BGHZ 69, 334, 345.

⁵² BGHZ 69, 334, 346.

⁵³ BGHZ 69, 334, 347.

⁵⁴ MinBIFin 1978, S. 314 ff.

⁵⁵ Bezugnahme auf das BGH-Urteil in MinBIFin 1978, S. 314, 316 (Rn. 8).

⁵⁶ Siehe etwa *Lutter/Timm*, BB 1978, 836, 838 ff.; *Koppensteiner*, ZGR 1979, 91 ff.; *Lutter*, ZHR 151 (1987), 444, 451; *Paschke*, ZHR 152 (1988), 263, 266 ff. [zu kommunalen Unternehmen]; in der Folgezeit dann auch *Hüffer*, in: AktG, 1. Aufl. 1993 § 15 Rn. 13; *Raiser*, ZGR 1996, 458, 463; *Habersack*, ZGR 1996, 544, 556; *Windbichler*, in: Großkomm AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 27 ff.

⁵⁷ So insbesondere durch *Zöllner*, AG 1978, 40 ff.; *Rittner*, FS Flume (1978) II S. 241 ff.; vorsichtiger *Kropff*, ZHR 144 (1980), 74 ff.

⁵⁸ Siehe etwa *Borggräfe*, DB 1978, 1433 ff., wonach bei Fehlen von Minderheitsgesellschaften die Veba-Gelsenberg-Grundsätze auf Beteiligungen der öffentlichen Hand nicht anzuwenden seien (also speziell bei Eigengesellschaften), da der Schutz der Gesellschaftsgläubiger gegen einen schädigenden Einfluss hier über Art. 14 GG und nicht aktienrechtlich zu gewährleisten sei. Dagegen aber die h. M.: *Windbichler*, in: Großkomm AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 30; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, 3. Aufl., 2004, § 15 Rn. 77.

⁵⁹ BGHZ 105, 168.

⁶⁰ BGHZ 105, 168, 177.

Hamburger Landesbank und die Bürgschaften für dritte Banken ausreichende Freie und Hansestadt Hamburg seien wie verbundene Unternehmen i. S. d. §§ 15 ff. AktG zu betrachten.

Einer möglichen Qualifikation der staatlichen Treuhandanstalt⁶¹ als Konzernspitze⁶² ist der Gesetzgeber angesichts der atypischen Sondersituation des gesetzlichen Auftrags zur Privatisierung und Restrukturierung der volkseigenen Betriebe der DDR⁶³ indes ausdrücklich entgegengetreten^{64, 65}.

6. Modifizierung der Rechtsprechung: VW (BGHZ 135, 107)

Im Jahre 1997 hat dann der II. Zivilsenat⁶⁶ seine Rechtsprechung fortentwickelt. Zu entscheiden war die Frage, ob das Land Niedersachsen mit seinem Anteil von 20 % der stimmberechtigten Stammaktien im Verhältnis zur VW AG als herrschendes Unternehmen zu qualifizieren ist und gem. § 312 AktG einen Abhängigkeitsbericht zu erstellen hat. Das Registergericht (AG Wolfsburg) hatte zuvor die Anregung einer außenstehenden Aktionärin, den VW-Vorstand zur Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts zu verpflichten, abgelehnt,⁶⁷ genauso wie das Beschwerdegericht (LG Braunschweig). Anders hingegen das OLG Braunschweig⁶⁸ im Rechtszug der weiteren Beschwerde, dem auch der BGH folgte:

Der II. Zivilsenat bekräftigt zunächst seine Linie,⁶⁹ dass

„ein Gesellschafter – ohne Rücksicht auf seine Rechtsform – dann Unternehmer im konzernrechtlichen Sinne [ist], wenn er neben der Beteiligung an der Aktiengesellschaft anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen hat, die nach Art und Intensität die ernsthafte Sorge begründen, er könne wegen dieser Bindung seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluß auf die Aktiengesellschaft zu deren Nachteil ausüben [...]. Das ist u. a. regelmäßig dann der Fall, wenn er maßgeblich an einer anderen Gesellschaft beteiligt ist und somit die Möglichkeit besteht, daß er sich unter Ausübung von Leitungsmacht auch in anderen Gesellschaften unternehmerisch betätigt“.⁷⁰

⁶¹ Zum Privatisierungsauftrag der Treuhandanstalt etwa *Timm*, FS J. Semler, 1993, 611, 614 ff. m. w. N.

⁶² Dafür etwa *Weimar*, ZGR 1992, 477, 478 ff.; dagegen etwa *Horn*, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, 1991, S. 329 ff.

⁶³ Dazu nur *Bayer*, ZGR-Sonderband 1998, S. 22 ff. m. w. N.

⁶⁴ Durch § 28a EGAktG gem. Art. 11 § 5 des 2. VermRÄndG v. 14.7.1992, BGBl. I, 1257, 1284; dazu nur *Bayer*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 44 m. w. N.

⁶⁵ Siehe auch *Hüffer*, in: AktG (Fn. 56), § 15 Rn. 13 („Notbremsung“); ähnlich *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl., 2002, § 31 II 1 b): „politisch berechnete Notwehrmaßnahme“.

⁶⁶ BGHZ 135, 107 m. zust. Anm. *Westermann*, EWiR 1997, 681; zust. auch *Pohlmann*, JR 1998, 506 f.; ausf. *Schiessl*, ZGR 1998, 871 ff.; abl. *Gratzel*, BB 1998, 175 ff.

⁶⁷ AG Wolfsburg AG 1995, 238.

⁶⁸ OLG Braunschweig AG 1996, 271 ff.; dazu kritisch (der VW-Gutachter) *Mertens*, AG 1996, 241 ff.

⁶⁹ Ebenso *Hüffer*, in: AktG (Fn. 56), § 15 Rn. 13; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG, 2. Aufl., 1988, § 15 Rn. 7 m. w. N.

⁷⁰ BGHZ 135, 107, 113.

Für Körperschaften des öffentlichen Rechts wird dieser Grundsatz indes – im Anschluss an verschiedene Stimmen aus der Literatur⁷¹ – modifiziert:⁷² Sie sind „bereits dann als Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne anzusehen, wenn sie lediglich ein in privater Rechtsform organisiertes Unternehmen beherrschen“. Dieser Modifikation bedürfe es, „um der Gefahr einer einseitigen Förderung öffentlicher Aufgaben und politischer Ziele zu Lasten von Minderheitsaktionären begegnen zu können“.⁷³ Der BGH weiter:

„Denn anders als bei privaten Aktionären ist bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Regelfall davon auszugehen, daß sie sich bei der Ausübung ihres Einflusses auf die beherrschte Aktiengesellschaft nicht nur von typischen Aktionärsinteressen, sondern auch von anderen Interessen leiten lassen, nämlich solche, die aus ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellung herrühren. Diese Interessenkollision ist von der gleichen Art wie der Konflikt, den das Konzernrecht steuern soll. Sie birgt überdies für Minderheitsgesellschafter ebenso große Gefahren in sich wie diejenigen, die durch eine anderweitige Beteiligung eines privaten Mehrheitsaktionärs auftreten können“.⁷⁴

Auch diese neue Rechtsprechungslinie fand überwiegend Zustimmung⁷⁵ und wurde in der Folgezeit vom BGH mehrfach bestätigt.⁷⁶ Und zwar mit Recht: Der „Konzernkonflikt“ besteht hier weniger darin, dass nachteilige Einwirkungen zugunsten anderer unternehmerischer Interessen zu befürchten sind. Auch eine solche Benachteiligung der Aktiengesellschaft ist zwar nicht auszuschließen. Doch verfolgt die öffentliche Hand mit ihrer Beteiligung im Regelfall öffentliche Zwecke, so dass es vorrangig zum Konflikt *zwischen den wirtschaftlichen*

⁷¹ Siehe nur *Koppensteiner*, ZGR 1979, 91, 99; *Raiser*, ZGR 1996, 458, 464 f.; *Habersack*, ZGR 1996, 544, 548 ff.; *Noack*, Städte- und Gemeinderat 1995, 379, 382.

⁷² Für *K. Schmidt* (Fn. 65), § 31 II 1 c), S. 939 ist diese Modifikation „bemerkenswert“.

⁷³ BGHZ 135, 107, 113 f.

⁷⁴ So BGHZ 135, 107, 114.

⁷⁵ Siehe nur *Schiessl*, ZGR 1998, 871, 877 ff.; *Parmentier*, Gläubigerschutz im öffentlichen Unternehmen, 2000, S. 159 ff. m. w. N.; aktuell auch *Hüffer/Koch AktG* (Fn. 22), § 15 Rn. 16; *Bayer*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 22), § 15 Rn. 38 ff., 41; *J. Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter* (Fn. 22), § 15 Rn. 69 f.; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm AktG* (Fn. 58), § 15 Rn. 70 ff., 84; *Krieger*, in: *MünchHdbAG*, 4. Aufl., 2015, § 69 Rn. 11 f.; *Windbichler*, in: *Großkomm AktG* (Fn. 22), § 15 Rn. 27 ff.; *Schall*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, 4. Aufl., 2019, § 15 Rn. 44; vgl. dezidiert auch *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 8. Aufl., 2016, § 15 Rn. 34: Dem BGH „ist schon deshalb zuzustimmen, weil der Staat niemals mit einem Privataktionär auf eine Stufe gestellt werden kann, so dass sich die Abgrenzungsfrage im Grunde hier gar nicht stellt“. Denn (ebd. Rn. 6): „Es gibt nur zwei Kategorien von Aktionären: Unternehmensgesellschafter und Privatgesellschafter“. Kritisch indes *Mülbert*, ZHR 163 (1999), 1, 15 ff.

⁷⁶ BGHZ 175, 365 Rn. 10 („UMTS“); dazu etwa *Altmeyden*, NJW 2008, 1553 ff.; *Fleischer*, NZG 2008, 371 ff. (Vorinstanzen: OLG KölnZIP 2006, 997 und LG Bonn NZG 2005, 856; dazu auch *Habersack*, ZIP 2006, 1327 ff.); BGHZ 190, 7 Rn. 30 („Telekom 3. Börsengang“). Zustimmend auch AG 2011, 382 („UKE Hamburg-Eppendorf“).

Interessen der privaten Gesellschafter und den politischen Interessen der öffentlichen Hand kommen kann.⁷⁷ Ich zitiere nunmehr *Thomas Raiser*: Als

„Konflikt zwischen Wirtschaft und Politik ist er [...] nicht weniger dramatisch und für die vom Konzernrecht geschützten außenstehenden Gesellschafter und Gläubiger des Unternehmens nicht weniger gefährlich als der Konflikt zwischen mehreren wirtschaftlichen Interessen. Er muß deshalb auch durch dieselben Schutzvorkehrungen ‚domestiziert‘ werden“.⁷⁸

Ein *Beispiel* findet sich bei BGHZ 36, 296: Die vom Senat der Stadt Hamburg in die ihr mehrheitlich gehörenden Hamburger E-Werke entsandten Aufsichtsratsmitglieder – darunter der Bürgermeister – machten aus politischen Gründen ihre Zustimmung zu einer vom Vorstand für erforderlich gehaltenen Tariferhöhung von der Nichterhöhung der Dividende abhängig.

Insbesondere ist mit dem BGH⁷⁹ im Rahmen der Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften außerhalb der speziellen §§ 394, 395 AktG⁸⁰ bzw. von Sondervorschriften zur Bankenrettung im Zuge der Finanzkrise⁸¹ auch jeglicher *Sonderstatus* der öffentlichen Hand *abzulehnen*.⁸² Die Bindung an das Gemeinwohl rechtfertigt keine Privilegierung des Staates.⁸³ Soweit die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in privatrechtlicher Form zulässig ist – hierüber entscheidet allein das öffentliche Recht (!)⁸⁴ –, ist die öffentliche Hand ebenso wie jeder private Aktionär uneingeschränkt den aktienrechtlichen Vorschriften unterworfen, kann somit insbesondere nicht unter Hinweis auf landesrechtliche Haushalts- oder kommunalrechtliche Ingerenzvorschriften besondere Eingriffsrechte für sich in Anspruch nehmen oder Freistellung von gesellschaftsrechtlichen Bindungen beanspruchen. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass die von der öffentlichen Hand beherrschten Unternehmen in gleicher Weise wie die staatliche Gewalt selbst

⁷⁷ So wörtlich auch schon *Bayer*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 39; in diesem Sinne auch *Krieger*, in: MünchHdbAG (Fn. 75), § 69 Rn. 12; vgl. ähnlich auch *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter (Fn. 22), § 15 Rn. 69 f.

⁷⁸ *Raiser*, ZGR 1996, 458, 465.

⁷⁹ BGHZ 69, 334, 338 ff.; BGHZ 135, 107.

⁸⁰ So bereits *R. Fischer*, AG 1982, 85, 90 ff.

⁸¹ Siehe zu § 7d FMStBG v. 18.10.2008 nur ZIP 2014, 322 („Commerzbank“); zustimmend *J. Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter (Fn. 22), § 311 Rn. 39.

⁸² *Bayer*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 42; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 75), § 15 Rn. 31; *Hüffler/Koch*, AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 13; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG (Fn. 58), § 15 Rn. 74 ff.; *Windbichler*, in: Großkomm AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 28; *R. Schmidt*, ZGR 1996, 345, 354; ausf. auch *Harbarth*, Anlegerschutz im öffentlichen Unternehmen, 1998, S. 102 ff.; vgl. weiter *C. Schulte*, Die Haftung im gemeindlichen Konzern, 2003, S. 104 ff.; abw. allerdings v. *Danwitz*, AöR 120 (1995) 596, 609 ff.; *P. M. Huber*, FS Badura, 2004, S. 897, 906; speziell im Hinblick auf die Unternehmensmitbestimmung auch *Ossenbühl*, ZGR 1996, 504, 511 ff.; vgl. teilw. abw. auch *P. M. Huber/Fröhlich*, in: Großkomm AktG, 4. Aufl., 2014, Vor §§ 394, 395 Rn. 23 (Sicherung des Vorrangs der Verfassung mittels verfassungskonformer Auslegung des Gesellschaftsrechts, ggf. auch Modifikation der gesellschaftsrechtlichen Pflichtenbindung der Aufsichtsratsmitglieder im Interesse des Demokratieprinzips).

⁸³ So wörtlich auch *Schiessl*, ZGR 1998, 871, 878.

⁸⁴ Wie hier explizit auch *Windbichler*, in: Großkomm AktG (Fn. 22), § 15 Rn. 28.

der Grundrechtsbindung unterliegen.⁸⁵ Denn der Bundesgesetzgeber hat von seiner konkurrierenden Zuständigkeit für das Gesellschaftsrecht (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) umfassend Gebrauch gemacht,⁸⁶ so dass insoweit gem. Art. 72 Abs. 1 GG eine Zuständigkeit der jeweiligen Landesgesetzgeber nicht in Betracht und im Übrigen durch den Vorrang des Bundesrechts gem. Art. 31 GG auch nicht zum Zuge kommt.

Dieser Auffassung steht auch die aktuelle Entscheidung des BVerfG vom 7.11.2017⁸⁷ nicht entgegen.⁸⁸ Vielmehr wird hier die seit der Fraport-Entscheidung⁸⁹ feststehende Grundrechtsbindung jedes vom Staat beherrschten privatrechtlich organisierten Unternehmens nochmals bekräftigt,⁹⁰ im Übrigen das Informationsrecht der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 und Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG dadurch gestärkt, dass die DB AG in den Verantwortungsbereich der Bundesregierung einbezogen und dadurch in den demokratisch legitimierten Kontrollbereich des Parlaments einbezogen wird.⁹¹ Es wird hingegen keineswegs eine durchgreifende Korrektur der auf die DB AG anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Vorschriften angestrebt, vielmehr allein festgestellt, dass die Bundesregierung verpflichtet sei, „die ihr zur Verfügung stehenden rechtlichen und faktischen Einwirkungsrechte“ zu nutzen, um die erfragten Informationen zu beschaffen.⁹² Diese Problematik stellt sich indes auch außerhalb verfassungsrechtlicher Fragestellungen, so etwa im Kontext konzernrechtlicher Compliance-Verantwortung der Konzernspitze.⁹³ Die Problematik der neuesten BVerfG-Rechtsprechung dürfte vorrangig darin zu sehen sein, dass der Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen in staatlich kontrollierten Unternehmen im Interesse demokratischer Kontrolle weniger stark ausgeprägt ist als in nicht staatlich kontrollierten Unternehmen. Diese Lockerung ist allerdings bereits im System der §§ 394, 395 AktG angelegt.⁹⁴

⁸⁵ Siehe nur BVerfGE 128, 226 Rn. 49 ff. („Fraport“); GRUR 2012, 728 („Deutsche Post AG“) (i. E. aber Beherrschung abgelehnt).

⁸⁶ So auch BVerfGE 98, 145, 157 – Inkompatibilität (Vorstandstätigkeit).

⁸⁷ BVerfG NVwZ 2018, 51 m. Anm. *Poschmann*, NVwZ 2018, 71 („Abgeordneten-Auskunftsrecht“); ausf. *Burgi*, NVwZ 2018, 601 ff.

⁸⁸ In diese Richtung wohl auch *Hommelhoff*, ZHR 182 (2018), 296 ff.

⁸⁹ BVerfGE 128, 226, 244 ff. („Fraport“).

⁹⁰ Zum bisherigen Meinungsstreit speziell im Hinblick auf die DB AG: *Burgi*, NVwZ 2018, 601, 602 m. w. N.

⁹¹ BVerfG NVwZ 2018, 51 Rn. 216 ff.; nähere Analyse bei *Burgi*, NVwZ 2018, 601 ff.

⁹² So BVerfG NVwZ 2018, 51 Rn. 304. Siehe zu den Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes aber auch BGHSt 49, 214, 224 ff.

⁹³ Dazu nur aus jüngerer Zeit *Poelzig*, in: VGR Bd. 23 (2017), S. 83 ff. m. w. N.

⁹⁴ Näher *Schmolke* in diesem Band S. 75 ff.

III. Folgerungen

1. Barabfindungsangebot

Anwendbar sind – wie im Falle VEBA/Gelsenberg demonstriert – alle Vorschriften, die im Falle einer abhängigen Gesellschaft statt einer Aktienabfindung wahlweise auch eine Barabfindung fordern.

2. Anwendung der §§ 311, 317 AktG (Nachteilsausgleich bzw. Haftung)

In Übereinstimmung mit dem BGH⁹⁵ sind anwendbar auch die Vorschriften über den Nachteilsausgleich (§ 311 AktG) und die Haftung bei dessen Unterlassung (§ 317 AktG).⁹⁶

Allerdings ist hier darauf zu achten, dass nur eine gesellschaftsrechtlich vermittelte Veranlassung tatbestandsmäßig ist,⁹⁷ d. h. in unserem Kontext nur bei Veranlassung durch die beteiligungsverwaltende oder eine ihr nachgeordnete Stelle des Hoheitsträgers⁹⁸ und nicht aufgrund hoheitlicher Akte⁹⁹ (Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt). Auch allgemeine Appelle der öffentlichen Hand im Sinne eines gemeinwohlorientierten Handelns dürften keine Veranlassung i. S. v. § 311 AktG sein,¹⁰⁰ führen aber jedenfalls nicht zur Anwendung der Vorschrift, da Nachteile, die hierauf beruhen, auch von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern hinzunehmen sind.¹⁰¹

Beispiel: Der Hamburger Senat verweigerte einem abhängigen Verkehrsunternehmen eine Tarifierhöhung und verpflichtete sich stattdessen zum Ausgleich der dadurch entstandenen Verluste.¹⁰²

Neben der Haftung gem. § 317 Abs. 1 AktG spielt die persönliche Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens gem. § 317 Abs. 3 AktG in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle. Weitgehende Einigkeit scheint zu bestehen, dass diese gesamtschuldnerische Mithaftungsregelung *für Organe*

⁹⁵ BGHZ 175, 365 („UMTS“) und BGHZ 190, 7 („Telekom 3. Börsengang“).

⁹⁶ So auch *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 75), § 15 Rn. 37; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 75), § 311 Rn. 13; *J. Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter* (Fn. 22), § 311 Rn. 12, 39; *Altmeyen*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 22), § 311 Rn. 60.

⁹⁷ *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 75), § 311 Rn. 22.

⁹⁸ So *Altmeyen*, in: *MünchKommAktG* (Fn. 22), § 311 Rn. 140; *J. Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter* (Fn. 22), § 311 Rn. 39; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm AktG* (Fn. 58), § 311 Rn. 18 m. w. N.

⁹⁹ Wohl unstreitig: *Altmeyen*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 22), § 311 Rn. 136; *J. Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter* (Fn. 22), § 311 Rn. 39; *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 75), § 311 Rn. 22; *Krieger*, in: *MünchHdbAG* (Fn. 75), § 70 Rn. 77 a. E.

¹⁰⁰ So auch *Kropff*, in: *MünchKomm AktG*, 2. Aufl., 2000, § 311 Rn. 127; anders aber *Altmeyen*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 22), § 311 Rn. 138.

¹⁰¹ So auch *Altmeyen*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 22), § 311 Rn. 138 (teleologische Reduktion).

¹⁰² Nach *Emmerich* (Fn. 28), S. 225.

von Gebietskörperschaften nicht in Betracht kommt, sondern durch die Sonder Vorschriften des Staatshaftungsrechts verdrängt wird.¹⁰³

3. Abhängigkeitsbericht (§ 312 AktG)

Wie im VW-Fall vom BGH¹⁰⁴ zutreffend entschieden, ist auch bei Abhängigkeit von einer Gebietskörperschaft ein Abhängigkeitsbericht gem. § 312 AktG zu erstatten.¹⁰⁵

Allerdings sind insoweit nach übereinstimmender Auffassung gewisse *Modifikationen* erforderlich.¹⁰⁶ So macht es etwa wenig Sinn – nach einem Beispiel von *Schiessl* –, „wenn in dem Abhängigkeitsbericht eines von der Bundesrepublik Deutschland mehrheitlich kontrollierten Industrieunternehmens umfassend dessen Vereinbarungen über Telekommunikationsdienstleistungen mit der Deutsche Telekom AG dargestellt werden“.¹⁰⁷ Durch eine solche Berichterstattung wird – so *Schiessl* weiter – „eher das Gegenteil des Gesetzeszweckes erreicht: Durch die Informationsfülle besteht die Gefahr, daß der Blick von Aufsichtsrat und Abschlußprüfer für das Wesentliche verstellt wird“.¹⁰⁸

Im Beispielsfall sollte es daher ausreichen, wenn über die Beziehungen zwischen dem vom Bund beherrschten Industrieunternehmen und der Telekom in groben Zügen berichtet wird, etwa mit dem Hinweis auf das Geschäftsvolumen und der Erklärung, dass auch die Angebote von Wettbewerbern geprüft wurden und die Beteiligung des Bundes keinen Einfluss auf die Vertragskonditionen gehabt hat. Der Abhängigkeitsbericht zielt in eine andere Richtung, so wenn etwa im Fall VW die Staatsbeteiligung dazu geführt hat, dass Produktionsverlagerungen nicht erfolgt sind oder eine Tochtergesellschaft nicht an den vom Vorstand favorisierten Interessenten veräußert wurde, der den höchsten Kaufpreis geboten hatte.¹⁰⁹ Mit *Altmeyen* lässt sich vielleicht folgende Maxime formulieren: Soweit aus den Gesamtumständen auszuschließen ist, dass die für die Beteiligungsverwaltung zuständige Stelle zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft Einfluss nehmen konnte, sollte sich auch die Berichtspflicht erübrigen.¹¹⁰

Sofern die Voraussetzungen des § 315 AktG vorliegen, wird man auch – entgegen *Mertens*¹¹¹ – eine Sonderprüfung über die Rechtsbeziehungen zwischen der abhängigen Gesellschaft und der herrschenden Gebietskörperschaft anordnen können.

¹⁰³ So bereits *Hohrmann* (Fn. 29), S. 107 ff.; ebenso *Altmeyen*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 317 Rn. 100; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG (Fn. 58), § 317 Rn. 46 und § 15 Rn. 83 m. w. N.

¹⁰⁴ BGHZ 135, 107 („VW“).

¹⁰⁵ So auch *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 75), § 15 Rn. 37.

¹⁰⁶ Näher *Altmeyen*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 312 Rn. 123 ff.; *J. Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter, AktG* (Fn. 22), § 312 Rn. 46.

¹⁰⁷ So wörtlich *Schiessl*, ZGR 1998, 871, 879.

¹⁰⁸ *Schiessl*, ZGR 1998, 871, 879.

¹⁰⁹ Siehe nur *Schiessl*, ZGR 1998, 871, 880 f.

¹¹⁰ So nahezu wörtlich *Altmeyen*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 312 Rn. 124.

¹¹¹ *Mertens*, AG 1996, 241, 242.

4. Abschluss Beherrschungsvertrag gem. §§ 291 ff. AktG

Gegenüber einer abhängigen AG hat das herrschende Unternehmen – anders als im Falle einer abhängigen GmbH¹¹² – kein „Durchgriffsrecht“ (vgl. § 76 AktG). Daher kann auch die öffentliche Hand dem Vorstand einer abhängigen AG keine Weisungen erteilen.¹¹³ Daher stellt sich die Frage, ob Gebietskörperschaften auch Beherrschungsverträge gem. §§ 291 ff. AktG abschließen können. Diese Frage ist entgegen früheren Bedenken zu bejahen.¹¹⁴ Allerdings ist stets zu prüfen, inwieweit öffentlich-rechtliche Beschränkungen entgegenstehen. Vielfach wird hier in der Praxis eine Holding zwischengeschaltet.¹¹⁵

Der Auffassung, wonach das Weisungsrecht gem. § 308 AktG gegenüber der beherrschten Gesellschaft nicht ausgeübt werden dürfe, wenn die öffentliche Hand ein *politisches Interesse* geltend mache,¹¹⁶ möchte ich mich nicht anschließen: Wenn die öffentliche Hand seit VW gerade deshalb als Unternehmen im Sinne des Konzernrechts qualifiziert wird, weil sie mit ihrer Beteiligung regelmäßig politische Interessen verfolgt, dann darf dies nicht nur zur Anwendung von konzernrechtlichen Schutzvorschriften *zu Lasten* der öffentlichen Hand gehen, sondern muss ihr zum Preis der Verlustübernahme (vgl. § 302 AktG) auch das Recht geben, entsprechende Weisungen durchzusetzen. Dies entspricht auch dem Standpunkt der h. M.¹¹⁷

5. Mitteilungspflichten

Während die Mitteilungspflichten nach *WpHG* für börsennotierte Gesellschaften jeden Aktionär treffen,¹¹⁸ sind Adressaten der Mitteilungspflichten gem. §§ 20 ff. *AktG* nur Unternehmer-Aktionäre.¹¹⁹

¹¹² Zum Durchgriff qua Weisung der Gesellschafterversammlung auf die Geschäftsführung der GmbH nur *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 19. Aufl., 2016, § 46 Rn. 1; *Kleindiek*, ebd. § 37 Rn. 17 ff. m. w. N.

¹¹³ So zutreffend jüngst *Hommelhoff*, ZHR 182 (2018), 296, 313 (betr. Bund gegenüber DB AG).

¹¹⁴ Richtig *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 75), § 15 Rn. 35; *Kiefer/Schürnbrand*, AG 2013, 789 ff. m. w. N.; im Ergebnis auch *K. Schmidt*, FS Koppensteiner, 2001, S. 191 ff. und *ders.*, GesR (Fn. 65), § 31 II 1 d); zust. *Krieger*, in: *MünchHdbAG* (Fn. 75), § 69 Rn. 12. Zu Einzelheiten *Ehinger*, Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts als herrschende Unternehmen, 2000, S. 90 ff. Abw. allerdings *Parmentier* (Fn. 75), S. 179 ff.

¹¹⁵ Näher *Kiefer/Schürnbrand*, AG 2013, 789, 791 f.

¹¹⁶ So etwa *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 75), § 308 Rn. 50; *Langenbucher*, in: *K. Schmidt/Lutter* (Fn. 22), § 308 Rn. 30; *Krieger*, in: *MünchHdbAG* (Fn. 75), § 71 Rn. 153.

¹¹⁷ *Altmeppen*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 22), § 308 Rn. 111 ff.; *Hirte*, in: *Großkomm AktG*, 4. Aufl., 2005, § 308 Rn. 51; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm AktG* (Fn. 34), § 308 Rn. 41; *Veil*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 75), § 308 Rn. 28a; *Hüffer/Koch*, *AktG* (Fn. 22), § 308 Rn. 18; ausf. *Kiefer/Schürnbrand*, AG 2013, 789, 793.

¹¹⁸ Näher *Bayer*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 22), Anh. § 22, § 33 *WpHG* Rz. 3 m. w. N. (unstreitig).

¹¹⁹ Einzelheiten bei *Bayer*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 22), § 15 Rn. 12 ff., 15 ff. m. w. N.

Nach ganz h. L. sind *auch Gebietskörperschaften* mitteilungsspflichtig,¹²⁰ sobald die Schwellenwerte überschritten sind. Die unter Hinweis auf eine vor VEBA/Gelsenberg publizierte Literaturmeinung ohne nähere Begründung geäußerten Zweifel des Kammergerichts aus dem Jahre 1996,¹²¹ ob der Freistaat Bayern als Unternehmen i. S. d. Aktiengesetzes zu qualifizieren sei,¹²² wirken auch heute noch geradezu anachronistisch.

6. Konzernvermutung?

Ein Konzern i. S. v. § 18 AktG liegt vor, wenn die Konzernunternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG wird vermutet, dass ein abhängiges Unternehmen mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Hieraus wird teilweise gefolgert, dass ein „Bundeskonzern“ besteht mit der Bundesrepublik als Konzernspitze.¹²³

Der Bund selbst hält diese Vermutung indes für widerlegt, da die Bundesbeteiligungen den Verantwortungsbereichen unterschiedlicher Fachministerien zugeordnet sind. So heißt es etwa im Beteiligungsbericht 2007: „Die Beteiligungsführung des Bundes ist dezentral organisiert und wird aufgabenbezogen von den Fachressorts wahrgenommen“. Explizit wird in einer Stellungnahme des BMF¹²⁴ festgehalten, dass „weder vom Tatbestand her (keine ‚Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung‘) noch nach dem Sinn und Zweck des Konzernbegriffs der Bund und die von ihm abhängigen Unternehmen als ‚Konzern‘ anzusehen“ seien.¹²⁵

Im aktuellen Schrifttum widerspricht allein *Emmerich* dieser Sichtweise,¹²⁶ doch wird die Problematik im Übrigen kaum noch diskutiert.¹²⁷ Richtig dürfte wohl sein, dass es einen einheitlichen Bundeskonzern nicht gibt. Das Gleiche dürfte auch für die Bundesländer gelten. Dagegen scheint mir das Vorliegen verschiedener *Teilkonzerne*, die vom Bund bzw. den Ländern über verschiedene beteiligungsverwaltende Stellen geleitet werden, konstruktiv durchaus möglich, doch in praxi auch insoweit empirisch widerlegt und auch in der Sache nicht angemessen.¹²⁸

¹²⁰ *Bayer*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 20 Rn. 6; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 75), § 20 Rn. 13a; *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG (Fn. 58), § 20 Rn. 31.

¹²¹ KG AG 1996, 421 („VIAG“); dazu kritisch *Dreher*, EWIR 1996, 721.

¹²² KG AG 1996, 421, 423 unter Bezugnahme auf *Geßler*, in: G/H/E/K, AktG (Fn. 29), § 15 Rn. 53 ff.

¹²³ So LG Köln NJW 1976, 2167; ebenso *Kütting*, DB 1976, 2447, 2450; *Ellerich/Kütting*, DB 1980, 1973 ff.

¹²⁴ Az VIII A 1 – FB 0200 – 33/79 vom 10.8.1979.

¹²⁵ In diese Richtung argumentierend insbesondere auch *Kropff*, ZHR 144 (1980), 74, 80 ff.

¹²⁶ *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 75), § 15 Rn. 38.

¹²⁷ Unentschieden *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG (Fn. 58), § 15 Rn. 83.

¹²⁸ Ablehnend für NRW auch (betr. kartellrechtlichen Konzernbegriff) KG v. 11.1.1993 – Kart 25/92, WuW/E OLG 5151, 5163 (Horten/TUI); WestLB und Provinzial Münster und Pro-

Zu einem anderen Ergebnis mag man bei *kommunal beherrschten Unternehmen* kommen, wie bereits der Begriff des „Stadtwerke-Konzerns“ nahelegt. Hier dürfte die Zusammenfassung verschiedener abhängiger kommunaler Gesellschaften unter einer einheitlichen Leitung durchaus zutreffen. In diesem Sinne hat etwa auch das BAG im Falle des (öffentlich-rechtlichen) Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf entschieden.¹²⁹

7. Konzernrechnungslegung

Lehnt man – so jedenfalls für den Bund und die Länder – ein Konzernverhältnis ab, so stellt sich von vornherein die Frage nach einer Konzernbilanz nicht. Im älteren Schrifttum sowie in der Rechtsprechung wird indes teilweise angenommen, dass sämtliche Gebietskörperschaften mit ihren Beteiligungsunternehmen „große öffentliche Konzerne“ bilden, woraus eine Verpflichtung zur Konzernrechnungslegung nach den §§ 290 ff. HGB folge.¹³⁰

Da die §§ 290 ff. HGB nur die Konzernrechnungslegung für Kapitalgesellschaften als Konzernspitze anordnen,¹³¹ wäre eine Erstreckung auf die öffentliche Hand nur vermittelt durch §§ 11 ff. PublG möglich.¹³² Doch existieren für die Rechnungslegung der öffentlichen Hand Sondervorschriften: Mit Einführung der kommunalen und staatlichen Doppik wurde auch die Aufstellung von konsolidierten Gesamtabschlüssen der öffentlichen Hand angeordnet, wobei insbesondere die Grundsätze der Vollkonsolidierung gem. §§ 300 ff. HGB zur Anwendung kommen sollen.¹³³ Allerdings gelten für die Konzernrechnungslegung der öffentlichen Hand zahlreiche Besonderheiten, auf die in diesem Beitrag nicht näher eingegangen werden kann.¹³⁴ Im Ergebnis zielen die internationalen und nationalen Regelungen zur privatwirtschaftlichen Rechnungslegung auch für den öffentlichen Sektor¹³⁵ darauf, einen vollständigen Überblick über die wirtschaftliche Lage der jeweiligen Gebietskörperschaft zu erlangen.¹³⁶ Diese Zielsetzung hat indes wenig mit der schutzzweckorientierten Konzeption des Konzernrechts i. S. d. VEBA-Gelsenberg- und VW-Entscheidung des BGH zu tun.

vinzial Düsseldorf sind nicht bereits ein Konzern, weil Vertreter der identischen Gewährträger in den Unternehmensorganen vertreten sind; dagegen allerdings *Emmerich*, AG 1994, 477, 480 f.

¹²⁹ AG 2011, 382: UKE und Tochtergesellschaften bilden Konzern i. S. d. BetrVG.

¹³⁰ So LG Köln NJW 1976, 2167; ebenso *Kütting*, DB 1976, 2447, 2450; aktuell auch *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 75), § 15 Rn. 38 m. w. N. aus dem älteren Schrifttum.

¹³¹ Für alle: *Merkt*, in: *Baumbach/Hopt HGB*, 38. Aufl., 2018, § 290 Rn. 1.

¹³² Näher *Kindler*, in: *Staub, HGB*, 5. Aufl., 2011, § 290 Rn. 16.

¹³³ Siehe nur *Müller-Marqués Berger/Wirtz*, WPg 2012, 1025 ff.

¹³⁴ Einzelheiten bei *Müller-Marqués Berger/Wirtz*, WPg 2012, 1025 ff. m. w. N.; zum kommunalen Gesamtabschluss auch: *Müller-Marqués Berger/Krebs* (Hrsg.), *Der kommunale Gesamtabchluss*, 2010.

¹³⁵ Zu den rechtlichen Grundlagen näher *Heiling/Wirtz*, in: *Müller-Marqués Berger/Krebs* (Hrsg.) (Fn. 134), S. 13 ff.

¹³⁶ Zur Konzernrechnungslegung der öffentlichen Hand auch *Müller-Marqués Berger/Braun*, WPg 2014, 200 ff.

8. Konzernleitung/Konzernüberwachung?

Bereits aktienrechtlich besteht nach h. M. keine Pflicht zur Konzernleitung.¹³⁷ Doch sind die Geschäftsführungsorgane des herrschenden Unternehmens ihrer eigenen Gesellschaft gegenüber gem. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG zur gewissenhaften Ausübung der Beteiligungsrechte verpflichtet.¹³⁸ Diese Pflicht kann sich zur Einführung eines konzernweiten Überwachungssystems verdichten,¹³⁹ so dass etwa auch Rechtsverstöße durch abhängige Gesellschaften verhindert werden können.¹⁴⁰

Adressaten dieser konzerndimensionalen Sorgfaltspflichten sind indes nur die *gesetzlichen Organe von privaten herrschenden Unternehmen*,¹⁴¹ hingegen nicht die beteiligungsverwaltenden Stellen des Staates: Letztere unterliegen allein öffentlich-rechtlichen Bindungen. Allein in den Aufsichtsrat von abhängigen Gesellschaften entsandte Aufsichtsratsmitglieder des Staates sind dem gesellschaftsrechtlichen Pflichtenregime unterworfen und können somit im Falle von Pflichtverstößen auch gem. §§ 116, 93 AktG haftbar gemacht werden.¹⁴² Denn unbestritten sind Aufsichtsratsmitglieder ungeachtet ihrer Herkunft – also beispielsweise etwa auch Minister oder Staatssekretäre – stets allein dem Interesse des von ihnen überwachten Unternehmens verpflichtet, so dass sie sich bei einem Zuwiderhandeln nicht nur haftbar machen können, sondern auch eine Abberufung aus wichtigem Grund in Betracht kommt.¹⁴³

IV. Zusammenfassung

Halten wir somit fest: Der BGH hat mit dem VEBA-Gelsenberg-Urteil die Weichen richtig gestellt. Gegenüber der von *Zöllner* erwogenen analogen Anwendung einzelner Vorschriften¹⁴⁴ erscheint es methodisch vorzugswürdiger, den Anwendungsbereich des Konzernrechts für die öffentliche Hand *generell zu öffnen*

¹³⁷ Siehe nur *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 75), § 311 Rn. 11 m. w. N.

¹³⁸ Zur Problematik jüngst *Poelzig*, in: VGR Bd. 23 (2017) S. 83, 99 ff. Zu deliktsrechtlichen Verkehrs- und Organisationspflichten jüngst *Habersack/Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252 ff. m. w. N.

¹³⁹ Siehe nur *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 75), § 311 Rn. 11 m. w. N.

¹⁴⁰ Auch hierzu nur *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 75), 311 Rn. 87 m. w. N.

¹⁴¹ Zusammenfassend zur Haftung von Organmitgliedern bei öffentlichen Unternehmen etwa *Kersting*, in: Krieger/Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl., 2017, § 13.

¹⁴² Zur Verantwortlichkeit von AR-Mitgliedern für Compliance-Verstöße nur *Habersack*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), § 111 Rn. 52 ff. m. w. N.

¹⁴³ Siehe nur OLG Hamburg AG 1990, 218 („HEW/Jansen“) (Abberufung des in den Aufsichtsrat entsandten Umweltministers von Schleswig-Holstein wegen dessen politischer Forderung nach einem Ausstieg aus der Kernenergie); ebenso bereits die Vorinstanz LG Hamburg ZIP 1990, 102 m. zust. Anm. *Hirte*, EWIR 1990, 115; dazu ausf. *Martens*, FS Kellermann, 1991, S. 271 ff.; *Decher*, ZIP 1990, 277 ff.

¹⁴⁴ So *Zöllner*, ZGR 1976, 1, 28 f.

und dann *im Einzelfall* im Wege einer *teleologischen Reduktion* der jeweiligen konkreten Norm zu prüfen mit dem möglichen Ergebnis, dass insoweit keine oder nur eine modifizierte Anwendung in Betracht kommt.¹⁴⁵ Zum einen kann den Besonderheiten der öffentlichen Hand auf diese Weise Rechnung getragen werden, zum anderen wird aber die Erstreckung des Konzernrechts auf staatliche Beteiligungen grundsätzlich vermutet, was in der Sache auch gerechtfertigt ist.¹⁴⁶ Denn entgegen der früher vorherrschenden Auffassung sind die Kernstücke des Konzernrechts durchaus geeignet, den Konflikt zwischen politischen Zielvorgaben und den schutzwürdigen Interessen von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern zu bewältigen. Dies gilt umso mehr, als auch – wie bereits ausgeführt wurde – der Fortentwicklung der Rechtsprechung durch den VW-Beschluss Beifall zu zollen ist.

Auch im konkreten Ergebnis finden alle hier vorgestellten BGH-Entscheidungen uneingeschränkte Zustimmung: So ist die Zuerkennung einer Barabfindung im Falle VEBA/Gelsenberg genauso zutreffend wie die Zurechnung der Finanzierungsverantwortung der Hamburger Landesbank auf die Stadt Hamburg. Und für den Zeitraum, in dem VW vom Land Niedersachsen qua faktischer Hauptversammlungsmehrheit beherrscht wurde, war auch die Aufstellung eines modifizierten Abhängigkeitsberichts durchaus zutreffend.

Im Ergebnis richtig entschieden wurden auch der UMTS- und der Telekom-Fall: Mögen auch die von der abhängigen Deutschen Telekom AG zu „exorbitanten“ Preisen vom Bund ersteigerten UMTS-Lizenzen zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen geführt haben, so haftet doch auch bei unterstellter Veranlassung i. S. v. § 311 AktG der Bund als herrschendes Unternehmen dann nicht gem. § 317 Abs. 2 AktG, wenn auch ein ordentlicher Geschäftsleiter einer nicht abhängigen Gesellschaft unter sonst gleichen Bedingungen das Rechtsgeschäft ebenso vorgenommen hätte – einen solchen Sachverhalt hatte das Berufungsgericht mit vertretbarer Begründung angenommen und der BGH hat dies zu Recht gebilligt.¹⁴⁷ Und zutreffend hat der BGH im Fall Telekom/3. Börsengang angenommen, dass die Übernahme des Prospekthaftungsrisikos der Emittentin Deutsche Telekom für eine Aktienplatzierung durch ihren Großaktionär KfW mangels angemessener Gegenleistung eine unzulässige Einlagerückgewähr gem. § 57 AktG darstellt, so dass im Falle einer Veranlassung i. S. v. § 311 AktG auch eine Haftung des herrschenden Unternehmens gem. § 317 Abs. 1 AktG begründet wäre.

Mein Fazit lautet daher: Der Schutzzweck der konzernrechtlichen Vorschriften des Aktiengesetzes lässt sich somit auch im Hinblick auf den Staat als herrschenden Aktionär erreichen. Einer denkbaren Konzernvermutung kommt insoweit keine weitere Bedeutung zu. Die Anwendung handelsrechtlicher (Konzern-) Rechnungslegungsvorschriften auf die öffentliche Hand erfolgt aufgrund speziel-

¹⁴⁵ So nunmehr auch *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG (Fn. 58), § 15 Rn. 84.

¹⁴⁶ Ebenso *Koppensteiner*, in: KölnKomm AktG (Fn. 58), § 15 Rn. 84.

¹⁴⁷ So auch *Fleischer*, NZG 2008, 371 ff.; i. E. auch *Altmeyden*, NJW 2008, 1553 ff. (allerdings kartellrechtliche Haftung des Bundes naheliegend).

ler Vorschriften mit teilweise abweichender Zielsetzung. Eine aktienrechtliche Pflicht zur Konzernleitung lässt sich für die beteiligungsverwaltenden Stellen des Staates nicht begründen. Deren Pflichtenstellung ist vielmehr im öffentlichen Recht begründet. Allein die in den Aufsichtsrat entsandten Staatsvertreter unterliegen im Rahmen ihrer Aufsichtsratsverantwortung dem gesellschaftsrechtlichen Pflichtenregime.

Staatsbeteiligungen und ausgewählte Verantwortlichkeiten

*Peter V. Kunz**

I.	Wirtschaftsaktivitäten des Staates	127
1.	Marktwirtschaft	127
2.	Wettbewerbsverzerrungen	128
II.	Beteiligungsformen	130
1.	Staat und „reguläre“ AG	130
2.	Gemischtwirtschaftliche AG	131
a)	Grundlagen	131
b)	Sonderrechtsstellung	132
3.	Spezialgesetzliche AG	133
a)	Bundesebene	133
b)	Kantonale Ebene	134
4.	Weitere öffentliche Unternehmen	135
III.	Verantwortlichkeiten	136
1.	Rechtsgrundlage(n) und Haftung(en)	136
2.	Passivlegitimation	137
a)	Staat	137
b)	VR-Mitglieder	139

I. Wirtschaftsaktivitäten des Staates

I. Marktwirtschaft

Staatliche Wirtschaftsaktivitäten stellen ein bedeutendes wirtschaftsrechtliches Thema dar. Die Schweiz ist heute (und war früher) keine Staats- und Planwirtschaft, sondern seit jeher eine *Marktwirtschaft* mit einer *liberalen Wirtschaftsordnung*, die beispielsweise das Eigentum garantiert (Art. 26 BV) sowie die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sicherstellt.¹ M. E. hat der Staat² eine bundesverfassungsrechtlich abgestützte Nichtinterventionsobliegenheit. Das schweizerische Grundmodell lautet *Laisser-faire*.

* Die Erstpublikation erfolgte in GesKR 2018, S. 156 ff. (das Manuskript wurde im März 2018 abgeschlossen).

¹ Zur Ausgangslage: *Kunz*, Jusletter vom 21.11.2016, Rn. 1 ff. m. w. H.

² Gemeint sind Körperschaften des öffentlichen Rechts (Bund, Kantone, Gemeinden etc.).

Der Staat kann bzw. muss sogar nur, aber immerhin, *hoheitlich intervenieren*, wenn es um ausgewiesene *öffentliche Interessen* geht, nämlich – als Beispiele – aus Überlegungen zum Schutz von Schwächeren (Konsumenten, Arbeitnehmer etc.) oder zur Sicherstellung unerlässlicher Rechtsgüter (z. B. Versorgungssicherheit oder „Service public“). Regulatorisch stehen in diesem Zusammenhang – statt *Laisser-faire* – einerseits *Verbote* und andererseits *Aufsichten* im Vordergrund; dieses „Dreieck hoheitlicher Interventionsalternativen“ erscheint besonders auffällig im Bereich des Finanzmarktrechts.³

M. E. müssen in einer liberalen Marktwirtschaft (etwa in der Schweiz) außerdem staatliche Wirtschaftstätigkeiten *in Konkurrenz zu Privaten ausgeschlossen* sein,⁴ oder m. a. W. besteht geradezu eine staatliche Wirtschaftsinaktivitätsobliegenheit. Immerhin zur *Sicherstellung unerlässlicher Rechtsgüter* darf sich der Staat in die (Privat-)Wirtschaft „einmischen“, wobei primär zwei Mechanismen zur Verfügung stehen: *Staatsgarantien* sowie *Staatsbeteiligungen*, wobei Wettbewerbsverzerrungen in beiden Fällen drohen.

Das *Erfordernis staatlicher „Zurückhaltung“* im Wirtschaftsbereich (insbesondere die Nichtinterventionsobliegenheit sowie die Wirtschaftsinaktivitätsobliegenheit) beruht nicht nur auf der liberalen Wirtschaftsordnung, sondern auch auf dem *Verhältnismässigkeitsprinzip*: „Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein“ (Art. 5 Abs. 2 BV). Dabei handelt es sich um ein Rechtsstaatsprinzip, das bei jedem staatlichen Handeln⁵ (etwa bei Rechtssetzungen) berücksichtigt werden muss.⁶

2. Wettbewerbsverzerrungen

In einer liberalen Marktwirtschaft ist rechtspolitisch sicherzustellen, dass es trotz allfälliger hoheitlicher Interventionen (z. B. Staatsgarantien oder Staatsbeteiligungen an Unternehmungen) möglichst zu *keinen Wettbewerbsverzerrungen* kommt. Im Zusammenhang mit „Staatsunternehmen“ bzw. „Staatsbetrieben“ oder mit staatlichen Beteiligungen werden immer wieder höchst emotionale, *politische*

³ Generell: Kunz, Finanzmarktregulierung, Basel 2016, S. 99 ff.

⁴ Hinweise: Vogel, Der Staat als Marktteilnehmer – Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich 2000, S. 273 ff. (Fazit).

⁵ Betroffen sind m. a. W. sämtliche Staatsfunktionen: Müller, Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013, S. 47 ff.

⁶ Im Bericht vom 8.12.2017, „Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.09.2015“, wird sogar explizit darauf hingewiesen, S. 3 f.; die Verhältnismässigkeit stellt außerdem eine Voraussetzung der Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen dar: „Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein“ (Art. 36 Abs. 3 BV).

Privatisierungsdiskussionen geführt. Diverse parlamentarische Vorstöße beschäftigen sich mit entsprechenden Wettbewerbsverzerrungen.⁷

Im Jahr 2017 publizierte der Bundesrat (BR) einen Bericht betreffend „Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte“,⁸ die Existenz von Staatsbeteiligungen an Unternehmungen – v. a. an *Infrastrukturunternehmen* – wurde im Bericht „als gegeben“ angesehen und nicht in Frage gestellt.⁹ Unbesehen dessen wurde festgehalten: „Zumindest aus volkswirtschaftlicher Sicht, ist es *nicht zwingend optimal*, dass der *Staat selbst* Unternehmen besitzt und führt. Wenn er bestimmte Ziele verfolgt, kann er diese, jedenfalls aus theoretischer Sicht, stets auch durch eine gezielte Regulierungstätigkeit erreichen, ohne das gesamte Aktienkapital eines Unternehmens oder Anteile an Unternehmen zu besitzen [...]“.¹⁰

Zahlreiche Unternehmungen, die in Konkurrenz mit privaten Gesellschaften stehen, befinden sich heute nach wie vor in Staatsbesitz.¹¹ Auf Bundesebene stehen Post, Swisscom¹², SBB und RUAG im Vordergrund, doch auch die 26 Kantone halten ca. 800 Beteiligungen an mehr als 500 Unternehmungen.¹³ M. E. scheinen solche Staatsbeteiligungen, im Großen und Ganzen, durchaus *im Einklang* mit dem Volksempfinden zu stehen.¹⁴

Mit direkten oder mit indirekten *Staatsgarantien* kann der wirtschaftliche Untergang bzw. der Konkurs volkswirtschaftlich zentraler Unternehmungen verhindert werden, was insbesondere in der Finanzbranche bedeutsam erscheint.¹⁵ Hin-

⁷ Beispiele: Postulat 12.4172 (Für eine freie Wirtschaftsordnung. Gegen Wettbewerbsverzerrung durch Staatsunternehmen) von *NR A. Caroni*, Postulat 15.3880 (Konkurrenz der Staat die Wirtschaft? Übersicht tut not) von *NR P. Schilliger*; diese beiden Vorstöße führen zum Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), passim.

⁸ Vgl. Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), passim.

⁹ Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 3.

¹⁰ Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 4 f. (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹¹ Die Gründe sind in aller Regel historisch erklärbar; Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 3: „Der Staatsbesitz an Infrastrukturunternehmen ist oft historisch mit der Existenz von natürlichen Monopolen und der Bereitstellung von Grundversorgungsleistungen begründet“ (re Post/Swisscom: a. a. O., S. 15); die Doktrin spricht – allerdings uneinheitlich – von „öffentlichen Unternehmen“: *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 10 Rn. 2 f. m. w. H.

¹² Die Swisscom ist, etwas trivialisiert, der „TT“-Teil der ehemaligen „PTT“.

¹³ Hinweise: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 5.

¹⁴ Auf der einen Seite sind mit Staatsbeteiligungen für die Unternehmen regelmäßig *Vorteile* verbunden, beispielsweise ein *höheres Kreditrating* auf dem Markt (vgl. Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 10 f. ad Fn. 17); auf der anderen Seite werden teilweise auch bewusst *Nachteile* vorgesehen (a. a. O., S. 9), etwa das *Kreditvergabeverbot* für die PostFinance AG.

¹⁵ Systemrelevante Banken haben eine materielle Staatsgarantie (dadurch entstehen Wettbewerbsverzerrungen zugunsten solcher Unternehmungen und zulasten von anderen privaten Konkurrenzunternehmen: *Kunz* (Fn. 1), Rn. 24); die meisten KB verfügen zudem über eine formelle Staatsgarantie.

ter *Staatsbeteiligungen an AG* stehen regelmäßig ähnliche Motive,¹⁶ wobei – auf allen Staatsebenen – primär zwei Beteiligungsformen im Vordergrund stehen, nämlich die gemischtwirtschaftlichen AG (Art. 762 OR) auf der einen Seite sowie die spezialgesetzlichen AG auf der anderen Seite.

II. Beteiligungsformen

1. Staat und „reguläre“ AG

Der Staat kann sich – mindestens aus Gesellschaftsrechtsperspektive – ohne weiteres an einer „regulären“ AG gemäß Art. 620 ff. OR beteiligen, und zwar originär¹⁷ oder derivativ¹⁸. Insofern spielt es für die betroffene Gesellschaft *keine Rolle, wer Aktionär* ist. Der Staat könnte sich also beispielsweise durch Aktienkauf an Nestlé, an Novartis oder an Credit Suisse beteiligen, und es gäbe *keine aktienrechtliche Sonderbehandlung* für den Staat.¹⁹ Eine Finanzbeteiligung kann somit ein Motiv für eine staatliche Beteiligung sein.²⁰

Ob für solche Staatsbeteiligungen im Einzelfall *rechtliche* Schranken bestehen oder nicht, entscheidet nicht das Aktienrecht, sondern das öffentliche Recht (auf Bundes-, auf kantonaler oder auf kommunaler Ebene).²¹ M. E. nicht unterschätzt werden sollte indes das *Risiko des Rechtsscheiterns*, dass mit einer Staatsbeteiligung eine implizite Staatsgarantie verbunden sein kann. Die AG selber müssen hingegen diese Rechtsfragen nicht beantworten. Ein anderes Thema ist, ob Beteiligungen an „regulären“ AG *politisch* sinnvoll wären.²²

¹⁶ Der Staatsbesitz bei Unternehmen verschafft eine „implizite Staatsgarantie“ (betreffend Swisscom: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 11); nebst der Konkursverhinderung geht es oftmals auch um die Möglichkeit der Einflussnahme und damit um die Steuerung der wirtschaftlichen Aktivitäten.

¹⁷ Der Staat ist (Mit-)Gründer einer AG oder beteiligt sich im Rahmen einer Aktienkapitalerhöhung.

¹⁸ Es erfolgt ein Erwerb von Aktien, wohl meist durch Aktienkauf.

¹⁹ *Bühler*, SJZ 2011, 513, 514; der Staat wäre bei einer „regulären“ AG einfach ein „regulärer“ Aktionär; Sonderbehandlungen erfolgen hingegen bei gemischtwirtschaftlichen AG sowie bei spezialgesetzlichen AG.

²⁰ Vgl. *Jaag*, FS Forstmoser, 2003, S. 379, 382; zudem: *Forstmoser/Jaag*, Der Staat als Aktionär – Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000, Rn. 11.

²¹ Beteiligungen zu Anlagezwecken können durchaus der Verwaltung des Finanzvermögens des Staates dienen: *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 3 a. E.; allg.: *Vogel* (Fn. 4), S. 61 f.; *Jaag* (Fn. 20), S. 397, 382 ff.

²² Spezifische Herausforderungen ergeben sich z. B. aus der Anlage von Vermögenswerten der SNB.

2. Gemischtwirtschaftliche AG

a) Grundlagen

Die *gemischtwirtschaftliche AG* wird u. a. in Art. 762 OR (Titel: „Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts“) geregelt,²³ sozusagen als *lex specialis* zum Aktienrecht gemäß Art. 620 ff. OR.²⁴ Ebenfalls zu berücksichtigen sind außerdem eventuelle Spezialerlasse sowie die Statuten. Die Gesellschaftsform ist weder eine „reguläre“ AG noch eine spezialgesetzliche AG, und das „gemischtwirtschaftliche Unternehmen bleibt auf seltsame Weise *Diener zweier Herren*: Es muss die Interessen des Gemeinwesens genauso bedienen wie die Interessen des Kapitals. Dass daraus *Konflikte* entstehen können, liegt auf der Hand“.²⁵

Aktienrechtlich werden vier Elemente für eine gemischtwirtschaftliche AG vorausgesetzt: Es geht – *erstens* – um den Staat bzw. um „Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde“ (Art. 762 Abs. 1 OR),²⁶ die – *zweitens* – ein „öffentliches Interesse an einer Aktiengesellschaft“ haben (Art. 762 Abs. 1 OR)²⁷ und allenfalls an der Unternehmung „als Aktionär beteiligt“ (Art. 762 Abs. 2 OR)²⁸ sind, so dass – *drittens* – die Statuten dem Staat gewisse Aktionärssonderrechte einräumen,²⁹ vorausgesetzt wird bei Art. 762 OR sodann, dass – *viertens* – die Gesellschaftsform einer AG gegeben ist.

Gemischtwirtschaftliche AG kommen sowohl auf kantonaler Ebene (z. B. im Wesentlichen bei der BLS AG)³⁰ als auch auf Bundesebene vor.³¹ Erwähnt wer-

²³ Vgl. *Stämpfli*, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft – Ihre Willensbildung und Organisation, Diss. Bern 1991, passim; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 63 Rn. 2 ff. und v. a. Rn. 6 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 1 Rn. 40 ff.; *Vogel* (Fn. 4), S. 40 ff. sowie 177 ff.; *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 13 ff.; *Buob*, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Diss. St. Gallen 2008, Rn. 25 ff.

²⁴ Bei diesen Gesellschaften gelangt – vorbehaltlich Art. 762 OR – somit das Aktienrecht zur Anwendung: *Stämpfli* (Fn. 23), S. 24 sowie 104; *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II, Rn. 4 zu Art. 762 OR.

²⁵ *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 5 a. E. (Hervorhebungen hinzugefügt); z. T. wird – ähnlich wie im Konzernrecht – von einem „*doppelten Pflichtenexus*“ gesprochen: *Jaag* (Fn. 20), S. 379, 395 ad Fn. 77; *Vogel* (Fn. 4), S. 181; allg.: *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 71.

²⁶ Hinweise: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 7 zu Art. 762 OR; *Buob* (Fn. 23), Rn. 29.

²⁷ *Buob* (Fn. 23), Rn. 38 ff.; *Stämpfli* (Fn. 23), S. 12 ff.; *Vogel* (Fn. 4), S. 181 ff.

²⁸ Die staatliche Kapitalbeteiligung ist zwar bei einer gemischtwirtschaftlichen AG nicht unerlässlich, stellt jedoch den Regelfall dar: *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 3.

²⁹ Es besteht also nicht *ipso iure* ein Anspruch des Staates, sondern es braucht eine entsprechende statutarische Grundlage: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 4/Rn. 9 zu Art. 762 OR.

³⁰ Bei der BLS am Kapital beteiligt ist der Kanton Bern mit 55,8 %, der Bund mit 21,7 % und andere Kantone sowie Gemeinden mit gesamthaft 7 %.

³¹ Hinweise: *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 4; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 23), § 1 Rn. 44.

den kann etwa *Skyguide*: „¹Der Bundesrat kann den zivilen und den militärischen Flugsicherungsdienst ganz oder teilweise auf eine Aktiengesellschaft übertragen. ²Die Gesellschaft muss die folgenden Anforderungen erfüllen: a. Sie darf nicht gewinnorientiert sein. b. Sie muss gemischtwirtschaftlich sein. c. Der Bund muss die Mehrheit am Kapital und an den Stimmen haben. d. Die Statuten bedürfen der Genehmigung des Bundesrates. [...]“ (Art. 40a LFG).³²

b) Sonderrechtsstellung

Bei den gemischtwirtschaftlichen AG erhält der Staat eine *Sonderrechtsstellung*, und zwar sowohl bei den Rechten als auch bei den Pflichten, d. h., es handelt sich nicht um eine einseitige Staatsprivilegierung. Bei den Rechten hat der Staat einerseits ein *Abordnungsrecht* und andererseits ein *Abberufungsrecht* für Mitglieder des VR und – in der Praxis selten³³ – der Revisionsstelle.³⁴ Diese Sonderrechte des Staats (meist als Aktionär) werden allerdings kompensiert durch eine *spezifische Staatshaftung* (Art. 762 Abs. 4 OR).

Da *lex specialis*, gehen diese Sonderregelungen dem „regulären“ Aktienrecht gemäß Art. 620 ff. OR vor. Das trifft in erster Linie zu auf die Bestimmungen zur Wahl von VR bzw. Revisionsstelle (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR) sowie auf deren Abberufung (Art. 705 Abs. 1 OR) und schließlich im Hinblick auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des VR bzw. der Revisionsstelle im Rahmen von Art. 752 ff. OR.

Die *statutarische Umsetzung* betreffend Abordnungsrecht bei einer gemischtwirtschaftlichen AG wird – als Beispiel – bei der BLS ersichtlich, indem Art. 19 Abs. 1 der Statuten festschreibt: „Der Verwaltungsrat besteht aus maximal 11 Mitgliedern. Die Schweizerische Eidgenossenschaft sowie die Kantone Bern und Wallis haben das Recht, je ein Mitglied im Sinne von Art. 762 OR in den Ver-

³² Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG) vom 21.12.1948: SR 748.0; es handelt sich um „Skyguide Schweizerische Aktiengesellschaft für zivile und militärische Flugsicherung“: Art. 2 Abs. 2 Verordnung über den Flugsicherungsdienst (VFSD) vom 18.12.1995: SR 748.132.1.

³³ Das Abordnungsrecht ist *alternativ* ausgestaltet, d. h., es können entweder Mitglieder in den VR oder in die Revisionsstelle abgeordnet werden: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 2 zu Art. 762 OR.

³⁴ Art. 762: „¹Haben Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde ein öffentliches Interesse an einer Aktiengesellschaft, so kann der Körperschaft in den Statuten der Gesellschaft das Recht eingeräumt werden, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abzuordnen, auch wenn sie nicht Aktionärin ist. ²Bei solchen Gesellschaften sowie bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, an denen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Aktionär beteiligt ist, steht das Recht zur Abberufung der von ihr abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle nur ihr selbst zu“; zur Sonderrechtsstellung: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 14 ff. zu Art. 762 OR; *Jaag* (Fn. 20), S. 379, 394 ff.; *Buob* (Fn. 23), Rn. 186 ff.; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 Rn. 49 sowie Rn. 86 f.

waltungsrat zu delegieren. Die übrigen Mitglieder werden durch die Generalversammlung gewählt³⁵. Das Abberufungsrecht wird ebenfalls geregelt.³⁵

3. Spezialgesetzliche AG

a) Bundesebene

Das öffentliche Recht, nicht das Aktienrecht gemäß Art. 620 ff. OR, sieht – wenn auch relativ selten³⁶ – *spezialgesetzliche AG* vor.³⁷ Bei diesen Staatsunternehmen handelt es sich weder um „reguläre“ AG³⁸ noch um gemischtwirtschaftliche AG. Insbesondere die zentralen *Infrastrukturunternehmen* auf Bundesebene sind als spezialgesetzliche AG organisiert:³⁹ die Post⁴⁰, die Swisscom⁴¹ sowie die SBB⁴². D. h., die Gründung (oder Umwandlung) sowie die Organisation dieser Unternehmen beruhen auf Spezialerlassen.

Auf der einen Seite enthalten die *Spezialerlasse* zu den *Unternehmungen* gesellschaftsrechtliche Normen: Aktienkapital (Art. 5 POG, Art. 5 TUG und Art. 6 SBBG), Organe (Art. 7 ff. TUG und Art. 9 ff. SBBG; mit einem Verbot der Personalunion von VR und GL und einem Vertretungsanspruch des Personals im

³⁵ Art. 10 Ziff. 2 Statuten BLS: „Die Generalversammlung der Aktionäre ist das oberste Organ der Gesellschaft. Es stehen ihr folgende unübertragbaren Befugnisse zu: [...] Wahl und Abberufung derjenigen Mitglieder des Verwaltungsrates, die nicht von der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Kantonen Bern und Wallis gemäss Art. 19 der Statuten delegiert sind [...]“.

³⁶ Vogel, ZBl 104 (2003), 418, 427.

³⁷ Vgl. Vogel, ZBl 104 (2003), 418, passim; Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 11), § 10 Rn. 9 ff.; Böckli (Fn. 34), § 1 Rn. 70 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 23), § 63 Rn. 23 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 23), § 1 Rn. 31b ff.; Bühler, SJZ 2011, 513, 514.

³⁸ Im Gegensatz zu diesen Gesellschaften entstehen die spezialgesetzlichen AG nicht auf vertraglicher Basis, sondern unmittelbar durch Gesetzesakt: Vogel, ZBl 104 (2003), 418, 419; Buob (Fn. 23), Rn. 51.

³⁹ Die SNB stellt eine weitere spezialgesetzliche AG dar (Art. 1 Abs. 1 NBG i. V.m. Art. 25 ff. NBG).

⁴⁰ Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 30 ff.; Art. 2 Abs. 1 POG: „Die Post ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft“, notabene mit der Firma „Die Schweizerische Post AG [...]“ (Art. 2 Abs. 2 POG); bei der Post stehen drei Tochtergesellschaften im Vordergrund: die PostFinance AG (als „Ausgliederung“: Art. 14 POG), die PostAuto Schweiz AG sowie die Post CH AG; re Postkonzerngesellschaften: Art. 1 lit. e VPG i. V.m. Art. 2 VPG sowie Art. 46 ff. VPG (die Konzernleitung erfolgt durch den VR der Post: Art. 4 VPOG); als Aufsichtsbehörde der Post ist die Postkommission (PostCom) tätig: Art. 20 ff. PG.

⁴¹ Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 24 ff.; Art. 2 Abs. 1 Satz 1 TUG: „Die Unternehmung ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft“; die Firma ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus den Statuten bzw. dem HR: Art. 2 Abs. 2 TUG; vgl. Böckli (Fn. 34), § 1 Rn. 82 ff.; Buob (Fn. 23), Rn. 60 ff.

⁴² Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 38 ff.; Art. 2 Abs. 1 SBBG: „Unter der Firma ‚Schweizerische Bundesbahnen SBB [...]‘ besteht eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern“; zudem: Art. 24 ff. SBBG; allg.: Buob (Fn. 23), Rn. 65 ff.; Böckli (Fn. 34), § 1 Rn. 80 f.

VR: z. B. Art. 8 Abs. 2/Abs. 3 POG) sowie Eintragung im HR (Beispiel: Art. 2 Abs. 2 SBBG).⁴³ Im Übrigen wird festgehalten, dass betreffend spezialgesetzliche AG das *Aktienrecht subsidiär* als *lex generalis* zur Anwendung gelangt,⁴⁴ was sich u. a. betreffend Haftungen bzw. Verantwortlichkeiten als wichtig erweist.

Auf der anderen Seite sehen die *Spezialerlasse* spezifische Regelungen zum *Aktionariat* der spezialgesetzlichen AG vor. Bei den drei erwähnten spezialgesetzlichen AG ist der Bund jeweils entweder als *Alleinaktionär* oder als *Mehrheitsaktionär* beteiligt, also bei der Post⁴⁵, bei der Swisscom⁴⁶ sowie bei der SBB⁴⁷. Aufgrund des Staatsbesitzes wird im Markt – notabene sogar durch den Bund bekräftigt⁴⁸ – eine *implizite Staatsgarantie* vermutet, was zu einem höheren Kreditrating sowie zu niedrigeren Finanzierungskosten führt.

b) Kantonale Ebene

Die kantonalen Aktienrechtsordnungen wurden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts durch das OR 1883 abgelöst, d. h., es bestehen keine „regulären“ kantonalrechtlichen AG mehr. Immerhin kommen *spezialgesetzliche AG auf kantonaler Ebene* vor (z. B. KB),⁴⁹ bei denen jedoch öffentliche Interessen im Vordergrund stehen.⁵⁰ Auf diese Gesellschaften ist im Prinzip das *Aktienrecht nicht* anwendbar.⁵¹

⁴³ Sämtliche Unternehmen – ebenfalls die SNB – sind im HR eingetragen, und zwar mit der Transparenzergänzung „Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss [...]“.

⁴⁴ Art. 4 POG: „Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten für die aktienrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts“; zudem: Art. 2 Abs. 1 a. E. TUG i. V. m. Art. 4 TUG und Art. 2 NBG; allg.: *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 9 (die Regelungen sind indes nicht als Privatrecht, sondern als öffentliches Recht zu betrachten: a. a. O., § 10 Rn. 11); *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 23), § 1 Rn. 34; *Vogel*, ZBl 104 (2003), 418, 422 f.

⁴⁵ Art. 6 POG: „Der Bund ist Aktionär der Post. Er muss über die kapital- und stimmenmässige Mehrheit verfügen“; der Bund ist heute alleiniger Aktionär: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 30.

⁴⁶ Art. 6 Abs. 1 TUG: „Der Bund ist Aktionär der Unternehmung und muss die kapital- und stimmenmässige Mehrheit halten“; die Bundesbeteiligung beträgt 50,95 %: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 24.

⁴⁷ Art. 7 SBBG: „¹Der Bund ist Aktionär der SBB. ²Der Bundesrat kann beschliessen, Aktien an Dritte zu veräussern oder von Dritten zeichnen zu lassen. ³Der Bund muss zu jeder Zeit die kapital- und die stimmenmässige Mehrheit besitzen“; heute ist der Bund nach wie vor Alleinaktionär: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 38.

⁴⁸ Zur Swisscom: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 11 und 38; zur Post: a. a. O., S. 38.

⁴⁹ *Vogel* (Fn. 4), S. 54 m. w. H. in Fn. 257.

⁵⁰ Es handelt sich m. a. W. ebenfalls um öffentliche Unternehmen, nicht Privatunternehmungen.

⁵¹ Das bei diesen Gesellschaften zur Anwendung gelangende *Kantonalrecht* wird dem *öffentlichen Recht* zugeordnet: *Vogel* (Fn. 4), S. 54; das kantonale Recht verweist allerdings regelmäßig doch wieder auf das Aktienrecht: *Buob* (Fn. 23), Rn. 68.

Die Nichtanwendbarkeit von Art. 620 ff. OR setzt allerdings im Rahmen von Art. 763 Abs. 1 OR⁵² drei Elemente voraus:⁵³

Erstens, die Gesellschaften⁵⁴ müssen durch „besondere kantonale Gesetze gegründet worden“ sein und müssen, zweitens, „unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden“; außerdem muss bei solchen Gesellschaften, drittens, der „Kanton die subsidiäre Haftung für deren Verbindlichkeiten“ übernehmen.⁵⁵ Das nationale Aktienrecht wird bei solchen Gesellschaften, die keine subsidiäre Kantonschaftung vorsehen, einzig für den Fall ausgeschlossen, dass sie vor dem Jahr 1883 gegründet worden sind. Generell kann festgehalten werden, dass spezialgesetzliche AG gemäß Art. 763 OR *kaum verbreitet* sind.⁵⁶

4. Weitere öffentliche Unternehmen

Es gibt unterschiedliche Kategorisierungen betreffend die Unternehmungen mit Staatsbeteiligungen. Rechtsgrundlagen bestehen im Wesentlichen einzig für gemischtwirtschaftliche AG einerseits sowie für spezialgesetzliche AG andererseits. In der Doktrin wird indessen eine weitere Kategorie – die *öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform* – vorgeschlagen.⁵⁷ Abzugrenzen sind diese Unternehmungen zu beiden Seiten:

Es handelt sich – anders als bei spezialgesetzlichen AG – um *privatrechtliche* Gesellschaften (v. a. um „reguläre“ AG gemäß Art. 620 ff. OR). Zudem sehen diese Unternehmen in den *Statuten* – anders als bei gemischtwirtschaftlichen AG – keine Sonderrechte des Staates vor, zumindest als Grundsatz. Charakteristisch für diese Gesellschaften sind zwei Elemente: „Die Gesellschaftsanteile liegen meist ausschliesslich in öffentlicher Hand (Private sind höchstens am Rand beteiligt); [...] das Unternehmen ist gemeinhin nicht gewinnorientiert“⁵⁸.

In dieser Kategorie von AG mit Staatsbeteiligungen werden beispielsweise die RUAG Holding AG, die PostFinance AG – eine Tochtergesellschaft der Post – sowie die Rheinsalinen AG aufgeführt.⁵⁹ Bei der *PostFinance AG*, entstanden als

⁵² Diese Ordnung (als *lex specialis*) gilt nicht bei spezialgesetzlichen AG nach Bundesrecht: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 1 zu Art. 763 OR.

⁵³ Generell: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 23), § 63 Rn. 42 ff.; *Vogel* (Fn. 4), S. 54 ff.; *ders.*, ZBl 104 (2003), 418, 420 ff.; *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 3 ff. zu Art. 763 OR.

⁵⁴ Art. 763 Abs. 1 OR erwähnt „Gesellschaften und Anstalten, wie Banken, Versicherungs- oder Elektrizitätsunternehmen“; diese Aufzählung erfolgt beispielhaft und nicht abschließend.

⁵⁵ Die subsidiäre Staatshaftung stellt ein notwendiges Element im Rahmen von Art. 763 Abs. 1 OR dar: *Vogel*, ZBl 104 (2003), 418, 420; dass bei Unternehmen mit einer Staatsbeteiligung auch der Staat – primär oder sekundär – zur Verantwortung gezogen werden kann, ist an sich nicht außergewöhnlich, wie sich bei der gemischtwirtschaftlichen AG zeigt: Art. 762 Abs. 4 OR.

⁵⁶ *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 1 zu Art. 763 OR; *Vogel*, ZBl 104 (2003), 418, 421; als Beispiele werden immerhin diverse KB erwähnt: *Buob* (Fn. 23), Rn. 69 ff.

⁵⁷ Statt aller: *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 6 ff.

⁵⁸ *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 6 a. E. (Hervorhebungen des Originals weggelassen).

⁵⁹ *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 7.

„Ausgliederung“ in eine „privatrechtliche Aktiengesellschaft“ (Art. 14 Abs. 1 POG), muss die Post eine Aktionärin sein.⁶⁰ Die *RUAG* (ehemals der „Bundesrüstungsbetrieb“)⁶¹ wurde vom Bund auf der Grundlage von Art. 620 ff. OR gegründet. Da *Rheinsalinen* eine „reguläre“ AG ist, verstößt eine Statutenbestimmung mit einer Aktionärspflicht gegen Art. 680 Abs. 1 OR.⁶²

M. E. in diese Kategorie – und insbesondere nicht zu gemischtwirtschaftlichen AG – gehört ebenfalls die *BEKB*, also die KB des Kantons Bern. Bei der *BEKB* handelt es sich, was relativ selten vorkommt bei den KB, um eine „reguläre“ AG, ohne dass ein statutarisches Abordnungsrecht in deren VR besteht. Unbesehen dessen wird der *Kanton Bern privilegiert*, indem die konkrete Vinkulierungsklausel mit einer Prozent-Begrenzung in der Höhe von 5 % des Aktienkapitals nicht anwendbar ist.⁶³

III. Verantwortlichkeiten

1. Rechtsgrundlage(n) und Haftung(en)

Verantwortlichkeiten bzw. Haftungen – m. a. W. Schadenersatzansprüche – stellen nicht allein bei den „regulären“ AG, sondern ebenfalls bei den Unternehmungen mit Staatsbeteiligungen ein Zentralthema dar. Probleme ergeben sich u. a. aus allfälligen Überschneidungen von öffentlich-rechtlichen Aspekten (Staatshaftungsrecht)⁶⁴

⁶⁰ Die Post (und damit indirekt der Bund) muss die kapital- und stimmenmäßige Mehrheit halten: Art. 14 Abs. 2 POG; heute gehören 100 % der Aktien der Schweizerischen Post AG.

⁶¹ Art. 1 BGRB: „Zur Sicherstellung der Ausrüstung der Armee [...] kann der Bund [...] Aktiengesellschaften des privaten Rechts gründen oder sich an solchen Gesellschaften beteiligen.“² Der Bundesrat wird ermächtigt, Aktiengesellschaften des privaten Rechts im Namen des Bundes zu gründen [...]; die gesamte Wirtschaftstätigkeit in diesem Bereich hat mittels AG zu erfolgen: Art. 3 BGRB; der Bund soll im bzw. in den VR der entsprechenden Gesellschaften vertreten sein: Art. 4 BGRB; obwohl durch das BGRB nicht vorgeschrieben, ist der Bund der Alleinaktionär der *RUAG* (vgl. Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 43); allg.: *Schmutz*, Gefangen zwischen Markt und Verwaltung, *NZZ* vom 1.3.2018, 12.

⁶² In diesem Sinn: Der Bund vom 19.12.2016, 1 und 15 („Salzmonopol gerät unter Druck“ und „Der Professor ist baff“).

⁶³ Die *BEKB* sieht *vinkulierte Namenaktien* vor, für die eine *Eintragungsschranke* von 5 % des Aktienkapitals besteht; Art. 5 Abs. 3 lit. a a. E. Statuten *BEKB* enthält in diesem Zusammenhang indessen die folgende *Ausnahmebestimmung*: „Der Kanton Bern ist von der Eintragungsbegrenzung befreit“; d. h., der Kanton Bern, der Ende des Jahres 2017 eine Beteiligung von 51,5 % am Aktienkapital hielt, kann als „regulärer“ Mehrheitsaktionär die Willensbildung der *BEKB* maßgeblich bestimmen.

⁶⁴ Statt aller: *Buob* (Fn. 23), Rn. 554 ff.

mit privatrechtlichen Fragen;⁶⁵ auf *aktienrechtliche* Themen wird im Folgenden übersichtsmäßig hingewiesen.⁶⁶

Allfällige Schadenersatzkläger, also in erster Linie die Aktionäre, die Gläubiger oder die AG selber, können *gegen Mitglieder des VR* – und allenfalls *gegen den Staat* – auf unterschiedlicher Rechtsgrundlage vorgehen. Dies hängt primär ab von der vorliegenden Gesellschaftsform („reguläre“ AG, gemischtwirtschaftliche AG etc.) und damit von der konkret anwendbaren Gesetzesbasis (z. B. Art. 754 ff. OR, Art. 762 OR oder Art. 763 OR); insofern erweist sich die Rechtslage für die „*Staatsvertreter*“ *im VR* als differenziert.⁶⁷

In aller Regel geht es bei Schadenersatzansprüchen gegen Unternehmensexekutiven, etwas trivialisiert, um *vier Haftungsvoraussetzungen*, die meist vom Kläger zu beweisen sind:⁶⁸ Schaden, Pflichtverletzung⁶⁹, Verschulden und Kausalzusammenhang. Daran ändert sich bei privatrechtlichen Klagen auch dann nichts, wenn keine natürliche Person als Mitglied des VR, sondern vielmehr der „*delegierende*“ *Staat eingeklagt* werden sollte.

2. Passivlegitimation

a) Staat

(1) Grundordnung

Die Antwort auf die zentrale Frage „Haftet der Staat für Unternehmen mit Staatsbeteiligung?“ erscheint so simpel wie komplex: „Es kommt darauf an“. Sollte es um den *Staat als Aktionär* gehen, etwa bei den „regulären“ AG, haftet der Staat nicht, selbst wenn ein „Staatsvertreter“ von der GV als Mitglied des VR gewählt worden sein sollte.⁷⁰ Bei AG besteht *keine Aktionärhaftung*, und auf diese aktien-

⁶⁵ Dabei geht es primär um die Verantwortlichkeit der *Unternehmensexekutive* und um das Spannungsdreieck zwischen AG, VR-Mitgliedern sowie Aktionären; vgl. *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), passim; zur Corporate Governance: *Bühler*, SJZ 2011, 513, passim.

⁶⁶ Es erfolgt eine Beschränkung auf die *Verantwortlichkeit* (Art. 754 ff. OR) sowie auf die *Passivlegitimationen* der „Staatsvertreter“ im VR und des Staates; statt aller: *Buob* (Fn. 23), Rn. 852 ff.

⁶⁷ Der Begriff „Staatsvertreter“ wird untechnisch verwendet; damit können, müssen aber nicht die abgeordneten Mitglieder im VR von gemischtwirtschaftlichen AG gemeint sein (Art. 762 Abs. 1 OR).

⁶⁸ Prototypisch wird für die VR-Mitglieder festgehalten, dass sie „für den Schaden verantwortlich [sind], den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen“ (Art. 754 Abs. 1 OR); allg.: *Kunz*, AJP 1998, 1267, 1267 ff. und v. a. 1272 ff.; *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 53 ff.

⁶⁹ Bei Staatsbeteiligungen stellt sich v. a. die Rechtsfrage, ob das Mitglied des VR eine Pflichtverletzung begeht, wenn es die Weisungen des Staates – entgegen den Interessen der AG – befolgt.

⁷⁰ *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 104.

rechtliche Grundordnung⁷¹ kann sich auch der Staat als Aktionär – vorbehaltlich einer allfälligen Vertrauenshaftung – berufen.⁷²

Davon zu unterscheiden ist die Situation, dass der Staat als Aktionär maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der AG nimmt, beispielsweise im Rahmen einer staatlichen Mehrheitsbeteiligung oder auf andere Weise. Verantwortlich sind nicht allein formelle Organe, also primär die Mitglieder des VR, sondern „alle mit der Geschäftsführung [...] befassten Personen“ (Art. 754 Abs. 1 OR). Der *Staat als materielles Organ* kann somit *ausnahmsweise* auf Grundlage von Art. 754 ff. OR zur Verantwortung gezogen werden.⁷³

Die aktienrechtlichen Regelungen betreffend die Verantwortlichkeit (und die Praxis dazu) gelangen nicht zuletzt bei den *spezialgesetzlichen AG* – zumindest auf *Bundesebene* – zur Anwendung. Dies ergibt sich beispielsweise aus Art. 14 SBBG: „Für die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Generaldirektion der SBB sowie der Revisionsstelle gelten die Artikel 752 ff. des Obligationenrechts über die Verantwortlichkeit“.⁷⁴ M. a. W. besteht *keine (automatische) Staatshaftung* bei diesen Gesellschaften.

(2) Spezialregelungen

Die aktienrechtliche Grundordnung sieht, etwas trivialisiert, eine staatliche Nichthaftung vor. Anders verhält es sich indessen bei den *spezialgesetzlichen AG* auf *kantonal* Ebene. Bei diesen Unternehmungen gilt das Aktienrecht im Prinzip nicht, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass „der Kanton die subsidiäre Haftung für deren Verbindlichkeiten übernimmt“ (Art. 763 Abs. 1 OR).⁷⁵ In diesem engen Wirtschaftsbereich besteht somit eine *subsidiäre Staatshaftung*, und zwar für die *Kantone als Aktionäre* (v. a. bei KB).⁷⁶

Eine *Staatshaftung* wird schließlich bei den *gemischtwirtschaftlichen AG* explizit vorgesehen: „Für die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder haftet die Körperschaft der Gesellschaft, den Aktionären

⁷¹ Art. 620 Abs. 2 OR: „Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet und haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich“; die Statuten der AG können keine Aktionärspflichten (und v. a. keine Gesellschafterhaftung) vorsehen: Art. 680 Abs. 1 OR.

⁷² Sollten indessen spezifische Absprachen bzw. „Verständnisse“ zwischen dem Staat als Aktionär und einem „Staatsvertreter“ im VR bestehen, könnte allenfalls im Innenverhältnis regressiert werden.

⁷³ Vgl. *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 106 ff.; *Bühler* (Fn. 19), 513, 517 f.; allg.: *Kunz*, *Materielle Organschaft („faktische VR“): Voraussetzungen sowie Folgen im Aktienrecht*, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Bern 2014, S. 173, passim.

⁷⁴ Materiell identische Verweisungsnormen sind Art. 11 Abs. 2 POG sowie Art. 18 Abs. 2 TUG; generell: *Buob* (Fn. 23), Rn. 907 ff. und 911 ff.

⁷⁵ Von diesem Erfordernis einer subsidiären Staatshaftung der Kantone wird einzig bei AG verzichtet, die vor dem Jahr 1883 gegründet wurden (Art. 763 Abs. 2 OR); m.W. gibt es heute überhaupt keinen Anwendungsfall einer solchen AG mehr.

⁷⁶ Vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 23), § 63 Rn. 42 ff.; *Vogel* (Fn. 4), S. 54 ff.

und den Gläubigern gegenüber, unter Vorbehalt des Rückgriffs nach dem Recht des Bundes und der Kantone“ (Art. 762 Abs. 4 OR).⁷⁷ Damit wird ausschließlich die *Passivlegitimation des Staates* festgelegt, ohne dass damit eine Privilegierung – z. B. betreffend Pflichten – verbunden wäre.⁷⁸

b) VR-Mitglieder

Für *sämtliche VR-Mitglieder* besteht eine *unbeschränkte Haftung*, sofern sie in Verletzung ihrer Pflichten vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Diese aktienrechtliche Ordnung gilt für sämtliche Mitglieder des VR, folglich sind die allfälligen „*Staatsvertreter*“ *persönlich haftbar*, mindestens im Prinzip.⁷⁹ M. E. stellt insbesondere die Befolgung von Weisungen des Staates keine Abwehrmöglichkeit dar, wenn *weisungsgemäßes Verhalten* nicht mit den Gesellschaftsinteressen in Einklang steht.⁸⁰

Für die „*Staatsvertreter*“ im VR kann es allenfalls zu einer *Haftungsbefreiung* kommen, zumindest im *Innenverhältnis* (Stichwort: Regress auf den „delegierenden“ Staat). Als Rechtsgrundlage kommen beispielsweise das öffentliche Recht zur Anstellung des „*Staatsvertreter*“ oder eine allfällige Abrede mit dem „delegierenden“ Staat in Frage; sofern die *Weisungen des Staates* befolgt werden, muss der „*Staatsvertreter*“ schadlos gehalten werden.⁸¹

Im Übrigen kann es zu einer *Haftungsbefreiung* der Mitglieder des VR im *Außenverhältnis* kommen, basierend auf aktienrechtlichen Vorkehrungen. Als Beispiel kann in diesem Zusammenhang die *Delegation im VR* erwähnt werden: „Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat“ (Art. 754 Abs. 2 OR).⁸²

⁷⁷ Nach dieser Regelung haftet der Staat direkt, primär und ausschließlich: *Stämpfli* (Fn. 23), S. 132; *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 20 f. zu Art. 762 OR; allg.: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 23), § 63 Rn. 5; *Buob* (Fn. 23), Rn. 880 ff.

⁷⁸ Dies wird etwa in Art. 762 Abs. 2 OR ersichtlich, denn die vom Staat abgeordneten Personen „haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung gewählten“.

⁷⁹ Übersicht: *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 97 ff.; außerdem zu den „regulären“ AG: *Buob* (Fn. 23), Rn. 854; *Jaag* (Fn. 20), S. 379, 397; *Stämpfli* (Fn. 23), S. 132.

⁸⁰ Gleicher Meinung: *Buob* (Fn. 23), Rn. 855 und 876 f.; allg.: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 23 f. zu Art. 762 OR; *Jaag* (Fn. 20), S. 379, 396 f.; *Stämpfli* (Fn. 23), S. 128 ff.; *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 36 f.

⁸¹ M. E. ergibt sich diese Pflicht des Staates aus Gründen des Vertrauensschutzes; *Jaag* (Fn. 20), S. 379, 397, hält fest: „Wird ein Vertreter des Staates für Schädigungen der Gesellschaft belangt, muss er sich, wenn er gemäss den Weisungen des Auftraggebers gehandelt hat, beim Staat für den geleisteten Schadenersatz schadlos halten können“; der Autor macht allerdings geltend, dass dies „ausdrücklich zu regeln“ ist in einer Vereinbarung (a. a. O., S. 397), und lässt offen, was gelten soll, wenn es daran fehlt.

⁸² Die „*Staatsvertreter*“ *als Nicht-Delegierte* des VR haften nicht, wenn dieser dreifache Nachweis („*curae in eligendo, in instruendo et in custodiendo*“) gelingt; weitere Voraussetzun-

Eine *Haftungsbefreiung* – notabene im *Außenverhältnis* – für die abgeordneten Mitglieder ergibt sich schließlich aus Art. 762 Abs. 4 OR,⁸³ also nur, aber immerhin bei den *gemischtwirtschaftlichen AG*. Passivlegitimiert ist aufgrund dieser Regelung nicht das abgeordnete Mitglied des VR, sondern einzig der abordnende Staat. Sollten die „Staatsvertreter“ jedoch ihre VR-Pflichten im Rahmen von Art. 762 Abs. 3 OR verletzen, müssen sie im Innenverhältnis mit *Regressansprüchen des Staates* rechnen (Art. 762 Abs. 4 OR).⁸⁴

gen für eine haftungsbefreiende Delegation ergeben sich aus Art. 716b OR; generell: *Buob* (Fn. 23), Rn. 790 ff.

⁸³ Es handelt sich um eine „ausschließliche Haftung des Gemeinwesens an Stelle der persönlichen Verantwortlichkeit“ der VR-Mitglieder: *Stämpfli* (Fn. 23), S. 105; zudem: *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 74 sprechen von einer *stellvertretenden Haftung* für die abgeordneten Mitglieder des VR.

⁸⁴ Vgl. *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 100 sowie 170 ff. m. w. H.

Diskussion

zu den Referaten von Walter Bayer und Peter V. Kunz

Veronika Kubasta/Sebastian Brehm

I.

Im Anschluss an das Referat von *Walter Bayer* entwickelte sich eine lebhafte Diskussion unter der Leitung von *Eveline Artmann*, die schon eingangs auf das Fehlen vieler der im Vortrag behandelten Vorschriften im österreichischen Aktienrecht hinwies.

Peter Doralt brachte zunächst das Thema der Verschwiegenheitspflicht im Konzern zur Sprache. Diese würde in Deutschland nach h. A. durch eine teleologische Ausnahme insofern eingeschränkt, als Auskünfte an die konzernleitende Gesellschaft nicht unter das strenge Regime des deutschen Aktienrechts fielen. In Österreich würden sich an den Konzernatbestand von vornherein geringere Rechtsfolgen knüpfen, die Informationsweitergabe sei ähnlich wie nach deutschem Recht zulässig. Fraglich sei daher, ob die konzernrechtlichen Regelungen die Fragestellung der Geheimhaltung gegenüber der beteiligungsverwaltenden Stelle bereits entschärfen und das entsendete Organ, beispielsweise ein Aufsichtsratsmitglied, schon aufgrund dessen keine Verschwiegenheitspflicht trifft.

Holger Fleischer stimmte dem BGH in der Rechtssache VEBA/Gelsenberg vollumfänglich zu. Das Gericht habe in überzeugender Weise das Konzernrecht an die Besonderheiten der Mehrheitsbeteiligung des Staates herangetragen. Daraus resultiere für den Staat eine unangenehme Situation, die Entscheidung sei ein beeindruckendes Beispiel für die Richtermacht bzw. Richterkraft.

Michael Gruber betonte die Geltung der aktienrechtlichen Restriktionen hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht, wenn neben dem Bund noch andere Gesellschafter beteiligt sind. Die Ausnahme im Konzern müsse dann aber, wie bereits in der ersten Wortmeldung aufgezeigt, ebenso zur Anwendung kommen. *Peter Doralt* brachte daraufhin die Frage auf, ob entsandte Organmitglieder dem für die Beteiligungsverwaltung zuständigen Minister berichten dürften. Dies sei, so *Michael Gruber*, zulässig, besondere Bedeutung komme dabei der Verschwiegenheitspflicht des Empfängers zu.

Lukas Glanzmann stellte fest, dass die angesprochenen konzernrechtlichen Regelungen dem schweizerischen Aktienrecht fremd seien. Die Informationsweitergabe an das beherrschende Unternehmen würde häufig mit der Verpflich-

tung zur Konsolidierung gerechtfertigt. In der Schweiz bestehe die Konsolidierungspflicht nur für rechnungslegungspflichtige juristische Personen. Fraglich sei, ob es eine durchsetzbare Verpflichtung zur Informationsweitergabe an das beherrschende Unternehmen gebe. *Walter Bayer* bekräftigte, dass die Konzernmutter für die Konsolidierung umfassendere Informationen als ein gewöhnlicher Aktionär brauche. Die offengelegten Informationen müssten nicht aufgrund von § 131 dAktG zum Zweck der Gleichbehandlung an die restlichen Aktionäre weitergegeben werden. Die Idee einer Konzernbilanz passe für die öffentliche Hand aber nicht.

Martin Auer betonte abermals das Fehlen eines positivierten Konzernrechts in Österreich. Sehr wohl gelte aber das Verbot der Einlagenrückgewähr, wovon der Staat als Gesellschafter keineswegs ausgenommen sei. *Peter Doralt* bekräftigte diese Aussage anhand eines Fallbeispiels. Sofern der staatliche Eigentümer einer Gesellschaft Nachteile zufüge, müsse er diese ausgleichen, andernfalls handle es sich um Einlagenrückgewähr. *Walter Bayer* hob in diesem Zusammenhang hervor, dass die konzernrechtlichen Vorschriften in den §§ 311 und 317 dAktG nicht nur Verschärfungen der Rechtslage, sondern auch Privilegierungen bringen würden. Die Konzernmutter habe Möglichkeiten, die dem einzelnen Aktionär aufgrund des Verbots der Einlagenrückgewähr (§ 57 dAktG) nicht offen stünden.

Gerald Spindler stellte fest, dass der Konzernbegriff bei der Frage der unternehmerischen und betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung im Arbeitsrecht eine bedeutende Rolle spiele. Fraglich sei, ob es daher auf Staatsebene einen Konzernbetriebsrat gebe, da dieser rechtsformunabhängig sei. Daraus könnten konzernbezogene Tarifverträge resultieren, sofern die Gebietskörperschaft die Leitungsmacht tatsächlich ausübe.

Ulrich Torggler erkundigte sich nach der Konsolidierungspflicht für Gebietskörperschaften nach der deutschen Rechtslage. In Österreich gelte diese nur für Kapitalgesellschaften. Der Referent verwies auf das Publizitätsgesetz, das es in Österreich jedoch nicht in dieser Form gebe.

Auf Nachfrage von *Stefan Knobloch* erläuterte *Walter Bayer* abschließend, dass der Anspruch auf Nachteilsausgleich sowohl von der abhängigen Gesellschaft als auch von deren einzelnen Aktionären geltend gemacht werden könne.

II.

Die Diskussion zum Referat von *Peter V. Kunz* zum Thema „Staatsbeteiligungen und ausgewählte Verantwortlichkeiten“ wurde von *Hans-Ueli Vogt* geleitet. Die Diskussion kreiste dabei sowohl um rechtliche als auch um rechtspolitische Fragestellungen, die sich in Zusammenhang mit dem Handeln des Staates in Form einer Aktiengesellschaft ergeben.

1. Rechtliche Fragestellungen

Ein Teilnehmer aus der Schweiz fragte konkret auf Art. 61 OR bezogen, ob staatliches Handeln in Form einer AG per se unter „gewerbliche Tätigkeit“ falle und damit grundsätzlich dem Haftungsregime des Obligationenrechts unterliege oder ob es auch „nicht gewerblich“ sein könne, was die Zulässigkeit besonderer Regelungen durch kantonale Gesetze zur Folge haben würde. *Kunz* zufolge ist auf die Rechtsform abzustellen und nicht auf die ausgeübte Tätigkeit. Wird daher Verwaltungstätigkeit in Form einer AG vorgenommen, handle es sich wohl um eine gewerbliche Tätigkeit. Er betonte allerdings, dass diese Frage so nirgendwo angesprochen oder diskutiert werde, dass es sich somit bloß um seine eigene Meinung handle.

Im Anschluss warf ein deutscher Diskutant die Frage auf, ob sich der Staat, wenn er in Anspruch genommen wird, voll am Entsandten regressieren könne oder ob die Möglichkeit des Rückgriffs je nach Verschulden gemildert werden könne. *Kunz* führte dazu aus, dass gemäß Art. 762 Abs. 3 OR die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrates die gleichen Rechte und Pflichten haben wie jene, die von der Generalversammlung gewählt wurden. Dies würde selbst in gemischten Verwaltungsräten den gleichen Maßstab für alle nach sich ziehen und auch auf den Regress durchschlagen. Werde also der Staat nach § 762 Abs. 4 OR in Anspruch genommen und würde sich dieser beim entsandten Verwaltungsratsmitglied regressieren, könne diesem nicht aufgrund seiner besonderen Stellung ein Abschlag – etwa aufgrund bloß leichter Fahrlässigkeit – gewährt werden. Die einzige Möglichkeit eines Abschlags bestehe dann, wenn der betreffende pflichtwidrige Verwaltungsrat aufgrund von Weisungen des Staates handle. In diesem Fall würde eine Privilegierung zwar nicht im Innenverhältnis, sehr wohl aber beim Regress bestehen.

Ein österreichischer Teilnehmer fragte nach, inwieweit die verdeckte Gewinnausschüttung im Falle der öffentlichen Hand als Aktionär eine Rolle spiele. *Kunz* gab zu, über die konkrete Relevanz nicht Bescheid zu wissen, wies allerdings darauf hin, dass es bei der öffentlich-rechtlichen Haftung verschiedene Milderungsqualitäten gebe, wodurch die aktienrechtliche Haftung tendenziell strenger sei als die Staatshaftung.

2. Politische Fragestellungen

Ein Diskutant aus der Schweiz versuchte eine rechtstatsächliche Relativierung für die beschränkten Haftungsregelungen in Zusammenhang mit Staatsunternehmen. Diese seien in der zumeist gegebenen Wichtigkeit der ausgegliederten Dienstleistungen begründet. Aus diesem Grund würde die Rettung bei finanziellen Problemen unabhängig von einer möglichen Haftbarmachung des Staates erfolgen. So würde die Diskussion, inwieweit gegen den Staat vorgegangen werden kann, häufig durch die politische Realität überholt werden. *Kunz* hob dazu hervor, dass eine Rettung nur dann erfolgen soll, wenn dies unbedingt notwendig sei, und

fürte als vergleichbares Beispiel die US-amerikanische Automobilindustrie an. Generell plädierte er allerdings für Zurückhaltung, wenn es um formelle oder materielle Staatsgarantien gehe.

Ein weiterer Schweizer Teilnehmer fragte nach, ob sich die von *Kunz* angesprochene „Wirtschaftsinaktivitätsobliegenheit“ – die Zurückhaltung des Staates, in Konkurrenz zu treten – auch auf Tätigkeiten beziehe, in denen der Staat im reinen Wettbewerb auftritt, oder ob diese nur in Fällen möglicher Wettbewerbsverzerrung schlagend werden soll. *Kunz* betonte, dass er generell skeptisch sei, wenn der Staat wirtschaftlich tätig werde. Ihm komme auch dann, wenn Wettbewerb bestehe, aufgrund seiner starken Position generell ein Wettbewerbsvorteil zu, weswegen beispielsweise bei der „PostFinance“ die Staatsgarantien abgeschafft worden seien. Quersubventionierungen sollen unter diesem Gesichtspunkt generell unzulässig sein; aber auch sonst soll sich der Staat in puncto Wettbewerb möglichst in Zurückhaltung üben.

Der Bundes Public Corporate Governance Kodex

Susanne Kals

I.	Corporate Governance	146
1.	Corporate Governance – ein traditionelles Thema des Gesellschaftsrechts	146
2.	Der Corporate Governance Kodex für börsennotierte Unternehmen	146
3.	Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance	148
4.	Corporate Governance-Bericht	148
5.	Rechtliche Qualifikation des ÖCGK	149
II.	Corporate Governance in Unternehmen der öffentlichen Hand	150
1.	Internationale Entwicklung	150
2.	Deutschland	150
3.	Österreich	151
III.	Zweck und Zielrichtung der Corporate Governance Kodizes	152
1.	Zweck und Zielrichtung des ÖCGK	152
2.	Zweck und Zielrichtung des PCGK	153
3.	Ausgangslage für Unternehmen im öffentlichen Eigentum	155
IV.	Rechtliche Einordnung des PCGK	156
1.	Bundesebene	156
2.	Landesebene	158
3.	Geltungskraft für Gesellschaften	158
4.	Verbindlichkeit für ausgewählte Personen	159
V.	Regeltypen des PCGK	159
VI.	Anwendungsbereich des PCGK	160
1.	Vielfalt der Rechtsträger	160
2.	Unternehmen	161
3.	Mehrheitliche Beteiligung oder Beherrschung	162
4.	Gießkanne mal zwei	163
VII.	Pflichten der Anteilseigner	165
1.	Ansätze der Differenzierung	165
2.	Versäumte Chancen der Entwicklung einer „Good Practice“	166
3.	Konzentration auf Unternehmensleitung und -überwachung	167
VIII.	Corporate Governance-Bericht	167
IX.	Resümee	168

Seit 2012 besteht in Österreich ein Bundes Public Corporate Governance Kodex (B-PCGK), der 2017 erstmalig geändert wurde. In einzelnen Bundesländern wurden ebenso Kodizes erarbeitet und in Kraft gesetzt. Im folgenden Beitrag werden einige zentrale Fragen, die Leistung und auch weitere Regelungsmöglichkeiten des PCGK diskutiert.

I. Corporate Governance

1. Corporate Governance – ein traditionelles Thema des Gesellschaftsrechts

Der Begriff „Corporate Governance“ ist im deutschen Sprachgebrauch seit rund 25 Jahren gebräuchlich. Fragen der Corporate Governance, nämlich die funktionale Ausgestaltung von Leitung und Kontrolle der Gesellschaften, sind aber so alt wie die Geschichte der Aktiengesellschaft selbst.¹ Corporate Governance konkretisiert traditionelle Fragestellungen, die durch den Konflikt zwischen Fremdmanagern und Anteilseignern strukturell vorgegeben sind. Corporate Governance beschreibt das Verhältnis von Verwaltung, Risikokapitalgebern und sonstigen Interessenträgern im Unternehmen und beschäftigt sich mit der Verantwortung, Leitung und Kontrolle im Unternehmen.² Corporate Governance ist daher die Summe von Regeln unterschiedlicher Qualität, die darauf zielen, die Interessengegensätze zwischen den Kapitalgebern und sonstigen Interessenträgern eines Unternehmens und den verwaltenden Organmitgliedern in Ausgleich zu bringen. Corporate Governance umfasst alle Fragen der Leitung und Kontrolle unternehmerischer Tätigkeit in einem marktwirtschaftlichen Umfeld. Rechtliche Rahmenbedingungen spielen dabei eine wichtige, aber nicht die alleinige Rolle. Daneben sind andere Elemente, nämlich ökonomische, soziopolitische Aspekte von Bedeutung.

2. Der Corporate Governance Kodex für börsennotierte Unternehmen

Die ältere Schwester des Public Corporate Governance Kodex ist in Österreich der ÖCGK, d. h. der Corporate Governance Kodex für börsennotierte Gesellschaften. Dieser wiederum ist ein Kind der Corporate Governance-Bewegung für börsennotierte Gesellschaften. In den 90er-Jahren setzte die Corporate Governance-Bewegung ein,³ die insbesondere durch Regelungen und Regelungsvorschläge aus dem angelsächsischen Raum geprägt war, ehe andere Länder nachzogen. Sprunghaft entstanden unterschiedliche Codes, Guidelines, Principles, Reports und Statements zur Corporate Governance, die in unterschiedlicher Form Standards und Leitlinien für gute Unternehmensführung vorsehen. Besonders prominent sind aus dieser Zeit die Leitlinien zur Corporate Governance in einem OECD-Report von 1999,⁴ der Cadbury Report und schließlich der britische Combined Code. Im Jahr 2004 veröffentlichte die OECD eine aktualisierte Fassung.⁵

¹ Goette, in: MünchKomm AktG, 4. Aufl., 2018, § 161 Rz. 5; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., 2015, § 25 Rz. 2.

² Siehe nur Hopt, in: Fleckner/Hopt (Hrsg.), Comparative Corporate Governance, 2013, S. 3, 10; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht (Fn. 1), § 25 Rz. 1.

³ Arlt/Bervoets/Grechenig/Kalss, GesRZ-Sonderheft 2002 (Corporate Governance), 64 ff.; v. Werder, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 7. Aufl., 2018, Vorb. Rz. 3.

⁴ <www.oecd.org>.

⁵ Dazu Schneider, AG 2004, 429.

Sie ergänzte diesen Kodex 2011 mit einem Bericht über die Rolle der institutionellen Anleger, die als Torwächter (Gatekeeper) und Stewards eine wichtige Rolle in der Corporate Governance börsennotierter Unternehmen spielen.⁶

In Deutschland wurde der DCGK, der Deutsche Corporate Governance Kodex, erstmals 2002 erarbeitet und veröffentlicht. Parallel dazu wurde durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz vom 19.7.2002 § 161 AktG in das deutsche Aktiengesetz eingefügt, womit die Entsprechenserklärung normiert wird. Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft haben jährlich zu erklären, ob den im DCGK niedergelegten Empfehlungen entsprochen wurde. Diese Erklärung ist für die Aktionäre dauerhaft auf der Internetseite der Gesellschaft zur Verfügung zu halten.⁷ Der DCGK wird von der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex begleitet und weiterentwickelt.

Auf europäischer Ebene besteht kein einheitlicher Corporate Governance Kodex. Die Bemühungen zielen eher auf eine Übereinstimmung der nationalen Regelungen ab, unabhängig davon, ob es sich um Gesetzes- oder Kodexregelungen handelt. Im Jahr 2003 befasste sich die Kommission erstmals intensiver mit Corporate Governance. Im Jahr 2005 veröffentlichte sie eine Empfehlung zu Corporate Governance-Fragen.⁸ Aktuell betont die Kommission die Wichtigkeit der Transparenz zwischen Aktionären und Unternehmen. Diese hat insbesondere Ausdruck in der geänderten Aktionärsrechterichtlinie⁹ gefunden, die bis 10.6.2019 in nationales Recht umzusetzen ist.

In Österreich wurde die endgültige erste Fassung des Austrian Code of Corporate Governance am 1.10.2002 veröffentlicht.¹⁰ Der Veröffentlichung dieser ersten Fassung ging eine etwas mehr als einjährige Vorbereitungszeit voran. Das Institut österreichischer Wirtschaftsprüfer (IWP) legte einen ersten Entwurf eines Code of Corporate Governance für Österreich vor, zeitgleich erarbeitete die österreichische Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Management (ÖVFA) einen Entwurf für den österreichischen Corporate Governance Kodex. Diese beiden Entwürfe und die dahinterstehenden Arbeitsgruppen wurden in einem Arbeitskreis für Corporate Governance zusammengeführt, der um einige Experten ergänzt wurde, um einen einheitlichen Entwurf für das kleine Land Österreich mit einem überschaubaren Kreis betroffener Unternehmen auszuarbeiten.

⁶ OECD, *The Role of Institutional Investors in Promoting a Good Corporate Governance* (2011); *Wilsing*, ZGR 2011, 291; *Fleischer*, ZHR 2012, 160.

⁷ Zur Geschichte kurz v. *Werder*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Fn. 3), Vorb. Rz. 6; *Goette*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 1), § 161 Rz. 6 ff.

⁸ Empfehlung 2005/162/EG der Kommission vom 15.2.2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats, ABl. EU 2005 L 52/51; siehe dazu *Spindler*, ZIP 2005, 2033; ferner *ders.*, NZG 2018, 1007.

⁹ RL (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABl. EU 2017 L 132/1.

¹⁰ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (Fn. 1), § 25 Rz. 20.

Seit der erstmaligen Veröffentlichung ist der Kodex bisher insgesamt neunmal geändert worden, zuletzt im Januar 2018, um die letzten Novellen des öAktG, insbesondere die Frauenquote im Aufsichtsrat sowie das Nachhaltigkeits- und Diversitätsverbesserungsgesetz, auch auf Kodexebene abzubilden.

3. Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance

Der Österreichische Arbeitskreis für Corporate Governance ist ein Gremium, das ohne jede gesetzliche oder sonstige formalrechtliche Grundlage besteht. Seine Aufgabe liegt darin, den Kodex jährlich vor dem Hintergrund nationaler und internationaler Entwicklungen zu überprüfen und bei Bedarf anzupassen.¹¹ Der Arbeitskreis ist nicht als Verein organisiert und wurde auch nicht aufgrund eines Ministerratsbeschlusses oder einer ministeriellen Verfügung eingesetzt. Er ist kein eigenständiger Rechtsträger und wird eher formlos von einem ehemaligen Spitzenbeamten des BMF geleitet. Er besteht derzeit aus 24 Mitgliedern, die sich aus einem Vorsitzenden, dessen Assistenten, Professorinnen und Professoren, Rechtsanwälten sowie Vertretern und Vertreterinnen der Wirtschaft und Interessenträgern zusammensetzt.¹² Die Aufnahme der Mitglieder wird durch Zuruf bei Bedarf an Know-how oder bei Bedarf an notwendiger Repräsentation bestimmter Gruppen vorgenommen. Weder für die Zusammensetzung noch für die Aufnahme bestehen klare und allgemein zugängliche Regelungen.¹³

4. Corporate Governance-Bericht

Gem. § 243c UGB hat der Vorstand einer börsennotierten Aktiengesellschaft einen Corporate Governance-Bericht aufzustellen. Die Aufstellungspflicht trifft nicht nur AGs, deren Aktien zum Handel an einer Börse zugelassen sind, sondern auch Gesellschaften, die sonstige Wertpapiere, insbesondere Schuldverschreibungen, an einem geregelten Markt notiert haben oder deren Aktien mit ihrem Wissen an einem multilateralen Handelssystem gehandelt werden. Als maßgebliche Information muss der Corporate Governance-Bericht jedenfalls die Angabe eines in Österreich oder am jeweiligen Börsenplatz allgemein anerkannten Corporate Governance Kodex enthalten. Der Corporate Governance-Bericht ist somit ein eigenständiger, vom Jahresabschluss und Lagebericht getrennter Bericht über die Unterwerfung und Anerkennung eines Corporate Governance Kodex.¹⁴ Zwar wird damit nicht zwingend die Anwendung des ÖCGK angeordnet, jedenfalls aber eines anerkannten Kodex. In Österreich besteht derzeit für börsennotierte

¹¹ Präambel des ÖCGK, <www.corporate-governance.at>.

¹² Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht (Fn. 1), § 25 Rz. 21; Kalss, in: MünchKomm AktG (Fn. 1), § 161 Rz. 122.

¹³ Kalss, in: MünchKomm AktG (Fn. 1), § 161 Rz. 122.; krit. zu der demokratischen Legitimation Lachmayer, *Demokratierechtliche Analyse des Österreichischen Corporate Governance Kodex*, 2013.

¹⁴ Raab, in: Jabornegg/Artmann (Hrsg.), UGB, 2. Aufl., 2017, § 243c Rz. 21.

Gesellschaften nur der ÖCGK, sodass durch diese gesetzliche Regelung ein hoher Anreiz für die Anwendung des ÖCGK geschaffen wird.¹⁵

5. Rechtliche Qualifikation des ÖCGK

Der ÖCGK für börsennotierte Gesellschaften ist eine schlichte Empfehlung eines losen Kreises von Experten und Expertinnen und Vertretern bestimmter Marktbeteiligter wie Emittenten, Berater und Anleger. Eine einseitige Anordnungsbezugnis dieses Gremiums besteht jedenfalls nicht. Der Kodex stützt sich auf keine gesetzliche Regelung. Er hat keine hoheitliche Normqualität, sondern ist eine einfache Empfehlung für Verhaltenspflichten des privat und ohne formale Rechtsgrundlage organisierten Arbeitskreises aus Experten und Expertinnen und sonstigen Personen an die Marktteilnehmer.¹⁶

Der ÖCGK enthält drei unterschiedliche Kategorien von Regelungen, nämlich

- Gesetzesnormen, die jedenfalls zu befolgen sind, da sie nur geltendes Gesetzesrecht wiedergeben (Legal Requirement: L);
- Regelungen, die eingehalten werden sollten und bei denen die Gesellschaft eine Nichteinhaltung zu erklären hat, d. h., sie muss diese begründen (Comply or Explain; Entsprech oder erkläre: C);
- Regelungen, die nicht eingehalten werden müssen, ohne dass dies erklärt oder begründet werden müsste (Recommendation: R).

Die Bezeichnungen L, C und R werden jeweils an den Rand der Kodexbestimmung gestellt. Diese deutliche Sichtbarmachung der Qualität der Regelung erleichtert die Orientierung im Regelwerk.¹⁷ Die einzelnen Regelungen des Kodex erlangen – abgesehen von den jedenfalls geltenden L-Regelungen – für die einzelne Gesellschaft nur durch eine freiwillige Selbstbindung Wirkung.¹⁸ Durch den Bericht über die Anwendung oder Nichtanwendung des Kodex entsteht keine Bindungswirkung.¹⁹ Der Gesellschaft steht es frei, den Kodex im Gesamten oder nur partiell jeweils bezogen auf einzelne Regelungen anzuerkennen oder nicht und Abweichungen offenzulegen oder überhaupt ein eigenes Regelwerk zu erarbeiten und offenzulegen.²⁰

¹⁵ 467 BlgNR 23. GP, 15; *Raab*, in: *Jabornegg/Artmann* (Fn. 14), § 243c Rz. 30.

¹⁶ Präambel des Kodex, Abs. 5; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (Fn. 1), § 25 Rz. 28; *Kalss*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 1), § 161 Rz. 122.

¹⁷ *Kalss*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 1), § 161 Rz. 139; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (Fn. 1), § 25 Rz. 32.

¹⁸ *Kalss*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 1), § 161 Rz. 140.

¹⁹ *Kalss*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 1), § 161 Rz. 140.

²⁰ *Kalss*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 1), § 161 Rz. 141.

II. Corporate Governance in Unternehmen der öffentlichen Hand

1. Internationale Entwicklung

Der Umstand, dass Unternehmen im öffentlichen Eigentum schon wegen ihrer Rechtsform und wegen der fehlenden Börsennotierung in überwiegender Zahl nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich des ÖCGK fallen und zudem auch andere Ziele zu verfolgen sind, führte zur Verabschiedung von Public Corporate Governance Kodizes.

Rund ein Jahrzehnt nach Aufkommen der Corporate Governance-Bewegung für börsennotierte Gesellschaften erhob sich die Diskussion über Grundsätze guter Unternehmensführung auch für Unternehmen, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist.²¹ Etliche öffentliche Unternehmen haben daraufhin freiwillig die Standards für börsennotierte Unternehmen übernommen oder selbst erstellte Verhaltensrichtlinien als Maßstab anerkannt und veröffentlicht.²² Die OECD hat neben ihrer Bemühung um allgemeine Corporate Governance-Grundsätze für börsennotierte Unternehmen auch Grundsätze für Corporate Governance für Staatsunternehmen im Jahr 2005 erarbeitet und veröffentlicht.²³ Die OECD veröffentlichte im Jahr 2015 eine überarbeitete Version ihres Kodex mit den Corporate Governance-Grundsätzen für Unternehmen im öffentlichen Eigentum.²⁴

2. Deutschland

In Deutschland verabschiedete die Bundesregierung am 1.7.2009 die Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes. Diese Grundsätze bestehen aus drei Teilen.²⁵ Der Teil A enthält den Public Corporate Governance Kodex des Bundes, Teil B die Hinweise für gute Beteiligungsführung für Bundesunternehmen, und schließlich enthält Teil C Berufungsrichtlinien, an denen die Berufung von Persönlichkeiten in die Geschäftsleitungs- und Überwachungsorgane von Unternehmen mit Bundesbeteiligung zu orientieren ist. Der deutsche PCGK richtet sich an alle Unternehmen, die in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts organisiert sind und an denen der Bund eine Mehrheitsbeteiligung hält.²⁶ Die Regelungen sind rechtsformübergreifend formuliert. Für juristische Personen des öffentlichen Rechts oder bei Bestehen bloßer Minderheitsbeteiligungen wird die Einhaltung überhaupt nur empfohlen.

²¹ *Schwintowski*, NVwZ 2001, 607; *Preussner*, NZG 2005, 575.

²² *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG, 3. Aufl., 2011, Vorb. § 394 Rz. 12.

²³ *Schneider*, AG 2005, 494.

²⁴ OECD, Leitsätze zur Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, Ausgabe 2015; *Bachmann*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Fn. 3), Vorb. Rz. 59.

²⁵ *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), Vorb. § 394 Rz. 12.

²⁶ *Schürnbrand*, ZIP 2010, 1105; *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG (Fn. 22), Vorb. § 394 Rz. 13; *Caruso*, NZG 2009, 1419.

Zudem besteht eine Subsidiaritätsklausel gegenüber dem DCGK: Unternehmen, die eine Entsprechungserklärung zum DCGK gem. § 161 dAktG abgeben, fallen nicht in den Anwendungsbereich des DPCGK. Neben dem bundesweit geltenden PCGK besteht praktisch in jedem Bundesland ein Kodex für die Unternehmen im Eigentum des jeweiligen Bundeslandes, wie etwa in Bayern, in Sachsen oder in Baden-Württemberg sowie in Hamburg. Auch zahlreiche Städte haben für ihre Kommunalbetriebe Kodizes erlassen, wie etwa Mannheim oder Frankfurt.

3. Österreich

In Österreich beschloss die Bundesregierung erstmals am 30.10.2012 einen Corporate Governance Kodex für Unternehmen des Bundes. Als einen der letzten Akte der abtretenden Regierung der 24. Gesetzgebungsperiode fasste die Bundesregierung am 28.6.2017 einen Beschluss zur Festlegung einer überarbeiteten Fassung des Public Corporate Governance Kodex. Der Public Corporate Governance Kodex bezieht sich nur auf Unternehmen des Bundes.

Daneben haben einige ausgewählte Bundesländer ebenfalls einen Public Corporate Governance Kodex. Die Verhaltensrichtlinien im Burgenland stellen allerdings bei Licht betrachtet eher eine Korruptionsvermeidungsfibel dar. Ein deutlich weiter greifendes Regelungsanliegen liegt dem Public Corporate Governance Kodex des Landes Salzburg (SCGK) zugrunde. Dieser Kodex wurde 2012 als Reaktion auf dessen unrechtmäßige Finanzgebarung und nach riskanten Finanzgeschäften als Teil der Aufarbeitung und Neuausrichtung der Vermögensverwaltung des Landes Salzburg erlassen. Er wurde am 25.1.2012 erstmals veröffentlicht und seither nicht geändert. Er gilt für alle Unternehmen in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften einschließlich der Landeskliniken und Krankenanstalten. Tatsächlich richtet er sich an GmbHs; Aktiengesellschaften sind ausgenommen. Er ist anzuwenden bei einer direkten oder indirekten Mehrheitsbeteiligung des Landes Salzburg. Bei einer Minderheitsbeteiligung mit Sperrminorität (mindestens 25 %) wirkt das Land Salzburg auf die Anwendung des Kodex hin. Die Regelungen sind somit weitestgehend auf GmbHs zugeschnitten.

Das Land Vorarlberg hat 2017 den Corporate Governance Kodex des Landes Vorarlberg, d. h. Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung, beschlossen und veröffentlicht. Der Vorarlberger Corporate Governance Kodex bezieht sich auf die Unternehmensform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Er ist auf andere Kapital- und Personengesellschaften sinngemäß anzuwenden. In der Hauptversammlungs- und Generalversammlungssaison 2018 werden nunmehr diese Grundsätze in die jeweiligen Regelwerke der Gesellschaften „eingepflegt“, somit Gesellschaftsvertrags- und Satzungsänderungen vorgenommen.

Die beiden genannten Landeskodizes haben daher eine klare Ausrichtung auf die GmbH, die auch die meist verwendete Rechtsform ist. Rechtlich werden die Regelungen der Landeskodizes als Beschluss der jeweiligen Landesregierung qualifiziert, der eine Selbstbindung des Landes darstellt, deren Beachtung den

Organen des Landes bei der Wahrnehmung von Gesellschafterrechten, -pflichten und Überwachungsfunktionen obliegt.²⁷

In anderen Bundesländern bestehen derzeit weder Vorarbeiten noch Vorüberlegungen, eigenständige Kodizes zu schaffen, wenngleich auch in anderen Bundesländern ein breites Anwendungsfeld von Landesgesellschaften besteht und durchaus ein Regelbedarf gegeben wäre.

III. Zweck und Zielrichtung der Corporate Governance Kodizes

1. Zweck und Zielrichtung des ÖCGK

Der Zweck der Kodizes für börsennotierte Gesellschaften, somit des ÖCGK oder auch des DCGK, liegt einerseits darin, den jeweiligen nationalen Standort für internationale oder nationale Investoren attraktiv zu machen, andererseits das Vertrauen von Anlegern und sonstigen Geschäftspartnern, insbesondere von Kunden, Mitarbeitern und auch der Öffentlichkeit, in das Unternehmen, die Unternehmensführung und schließlich den Markt insgesamt zu fördern und zu festigen.²⁸ Die kapitalmarktrechtliche Informationsfunktion oder Kommunikationsfunktion dient der Vermittlung und Kommunikation über Regelungsstandards gegenüber dem Kapitalmarkt. Damit soll den in- und ausländischen Investoren eine Information über die Organisation und die Unternehmensführung der börsennotierten Gesellschaften gegeben werden.

Selbst wenn der Kodex eine Vielzahl und eine immer größer werdende Zahl von zwingenden Gesetzesbestimmungen wiedergibt, ist diese Funktion nicht zu unterschätzen, sollen doch damit vor allem ausländische Anleger und Investoren angesprochen werden, die mit der österreichischen Rechtslage nicht vertraut sind.²⁹

Die zweite konkretisierte Funktion liegt in der Ordnungsaufgabe. Auf gesellschaftsrechtlicher Ebene trägt der Kodex damit dazu bei, die einzelnen Regelungen, unabhängig davon, ob es sich um zwingendes oder dispositives Recht handelt, stärker in das Bewusstsein der Verantwortlichen zu rücken und damit gleichzeitig deren Bereitschaft zu erhöhen, die Regelungen auch anzuwenden. Damit sollen die Akzeptanz und die Kultur der Anwendung der Regelungen gehoben werden. Zudem werden Verhaltensstandards für bestimmte Situationen klarge-

²⁷ Vorarlberger Corporate Governance Kodex, Einleitung Abs. 2; vgl. Einleitung des Salzburger Corporate Governance Kodex, Präambel.

²⁸ *Bachmann*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder (Fn. 3), Vorb. Rz. 33 unter Bezugnahme auf Ausführungen der Vorsitzenden der Regierungskommission (Cromme sowie Gentz); *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (Fn. 1), § 25 Rz. 15; *Völkl*, Corporate Governance Enforcement, 2004, S. 92 ff.

²⁹ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (Fn. 1), § 25 Rz. 15; zum dt. Recht *Bachmann*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder (Fn. 3), Vorb. Rz. 34; *Bachmann*, AG 2012, 565, 566; *Roth*, NZG 2012, 881, 884.

stellt.³⁰ Außerdem sollen Verhaltensstandards und Standards guter Unternehmensführung erreicht werden, die über das gesetzlich vorgeschriebene Maß hinausgehen. Sie zielen auf die Optimierung der Corporate Governance ab.³¹

Die Funktionen des Kodex zielen somit einerseits auf die kapitalmarktrechtliche Kommunikation, andererseits auf die gesellschaftsrechtliche Ordnung. Sie richten sich „einstufig“ von den Organen und Verantwortlichen der Gesellschaft an die maßgeblichen Adressaten, nämlich die Anleger und damit den Kapitalmarkt.³² Die Verpflichteten des Corporate Governance Kodex sind jeweils die Organ- und Funktionsträger der Gesellschaft gegenüber den Kapitalgebern, somit vor allem gegenüber den Investoren und somit den aktuellen Aktionären und den künftigen Investoren und Anlegern.

2. Zweck und Zielrichtung des PCGK

Völlig anders ist dies beim Public Corporate Governance Kodex. Diese Kodizes haben eine doppelte Stoßrichtung.³³ Sie richten sich nämlich zum einen an die Beteiligungsverwaltung, somit an die Gesellschafter, und haben insofern den Charakter von verwaltungsrechtlichen Rechtsakten. Zum anderen zielen sie – gleich wie Corporate Governance Kodizes für börsennotierte Gesellschaften – auf die Verwaltungsorgane der Gesellschaft.

Diese Zweistufigkeit³⁴ folgt aus der unterschiedlichen Eigentümerstruktur von börsennotierten Unternehmen und Unternehmen im öffentlichen Eigentum: Bei börsennotierten Unternehmen sollen die Verwaltungsorgane der Gesellschaft gegenüber ihren Eigentümern und Risikokapitalgebern, somit Investoren und Anlegern, unmittelbar in die Pflicht genommen werden und deren Verhalten soll durch die Kodizes erläutert und gesteuert werden.

Bei Unternehmen im öffentlichen Eigentum ist diese Kommunikations- und Verhaltenssteuerung zweifach: So werden wie bei den börsennotierten Gesellschaften die Verwaltungsorgane, somit die Geschäftsführung und die Aufsichtsorgane, verpflichtet, zugleich – und dies ist der entscheidende Punkt – werden auch die Vertreter des Eigentümers, nämlich das Beteiligungsmanagement, in die Pflicht genommen. Dies ist naheliegend, da auch sie – gleich wie Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder – letztlich Fremdvermögensverwalter der öffentlichen Hand, somit der Bürger eines Landes, eines Bundeslandes oder einer Gemeinde, sind.

³⁰ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (Fn. 1), § 25 Rz. 14; *Bachmann*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Fn. 3), Vorb. Rz. 35.

³¹ *Bachmann*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Fn. 3), Vorb. Rz. 35; v. *Werder*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Fn. 3), Präambel Rz. 103.

³² *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht (Fn. 1), § 25 Rz. 13 ff.; *Bachmann*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Fn. 3), Vorb. Rz. 33 ff.; v. *Werder*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Fn. 3), Präambel Rz. 102 ff.

³³ *Schürnbrand*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 1), Vorb. § 394 Rz. 13; *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 177 (2013), 13, 37 f.

³⁴ *Lienhard*, BOARD 2017, 267, 268.

Ziel des Public Corporate Governance Kodex ist es, Transparenz nicht gegenüber dem Kapitalmarkt, sondern gegenüber dem Steuerzahler zu schaffen und eine Professionalisierung des Verwaltungshandelns in denjenigen Bereichen zu fördern, in denen sich der Bund zur Erfüllung seiner Aufgaben privatrechtlich organisierter Rechtsträger bedient.³⁵ Somit hat der Public Corporate Governance Kodex ebenfalls zwei Funktionen, nämlich Transparenzfunktion und Ordnungs- und Steuerungsfunktion. Sie sind aber anders ausgerichtet als beim Corporate Governance Kodex für börsennotierte Unternehmen.

Der PCGK ist weitgehend am ÖCGK orientiert, zum Teil weicht er davon ab. Dies ist nicht einer „abweichenden Meinung“ zur Good Corporate Governance für börsennotierte Unternehmen, sondern nur der notwendigen Abweichung wegen der anderen und breiteren Zielrichtung geschuldet.³⁶ Allerdings besteht die Gefahr, dass wegen der dennoch starken Ausrichtung am breit gestreuten Börsenunternehmen zum Teil unpassende und überschießende Regelungen geschaffen werden.

Der Public Corporate Governance Kodex hat Ordnungs- und Informationszwecke, nämlich die Verbesserung der Nachhaltigkeit der Unternehmensführung sowie eine Verbesserung des Informationsflusses zwischen den Unternehmen und den Eigentümern, somit der Beteiligungsverwaltung, und schließlich die Transparenz der öffentlichen Unternehmen gegenüber den Steuerzahlern.³⁷ Ein Kodex soll zu mehr Transparenz über die Tätigkeit und die Unternehmensführung öffentlicher Unternehmen beitragen und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Leitung und Überwachung der Unternehmen fördern.

Bei der Corporate Governance öffentlicher Unternehmen geht es nicht allein um die Organisation der Organe innerhalb des Unternehmens, sondern zugleich auch um die bestmögliche Ausgestaltung und Steuerung durch den Staat und seine Organe als Anteilseigner im Rahmen seiner Beteiligungsverwaltung.³⁸ Corporate Governance soll die wirksame und effiziente Leistungserbringung im demokratischen Rechtsstaat fördern.³⁹ Die dadurch geschaffene Transparenz richtet sich nicht an Anleger, künftige Investoren und den Kapitalmarkt, sondern an den Steuerzahler.⁴⁰ Der Zweck des Public Corporate Governance Kodex liegt auch in der Absicht, der Öffentlichkeit Rechenschaft zu leisten und ihr Vertrauen in die öffentliche Verwaltung und ihre Unternehmen zu erhöhen.⁴¹ Die doppelte

³⁵ Zum dt. Recht *Bachmann*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Fn. 3), Vorb. Rz. 59.

³⁶ Vgl. auch *Bachmann*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Fn. 3), Vorb. Rz. 59a.

³⁷ Salzburger Corporate Governance Kodex, Präambel Abs. 2; Vorarlberger Corporate Governance Kodex, Einleitung Abs. 1.

³⁸ *Lienhard*, in: *SVVOR* (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2008, S. 49; *Schürnbrand*, in: *MünchKomm AktG* (Fn. 22), Vorb. § 394 Rz. 13.

³⁹ *Lienhard*, *BOARD* 2017, 267, 268; *ders.*, in: *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienstrecht* (Fn. 38), S. 48.

⁴⁰ *Bachmann*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder* (Fn. 3), Vorb. Rz. 59.

⁴¹ *Ruter*, *ZögU* 2004, 389, 390.

Wirkrichtung stellt einen ganz wichtigen Unterschied der Public Corporate Governance Kodizes im Vergleich zu Corporate Governance Kodizes für börsennotierte Gesellschaften dar und hat damit auch das Potenzial, eine deutlich stärkere Verhaltenssteuerung zu bewirken.⁴²

3. Ausgangslage für Unternehmen im öffentlichen Eigentum

Die Ausgangslage der Unternehmen im öffentlichen Eigentum liegt in der besonderen Zweckausrichtung. Anders als Unternehmen im privaten Eigentum oder Unternehmen, deren Aktien an Börsen notieren, sind öffentliche Unternehmen in vielen Fällen nicht allein darauf ausgerichtet, zugunsten ihrer Anteilseigner einen größtmöglichen Gewinn zu erwirtschaften, sondern haben im Regelfall neben der Ertrags erwirtschaftung die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zum Ziel, vielfach sind sie auch primär auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ausgerichtet.⁴³

Besondere Brisanz hat dieser Interessenkonflikt in gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften, in denen neben dem öffentlichen Eigentümer auch private Anteilseigner beteiligt sind.⁴⁴ Je stärker die Organe der Gesellschaft bei öffentlichen und privaten Eigentümern öffentliche Interessen verfolgen, die denen der Gesellschaft in gewissem Maß entgegenlaufen, umso mehr handeln sie damit auch gegen die Interessen der privaten Eigentümer.⁴⁵

Eine Corporate Governance und eine Verhaltenssteuerung durch Ordnung ist in öffentlichen Unternehmen auch deshalb von so großer Bedeutung, weil die Verhaltenssteuerung durch die „Füße“ nicht geht, zumal die Sanktionierung durch Desinvestition im Regelfall nicht offensteht.⁴⁶ Da dieses Korrektiv fehlt, unterliegen Unternehmen im öffentlichen Eigentum nicht den erwerbswirtschaftlichen Anforderungen. Es fehlen die marktwirtschaftlichen Voraussetzungen und der Druck des Marktes, insbesondere die Abwesenheit von Eigentümern und von Wettbewerbern.⁴⁷

Hinzu kommt eine Rollenvielfalt des Staates, der zugleich als Gesetzgeber, Gewährleister, Regulierer, Besteller und Eigentümer eines Unternehmens auftreten kann.⁴⁸ Aufgrund der zwei- oder mehrpoligen Interessenverfolgung und der mehrfachen Rollenausübung durch den Staat kommen öffentlichen Unternehmen vielfach deutlich größere Handlungsspielräume im Vergleich zu Unter-

⁴² *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 2013, 13, 37.

⁴³ *K. Hommelhoff*, in: FS P. Hommelhoff, 2012, S. 447, 448, 455; *Ruter*, ZögU 2004, 389, 391; *Gemkow*, ZCG 2010, 65.

⁴⁴ *Dazu Kahl*, in: Holoubek/Potacs (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bd. 2, 3. Aufl., 2013, S. 403; *Burgi*, ZCG 2010, 41, 42.

⁴⁵ *Schwintowski*, NVWZ 2001, 607, 609; *Schneider*, AG 2005, 493, 494; *Schürmbrand*, ZIP 2010, 1105, 1106.

⁴⁶ *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 2013, 13, 41; *Jud/Harrer/Graf*, GesRZ 2014, 208; *Ruter*, ZögU 2004, 398, 392.

⁴⁷ PCGK 2017, Einleitung, Abs. 4.

⁴⁸ *Lienhard*, BOARD 2017, 267, 268.

nehmen mit privaten Eigentümern zu.⁴⁹ Die Interessenvielfalt schwächt eine klare, effiziente Unternehmensführung und Zielverfolgung.⁵⁰ Nicht zu unterschätzen ist in dieser Interessenvielfalt und mehrpoligen Interessenverfolgung, dass politisch motivierte, im schlechten Fall parteipolitisch motivierte, Einflussnahmen auf die Gesellschaft ausgeübt werden.⁵¹

IV. Rechtliche Einordnung des PCGK

1. Bundesebene

In der Literatur wird die Rechtsqualifikation des Kodex als Selbstbindung des Bundes beschrieben, deren Beachtung den Organen des Bundes bei der Wahrnehmung von Anteilseigner- und Überwachungsfunktionen obliegt.⁵²

Betrachtet man dies allerdings genauer, so fehlt diese Wirkung zunächst auf der ersten Stufe. Weder besteht in der Verfassung eine unmittelbare Zuständigkeit der Bundesregierung für die Beteiligungsverwaltung der Unternehmen und Rechtsträger, die von der Republik Österreich gehalten werden, noch ordnet ein schlichtes Gesetz, etwa das Bundesministeriengesetz,⁵³ diese Zuständigkeit der Bundesregierung zu. Die Zuständigkeiten für die Beteiligungsverwaltung werden als Annexmaterie jeweils den Bundesministerien zugeordnet. So ist etwa für das Bundesministerium für Finanzen nach der Anlage zu § 2 des Bundesministeriengesetzes⁵⁴ Folgendes geregelt: Nach Z. 6 sind die Angelegenheiten der Österreichischen Bundes- und Industriebeteiligungen GmbH (ÖBIB) und deren Beteiligungen, die Verwaltung der Anteilsrechte des Bundes an den Unternehmungen im Sinne des Bundesverfassungsgesetzes, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Elektrizitätswirtschaft geregelt werden, sowie die Verwaltung der Anteilsrechte des Bundes an der Bundesimmobilien GesmbH Angelegenheiten des BMF. Hingegen sind gem. Anlage 2 Punkt j Z. 13 Angelegenheiten der österreichischen Bundesforste AG, der Bundesgärten und der Spanischen Reitschule dem Bundesministerium für Nachhaltigkeit und Tourismus zugeordnet. Gem. Anlage zu § 2 Teil 1 Z. 8 gehört zu den Angelegenheiten des jeweiligen Ministeriums unter anderem die Wahrnehmung des Leitungs- und Weisungsrechts gem. Art. 20 Abs. 1 BVG gegenüber allen nachgeordneten Verwaltungsbehörden, Ämtern und sonstigen Verwaltungseinrichtungen, die Aufgaben auf Sachgebieten besorgen, die nach dem Teil 2 dem Bundesministerium zur Besorgung zugewiesen sind, ebenso die Wahrnehmung der Dienstaufsicht

⁴⁹ *Jud/Harrer/Graf*, GesRZ 2014, 208.

⁵⁰ PCGK 2017, Einleitung, Abs. 4.

⁵¹ *Ruter*, ZögU 2004, 389, 391.

⁵² *Kalss/Kunz*, in: *Kalss/Kunz* (Hrsg.), *Handbuch für den Aufsichtsrat*, 2. Aufl., 2016, § 34 Rz. 81; *Jud/Harrer/Graf*, GesRZ 2014, 208; *Reiter*, RWZ 2013, 201.

⁵³ BGBl. 76/1986 i. d. F. BGBl. I 164/2017.

⁵⁴ Anlage zu § 2 des Bundesministeriengesetzes Teil 2 Punkt g.

gegenüber den Verwaltungsbehörden, Ämtern und sonstigen Verwaltungseinrichtungen des Ressortbereichs (Z. 9).

Gem. Anlage zu § 2 Teil 2 Punkt 1 Z. 5 liegt die Verwaltung der Anteilsrechte des Bundes an der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) sowie an der Alpen Straßen Aktiengesellschaft und der Österreichischen Autobahnen- und Schnellstraßen-Aktiengesellschaft, solange der Bund Aktionär dieser Gesellschaften ist, beim Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie. Ebenso gehören gem. Punkt 1 Z. 9 Angelegenheiten der Verwaltung der Anteilsrechte des Bundes an Angelegenheiten der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) in den Anwendungsbereich dieses Ministeriums. Wie aus dieser Aufzählung deutlich wird, besteht keine umfassende Zuständigkeit der Bundesregierung für die Anteilsverwaltung, sondern eine Zuständigkeit der jeweiligen Bundesminister.

Nummehr lässt sich der Beschluss der Bundesregierung vom 30.10.2012 sowie jener vom 28.6.2017 auch als Maßnahme jedes einzelnen Bundesministers für sein eigenes Ministerium deuten, d. h. umdeuten. Allerdings wurde dieser Beschluss nie in der Form als Summe einer Reihe von Einzelbeschlüssen bzw. Einzelmaßnahmen der jeweiligen Minister gefasst und nie als Veröffentlichung des jeweiligen Ministeriums.

Insofern ist der Beschluss über die Festlegung des Kodex für die Bundesbeteiligungen nur als schlichte Wissensaussage der Bundesregierung zu qualifizieren, die keine Bindungswirkung für den einzelnen Bundesminister als Selbstbindung entfaltet oder eine Weisung darstellt. Die Bundesregierung und die Bundesminister stehen in einem Verhältnis der Gleichordnung. Es besteht daher keine Richtlinienkompetenz der Bundesregierung gegenüber den einzelnen Bundesministern, ebenso wenig wie eine Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers im Verhältnis zu den einzelnen Ministern.⁵⁵ Insofern besteht keine gesetzliche Grundlage für eine Umdeutung.

Derzeit besteht somit kein rechtswirksamer Akt der zuständigen Minister auf Bundesebene. Vielmehr bedeuten sowohl der Beschluss der Bundesregierung aus dem Jahr 2012 als auch jener aus dem Jahr 2017 nur eine Bindung des konkret mitstimmenden Ministers, ohne sein Ministerium damit zu binden. Zwar wurde mit der Neufassung des B-PCGK die Bindung erneuert, allerdings ist in der Zwischenzeit die Legislaturperiode zu Ende gegangen und ist nunmehr eine neue Regierung tätig. Derzeit besteht somit keine rechtswirksame Selbstbindung der jeweiligen Bundesminister für die sorgfältsgemäße Verwaltung ihrer Anteile.

Da dies aber ohnehin nur eine Selbstbindung darstellen würde, die erst – jedenfalls für die Ebene der Unternehmensorgane – noch umgesetzt werden muss und zum Teil auch umgesetzt wurde (→ IV.3.), ist die mangelnde Rechtswirksamkeit für die Verbesserung der Corporate Governance in den öffentlichen Unternehmen nicht der archimedische Punkt für deren Funktionsfähigkeit.

⁵⁵ Siehe nur *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht, 11. Aufl., 2015, Rz. 662; *Mayer/Muzak*, in: *Mayer/Muzak*, B-VG, 5. Aufl., 2015, Art. 69 Rz. I.

2. Landesebene

Anders ist die Rechtslage im Landesbereich. Die Landesregierung ist für die Anteilsverwaltung von Unternehmen, die im Eigentum des Landes stehen, zuständig. Beschließt daher die Landesregierung einen Corporate Governance Kodex für Landesunternehmen und Landesbeteiligungen, so ist dies tatsächlich als Selbstbindung des Landes zu qualifizieren und zugleich als Verpflichtung der Obersten Organe des Landes, die Verhaltensanordnungen in den jeweiligen Gesellschaften oder Beteiligungen umzusetzen.⁵⁶

Selbsttredend ist nicht immer die gesamte Landesregierung für die Beteiligungsverwaltung zuständig, vielmehr folgt diese jeweils aus der Geschäftsordnung der jeweiligen Landesregierung, die anordnet, welches Regierungsmitglied für welches Unternehmen die Gesellschafterrechte wahrnimmt.⁵⁷

3. Geltungskraft für Gesellschaften

Um eine Bindung des jeweils betroffenen Unternehmens bzw. der Gesellschaft herbeizuführen, ist es notwendig, dass die Gesellschaft, an der die Republik Österreich beteiligt ist oder auf die sie einen maßgeblichen Einfluss ausüben kann, den Kodex bzw. einzelne Regelungen davon für die jeweils konkrete Gesellschaft anwendbar und verbindlich macht. Möglichkeiten dafür sind – ähnlich wie beim ÖCGK für börsennotierte Gesellschaften⁵⁸ – eine Bindung durch den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung und nachgeordnet durch Geschäftsordnungen für die Geschäftsführung und für das Aufsichtsorgan. In der GmbH ist es auch zulässig und möglich, eine gesellschaftsrechtliche Weisung zu beschließen und damit gegenüber der Geschäftsführung die Umsetzung anzuordnen.

Um den Kodex tatsächlich in den einzelnen betroffenen Unternehmen umzusetzen, ist gem. Punkt 6.1 B-PCGK die Verankerung im Regelwerk der Unternehmen durch die Anteilseigner erforderlich. Einerseits sind die Anteilseigner verpflichtet, die Beachtung des Kodex im Rahmen ihrer Befugnisse durch Verankerung im Regelwerk der Unternehmen sicherzustellen. Fehlt den Anteilseignern die ausreichende Befugnis zur Umsetzung, so sind andererseits die von den Anteilseignern bestellten Überwachungsorgane dafür zuständig, auf Maßnahmen im Sinne dieses Kodex hinzuwirken. Gemeint sind damit etwa die Erstellung und Anpassung von Geschäftsordnungen des Vorstands oder des Aufsichtsrats sowie die Festlegung der Geschäftsverteilung, ebenso wie Klarstellungen und Vereinbarungen im Dienstvertrag von Vorstandsmitgliedern.⁵⁹ Als Regelwerk werden die Satzung, somit der Gesellschaftsvertrag, die Gründungserklärung, die Statuten eines Vereins, die Stiftungserklärung oder die Satzung einer AG, die Geschäfts-

⁵⁶ VfSlg 5846/1968; Mayer, B-VG, 4. Aufl., 2007, Art. 101 Rz. I.4.

⁵⁷ Siehe etwa Punkt 2.1. des Salzburger Corporate Governance Kodex für die dortigen Landesunternehmen.

⁵⁸ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht (Fn. 1), § 25 Rz. 51; Kalss, in: MünchKommAktG (Fn. 1), § 161 Rz. 143.

⁵⁹ Siehe auch PCGK, Anmerkung zu Punkt 6.2.

ordnung für das Aufsichtsorgan und die Geschäftsleitung sowie die Anstellungsverträge mit den Mitgliedern der Geschäftsleitung verstanden.⁶⁰

4. Verbindlichkeit für ausgewählte Personen

Ministerialbedienstete, die die participationsverwaltung besorgen oder eine sonstige Organfunktion ausüben, können aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Weisung verpflichtet werden, die Umsetzung zu besorgen, soweit dies im Rahmen ihrer Zuständigkeit möglich ist. Sonstige Beauftragte, die nicht Bedienstete des jeweiligen Ministeriums sind, können mittels eines zivilrechtlichen Auftrags und einer entsprechenden Vollmacht damit verpflichtet und berechtigt werden, die Umsetzung in einer konkreten Gesellschaft voranzutreiben. Ab dem Zeitpunkt, ab dem die Gesellschaft eine entsprechende Satzungsbestimmung oder gesellschaftsvertragliche Regelung beschlossen hat bzw. ein sonstiger gleichwertiger rechtlicher Akt gesetzt wurde (Weisung), erlangen diese Regelungen für die Gesellschaft und deren Organe Verbindlichkeit.

V. Regeltypen des PCGK

Der Aufbau des Kodex ähnelt dem des ÖCGK, die Regelungsstruktur ist jedoch eine andere. Zunächst enthält der Kodex nur zwei Normtypen, nämlich sogenannte K-Regelungen und C-Regelungen. Die K-Regelungen, somit Kodex-Regelungen, bilden zum Teil zwingende gesetzliche Vorschriften ab, in der Diktion des ÖCGK wären dies die L-Regelungen. Die Kodex-Regelungen (K-Regelungen) greifen aber weiter. Sie beziehen neben den zwingenden gesetzlichen Vorschriften auch noch die schlichten Wünsche des Eigentümers oder Beherrschers ein, somit der Republik Österreich, dass bestimmte Regelungen von den Gesellschaften angewendet werden, unabhängig davon, ob sie zwingend von Gesetzes wegen vorgesehen sind oder nicht.⁶¹ K-Regelungen sind verpflichtende Regelungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie gem. Punkt 5.2. uneingeschränkt zu beachten sind, sofern ihnen im Einzelfall nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen.

Die K-Regelungen umfassen somit zwei völlig unterschiedliche Typen von Regelungen, nämlich einerseits geltendes zwingendes Gesetzesrecht und andererseits Wünsche des Eigentümers, bestimmte Regelungen in den einzelnen Gesellschaften und Rechtsträgern umzusetzen. Diese Wünsche können von den Gesellschaften und Rechtsträgern nur erfüllt werden, soweit sie nicht gegen Gesetzesrecht verstoßen. Die K-Regelungen, die nicht zwingendes Gesetzesrecht sind, sondern nur Wünsche und Regelungsvorschläge des Eigentümers, haben keine Außenwirkung. Somit kommt ihnen keine Schutzwirkung zugunsten Dritter zu.

⁶⁰ PCGK, Anmerkung zu Punkt 6.1.

⁶¹ Kalss, in: Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg.), Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2017, Rz. 3/321.

Ein Dritter kann sich daher bei Verletzung einer K-Regelung nicht darauf berufen oder bei deren Nichtanwendung keine Ansprüche gegen die Gesellschaft ableiten und geltend machen. Vorstellbar ist dies etwa bei Nichteinhaltung der Vorgaben für die D&O-Versicherung oder bei Nichteinhaltung der Vorgaben über die Vergütung der Geschäftsleitung. Denkbar wäre dies etwa auch bei der K-Regelung 9.4.3, wonach bei einem vorzeitigen Widerruf der Bestellung zum Mitglied der Geschäftsleitung aus einem von diesem zu vertretenden wichtigen Grund keine Abschlagszahlung zu leisten ist, aber dennoch eine derartige Zahlung vorgenommen wird und die Gesellschaft sodann in Konkurs geht. Vorstellbar ist dies auch, wenn 9.4.3 Abs. 3 nicht eingehalten wird, nämlich wenn nach Leistung einer Abschlagszahlung Anhaltspunkte für einen Schadenersatzanspruch, etwa negative Ergebnisse im Unternehmen, nachträglich hervorkommen, die auf die Tätigkeit des betreffenden Mitglieds zurückzuführen sind und die eine Rückzahlung oder eine entsprechende Minderung der Abschlagszahlung rechtfertigen, und daher eine darauf bezogene Kürzung zu vereinbaren wäre und dies nicht passiert, wodurch die Gesellschaft einen finanziellen Nachteil erleidet.

Neben den K-Regelungen bestehen C-Regelungen. C-Regelungen sind Comply-or-Explain-Regelungen. C-Regelungen sind Regelungsempfehlungen, von denen abgewichen werden kann. Die Abweichung ist erklärungsspflichtig. C-Regelungen werden einerseits durch den Hinweis C kenntlich gemacht, andererseits durch die Formulierung „soll“. Die Abweichung ist im Corporate Governance-Bericht offenzulegen. Empfehlungen (R-Regelungen, Recommendation), wie sie der ÖCGK für börsennotierte Gesellschaften kennt, finden sich im PCGK nicht.

Außerdem kennt der Kodex auch noch die Anmerkung. Die Anmerkung ist keine Regelung, sondern eine erste – amtliche – Erläuterung. Die Anmerkungen sind nicht Bestandteil des PCGK. Sie erläutern nur seine Inhalte und Zielsetzungen.⁶² Anmerkungen enthalten nicht nur Erläuterungen des Kodexgebers, sondern sie betten die Kodexregelung insgesamt in das gesetzliche Regelungsumfeld ein.

VI. Anwendungsbereich des PCGK

1. Vielfalt der Rechtsträger

Die Regelungsgeber des Bundes Public Corporate Governance Kodex haben kein klares normatives Regelungsleitbild vor Augen, an das sich der Kodex primär richtet. Während bei den Landeskodizes in Salzburg und vor allem in Vorarlberg die GmbH den primären Regelungsadressaten und das normative Leitbild bildet oder beim ÖCGK dies die publikumsorientierte börsennotierte Gesellschaft ist, liegt dem PCGK keine normative „Leitgesellschaft“ zugrunde, weder die GmbH noch eine sonstige Gesellschaft. Vielmehr gilt der PCGK für alle Rechtsformen,

⁶² Siehe zum deutschen Parallelkodex *Schürnbrand*, in: MünchKomm AktG (Fn. 1), Vorb. § 394 Rz. 12.

und seine Regelungen ergießen sich gleichsam gießkannenartig auf alle Rechtsformen, unabhängig davon, ob sie privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur sind.

Die C-Regelungen orientieren sich und gründen sich gem. Punkt 5.3. auf die Rechtsverhältnisse bei Kapitalgesellschaften. Sie sind bei Unternehmen in anderer Rechtsform auf die dortigen körperschaftlichen Strukturen und Organverhältnisse so weit wie möglich zu übertragen. Allein in den C-Regelungen findet sich eine Orientierung an den Kapitalgesellschaften. Diese sollen nach der Intention des Kodexgebers auf andere Rechtsformen, soweit dies möglich ist, übertragen werden.

Die Vielfältigkeit und gießkannenartige Geltung der Regelungen ist zweifach ausgerichtet. Zunächst wird eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsformen adressiert. Neben den naheliegenden Rechtsformen der AG, der GmbH und den Personengesellschaften, die eine Mitgliedschaft und damit eine Anteilseigentümerschaft kennen, erfasst der Regelungsbereich des Kodex auch Rechtsformen, an denen kein Eigentum begründet werden kann, wie etwa Bundesstiftungen, Privatstiftungen oder Anstalten des öffentlichen Rechts. Zudem werden auch andere öffentliche Rechtsformen einbezogen, wie öffentliche Fonds oder öffentliche Gesellschaften (z. B. Spanische Hofreitschule GmbH als öffentliche Gesellschaft).⁶³ Die öffentliche Gesellschaft bedient sich aber durch einen Verweis in § 1 Spanische Hofreitschule-Gesetz der Regelungen des allgemeinen GmbH-Rechts.

2. Unternehmen

In den Geltungsbereich des PCGK fallen nur Unternehmen des Bundes, nicht hingegen Unternehmen der Bundesländer oder der Gemeinden. Unternehmen sind in bestimmten Organisationsformen in Erscheinung tretende wirtschaftliche Einrichtungen. Der PCGK wendet sich in erster Linie an Unternehmen, die eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweisen und einer Tätigkeit nachgehen, die sich auf Vermögenswerte stützt und mit Einnahmen und Ausgaben verbunden ist, unabhängig davon, ob sie darüber hinaus auch Ziele der öffentlichen Verwaltung verfolgen.⁶⁴

Unternehmen werden in Punkt 3.3 PCGK definiert. Der Begriff knüpft an Art. 126b Abs. 1 und 2 BVG sowie § 1 des Stellenbesetzungsgesetzes an. Die Formulierung umfasst jedenfalls die Gesellschaften privaten Rechts, wie die Kapitalgesellschaften AG und GmbH sowie die Personengesellschaften. Da der Unternehmensbegriff rechtsformunabhängig ist, werden auch Vereine, Stiftungen, Privatstiftungen, Fonds und Anstalten erfasst, sofern sie nur eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, die auf Vermögenswerte gestützt ist und mit Einnahmen und Ausgaben verbunden ist.⁶⁵

Die Unternehmen müssen Unternehmen des Bundes sein, d. h. Unternehmen, an denen der Bund am Stamm-, Grund- oder Eigenkapital mit mindestens 50 %

⁶³ Spanische Hofreitschule-Gesetz BGBl. I 115/2000 i. d. F. BGBl. I 58/2017.

⁶⁴ PCGK, Einleitung.

⁶⁵ Siehe dazu auch *Kroneder-Partisch*, in: Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 126b BVG Rz. 17; VfGH VfSlg 10.7609/1985.

beteiligt ist. Auch Unternehmen, die der Bund durch andere finanzielle, sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht, bei denen somit keine unmittelbare Beteiligung gegeben ist, aber durch finanzielle Förderung oder Finanzierung oder durch sonstige vertragliche Bindungen der Einfluss tatsächlich ausgeübt werden kann, fallen in den Anwendungsbereich. Schließlich sind Gesellschaften, Stiftungen, Fonds und Anstalten öffentlichen Rechts oder sonstiger Rechtsträger öffentlichen Rechts einbezogen, die der Aufsicht des Bundes unterliegen.

Der Kodex gilt somit für einen breiten Anwendungsbereich von Unternehmen. Anknüpfungspunkt ist eine bestimmte auf Vermögen basierende wirtschaftliche Tätigkeit, unabhängig von der Rechtsform und unabhängig auch von der konkreten Beherrschung und Einflussnahmemöglichkeit durch den Bund, sei es durch unmittelbares oder mittelbares Eigentum oder durch sonstige einflussgewährende Maßnahmen.

Der Kodex zielt somit nicht klar auf eine bestimmte Rechtsform, sondern greift besonders weit, insbesondere erfasst er etwa auch Anstalten des öffentlichen Rechts wie etwa den Forschungsförderungsfonds (FWF) oder die österreichische Akademie der Wissenschaften. Nach dem Verständnis der Kodexgeber bezieht er auch Universitäten mit ein.⁶⁶

3. Mehrheitliche Beteiligung oder Beherrschung

Erfasst werden allerdings nur die Unternehmen, an denen der Bund zu mindestens 50 % beteiligt ist oder eine tatsächliche Beherrschung des Bundes gegeben ist. Tochterunternehmen wiederum sind Unternehmen, an denen Unternehmen des Bundes mit mindestens 50 % an deren Stamm-, Grund- oder Eigenkapital beteiligt sind oder die von Unternehmen des Bundes durch andere finanzielle, sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen beherrscht sind. Das heißt, auch bei Tochterunternehmen des Bundes muss keine unmittelbare Beteiligung des Unternehmens des Bundes bestehen. Tochterunternehmen von Unternehmen des Bundes sind im Verhältnis zum Bund selbst dessen Enkelgesellschaften.

Schließlich nennt der Kodex unter Punkt 3.6 Subunternehmen von Unternehmen des Bundes. Subunternehmen sind wiederum Unternehmen, die von Unternehmen des Bundes indirekt beherrscht werden, indem sie durch eine finanzielle Beteiligung mit mehr als 50 % oder eine Beherrschung oder eine tatsächliche Beherrschung eines Unternehmens höherer Stufe über eine oder mehrere solche Stufen mit einem Tochterunternehmen des Bundes verbunden sind. Der Kodex weicht in seiner Terminologie von der unternehmensrechtlichen Terminologie von Tochtergesellschaften und der gebräuchlichen Diktion von Enkelgesellschaften ab. Dies erklärt sich zum einen daraus, dass auch Rechtsträger ohne Eigentümer und Anteile erfasst werden, und zum anderen daraus, dass nicht nur die Beteiligung als Bindeglied anerkannt wird.

⁶⁶ PCGK Anmerkung zu Punkt 3.2; krit. dazu *Funk*, FS Fenyes, 2013, S. 870 ff.

Ein Konzern wird gem. Punkt 3.7. als Zusammenschluss von Unternehmen des Bundes mit anderen bzw. ihren eigenen Tochter- und Subunternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit unter einer einheitlichen Leitung beschrieben, wobei jedes Unternehmen eine eigene Bilanz und Erfolgsrechnung hat. Somit weicht der Konzernbegriff des Kodex von der gesellschaftsrechtlichen Konzerndefinition gem. § 15 AktG sowie § 115 GmbHG ab, da jedenfalls die einheitliche Leitung verlangt wird und die Beherrschung als solche nicht ausreicht.

Der Kodex anerkennt eine Bagatellgrenze, nämlich dass Unternehmen, die einen geringeren Umsatz als 300.000 Euro pro Jahr erwirtschaften und die nicht mehr als zehn Bedienstete haben, nicht in den Anwendungsbereich des Kodex fallen. Der Kodex sieht außerdem vor, dass für Aktiengesellschaften, die ohnehin gem. § 243c UGB einen in Österreich oder am Börsenplatz allgemein anerkannten Corporate Governance Kodex anzuwenden haben, der PCGK nicht anzuwenden ist (K-Regel 4.2.). Somit gilt eine Nachrangklausel gegenüber dem ÖCGK oder einem anerkannten CGK an einer ausländischen Börse. Selbst wenn aber die Muttergesellschaft selbst nicht unter den Anwendungsbereich fällt, weil ihre Aktien an einem Börsenplatz notieren, fallen ihre Tochtergesellschaften dennoch in den Anwendungsbereich des PCGK, sofern sie die sonstigen Voraussetzungen erfüllen.

4. Gießkane mal zwei

Diese gießkannenartige Regelung hat Vor- und Nachteile. Nachteile liegen darin, dass mit der Aufgabe eines klaren Fokus auch die Zielgenauigkeit der Regelungen verloren geht, durch eine Zusammenwürfelung unterschiedlicher Regelungen und normativer Ausgangslagen das erwünschte Regelungsziel verwischt wird und damit die Klarheit und effiziente Umsetzung der Regelung leiden. Jedenfalls kann dies im Bereich der C-Regelungen durch eine Orientierung an den Kapitalgesellschaften gedämpft werden. Allerdings sind gerade im organisatorischen Bereich die Kapitalgesellschaften AG und GmbH deutlich unterschiedlich ausgestaltet.

Die Wirkung und damit Leistung der Einbeziehung aller möglichen Rechtsträger privat- und öffentlich-rechtlicher Natur liegen eben gerade darin, dass damit nicht nur eine kleine Zahl von ausgewählten Unternehmen in den Anwendungsbereich einbezogen wird, sondern der Regelungskern und das Regelungsanliegen des Kodex, nämlich betriebswirtschaftliche Grundregelungen im Management und in der Überwachung des Unternehmen breit auszurollen, auf diese Art und Weise erreicht werden können.

Tatsächlich ist die Leistungskraft des Kodex gerade bei den im Verhältnis zu Aktienrecht und GmbH-Recht wenig durchregulierten Rechtsformen am größten. Bei diesen kommt noch das Defizit hinzu, dass sie mangels breiter Anwendbarkeit weder von der Rechtsprechung noch von der Lehre intensiv durchdrungen sind und sich daher für viele Einzelfragen keine Best Practice entwickeln konnte. Gerade in diesem weiten Ausgreifen der Regelungen liegt ein wesentli-

cher Wirkungshebel des österreichischen PCGK. Während daher Gesellschaften wie die ÖBB oder die ASFINAG nur in relativ kleinen Teilbereichen Anpassungen und Nachzeichnungen ihres Regelwerks im Verhältnis zum PCGK vornehmen mussten, bestand bei wenig regulierten Rechtsformen, wie etwa bei der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, ein deutlich weiter reichender Regelungsbedarf, um den Anforderungen des PCGK nachzukommen.

Der PCGK gilt für alle Rechtsformen, unabhängig davon, ob sie im wettbewerbsoffenen oder wettbewerbsfreien Sektor der Wirtschaft tätig sind.⁶⁷ Der Kodex verzichtet weitgehend auch darauf, die besonderen Anforderungen jener Unternehmen, die im wettbewerbsfreien Bereich tätig sind, gesondert herauszustreichen. Der Kodex verzichtet auch darauf, die Adressaten neben der effizienten Unternehmensführung im Sinne der Vermeidung der Mittelverschwendung für die zu besorgenden öffentlichen Aufgaben an besondere Regelungen zu binden. Insofern beschränkt sich der Kodex auf eine Sicherung der Wirtschaftlichkeit und Effizienz in der Geschäftsgebarung, ohne die hier bestehende Vielfalt der Unternehmenstypen aufzugreifen und für unterschiedliche Typen bzw. Kategorien von Unternehmen nach ihrer Ausrichtung konkretisierende und damit zielgenauere Regelungen zu schaffen.

Die Beschränkung auf die betriebswirtschaftlichen Basisregelungen hat einerseits den Vorteil, dass genau diese Regelungen nun in allen Unternehmen des Bundes umgesetzt werden müssen und damit tatsächlich ein sachgerechtes Regelungsregime schaffen. Andererseits wird mit der eigenen Reduzierung des Regelungsbereichs eine Chance versäumt, die Unterschiedlichkeit der Unternehmenstypen aufzugreifen und eine Wirkungskontrolle und Kontrolle ihrer Aufgabenerfüllung tatsächlich vorzunehmen. Zwar besteht nach anderen gesetzlichen Regelungen, wie dem BHG, die Aufgabe der Wirkungskontrolle (Wirkungscontrolling)⁶⁸, allerdings wäre dies eine Gelegenheit gewesen, auch diese Regelungen in den Kodex aufzunehmen und einer Best Practice zu unterwerfen.

Die Homogenität sowohl der Gesellschaften im Anwendungsbereich der Landeskodizes als auch der börsennotierten Unternehmen der breit gestreuten Publikumsaktiengesellschaften und die damit einhergehende deutlich höhere Homogenität der Adressaten verhelfen den Regelungen zu einer deutlich höheren Wirkungskraft und Zuspitzung der konkreten Regelung.

Der Kodex erfasst auch völlig unterschiedliche Unternehmen in wettbewerbsoffenen und wettbewerbsfreien Sektoren der Wirtschaft.⁶⁹ Dabei wird überhaupt nicht auf die unterschiedlichen Bedürfnisse von Unternehmen, die primär im kulturellen Bereich, oder Unternehmen, die primär in der Daseinsvorsorge, oder Unternehmen, die im freien Wettbewerb tätig sind, eingegangen. Beispiele des freien Wettbewerbs sind Unternehmen etwa in der Energieversorgung oder im Verkehr.

⁶⁷ PCGK, Präambel Abs. 6.

⁶⁸ § 68 BHG; vgl. dazu *Lödl/Antl/Petridis-Pierre/Pfau/Seiwald*, BHG 2013, 3. Aufl., 2012, § 68 Rz. 71.

⁶⁹ PCGK, Präambel Abs. 6.

Die gießkannenartige Streuung der Anwendung des PCGK auf Unternehmen des wettbewerbsfreien und wettbewerbsoffenen Bereiches verlangte eine unterschiedliche Ausrichtung. Neben der sorgfältigen Verwaltung und Fortentwicklung des Eigentums sollte auch die Verfolgung völlig unterschiedlicher und auch unterschiedlich gewichteter öffentlicher Interessen in den unterschiedlichen Typen von Unternehmen zum Ausdruck kommen. Diese völlig divergente Ausrichtung im Kodex findet kaum und nur in allgemeinen Programmsätzen ihren Niederschlag. Dies führt dazu, dass die tatsächliche Aufgabenerfüllung kaum überprüft und gemessen wird. Vielmehr konzentriert sich der PCGK allein auf die ordentliche Vermögensverwaltung im Sinne einer ordentlichen Gebarungsprüfung. Die Gießkanne der völligen Offenheit für die Rechtsformen wird noch einmal verstärkt durch die Gießkanne der vollkommenen Offenheit für die unterschiedlichen Unternehmenstypen. Der Vorteil der Neutralität für Rechtsformen und Unternehmenstypen liegt umgekehrt gerade darin, dass sie alle erfasst werden. Der Nachteil und die Abstriche sind hingegen darin zu sehen, dass damit keine Zielgenauigkeit und Anpassung für die jeweilig betroffenen Unternehmen erreicht werden können.

VII. Pflichten der Anteilseigner

1. Ansätze der Differenzierung

Entsprechend der zweistufigen Zielrichtung des PCGK, einerseits die Anteilseigner und die Beteiligungsverwaltung zu regeln und andererseits die Geschäftsleitungs- und Überwachungsorgane der erfassten Gesellschaften, sieht der PCGK einige grundlegende Regelungen für Rechte und Pflichten der Anteilseigner vor. Als Anteilseignerrechte werden sowohl die gesellschaftsrechtlichen oder mitgliedschaftsrechtlichen Rechte verstanden als auch die Rechte, die sich allein aus der Beherrschung im Sinne des PCGK, somit einer finanziellen, organisatorischen oder wirtschaftlichen Einflussnahme, ergeben.

Allein bei der Festlegung des Maßstabes für die Wahrnehmung der Anteilseigner wird in bestimmtem Maß auf die völlig unterschiedliche Ausrichtung der Unternehmen eingegangen. Unter der Regelung Punkt 7.3. (K-Regelung) wird festgelegt, dass die Anteilseigner sowohl die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit und Transparenz als auch das öffentliche Interesse an der optimalen Wahrnehmung der Aufgaben des Unternehmens zu berücksichtigen haben. Die für das Unternehmen geltenden Ziele, Wirkungen und Messgrößen sind im Rahmen der wirkungsorientierten Unternehmensführung jährlich rollierend festzulegen und zu dokumentieren. Diese wirkungsorientierte Unternehmensführung wird in Art. 51 Abs. 8 B-VG und § 2 Abs. 1 und 2 BHG 2013 für Unternehmen festgelegt.⁷⁰ Nur an dieser Stelle wird überhaupt

⁷⁰ 480 BlgNR 24. GP 7 zu § 2 Abs. 1 BHG; Lödl//Antl//Petridis-Pierre/Pfau/Seiwald, BHG 2013 (Fn. 68), § 2 Rz. 75.

eine Differenzierung der unterschiedlichen Ausrichtungen der Unternehmen vorgenommen. Im Wesentlichen wird dabei aber auf sonstige gesetzliche Regelungen verwiesen. Dies kann damit begründet sein, dass eben ohnehin gesetzliche Regelungen für eine wirkungsorientierte Anteilsverwaltung und ein Beteiligungscontrolling für die erfassten Unternehmen bestehen und eigenständige gesetzliche Regelungen dies vorsehen.

2. *Versäumte Chancen der Entwicklung einer „Good Practice“*

Genau dieser Aspekt lässt sich aber auch für zahlreiche andere Regelungen im Kodex selbst anführen. Die besondere Betonung oder auch Einbeziehung der unterschiedlichen Typen des Unternehmens, gerade auch bei der Tätigkeit der Anteilseigner, wäre insofern eine sinnvolle Ergänzung und Präzisierung und damit auch Ausfüllung des Kodex gewesen. Jedenfalls wurde damit die Chance einer Präzisierung der unterschiedlichen Aufgaben und damit auch einer Erleichterung der Transparenz in der Beurteilung dieser Unternehmen, in der Beurteilung der rechtmäßigen Unternehmensführung, in der Legitimität ihrer Tätigkeit gegenüber der Öffentlichkeit und gegenüber dem Steuerzahler erreicht.

Bei Erwerb oder Verwaltung der Beteiligungen sind jedenfalls die Interessen des Bundes zu berücksichtigen (Punkt 7.5.2.4.). Jedenfalls sind auch im Überwachungsorgan die besonderen Interessen des Unternehmens des Bundes zu berücksichtigen. Diese Sicherung des Einflusses des Bundes ist jedenfalls bei Unternehmen mit mehr als 30 Bediensteten oder einem Jahresumsatz von mehr als einer Million Euro durch ein Überwachungsorgan in der Satzung sowie durch entsprechende Wahl oder Bestellung der Mitglieder in das Überwachungsorgan zu besorgen. Diese Regelung ist eine C-Regel, daher kann von ihr abgewichen werden (Punkt 7.6.1. C). Die Einflussnahme des Bundes soll auch durch eine entsprechende regelmäßige Berichterstattung an die Anteilseigner sowie eine Festlegung der Zustimmung bei Maßnahmen, die zu einer erheblichen Veränderung der Geschäftstätigkeit und der Finanzertragslage und Risikostruktur des Unternehmens führen können, sichergestellt werden. Jedenfalls sind sachfremde Einflussnahmen unzulässig.

Die Aufgaben und Pflichten der Anteilseigner und des Staates als Eigentümer erschöpfen sich in diesen kurzen Regelungen, die auch ohnehin bereits in anderen Gesetzen, insbesondere im BHG, normiert sind. Hier hätte die Chance bestanden, dass der Kodex auch noch Regelungsspielräume und Regelungsaufgaben für den Bund als Eigentümer und Anteilseigner festlegt, indem er klar Linien zieht oder klar Aufgaben zuweist, die der Bund als Anteilseigner tatsächlich ausüben muss, und umgekehrt, indem er Grenzen und einen Rahmen für die Aufgaben und Befugnisse legt, die der Staat gerade nicht ausüben darf. Genau darin könnte die Aufgabe eines Kodex gesehen werden.

Sieht man die Aufgabe eines Kodex vor allem als Erarbeitung und Wegleitung einer Good Practice außerhalb des gesetzlich regulierten Rahmens, so wäre gerade hier der Raum zu füllen gewesen. Genau dies verabsäumt der Kodex aber

weitgehend und beschränkt sich auf die Wiedergabe der gesetzlichen Regelungen sowie auf eine schlichte betriebswirtschaftlich ausgerichtete Unternehmensführung.

Generell besteht ein Zug zur Regulierung auf gesetzlicher Ebene. Insofern wird der Regelungsspielraum für einen Kodex sowohl auf Ebene von börsennotierten Unternehmen als auch auf Ebene von öffentlichen Unternehmen deutlich geringer. Gerade in den Bereichen, in denen eine Good Practice für Corporate Governance entwickelt wird, folgt häufig eine gesetzliche Regelung und insofern wird der Raum für eine eigenständige Kodexregelung beseitigt.

Der Kodexgeber hätte aber hier seine Zurückhaltung aufgeben können und tatsächlich eine Good Practice für die Anteilseignerrolle festlegen können, die über die gesetzlichen Rechte und Pflichten hinausgeht und die er mit einer C-Regelung klar definieren könnte. Dies insbesondere, um das Ziel des Kodex, nämlich die Erarbeitung und Sicherung des Vertrauens der Bevölkerung in seine Tätigkeit, zu sichern und zu erhöhen.

3. Konzentration auf Unternehmensleitung und -überwachung

Der Kodex konzentriert sich generell vor allem auf die Aufgaben der Unternehmensleitung und der Unternehmensüberwachung und schreibt den Organen und Organträgern maßgebliche rechtliche Grundsätze vor. Sie sind für Kapitalgesellschaften eine Selbstverständlichkeit. Sie fehlen aber zu einem Gutteil bei sonstigen Rechtsträgern auf gesetzlicher Ebene. Hierin liegt eine ganz *maßgebliche Leistung* des Kodex, dass für alle geschäftsleitenden Organe der betroffenen Unternehmen bestimmte Managementgrundsätze und Überwachungsgrundsätze festgelegt werden, etwa die Pflicht zur Festlegung der Unternehmensstrategie, die Etablierung eines Compliance-Systems, die Vorsorge für Risikomanagement, Risikocontrolling und Korruptionsprävention, die Etablierung von Berichtspflichten an das Überwachungsorgan und die Anteilseigner, die Normierung für die Bewältigung von Interessenkonflikten, die Ausschreibung von Managementpositionen, die Bestellung und Abberufung der leitenden Organe, die Regelung einer D&O-Versicherung und die Bestellung und das Zusammenwirken von Abschlussprüfern.

VIII. Corporate Governance-Bericht

Schließlich sieht der Kodex die Erstellung eines Corporate Governance-Berichts vor. Der Bericht ist gem. Punkt K.15.1.1. (K-Regelung) gemeinsam mit dem Jahresabschluss dem nach dem Gesetz zur Genehmigung des Jahresabschlusses zuständigen Organ vorzulegen. Er ist – anders als der Corporate Governance-Bericht gem. § 243b UGB – nicht unbedingt zu veröffentlichen. Im Public Corporate Governance-Bericht ist darzulegen, ob dem Kodex entsprochen wurde und ob

von verpflichtenden Kodex-Regelungen oder Comply-or-Explain-Regelungen abgewichen wird. Darin zeigt sich wiederum, dass die Kodex-Regelungen (siehe dazu → V.) zum Teil aber bloß Wünsche des Bundes zur Umsetzung von Regelungen sind, sodass davon abgewichen werden kann. Der Kodex hat die Zusammensetzung und Arbeitsweise der Geschäftsleitung und des Überwachungsorgans, die Vergütungen der Geschäftsleitung und der Mitglieder des Überwachungsorgans und schließlich die Berücksichtigung von Genderaspekten in der Geschäftsleitung und im Überwachungsorgan darzustellen. Die Einhaltung der Regelungen des Kodex muss vom Unternehmen regelmäßig evaluiert werden, mindestens alle fünf Jahre ist eine externe Institution damit zu betrauen. Das Ergebnis ist im jeweiligen Corporate Governance-Bericht darzustellen (K.15.5.).

IX. Resümee

Der Bund und einige Länder haben in unterschiedlicher Weise die Idee der Professionalisierung, der Steuerung und Überwachung von Rechtsträgern im öffentlichen Eigentum aufgegriffen und mit der Etablierung eines Kodex einen maßgeblichen Fortschritt gemacht. Der Bund hat sich mit dem PCGK zu einem weitreichenden Anwendungsbereich quer über alle Rechtsformen und Unternehmens-typen entschlossen. Damit erreicht er eine Vielzahl von Unternehmen und kann damit das Anliegen der Professionalisierung der Unternehmensleitung weit auslegen. Umgekehrt gerät er ohne ein bestimmtes normatives Leitkonzept in Gefahr, die Pflichten zu wenig präzise zu formulieren. Der PCGK unterscheidet nicht zwischen Unternehmen, die im Wettbewerb stehen, und solchen, die öffentliche Aufgaben ohne Wettbewerb erfüllen, sodass keine ausreichende Differenzierung der Aufgaben und Leitungsorgane und bei der Beurteilung der Aufgabenverfolgung vorgenommen wird. Der PCGK entscheidet sich letztlich für eine kleinteilige Lösung mit der Regelung der Rechte und Pflichten der Unternehmensorgane in enger Orientierung und Anlehnung am ÖCGK für börsennotierte Unternehmen. Der PCGK konzentriert sich vor allem auf die technische Regelung der Corporate Governance, somit die Präzisierung der Rechte und Pflichten der Leitungsorgane und Aufsichtsorgane. Er spart die Rolle der Anteilseigner, somit des Bundes, weitgehend aus und versäumt damit eine gute Gelegenheit, über das gesetzliche Maß hinaus eine Good Practice der Anteilsverwalter zu schaffen, indem er den Rahmen für die Aufgaben des Bundes als Anteilseigner festlegt und indem er Rechte und Pflichten über das gesetzliche Maß hinaus determiniert.

Diskussion

zum Referat von Susanne Kalss

Veronika Kubasta

Nach dem Referat von *Susanne Kalss* eröffnete *Eveline Artmann* die Diskussion.

Zunächst zog *Christoph Bühler* einen Vergleich mit der aktuellen Situation in der Schweiz, wo es ein derartiges Regelwerk noch nicht gebe. Die Regelwerke der OECD seien aber auch in der Schweiz nicht wirkungslos geblieben, so wurde 2006 ein Corporate Governance-Bericht des Bundes erlassen. Auf kantonaler Ebene gebe es viele Richtlinien zur Public Corporate Governance. Im Gegensatz zum Swiss Code für börsennotierte Unternehmen ergebe sich aber das Problem, dass sich derartige Regelwerke letztlich nur an den Staat richten können, da die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine gesetzliche Verankerung nicht gegeben seien. Nur der Gesetzgeber könne daher aktiviert werden. Der Staat könne einerseits im Rahmen der Spezialgesetze tätig werden und darin Governance-Bestimmungen aufnehmen. Andererseits sei ein Querschnittsgesetz denkbar, dieses gebe es auf Bundesebene noch nicht. In den einzelnen Kantonen sei man in den letzten Jahren hingegen bereits dazu übergegangen, Public Corporate Governance-Gesetze zu erlassen. Es ergebe sich die Frage, wie dabei die rechtsstaatlichen Anforderungen erfüllt werden können.

Michael Gruber bestätigte die Wahrnehmung der Referentin, dass es schrittweise zu einer „Verrechtlichung“ des Corporate Governance Kodex gekommen sei. Der PCGK unterliege einer anderen Problematik, da zentrale Fragen, wie etwa das Vorgehen der Anteilseigner, dort ausgespart worden seien. Man könne daher den Sinn eines derartig ausgestalteten Kodex generell anzweifeln.

Jan Lieder konstatierte für Deutschland eine „Kodexmüdigkeit“ der Unternehmen und den damit zusammenhängenden Trend, Kodizes weniger häufig zu reformieren. Unternehmen bräuchten Zeit, Kodizes umzusetzen. Es stelle sich daher die Frage nach einer Abweichungskultur, da durch mehr Empfehlungen im Kodex den Besonderheiten der einzelnen Unternehmen besser Rechnung getragen werden könne. Auch der mangelnden Ausdifferenzierung könne damit beigegeben werden. Die Stoßrichtung sei dahingehend zu sehen, einen Mindeststandard einzuführen, der rechtsformunabhängig ist.

Martin Winner stellte fest, dass der PCGK zwei Prinzipal-Agent-Konflikte als Ausgangspunkt habe, einerseits auf der Ebene zwischen dem Prinzipal Staat und dem Agenten Unternehmensführung, andererseits auf der Ebene zwischen dem

Prinzipal Steuerzahler und dem Agenten Staat, die sich gegenseitig verstärken könnten. Ein Hauptanliegen der OECD Principles sei es, ein *rule-based environment* zu schaffen, damit es klarere Spielregeln für alle gibt. Auch betriebswirtschaftliche Fragen, wie etwa die eines funktionierenden Controllings, würden adressiert. Der Kodex sei zielneutral und wenig detailliert, daher sei die Anwendbarkeit auf verschiedene Rechtsformen unproblematisch. Die Spannung bestehe vielmehr darin, dass Gesellschaften im Alleinbesitz des Staates und Gesellschaften mit gleichzeitiger Beteiligung privater Aktionäre gleich behandelt werden.

Ulrich Torggler verglich den Regelungsmechanismus des PCGK mit einem Syndikatsvertrag, in dem die Corporate Governance an der Konzernspitze für die untergeordneten Gesellschaften geregelt werde.

Peter Doralt konstatierte durch den PCGK eine Verdichtung der Selbstorganisation. Die Einführung betriebswirtschaftlicher Instrumente und der verstärkte Dialog zwischen Geschäftsführung und Überwachungsorgan würden eine Strukturverbesserung bewirken und seien trotz Vollzugsdefiziten sinnvoll.

Susanne Kalss betonte ebenso die Sinnhaftigkeit des PCGK. Die Grundsätze ordnungsgemäßer Geschäftsführung würden gerade in kleinen GmbHs umgesetzt. Dies sei eine nicht zu unterschätzende Leistung des PCGK. Der PCGK habe jedoch nur einen von zwei Prinzipal-Agent-Konflikten behandelt. Man sei hier bei der Regelung auf halbem Wege stehen geblieben. C-Regelungen gebe es im PCGK kaum. Die Kultur gehe in die Richtung, detaillierte bestehende C-Regelungen in das Gesetz aufzunehmen, wie der CGK gezeigt habe.

Golden Shares – VW and Beyond

Jessica Schmidt

I.	Einleitung	171
II.	Gestaltungsvarianten von <i>golden shares</i>	173
III.	Die Rechtsprechung des EuGH zur Vereinbarkeit von <i>golden shares</i> mit Unionsrecht	174
	1. Ausschluss der Berufung auf die Eigentumsordnung	174
	2. Vereinbarkeit von <i>golden shares</i> mit der Kapitalverkehrs- und der Niederlassungsfreiheit	175
	a) Abgrenzung und Verhältnis von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit	175
	b) Nationale Maßnahme	176
	c) Beschränkung	177
	d) Rechtfertigung	178
IV.	Insbesondere: Der Fall VW	182
	1. Hintergrund: Das VW-Gesetz	182
	2. „VW I“	183
	3. Entreacte: Die Novellierung des VW-Gesetzes 2008	186
	4. „VW II“	186
	5. Die offene Frage: VW-Satzung und Kapitalverkehrsfreiheit	187
V.	Zwischenbilanz	188
VI.	Die Investment Screening Regulation	188
	1. Hintergrund	188
	2. Anwendungsbereich	189
	3. Kernelemente	190
	a) EU-Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen durch die Mitgliedstaaten	190
	b) Kooperationsmechanismus	191
	c) „Comply or Explain“-Instrument der Kommission in Bezug auf unionsrelevante ausländische Direktinvestitionen	192
	4. Bewertung	192
VII.	Resümee	193

I. Einleitung

Im Zuge der Privatisierung wichtiger Industriezweige waren die Mitgliedstaaten vielfach darum bemüht, sich auch weiterhin zumindest ein Mindestmaß an Einfluss zu sichern, und bedienten sich hierzu häufig des Instruments der sog. *golden*

shares. Solche – in den verschiedensten Varianten (→ II.) anzutreffenden – staatlichen Sonderrechte stehen indes in einem immanenten Spannungsverhältnis zur Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 49, 63 AEUV).

Die Kommission warnte daher bereits in einer Mitteilung aus dem Jahre 1997¹, dass sie die Einhaltung der Grundfreiheiten in diesem Bereich genau überwachen werde. In der Folgezeit begann sie dann auch tatsächlich damit, gegen eine ganze Reihe von Mitgliedstaaten Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, die in vielen Fällen auch in Klagen zum EuGH mündeten. Ein erstes Urteil aus dem Jahr 2000² fand zunächst kaum Beachtung. Mit drei Aufsehen erregenden Urteilen vom 4.6.2002³ rückten die *golden shares* dann jedoch schlagartig in den Fokus der praktischen und wissenschaftlichen Aufmerksamkeit. Der EuGH hat seine Judikatur inzwischen in einer ganzen Reihe weiterer, teils auch mit Blick auf die praktischen Folgen spektakulärer Entscheidungen gefestigt und näher auszisiert. Aus deutscher Sicht waren dabei natürlich insbesondere die Aufsehen erregenden Urteile VW I und VW II (→ IV.) relevant. Seit dem Urteil VW II im Jahr 2013 ist es indes um die *golden shares* eher ruhig geworden; erst Anfang 2019 gab es wieder eine neue EuGH-Entscheidung dazu.⁴

Die allgemeine Problematik, dass die Mitgliedstaaten ein Interesse daran haben können, bestimmte ausländische Investitionen in strategisch oder ökonomisch besonders wichtige Unternehmen zu beschränken oder zu verhindern, ist indes nach wie vor virulent. Exemplarisch genannt seien etwa die Übernahme des Roboterherstellers Kuka oder die letztlich gescheiterte Übernahme des Elektronikherstellers Aixtron durch chinesische Investoren. Am 19.3.2019 wurde deshalb eine Investment Screening Regulation (ISR) verabschiedet, mit der ein harmonisierter Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen geschaffen wird (→ VI.).

Der Beitrag wird zunächst die verschiedenen Gestaltungsvarianten von *golden shares* (→ II.), den unionsrechtlichen Rechtsrahmen und die Entwicklung der EuGH-Judikatur darstellen (→ III.) und dann speziell auf den Fall VW eingehen (→ IV.). Anschließend wird die Investment Screening Regulation einer kritischen Analyse unterzogen (→ VI.).

¹ Mitteilung der Kommission über bestimmte rechtliche Aspekte von Investitionen innerhalb der EU, ABIEG v. 19.7.1997, C 220/15.

² EuGH v. 23.5.2000, *Kommission ./ Italien*, Rs. C-58/99, ECLI:EU:C:2000:280 („ENI“).

³ EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326; EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Frankreich*, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („Elf-Aquitaine“); EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Belgien*, Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 („S.N.T.C.“). Dazu *Adolff*, 3 GLJ 8 (2002); *Bayer*, BB 2002, 2289 ff.; *ders.*, BB 2004, 1, 2 f.; *Fleischer*, 40 C.M.L.Rev. 493 (2003); *Grundmann/Möslein*, BKR 2002, 758 ff.; *dies.*, ZGR 2003, 317 ff.; *Krause*, NJW 2002, 2747 ff.; *O’Grady Putek*, 72 Fordham L.Rev. 2219, 2255 ff. (2004); *Weil/Lustig*, EuLF 2002, 277 ff.

⁴ EuGH v. 27.2.2019, *Associação Peço a Palavra*, C-563/17, ECLI:EU:C:2019:144. Dazu *J. Schmidt*, EuZW 2019, 293 ff.

II. Gestaltungsvarianten von *golden shares*

Golden shares im weiteren Sinne umfassen ein ganzes Spektrum an Varianten von Sonderrechten staatlicher Stellen betreffend bestimmte Unternehmen oder Kategorien von Unternehmen.⁵

Gegenstand der Judikatur des EuGH waren bislang z. B. Entsenderechte in die Gesellschaftsorgane⁶, Vetorechte bei bestimmten gesellschaftsinternen Entscheidungen⁷ sowie Genehmigungserfordernisse⁸ oder Widerspruchsrechte⁹ beim Erwerb bestimmter Beteiligungen.¹⁰

Klassischerweise sind solche Sonderrechte mit der Eigenschaft der jeweiligen staatlichen Stelle als Aktionär/Anteilsinhaber verknüpft (*golden shares* im engeren Sinne); in einem weiteren Sinne verstanden umfasst der Begriff der *golden shares* aber auch Konstellationen, in denen dies nicht der Fall ist¹¹.¹² Um die Differenzierung zu verdeutlichen, kann man im letzteren Fall auch von *golden powers* sprechen.

Der Trend geht in den letzten Jahren ganz klar hin zu solchen *golden powers*. Spezielle Überprüfungs-systeme für ausländische Direktinvestitionen existieren

⁵ *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., 2018, Rn. 15.2.

⁶ Siehe etwa EuGH v. 28.9.2006, *Kommission ./.* Niederlande, Rs. C-282/04 u. C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 („KPN/TPG“); EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./.* Deutschland, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623 („VW I“); EuGH v. 6.12.2007, *Federconsumatori*, Rs. C-463/04 und C-464/04, ECLI:EU:C:2007:752; EuGH v. 8.7.2010, *Kommission ./.* Portugal, Rs. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412 („Portugal Telecom“); EuGH v. 11.11.2010, *Kommission ./.* Portugal, Rs. C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669 („Energias de Portugal“).

⁷ Siehe etwa EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./.* Frankreich, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („Elf-Aquitaine“); EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./.* Belgien, Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 („S.N.T.C.“); EuGH v. 8.7.2010, *Kommission ./.* Portugal, Rs. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412 („Portugal Telecom“); EuGH v. 11.11.2010, *Kommission ./.* Portugal, Rs. C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669 („Energias de Portugal“).

⁸ Siehe etwa EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./.* Frankreich, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („Elf-Aquitaine“); EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./.* Spanien, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“).

⁹ Siehe EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./.* Belgien, Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 („S.N.T.C.“).

¹⁰ Umfassende Kasuistik bei *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.8.

¹¹ Siehe etwa die Fälle EuGH v. 23.5.2000, *Kommission ./.* Italien, Rs. C-58/99, ECLI:EU:C:2000:280 („ENI I“); EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./.* Portugal, Rs. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326; EuGH v. 17.7.2008, *Kommission ./.* Spanien, Rs. C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428 („E.ON/ENDESA“).

¹² Vgl. *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.2. Vgl. ferner auch auch *Adolff*, 3 GLJ 8 Rn. 8 (2002); *Andenas/Gütt/Pannier*, EBLR 2005, 757, 782 f.; *Artés*, EBLR 2009, 457, 459 f.; *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317, 318 f., 322 f.; *Sotiropoulos*, FS Georgiades, 2006, S. 711, 721; *Van Bekkum/Kloosterman/Winter*, 5 ECL 6, 7 (2008).

inzwischen – wenngleich in im Detail höchst unterschiedlicher Ausgestaltung – in zwölf Mitgliedstaaten.¹³

III. Die Rechtsprechung des EuGH zur Vereinbarkeit von *golden shares* mit Unionsrecht

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung äußerst strenge Maßstäbe für *golden shares* aufgestellt. In allen bisherigen Verfahren hielten die fraglichen nationalen Maßnahmen diesen nur in einem einzigen Fall¹⁴ stand.

1. Ausschluss der Berufung auf die Eigentumsordnung

Zunächst hat der Gerichtshof schon sehr früh klargestellt, dass sich die Mitgliedstaaten in Bezug auf *golden shares* nicht – wie in den ersten Verfahren noch von Generalanwalt Colomer¹⁵ und teils auch im Schrifttum¹⁶ vertreten – auf den in Art. 345 AEUV normierten Grundsatz der Eigentumsneutralität der Verträge berufen können, denn nach ständiger Rechtsprechung führt dieser nicht dazu, dass die in den Mitgliedstaaten bestehende Eigentumsordnung den Grundprinzipien des Vertrags entzogen ist, d. h., er kann keine Beeinträchtigung der im Vertrag vorgesehenen Freiheiten rechtfertigen.¹⁷ *Golden shares* müssen sich somit an den Grundfreiheiten messen lassen.

¹³ Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Österreich, Polen, Portugal, Spanien und Vereinigtes Königreich, vgl. *Kommission*, SWD(2017) 297, S. 7 f.

¹⁴ EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./. Belgien*, Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 („S.N.T.C.“).

¹⁵ Vgl. GA Colomer, Schlussanträge v. 3.7.2001, Rs. C-367/98, C-483/99 und C-503/99, ECLI:EU:C:2001:369, Rn. 39 ff.

¹⁶ So etwa Ruge, EuZW 2003, 540, 542; Spindler, RIW 2003, 850, 853; zumindest partiell auch Müller-Graff, EWS 2009, 489, 497; siehe ferner auch Sotysinski, FS Hopt, Bd. 2, 2010, S. 2571, 2581 ff., 2594; Gesetzesentwurf der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 16/8449, S. 1; dagegen jedoch Bayer, BB 2004, 1, 3; Ebke/Traub, EWS 2002, 335, 337; Grundmann/Möslein, ZGR 2003, 317, 337 f.; Kerber, NZG 2008, 9, 12; Kömpf, Staatseinfluss auf die Volkswagen AG, 2010, S. 258; Lieder, ZHR 172 (2008), 306, 313; Teichmann/Heise, BB 2007, 2577, 2580; Weiss, EWS 2008, 13, 17; Wellige, EuZW 2003, 429, 430.

¹⁷ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./. Portugal*, Rs. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, Rn. 48; EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./. Frankreich*, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („Elf-Aquitaine“), Rn. 44; EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./. Belgien*, Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 („S.N.T.C.“), Rn. 44; EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./. Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“), Rn. 67; EuGH v. 8.7.2010, *Kommission ./. Portugal*, Rs. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412 („Portugal Telecom“), Rn. 64; EuGH v. 8.11.2012, *Kommission ./. Griechenland*, Rs. C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rn. 15 f.; EuGH v. 27.2.2019, *Associação Peço a Palavra*, C-563/17, ECLI:EU:C:2019:144, Rn. 46.

2. Vereinbarkeit von golden shares mit der Kapitalverkehrs- und der Niederlassungsfreiheit

a) Abgrenzung und Verhältnis von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit

In Betracht kommen insoweit die Kapitalverkehrs- (Art. 63 AEUV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV). In Bezug auf sog. *Portfolioinvestitionen* (d. h. Investitionen in Form des Erwerbs von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt allein in der Absicht einer Geldanlage) ist von vornherein nur die Kapitalverkehrsfreiheit einschlägig.¹⁸ In Bezug auf sog. *Direktinvestitionen* (d. h. Investitionen in Form der Beteiligung an einem Unternehmen durch den Besitz von Anteilen, die die Möglichkeit verschaffen, sich tatsächlich an der Verwaltung und der Kontrolle des Unternehmens zu beteiligen) überlappen sich die Schutzbereiche beider Grundfreiheiten. Wie diese Konkurrenzproblematik aufzulösen ist, wird im Schrifttum kontrovers diskutiert.¹⁹ Die Judikatur des EuGH, speziell auch zu den *golden shares*, ist bedauerlicherweise ebenfalls höchst uneinheitlich: Teils wendet der Gerichtshof beide Grundfreiheiten parallel an;²⁰ teils erfolgt eine Prüfung nur am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit, weil eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nur eine „unmittelbare Folge der [...] Hindernisse für den freien Kapitalverkehr“ sei²¹.²² Vollends offenbar wird das Fehlen einer klaren Linie,²³ wenn man auch die übrige Judikatur des Gerichtshofs, speziell auch zum Steuerrecht, mit in den Blick nimmt: Dort hat er nämlich in einer Reihe von Entscheidungen auf der Basis einer Art „Schwerpunkt Betrachtung“ jeweils ausschließlich eine der beiden Grundfreiheiten zum Prüfungsmaßstab erklärt.²⁴

¹⁸ Vgl. *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 4.23 f.

¹⁹ Vgl. zum Streitstand *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 4.25 m. w. N.

²⁰ Vgl. EuGH v. 17.7.2008, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428 („E.ON/ENDESA“); EuGH v. 26.3.2009, *Kommission ./ Italien*, Rs. C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 („ENI II“); siehe ferner auch EuGH v. 21.10.2010, *Idryma Typou*, Rs. C-81/09, ECLI:EU:C:2010:622.

²¹ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, Rn. 56; EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Frankreich*, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („Elf-Aquitaine“), Rn. 56; EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“), Rn. 86; EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Vereinigtes Königreich*, Rs. C-98/01, ECLI:EU:C:2003:273 („BAA“), Rn. 52; EuGH v. 28.9.2006, *Kommission ./ Niederlande*, Rs. C-282/04 u. C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 („KPN/TPG“), Rn. 43; EuGH v. 11.11.2010, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669 („Energias de Portugal“), Rn. 99; EuGH v. 10.11.2011, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-212/09, ECLI:EU:C:2011:717 („GALP Energia“), Rn. 42 ff., 98.

²² Vgl. dazu auch *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 4.26 m. w. N.

²³ Vgl. *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 4.26; vgl. ferner etwa auch v. d. Brocke, FS Spiegelberger, 2009, S. 1671: „Mehr Verwirrung als klare Linien“.

²⁴ Vgl. EuGH v. 18.7.2007, *Oy AA*, Rs. C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439, Rn. 23 (Regelungen betreffend Beziehungen innerhalb einer Unternehmensgruppe betreffen vorwiegend die Niederlassungsfreiheit); EuGH v. 25.10.2007, *Geurts*, Rs. C-464/05, ECLI:EU:C:2007:631, Rn. 16 (Erbchaftssteuerbefreiung für Familienunternehmen betrifft vorwiegend Niederlas-

Da der EuGH die Schranken beider Grundfreiheiten identisch interpretiert, hat sich die Abgrenzungsproblematik bislang indes zumindest in den *golden shares*-Fällen im praktischen Ergebnis letztlich nicht ausgewirkt.²⁵

b) Nationale Maßnahme

Wie bereits angemerkt, legt der EuGH jedenfalls ganz generell äußerst strenge Maßstäbe an. Dies beginnt schon beim grundlegenden Erfordernis des Vorliegens einer „nationalen Maßnahme“. Im Interesse des *effet utile* des Unionsrechts und der Verhinderung einer „Flucht ins Privatrecht“ wird dies vom EuGH extensiv interpretiert.²⁶ Am Maßstab der Grundfreiheiten messen lassen müssen sich nicht nur staatliche Sonderrechte, die unmittelbar in einem Gesetz oder sonst in rechtssatzförmiger Weise niedergelegt sind.²⁷ Der Gerichtshof qualifiziert vielmehr auch statutarische Sonderregelungen als „nationale Maßnahme“, sofern der Staat sie im Zuge der Privatisierung zu einer Zeit, als er die Gesellschaft (noch) kontrollierte, speziell geschaffen hat, insbesondere, wenn er dabei zielgerichtet durch gesetzliche oder statutarische Regelungen sichergestellt hat, dass die Sonderrechte ohne seine Zustimmung nicht oder nur sehr schwer wieder geändert oder abgeschafft werden können.²⁸

sungsfreiheit); EuGH v. 17.9.2009, *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG ./. Finanzamt München II*, Rs. C-182/08, ECLI:EU:C:2009:559, Rn. 50 f. (Vorrang des den freien Kapitalverkehr betreffenden Aspekts einer nationalen Steuerregelung); EuGH v. 28.2.2013, *Beker*, Rs. C-168/11, ECLI:EU:C:2013:117, Rn. 23 ff. (Höchstbetragsanrechnung gem. § 34c Abs. 1 Satz 2 EStG a.F. betrifft Kapitalverkehrsfreiheit).

²⁵ Virulent würde die Frage erst dann, wenn es um Investitionen aus Drittstaaten geht und man im Wege einer Schwerpunkt Betrachtung zu dem Ergebnis käme, dass nur die Niederlassungsfreiheit Prüfungsmaßstab ist; denn im Gegensatz zur Kapitalverkehrsfreiheit ist die Niederlassungsfreiheit auf Drittstaatensachverhalte nicht anwendbar, vgl. nur *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 63. EL, 2017, Art. 63 AEUV Rn. 304.

²⁶ *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.4.

²⁷ Der EuGH hat diesbezüglich im *VW I*-Urteil ausdrücklich klargestellt, dass es dabei irrelevant ist, wenn solche gesetzlichen Regelungen (zunächst) nur eine privatrechtliche Vereinbarung wiedergeben, denn dies ändere nichts an ihrem Charakter als Gesetz und damit als Akt öffentlicher Gewalt, vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./. Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, Rn. 26 ff.

²⁸ Vgl. EuGH v. 28.9.2006, *Kommission ./. Niederlande*, Rs. C-282/04 u. C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 („KPN/TPG“), Rn. 22, 25 (Aufnahme der Sonderaktien in die Satzung im Zuge der Privatisierung, Einzug nur mit Einverständnis des Staats); EuGH v. 8.7.2010, *Kommission ./. Portugal*, Rs. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412 („Portugal Telecom“), Rn. 52 ff. und EuGH v. 11.11.2010, *Kommission ./. Portugal*, Rs. C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669 („Energias de Portugal“), Rn. 50 ff. (Schaffung der Satzungsbestimmungen in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit einer hierzu ermächtigenden gesetzlichen Regelung und zu einer Zeit, als der Staat die Gesellschaft kontrollierte; Sonderaktien nicht übertragbar); EuGH v. 10.11.2011, *Kommission ./. Portugal*, Rs. C-212/09, ECLI:EU:C:2011:717 („GALP Energia“), Rn. 50 (Errichtung der Satzung zu einer Zeit, als der portugiesische Staat die Mehrheit hielt, und gleichzeitig Verankerung eines Vetorechts des Staats im Falle von Satzungsänderungen).

c) Beschränkung

Sowohl die Kapitalverkehrs- (Art. 63 AEUV) als auch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) enthalten nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht nur ein Diskriminierungs-, sondern auch ein allgemeines Beschränkungsverbot.²⁹ Für *golden shares* bedeutet dies konkret: Eine Beschränkung liegt schon dann vor, wenn sie geeignet sind, den Erwerb von Anteilen der betreffenden Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken oder aber Investoren aus anderen Mitgliedstaaten davon abzuschrecken, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren.³⁰

Dies hat der EuGH u. a. in folgenden Fällen bejaht:³¹

- Höchstgrenzen für die Beteiligung ausländischer Unternehmen;³²
- Erfordernis einer vorherigen behördlichen/ministeriellen Genehmigung für den Erwerb von Beteiligungen in bestimmter Höhe³³ oder für bestimmte gesellschaftsrechtliche Entscheidungen;³⁴

²⁹ Vgl. *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 4.30 ff. m. w. N.

³⁰ EuGH v. 21.10.2010, *Idryma Typou*, Rs. C-81/09, ECLI:EU:C:2010:622, Rn. 55; EuGH v. 8.7.2010, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412 („Portugal Telecom“), Rn. 50; EuGH v. 11.11.2010, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669 („Energias de Portugal“), Rn. 47; EuGH v. 10.11.2011, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-212/09, ECLI:EU:C:2011:717 („GALP Energia“), Rn. 48; EuGH v. 22.10.2013, *Essent*, Rs. C-105/12 bis C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677, Rn. 41; zu Art. 40 EWRV: EFTA-Gerichtshof v. 19.7.2012, *ESA ./ Norwegen*, E-9/11, [2012] EFTA Ct. Rep. 442, Rn. 80.

³¹ Umfassende Kasuistik bei *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.8.

³² Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, Rn. 42.

³³ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, Rn. 43 ff.; EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Frankreich*, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („Elf-Aquitaine“), Rn. 38 ff.; EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“), Rn. 54 ff.; EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Vereinigtes Königreich*, Rs. C-98/01, ECLI:EU:C:2003:273 („BAA“), Rn. 41 ff.; EuGH v. 17.7.2008, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428 („E.ON/ENDESA“), Rn. 38 f., 62; EuGH v. 8.11.2012, *Kommission ./ Griechenland*, Rs. C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rn. 28 f.

³⁴ Vgl. EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“), Rn. 39 ff. (Auflösung, Spaltung oder Verschmelzung); EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Vereinigtes Königreich*, Rs. C-98/01, ECLI:EU:C:2003:273 („BAA“), Rn. 41 ff. (freiwillige Abwicklung oder Auflösung); EuGH v. 28.9.2006, *Kommission ./ Niederlande*, Rs. C-282/04 u. C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 („KPN/TPG“), Rn. 23 ff. (Auflösung, Verschmelzung, Spaltung; Änderung des Gesellschaftszwecks; bestimmte Verwaltungsentscheidungen); EuGH v. 8.11.2012, *Kommission ./ Griechenland*, Rs. C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rn. 30 (Auflösung, Umwandlung, Veräußerung bestimmter Vermögensbestandteile); EuGH v. 28.9.2006, *Kommission ./ Niederlande*, Rs. C-282/04 u. C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 („KPN/TPG“), Rn. 23 ff. (Satzungsänderungen); EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“), Rn. 39 ff.; (Änderung des Gesellschaftszwecks); EuGH v. 28.9.2006, *Kommission ./ Niederlande*, Rs. C-282/04 u. C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 („KPN/TPG“), Rn. 23 ff. (Änderung des Gesellschaftszwecks).

- staatliches Einspruchs-/Widerspruchsrecht gegen den Erwerb von Beteiligungen in bestimmter Höhe³⁵ oder bestimmte gesellschaftsrechtliche Entscheidungen;³⁶
- staatliche Sonderrechte in Bezug auf die Bestellung von Organmitgliedern.³⁷

d) Rechtfertigung

Angesichts der sehr extensiven Interpretation des Beschränkungsbegriffs waren die Mitgliedstaaten verständlicherweise auch sehr kreativ in ihren Bemühungen, die mit *golden shares* verbundenen Beschränkungen zu rechtfertigen. Der EuGH legt jedoch auch die Rechtfertigungsgründe sehr restriktiv aus.

(1) Öffentliche Ordnung und Sicherheit (Art. 52 Abs. 1, 65 Abs. 1 lit. b AEUV)

Als Gründe der öffentlichen Sicherheit i. S. v. Art. 52 Abs. 1, 65 Abs. 1 lit. b AEUV hat der EuGH in Bezug auf *golden shares* insbesondere die Sicherstellung der Energieversorgung³⁸ (speziell Erdöl³⁹ und Elektrizität⁴⁰) sowie des Tele-

³⁵ Vgl. EuGH v. 26.3.2009, *Kommission ./. Italien*, Rs. C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 („ENI II“), Rn. 40.

³⁶ Vgl. EuGH v. 26.3.2009, *Kommission ./. Italien*, Rs. C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 („ENI II“), Rn. 40 (Auflösung, Zusammenschluss, Aufspaltung, Satzungsänderungen, Änderung des Gesellschaftszwecks, bestimmte Verwaltungsentscheidungen); EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./. Belgien*, Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 („S.N.T.C.“), Rn. 39 ff. (bestimmte Verwaltungsentscheidungen); EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./. Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“), Rn. 54 ff. (bestimmte Verwaltungsentscheidungen).

³⁷ Vgl. EuGH v. 6.12.2007, *Federconsumatori*, Rs. C-463/04 und C-464/04, ECLI:EU:C:2007:752, Rn. 22 ff. (nationale Vorschrift, nach der die Satzung einer AG einer an dieser beteiligten staatlichen Stelle das Recht zur unmittelbaren Bestellung eines oder mehrerer Verwaltungsratsmitglieder einräumen kann); EuGH v. 8.7.2010, *Kommission ./. Portugal*, Rs. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412 („Portugal Telecom“), Rn. 57 ff. (spezielle Rechte für die vom Staat gehaltenen Aktien im Zusammenhang mit der Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats); EuGH v. 8.7.2010, *Kommission ./. Portugal*, Rs. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412 („Portugal Telecom“), Rn. 57 ff. (spezielle Rechte für die vom Staat gehaltenen Aktien zur unmittelbaren Bestimmung eines Verwaltungsratsmitglieds); EuGH v. 11.11.2010, *Kommission ./. Portugal*, Rs. C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669 („Energias de Portugal“), Rn. 59 ff. (spezielle Rechte für die vom Staat gehaltenen Aktien zur unmittelbaren Bestimmung des Verwaltungsratsvorsitzenden).

³⁸ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./. Belgien*, Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 („S.N.T.C.“), Rn. 46; EuGH v. 2.6.2005, *Kommission ./. Italien*, Rs. C-174/04, ECLI:EU:C:2005:350, Rn. 40; EuGH v. 17.7.2008, *Kommission ./. Spanien*, Rs. C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428 („E.ON/ ENDESA“), Rn. 46; EuGH v. 26.3.2009, *Kommission ./. Italien*, Rs. C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 („ENI II“), Rn. 45, 69; EuGH v. 11.11.2010, *Kommission ./. Portugal*, Rs. C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669 („Energias de Portugal“), Rn. 84; EuGH v. 10.11.2011, *Kommission ./. Portugal*, Rs. C-212/09, ECLI:EU:C:2011:717 („GALP Energia“), Rn. 82; EuGH v. 8.11.2012, *Kommission ./. Griechenland*, Rs. C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rn. 65, 67.

³⁹ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./. Frankreich*, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („Elf-Aquitaine“), Rn. 47; EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./. Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“), Rn. 71; EuGH v. 26.3.2009, *Kommission ./. Italien*, Rs. C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 („ENI II“), Rn. 69.

kommunikationsnetzes⁴¹ im Krisen-, Kriegs- oder Terrorfall anerkannt.

Eine Berufung auf die öffentliche Sicherheit ist jedoch generell nur möglich, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.⁴² Im E.ON/ENDESA-Urteil vom 17.7.2008 hat der EuGH entschieden, dass der bloße Erwerb einer mehr als zehnprozentigen oder in sonstiger Weise einen wesentlichen Einfluss verschaffenden Beteiligung an einem Unternehmen, das einer regulierten Tätigkeit im Energiesektor nachgeht, oder von Aktiva, die für die Tätigkeit eines solchen Unternehmens notwendig sind, nicht per se als eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung für die Sicherheit der Energieversorgung angesehen werden kann.⁴³

(2) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

In Betracht kommt ferner eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses. Als solche haben der EuGH und der EFTA-Gerichtshof im Zusammenhang mit *golden shares* insbesondere anerkannt: die Gewährleistung einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse⁴⁴, den Schutz der Interessen von Arbeitnehmern⁴⁵ und von Minderheitsgesellschaftern⁴⁶ sowie die Förderung des Funktionierens und der Effizienz der Finanzmärkte.⁴⁷

⁴⁰ Vgl. EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“), Rn. 71; EuGH v. 26.3.2009, *Kommission ./ Italien*, Rs. C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 („ENI II“), Rn. 69.

⁴¹ Vgl. EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“), Rn. 71; EuGH v. 26.3.2009, *Kommission ./ Italien*, Rs. C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 („ENI II“), Rn. 69; EuGH v. 8.7.2010, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412 („Portugal Telecom“), Rn. 72.

⁴² Vgl. in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit: EuGH v. 29.10.1998, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-114/97, ECLI:EU:C:1998:519, Rn. 45 f.; EuGH v. 13.12.2007, *Kommission ./ Italien*, Rs. C-465/05, ECLI:EU:C:2007:781, Rn. 49; EuGH v. 8.11.2012, *Kommission ./ Griechenland*, Rs. C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rn. 67; in Bezug auf die Kapitalverkehrsfreiheit: EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Frankreich*, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („Elf-Aquitaine“), Rn. 48; EuGH v. 10.11.2011, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-212/09, ECLI:EU:C:2011:717 („GALP Energia“), Rn. 83; EuGH v. 8.11.2012, *Kommission ./ Griechenland*, Rs. C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rn. 67; EuGH v. 7.6.2012, *VBV – Vorsorgekasse*, Rs. C-39/11, ECLI:EU:C:2012:327, Rn. 29.

⁴³ Vgl. EuGH v. 17.7.2008, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428 („E.ON/ENDESA“), Rn. 51 (Literatur siehe Fn. 52); bestätigt durch EuGH v. 26.3.2009, *Kommission ./ Italien*, Rs. C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 („ENI II“), Rn. 48.

⁴⁴ Vgl. EuGH v. 28.9.2006, *Kommission ./ Niederlande*, Rs. C-282/04 u. C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 („KPN/TPG“), Rn. 38 (postalischer Universaldienst); EuGH v. 27.2.2019, *Associação Peço a Palavra*, C-563/17, ECLI:EU:C:2019:144, Rn. 73 (regelmäßiger Luftverkehrsdienst).

⁴⁵ Vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623 („VW“), Rn. 74.

⁴⁶ Vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623 („VW“), Rn. 77.

⁴⁷ Vgl. EFTA-Gerichtshof v. 19.7.2012, *ESA ./ Norwegen*, Rs. E-9/11, [2012] EFTA Ct. Rep. 442, Rn. 84 ff.

Rein wirtschaftliche Gründe können eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrs- und/oder Niederlassungsfreiheit dagegen generell nicht rechtfertigen.⁴⁸

(3) *Verhältnismäßigkeit*

Der EuGH legt aber vor allem auch bei der materiellen Verhältnismäßigkeitskontrolle strenge Maßstäbe an.⁴⁹ Zunächst müssen die Sonderrechte ausschließlich auf den Bereich beschränkt sein, der zur Realisierung eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses dient.⁵⁰ So erklärte der EuGH etwa im niederländischen Fall KPN/TPG die Sonderrechte u. a. deshalb für unverhältnismäßig, weil sie nicht auf die Tätigkeit der TPG als Erbringerin eines postalischen Unversaldiensts beschränkt waren.⁵¹ Ähnlich beanstandete er im Fall E.ON/ENDESA, dass die Befugnisse der staatlichen Genehmigungsbehörde CNE nicht auf den Grund der Gewährleistung der Sicherheit der Energieversorgung begrenzt waren, sondern der CNE auch die Berücksichtigung anderer Ziele der Energiepolitik gestattete.⁵² Im Fall Kommission/Griechenland wurde ebenfalls moniert, dass sich die Stimmrechtsbeschränkungen und Genehmigungserfordernisse auf alle Beschlüsse bezogen und nicht nur auf solche, die im Einzelfall das vom Gesetz herausgestellte Ziel gefährden können.⁵³

Weiterhin verlangt der EuGH generell, dass die Ausübung jeglicher Sonderrechte an das Vorliegen spezifischer, genau formulierter und objektiver Kriterien gebunden ist; es darf kein derart weiter Wertungsspielraum bestehen, dass ihrer Ausübung quasi Ermessenscharakter zukommt.⁵⁴ Hieran scheiterten etwa die Son-

⁴⁸ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, Rn. 52; EuGH v. 22.10.2013, *Essent*, Rs. C-105/12 bis C-107/12, ECLI:EU:C:2013:677, Rn. 52; EuGH v. 14.11.2013, *BELGACOM*, Rs. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, Rn. 41; EuGH v. 21.12.2016, *AGET Iraklis*, Rs. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, Rn. 72. Kritisch dazu *Arrow-smith*, 68 CLP 307 ff. (2015).

⁴⁹ *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.25.

⁵⁰ Vgl. dazu auch *Apel*, *Golden Shares*, 2017, S. 177 f.

⁵¹ Vgl. EuGH v. 28.9.2006, *Kommission ./ Niederlande*, Rs. C-282/04 u. C-283/04, ECLI:EU:C:2006:608 („KPN/TPG“), Rn. 40. Zu dieser Entscheidung: *Käseberg/Kuhn*, AG 2009, 65, 68; *Möslein*, ZIP 2007, 208 ff.; *Oechsler*, NZG 2007, 161 ff.; *Pießkalla*, EuZW 2006, 724 f.; *Rickford*, FS Wymeersch, 2009, S. 61, 72 ff.; *Weber*, NJW 2007, 3688, 3695 f.

⁵² Vgl. EuGH v. 17.7.2008, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428 („E.ON/ENDESA“), Rn. 55; vgl. dazu *Bayer/J. Schmidt*, BB 2008, 387, 393; *J. Schmidt*, EWiR 2008, 585 f.; *Nohlen/Repasi*, EWS 2008, 424 f.

⁵³ EuGH v. 8.11.2012, *Kommission ./ Griechenland*, Rs. C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rn. 72. Dazu *Bayer/J. Schmidt*, BB 2013, 3, 10 f.; *Behme*, EWiR 2013, 161 f.; *Haar*, GPR 2015, 238, 241; *Papadopoulos*, ECFR 2015, 1 ff.; *Tountopoulos*, EuZW 2013, 32 ff.; *Verse*, EuZW 2013, 336, 337 f.

⁵⁴ Vgl. EuGH v. 26.3.2009, *Kommission ./ Italien*, Rs. C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 („ENI II“), Rn. 52, 72; EuGH v. 8.7.2010, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412 („Portugal Telecom“), Rn. 76; EuGH v. 11.11.2010, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669 („Energias de Portugal“), Rn. 90.

derrechte Italiens in den Fällen *Comune di Milano*⁵⁵ und *ENI II*⁵⁶ und Portugals in den Fällen *Portugal Telecom*⁵⁷ und *Energias de Portugal*⁵⁸. Dieselben strengen Maßstäbe hat der EFTA-Gerichtshof auch an ein System betreffend die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen von bestimmten Beschränkungen angelegt.⁵⁹

Besonders kritisch steht der EuGH Systemen vorheriger Genehmigung gegenüber.⁶⁰ In den Fällen *E.ON/ENDESA*⁶¹ und *Kommission/Griechenland*⁶² äußerte er bereits erhebliche Bedenken gegen die generelle Eignung eines solchen Systems, da es die Versorgungssicherheit nicht garantieren könne, wenn sich eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung für die öffentliche Sicherheit erst *nach* Erteilung der Genehmigung ergibt. Zudem erachtete er eine nachträgliche Widerspruchsregelung grundsätzlich als weniger einschneidend, d. h. als milderer Mittel.⁶³

In jedem Fall verlangt der EuGH aber sowohl für Systeme vorheriger Genehmigung⁶⁴ als auch für solche eines nachträglichen Widerspruchs⁶⁵, dass sie auf

⁵⁵ Vgl. EuGH v. 6.12.2007, *Federconsumatori*, Rs. C-463/04 und C-464/04, ECLI:EU:C:2007:752, Rn. 42.

⁵⁶ Vgl. EuGH v. 26.3.2009, *Kommission ./ Italien*, Rs. C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 („*ENI II*“), Rn. 51 ff., 72.

⁵⁷ Vgl. EuGH v. 8.7.2010, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412 („*Portugal Telecom*“), Rn. 75 ff.

⁵⁸ Vgl. EuGH v. 11.11.2010, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-543/08, ECLI:EU:C:2010:669 („*Energias de Portugal*“), Rn. 90 ff.

⁵⁹ Vgl. EFTA-Gerichtshof v. 19.7.2012, *ESA ./ Norwegen*, Rs. E-9/11, [2012] EFTA Ct. Rep. 442, Rn. 99 f. *Bayer/J. Schmidt*, BB 2013, 3, 10; *Haar*, GPR 2015, 238, 241; *Verse*, EuZW 2013, 336, 338.

⁶⁰ Vgl. auch *Rühland*, FS Hopt, 2008, S. 501, 510, 515; *J. Schmidt*, EWiR 2008, 585, 586; *Weiss*, EWS 2008, 13, 20.

⁶¹ Vgl. EuGH v. 17.7.2008, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428 („*E.ON/ENDESA*“), Rn. 52 ff.

⁶² Vgl. EuGH v. 8.11.2012, *Kommission ./ Griechenland*, Rs. C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rn. 69 ff. Dazu *Bayer/J. Schmidt*, BB 2013, 3, 10 f.; *Behme*, EWiR 2013, 161 f.; *Haar*, GPR 2015, 238, 241; *Tountopoulos*, EuZW 2013, 32 ff.; *Verse*, EuZW 2013, 336, 337 f.

⁶³ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, Rn. 50; EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Frankreich*, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („*Elf-Aquitaine*“), Rn. 46; EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Belgien*, Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 („*S.N.T.C.*“), Rn. 49; EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („*ENDESA*“), Rn. 69, 78; EuGH v. 17.7.2008, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428 („*E.ON/ENDESA*“), Rn. 48.

⁶⁴ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, Rn. 50; EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Frankreich*, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („*Elf-Aquitaine*“), Rn. 46; EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („*ENDESA*“), Rn. 69; EuGH v. 17.7.2008, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428 („*E.ON/ENDESA*“), Rn. 48; EuGH v. 8.11.2012, *Kommission ./ Griechenland*, Rs. C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694, Rn. 74 ff.

⁶⁵ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Belgien*, Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 („*S.N.T.C.*“), Rn. 50 ff.; EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Frankreich*, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („*Elf-Aquitaine*“), Rn. 52.

objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, die den betroffenen Unternehmen im Voraus bekannt sind; weiterhin muss jedem Betroffenen der Rechtsweg offenstehen. Diesen hohen Standard sah der Gerichtshof bislang bei keinem der von ihm geprüften Systeme vorheriger Genehmigung als gewährt an.⁶⁶ Nur bei der nachträglichen Widerspruchsregelung im belgischen Fall S.N.T.C., die auf bestimmte Entscheidungen beschränkt war, Eingriffe nur bei Beeinträchtigung energiepolitischer Ziele und mit einer förmlichen Begründung erlaubte und zudem eine wirksame gerichtliche Kontrolle vorsah, bejahte er bislang die Verhältnismäßigkeit.⁶⁷

IV. Insbesondere: Der Fall VW

Aus deutscher Perspektive war natürlich die Rechtssache VW von besonderer Bedeutung.

1. Hintergrund: Das VW-Gesetz

Die bei VW existierenden staatlichen Sonderrechte erklären sich aus der Historie des Unternehmens.⁶⁸ Die 1938 mit dem Ziel der Produktion eines echten „Volkswagens“ gegründete Volkswagenwerk GmbH⁶⁹ produzierte während des Zweiten Weltkriegs Rüstungsgüter. Nach Kriegsende wurde die britische Militärregierung Treuhänderin. 1949 übertrug sie die Treuhänderschaft an die Bundesrepublik Deutschland, mit der Verwaltung wurde das Land Niedersachsen betraut. Nach langen Kontroversen schlossen Bund und Land 1959 einen Staatsvertrag über die Privatisierung von VW und die Umwandlung in eine AG, wobei allerdings jeweils 20 % der Aktien beim Bund und beim Land Niedersachsen verbleiben sollten. Im Zuge der Umsetzung dieses Staatsvertrags wurde im Sommer 1960

⁶⁶ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Frankreich*, Rs. C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 („Elf-Aquitaine“), Rn. 50 f.; EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 („ENDESA“), Rn. 74 ff.; EuGH v. 17.7.2008, *Kommission ./ Spanien*, Rs. C-207/07, ECLI:EU:C:2008:428 („E.ON/ENDESA“), Rn. 55 ff. Im Fall EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Portugal*, Rs. C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, scheiterte die Rechtfertigung sogar bereits an der bloßen Geltendmachung wirtschaftlicher Interessen (vgl. Rn. 52), und im Fall *BAA* (EuGH v. 13.5.2003, *Kommission ./ Vereinigtes Königreich*, Rs. C-98/01, ECLI:EU:C:2003:273) hatte das Vereinigte Königreich sich erst gar nicht auf eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses berufen (vgl. Rn. 49).

⁶⁷ Vgl. EuGH v. 4.6.2002, *Kommission ./ Belgien*, Rs. C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328 („S.N.T.C.“), Rn. 50 ff.

⁶⁸ <www.chronik.volkswagenag.com>.

⁶⁹ Die Gründung erfolgte am 28.5.1937 unter der Firma „Gesellschaft zur Vorbereitung des Deutschen Volkswagens mbH“, am 16.9.1938 wurde sie in „Volkswagenwerk GmbH“ umbenannt und am 13.10.1938 ins Handelsregister eingetragen.

das VW-Gesetz⁷⁰ verabschiedet, kurz darauf erfolgte die Eintragung der Volkswagenwerk AG⁷¹. 1988 veräußerte die Bundesrepublik ihre Beteiligung.

Das VW-Gesetz räumte dem Land Niedersachsen und (solange diese beteiligt war) der Bundesrepublik Deutschland eine Reihe von Sonderrechten ein:

- § 2 Abs. 1 VW-Gesetz a. F. sah ein Höchststimmrecht von 20 %⁷² vor;⁷³
- nach § 4 Abs. 3 VW-Gesetz bedürfen Hauptversammlungsbeschlüsse, für die nach dem AktG eine Mehrheit von mindestens 75 % des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich ist, einer Mehrheit von 80 % des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals;
- § 4 Abs. 1 VW-Gesetz a. F. gab der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Niedersachsen für die Dauer ihrer Beteiligung das Recht, je zwei Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden.⁷⁴

2. „VW I“

Wegen dieser drei Sonderrechte leitete die Kommission 2004 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein und erhob dann 2005 Klage gegen Deutschland vor dem EuGH.

Soweit die Kommission eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit geltend machte, wies der Gerichtshof die Klage in seinem Urteil vom 23.10.2007⁷⁵ man-

⁷⁰ Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand v. 21.7.1960, BGBl. I, 585.

⁷¹ Die Umfirmierung in Volkswagen AG erfolgte am 4.7.1985.

⁷² In der ursprünglichen Gesetzesfassung war ein allgemeines Höchststimmrecht von 1/10.000 des Grundkapitals vorgesehen, das aber für die Dauer von zehn Jahren nicht für die Bundesrepublik Deutschland und das Land Niedersachsen galt. 1970 wurde dann ein für alle Aktionäre geltendes Höchststimmrecht von 20 % eingeführt (Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand v. 31.7.1970, BGBl. I, 1149).

⁷³ Nach § 114 Abs. 1 Satz 2 AktG 1937 und § 134 Abs. 1 Satz 2 AktG 1965 waren statutarische Höchststimmrechte bei allen Aktiengesellschaften zulässig. Seit dem KonTraG [Gesetz zur Transparenz und Kontrolle im Unternehmensbereich (KonTraG) v. 27.4.1998, BGBl. I, 786] sind statutarische Höchststimmrechte allerdings nur noch bei nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften zulässig.

⁷⁴ Gem. § 88 Abs. 1 Satz 2 AktG 1937 durfte die Gesamtzahl der entsandten Aufsichtsratsmitglieder den dritten Teil aller Aufsichtsratsmitglieder nicht übersteigen. Nach § 101 Abs. 2 Satz 4 AktG können Entsenderechte grundsätzlich nur für höchstens ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre eingeräumt werden, d.h. bei 20 Aufsichtsratsmitgliedern eigentlich nur für maximal drei. Nach § 4 Abs. 1 VW-Gesetz bestanden aber Entsenderechte für vier Aufsichtsratsmitglieder (zwei durch den Bund und zwei durch das Land).

⁷⁵ Vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./. Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623 („VW I“). Dazu *Arlt/Rabl*, GesRZ 2008, 16 f.; *Bayer/J. Schmidt*, BB 2008, 454, 459 f.; *Jahn*, AG 2007, R483 f.; *Käseberg/Kuhn*, AG 2009, 65, 72; *Kerber*, NZG 2008, 9 ff.; *Kilian*, NJW 2007, 3469 ff.; *Kohler/Denkinger/Seyr*, ZEuP 2009, 322, 327 f.; *Lengauer*, ZfRV 2008, 10 f.; *Lieder*, ZHR 172 (2008), 306 ff.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.9, 15.22 ff.; *Montag/v. Bonin*, NJW 2007, 3397, 3402; *Pießkalla*, EuZW 2007, 702 f.; *Pläster*, EWS 2008, 173 ff.;

gels hinreichenden Vortrags der Kommission ab.⁷⁶ Er prüfte die Sonderrechte deshalb ausschließlich am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit.

Deutschland hatte geltend gemacht, dass es sich schon gar nicht um eine nationale Maßnahme handle, weil das VW-Gesetz lediglich eine als privatrechtlicher Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Niedersachsen getroffene Vereinbarung wiedergebe. Dieses Argument wies der EuGH dezidiert zurück: Die Ausübung der Gesetzgebungskompetenz durch dazu befugte staatliche Organe sei „nämlich in ganz besonderem Maße Ausdruck staatlicher Gewalt“.⁷⁷

Der EuGH qualifizierte dann sowohl das Entsenderecht (§ 4 Abs. 1 VW-Gesetz a. F.) als auch das Höchststimmrecht von 20 % (§ 2 Abs. 1 VW-Gesetz a. F.) und die Festlegung der Sperrminorität von 20 % (§ 4 Abs. 3 VW-Gesetz) als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, weil sie geeignet seien, Anleger aus anderen Mitgliedstaaten von Direktinvestitionen abzuhalten.⁷⁸

Das Vorbringen Deutschlands, dass die Bestimmungen des VW-Gesetzes durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt seien, wurde vom Gerichtshof ebenfalls rigoros verworfen. Im Hinblick auf eine etwaige Rechtfertigung durch den Arbeitnehmerschutz habe Deutschland nicht dargelegt, warum es hierzu erforderlich sein solle, beim Kapital von VW eine stärkere und unabänderbare Position öffentlicher Akteure aufrechtzuerhalten.⁷⁹ In Bezug auf das Entsenderecht wies der EuGH zudem darauf hin, dass die Arbeitnehmer nach deutschem Recht ohnehin in diesem Organ vertreten seien.⁸⁰ Ebenso habe Deutschland nicht hinreichend dargelegt, aus welchen Gründen die Aufrechterhaltung der Sonderstellung öffentlicher Akteure zum Schutz der Minderheitsaktionäre geeignet und erforderlich sei; es könne nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass die öffentlichen Akteure ihre Position unter bestimmten Umständen zur Wahrung von Allgemeininteressen nutzen, die möglicherweise den wirtschaftlichen

Rickford, in: Bernitz/Ringe (Hrsg.), *Company law and economic protectionism*, 2010, S. 54, 67 ff.; *ders.*, FS Wymeersch, 2009, S. 61, 76 ff.; *Ringe*, 69 CLJ 378, 385 ff. (2010); *Sander*, EuZW 2008, 33; *Schneider*, WuB II Q. Art. 56 EG 1.08; *Seeling/Zwickel*, BB 2008, 622, 623; *Teichmann*, BB 2007, 2577 ff.; *Van Bekkum/Kloosterman/Winter*, 5 ECL 6 ff. (2008); *Verse*, GPR 2008, 31 ff.; *Vossestein*, ECFR 2008, 115 ff.; *Weiss*, EWS 2008, 13 ff.; *J. Winter*, FS Wymeersch, 2009, S. 43, 52 ff.; *Zumbansen/Saam*, 8 GLJ 1027 ff. (2007).

⁷⁶ Vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, Rn. 15 f. („VW I“).

⁷⁷ Vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, Rn. 27 („VW I“).

⁷⁸ Vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, Rn. 38 ff., 59 ff. („VW I“).

⁷⁹ Vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, Rn. 74 („VW I“).

⁸⁰ Vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, Rn. 75 („VW I“).

Interessen der Gesellschaft und der anderen Aktionäre zuwiderlaufen.⁸¹ Die weitere Argumentation Deutschlands unter Verweis auf die große Bedeutung von VW aufgrund seiner Größe, wirtschaftlichen Relevanz und hohen Zahl von Arbeitsplätzen wies der EuGH ebenfalls zurück; insoweit habe Deutschland jedenfalls ebenfalls nicht dargelegt, warum die Bestimmungen des VW-Gesetzes zur Erhaltung der von VW geschaffenen Arbeitsplätze geeignet und erforderlich seien.⁸²

Auf die im Schrifttum in Bezug auf VW diskutierte Frage, ob die Wissenschaftsförderung (bei VW durch die VolkswagenStiftung) ein zwingender Grund des Allgemeininteresses ist,⁸³ gingen im Verfahren (offenbar mangels entsprechenden Vortrags der Bundesregierung) weder der Generalanwalt noch der Gerichtshof ein. Angesichts der hohen Bedeutung, welche die EU der Wissenschaftsförderung generell beimisst,⁸⁴ wird man sie zwar prinzipiell bejahen müssen.⁸⁵ Im Fall VW erscheint die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit allgemeiner, sich auf das gesamte Unternehmen VW erstreckender Sonderrechte zugunsten des Landes Niedersachsen zur Erreichung des Ziels der Wissenschaftsförderung durch die VolkswagenStiftung indes nicht überzeugend.^{86 87}

⁸¹ Vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, Rn. 78 f. („VW I“).

⁸² Vgl. EuGH v. 23.10.2007, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623, Rn. 80 („VW I“).

⁸³ Vgl. dazu *Armbrüster*, JuS 2003, 224, 227; *Kilian*, NJW 2002, 3599 ff.; *ders.*, NJW 2007, 1508, 1510; *ders.*, NJW 2007, 3469, 3470; *Oechsler*, NZG 2007, 161, 165; *Reich*, EuZW 2007, 132, 133; *Spindler*, RIW 2003, 850, 857; *Verse*, GPR 2008, 31, 34.

⁸⁴ Gem. Art. 179 Abs. 1 AEUV gehören die Schaffung eines europäischen Raums der Forschung und die Unterstützung von Forschungsmaßnahmen ausdrücklich zu den Zielen der Union.

⁸⁵ Vgl. *Kilian*, NJW 2002, 3599, 3601; *ders.*, NJW 2007, 1508, 1510; *ders.*, NJW 2007, 3469, 3470; *Kömpf* (Fn. 16), S. 269; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.23; *Reich*, EuZW 2007, 132, 133; *Spindler*, RIW 2003, 850, 857; zweifelnd jedoch *Armbrüster*, JuS 2003, 224, 227; *Verse*, GPR 2008, 31, 34; zumindest für den Fall VW ablehnend auch *Oechsler*, NZG 2007, 161, 165.

⁸⁶ Dies insbesondere auch, weil die VolkswagenStiftung nur mittelbar und teilweise durch VW finanziert wird, nämlich dadurch, dass der Erlös aus der ursprünglichen Privatisierung und die laufenden Gewinnansprüche aus den ursprünglich dem Bund und dem Land Niedersachsen, jetzt nur noch dem Land Niedersachsen, verbliebenen Anteilen als Vermögen in die Stiftung eingebracht wurden (vgl. Vertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse bei der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung und über die Errichtung einer „Stiftung Volkswagenwerk“ vom 11./12.11.1959, BGBl. I 1960, 301, Anlage S. 302); die Erträge aus den laufenden Gewinnansprüchen machen heute aber nur noch einen Teil der jährlichen Einnahmen der VolkswagenStiftung aus.

⁸⁷ Vgl. auch *Armbrüster*, JuS 2003, 224, 227; *Käseberg/Kuhn*, AG 2007, 65, 72; *Kömpf* (Fn. 16), S. 270 ff.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.23; *Sander*, EuZW 2005, 106, 109; *Spindler*, RIW 2003, 850, 857; *Verse*, GPR 2008, 31, 34; für eine Rechtfertigung jedoch *Kilian*, NJW 2002, 3599, 3601; *ders.*, NJW 2003, 2653, 2655; *ders.*, NJW 2007, 1508, 1510; *ders.*, NJW 2007, 3469, 3470.

3. *Entrecte: Die Novellierung des VW-Gesetzes 2008*

In Deutschland erfolgte daraufhin eine Novellierung des VW-Gesetzes⁸⁸, mit der das Entsenderecht (§ 4 Abs. 1 VW-Gesetz a. F.) und das Höchststimmrecht (§ 2 Abs. 1 VW-Gesetz a. F.) gestrichen wurden. Die Sperrminorität von 20 % (§ 4 Abs. 3 VW-Gesetz) ließ man jedoch unangetastet, weil der EuGH – so die Gesetzesbegründung⁸⁹ – Höchststimmrecht und Sperrminorität nur in ihrer Kombination als Beschränkung qualifiziert habe. Die Kommission und große Teile der Literatur⁹⁰ verstanden das Urteil jedoch anders, nämlich in dem Sinne, dass Höchststimmrecht (§ 2 Abs. 1 VW-Gesetz a. F.) und Sperrminorität (§ 4 Abs. 3 VW-Gesetz) auch jeweils separat eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen und daher auch § 4 Abs. 3 VW-Gesetz hätte aufgehoben werden müssen.

4. „VW II“

Die Kommission erhob deshalb nochmals Klage, diesmal jedoch gem. Art. 260 Abs. 2 AEUV gerichtet auf Feststellung, dass Deutschland das Urteil nicht hinreichend befolgt habe, sowie auf Verurteilung Deutschlands zur Zahlung eines Pauschalbetrags und eines Zwangsgeldes. Der Gerichtshof wies diese Klage jedoch mit Urteil vom 22.10.2013 („VW II“)⁹¹ in vollem Umfang ab: Ausweislich des Tenors des ersten Urteils („§ 2 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 3“) habe er bei § 4 Abs. 3 VW-Gesetz keine selbständige Vertragsverletzung festgestellt, sondern nur in Verbindung mit § 2 Abs. 1 VW-Gesetz. Dies werde – wie der Gerichtshof dann im Wege einer schon fast minutiösen Rekapitulation der maßgeblichen Formulierungen darlegt – auch durch die Entscheidungsgründe bestätigt. Folglich sei Deutschland seinen Verpflichtungen aus dem Urteil bereits durch die Aufhebung des § 2 Abs. 1 VW-Gesetz nachgekommen.

Damit ist jedoch – anders als teils suggeriert – keineswegs endgültig höchst-richterlich entschieden, dass § 4 Abs. 3 VW-Gesetz mit der Kapitalverkehrsfrei-

⁸⁸ Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand v. 8.12.2008, BGBl. I, 2369.

⁸⁹ Vgl. BegrRegE zur VW-Gesetz-Novelle, BR-Drucks. 552/08, S. 2; ebenso LG Hannover, ZIP 2009, 666; *Arlt/Rabl*, GesRZ 2008, 16; *Rapp-Jung/Bartosch*, BB 2009, 2210, 2212 ff.

⁹⁰ Vgl. *Bayer/J. Schmidt*, BB 2010, 387, 394; *dies.*, BB 2012, 3, 13; *Lieder*, ZHR 172 (2008) 306, 338; *Rühland*, FS Hopt, 2008, S. 501, 513 f.; *Verse*, GPR 2008, 31, 33; *Weiss*, EWS 2008, 13, 16; siehe ferner auch die Stellungnahme des früheren Generalanwalts *Alber*, in: „Neuaufgabe des VW-Gesetzes birgt Gefahren“, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 24.4.2008, 14 sowie *Frenz*, EWS 2011, 125, 127; *Holle*, AG 2010, 14, 18, 22. Zur Problematik i. Ü. auch *Kömpf* (Fn. 16), S. 277, 282 ff.; *Rickford*, FS Wymeersch, 2009, S. 61, 78 ff.

⁹¹ EuGH v. 22.10.2013, *Kommission ./. Deutschland*, Rs. C-95/12, ECLI:EU:C:2013:333 („VW II“). Dazu *Bayer/J. Schmidt*, BB 2014, 1219, 1227 f.; *dies.*, KSzW 2014, 69, 71 f.; *Behme*, AG 2014, 841 ff.; *Classen*, DVBl. 2013, 1607 ff.; *Haar*, GPR 2015, 238, 240; *Kalss*, EuZW 2013, 948 f.; *Möslein*, 52 C.M.L.Rev. 801 ff. (2015); *Seibert*, AG 2013, 904 ff.; *Stiegler*, DB 2014, 525; *Teichmann*, BB 46/2013, I (Editorial); *Verse*, EuZ 2014, 4 ff.

heit vereinbar ist.⁹² Das Verfahren nach Art. 260 Abs. 2 AEUV ist nämlich nur ein Vollstreckungsverfahren, im Rahmen dessen ausschließlich Verstöße gegen Verpflichtungen aus dem AEUV behandelt werden, die der EuGH zuvor in einem Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV als begründet angesehen hat.⁹³ Wie der Gerichtshof selbst ausdrücklich betont, hat er in „VW I“ jedoch (ungeachtet der zumindest höchst missverständlichen Diktion) nur festgestellt, dass die Kumulation von § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 3 VW-Gesetz eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellt.⁹⁴ Ob § 4 Abs. 3 VW-Gesetz auch für sich allein gegen Art. 63 AEUV verstößt, hat er hingegen – wie er in „VW II“ in Rn. 47 sogar explizit hervorhebt – gerade nicht judiziert.⁹⁵

Die Kommission hat zwar erklärt, dass das Urteil die Sache „VW“ für sie zu Ende bringe. „EuGH-sicher“ ist das VW-Gesetz damit jedoch nicht: Denn wenn gleich in nächster Zeit kein neues Vertragsverletzungsverfahren zu erwarten ist, so könnte die gesamte Problematik jedoch immer noch via Vorlage gem. Art. 267 AEUV erneut auf dem Tisch des Gerichtshofs landen, nämlich wenn es hinsichtlich der Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses darum geht, ob eine Mehrheit von 80 % oder – nach allgemeinem Aktienrecht – nur 75 % des vertretenen Grundkapitals erforderlich war.⁹⁶

5. Die offene Frage: VW-Satzung und Kapitalverkehrsfreiheit

Weiterhin offen bleibt aber vor allem auch die – an sich noch viel interessantere – Frage, ob die Vorschriften der VW-Satzung mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar sind.⁹⁷ Die Sperrminorität von 20 % und das Entsenderecht zugunsten des Landes Niedersachsen wurden nämlich 2009 durch einen satzungsändernden Hauptversammlungsbeschluss nochmals explizit in der Satzung von VW veran-

⁹² Vgl. auch *Bayer/J. Schmidt*, BB 2014, 1219, 1227; *dies.*, KSzW 2014, 69, 71; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.11; *Teichmann*, BB 46/2013, I (Editorial); *Verse*, EuZ 2014, 4, 7; ferner *Classen*, DVBl. 2013, 1607.

⁹³ Vgl. EuGH v. 22.10.2013, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-95/12, ECLI:EU:C:2013:333 („VW II“), Rn. 23; EuGH v. 2.12.2014, *Kommission ./ Italien*, Rs. C-196/13, ECLI:EU:C:2014:2407, Rn. 32; siehe auch bereits EuGH, 10.9.2009 – Rs. C-457/07, *Kommission ./ Portugal*, ECLI:EU:C:2009:531, Rn. 47.

⁹⁴ Vgl. *Bayer/J. Schmidt*, BB 2014, 1219, 1227; *dies.*, KSzW 2014, 69, 71; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.11.

⁹⁵ Vgl. *Bayer/J. Schmidt*, BB 2014, 1219, 1227; *dies.*, KSzW 2014, 69, 71; *Behme*, AG 2014, 841, 842; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.11; *Möslein*, 52 C.M.L.Rev. 801, 808 (2015).

⁹⁶ Vgl. *Bayer/J. Schmidt*, BB 2014, 1219, 1227 f.; *dies.*, KSzW 2014, 69, 71; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.12; *Verse*, EuZ 2014, 4, 7; siehe ferner auch *Apel* (Fn. 50), S. 222 f.

⁹⁷ Vgl. *Bayer/J. Schmidt*, BB 2014, 1219, 1228; *dies.*, KSzW 2014, 69, 71; *Behme*, AG 2014, 841, 842; *Classen*, DVBl. 2013, 1607, 1610; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.13; *Möslein*, 52 C.M.L.Rev. 801, 810 (2015); *Teichmann*, BB 46/2013, I (Editorial); *Verse*, EuZ 2014, 4, 7 f.

kert (§§ 11 Abs. 1 Satz 2, 25 Abs. 2 VW-Satzung).⁹⁸ Da die Satzung jedoch schon nicht Gegenstand von „VW I“ war, war der hiergegen gerichtete Angriff der Kommission in „VW II“ bereits schlicht unzulässig.⁹⁹

In Bezug auf diese Satzungsregelungen ist zu differenzieren: Die wiederholende statutarische Verankerung der Sperrminorität lässt sich mit Blick auf die fortbestehende Regelung im VW-Gesetz (selbst wenn diese wohl insoweit unionsrechtswidrig und damit unanwendbar sein dürfte) kaum als ausschließlich privatautonome Regelung qualifizieren.¹⁰⁰ Anders jedoch das nun nur noch statutarisch begründete Entsenderecht: Dieses beruht in seiner jetzigen Form auf einer privatautonomen, sich nur der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Instrumentarien bedienenden Entscheidung der Aktionäre (das Land Niedersachsen hat insoweit keine – weil nicht existent – speziellen Befugnisse genutzt); es dürfte mithin unionsrechtskonform sein.¹⁰¹

V. Zwischenbilanz

Insgesamt lässt sich als Zwischenbilanz konstatieren, dass der EuGH mit seiner Rechtsprechung zwar einen Grundrahmen betreffend die Zulässigkeit von *golden shares* konturiert hat, im Detail aber gleichwohl noch zahlreiche Fragen offen sind.

VI. Die Investment Screening Regulation

1. Hintergrund

Speziell vor dem Hintergrund einer Reihe brisanter und kontrovers diskutierter Fälle von – teils erfolgreichen, teils gescheiterten – Unternehmensübernahmen durch ausländische Investoren in den letzten Jahren (wie speziell die bereits angesprochenen Fälle Kuka und Aixtron) bestand nach Auffassung der Kommission

⁹⁸ Vgl. auch „VW sichert sich finanzielle Flexibilität“, *Börsenzeitung*, 5.12.2009, 9. Zur satzungsmäßigen Verankerung auch *Holle*, AG 2010, 14, 19 ff.; „Privileg für VW-Großaktionär“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24.11.2009, 13.

⁹⁹ Vgl. EuGH v. 22.10.2013, *Kommission ./ Deutschland*, Rs. C-95/12, ECLI:EU:C:2013:333 („VW II“), Rn. 25 f.; *Bayer/J. Schmidt*, BB 2014, 1219, 1228; *dies.*, KSzW 2014, 69, 71; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.13.

¹⁰⁰ Vgl. *Bayer*, ZEW 203/2012, S. 8; *Bayer/J. Schmidt*, BB 2012, 3, 13; *dies.*, BB 2014, 1219, 1228; *dies.*, KSzW 2014, 69, 71; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.13; siehe ferner auch *Möslein*, 52 C.M.L.Rev. 801, 810 (2015); a. A. *Behme*, AG 2014, 841, 851 f.

¹⁰¹ Vgl. *Bayer*, ZEW 203/2012, S. 7 f.; *Bayer/J. Schmidt*, BB 2008, 454, 460; *dies.*, BB 2010, 387, 394; *dies.*, BB 2012, 3, 13; *dies.*, BB 2014, 1219, 1228; *dies.*, KSzW 2014, 69, 71; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 5), Rn. 15.13; a. A. *Holle*, AG 2010, 14, 20 f.; zweifelnd auch *Verse*, EuZ 2014, 4, 8.

daher Anlass, zumindest den Teilbereich der *golden powers* durch eine Verordnung zu harmonisieren.

Sie hat deshalb am 13.9.2017 einen Vorschlag für eine Investment Screening Regulation vorgelegt, die dann am 19.3.2019 verabschiedet wurde.¹⁰² In der Begründung betonte die Kommission, dass die EU ein offenes Investitionsumfeld aufrechterhalte und ausländische Investitionen begrüße; andererseits gebe es aber zunehmend Bedenken in Bezug auf ausländische Investoren – speziell staatliche Unternehmen –, die aus strategischen Gründen europäische Unternehmen mit Schlüsseltechnologien übernommen haben.¹⁰³ Die ISR versteht sich daher insoweit als politische Antwort hierauf.¹⁰⁴

2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der ISR ist ausschließlich auf die Überprüfung von Direktinvestitionen durch ausländische Investoren aus Drittstaaten (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Nr. 1, 2 ISR) beschränkt. EU-interne Investitionen werden also grundsätzlich nicht erfasst.¹⁰⁵

Der Begriff „ausländische Direktinvestition“ erfasst gem. Art. 2 Nr. 1 ISR „Investitionen jeder Art zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen“ zwischen dem Investor und dem Zielunternehmen. Mit dieser bewusst extensiven Definition soll gewährleistet werden, dass ein möglichst breites Spektrum erfasst wird.¹⁰⁶ Reine Portfolioinvestitionen werden hingegen nicht erfasst.¹⁰⁷

Zudem beschränkt sich der Anwendungsbereich ausschließlich auf die Überprüfung aus Gründen der Sicherheit und der öffentlichen Ordnung (vgl. Art. 1 Abs. 1 ISR). Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses bleiben somit außen vor.

Im Übrigen bleiben bereits existierende sektorale Spezialregelungen – wie etwa die Sondervorschriften betreffend die aufsichtsrechtliche Beurteilung des Erwerbs von Beteiligungen im Finanzsektor (RL 2007/44/EG¹⁰⁸, Art. 22 ff.

¹⁰² Vorschlag für eine VO des EP und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der EU, COM(2017) 487; VO (EU) 2019/452 des EP und des Rates v. 19.3.2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. EU v. 21.3.2019, LI 79/1. – Dazu auch *Bayer/J. Schmidt*, BB 2018, 2562, 2577; *Bonhage*, DB 13/2019, M4 f.; *Brauneck*, EuZW 2018, 188 ff.; *Heinrich/Jalinous/Staudt*, AG 2019, 145, 155 ff.; *Krause*, BB 48/2017, I; *J. Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 211 ff.; *Schill*, 46 LIEI 105 ff. (2019); *Schuelken*, EuR 2018, 577 ff.

¹⁰³ Vgl. COM(2017) 487, S. 2.

¹⁰⁴ Vgl. COM(2017) 487, S. 2.

¹⁰⁵ Vgl. aber zum Umgehungsschutz noch unten (→ VI. 3. a)).

¹⁰⁶ Vgl. COM(2017) 487, S. 10; Erwägungsgrund 9 Satz 1 ISR.

¹⁰⁷ Vgl. COM(2017) 487, S. 10; Erwägungsgrund 9 Satz 2 ISR.

¹⁰⁸ RL 2007/44/EG des EP und des Rates v. 5.9.2007 zur Änderung der RL 92/49/EWG des Rates sowie der RL 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG und 2006/48/EG in Bezug auf Ver-

CRD IV¹⁰⁹, Art. 57 ff. Solvency II¹¹⁰, Art. 11 ff. MiFID II¹¹¹), die FKVO¹¹² oder die Dual-Use-VO¹¹³ – unberührt (vgl. Erwägungsgrund 37 ISR).¹¹⁴

3. Kernelemente

Kernelemente des Verordnungsvorschlags sind: (a) ein EU-Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen durch die Mitgliedstaaten (→ VI.3.a)), (b) ein Kooperationsmechanismus (→ VI.3.b)) sowie (c) ein „Comply or Explain“-Instrument der Kommission in Bezug auf unionsrelevante ausländische Direktinvestitionen (→ VI.3.c)).

a) EU-Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen durch die Mitgliedstaaten

Bei der Ausgestaltung des EU-Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen durch die Mitgliedstaaten hat sich der europäische Gesetzgeber bewusst an den strikten Vorgaben, die der EuGH in seiner *golden-shares*-Judikatur etabliert hat,¹¹⁵ orientiert.¹¹⁶

Art. 3 Abs. 1 ISR stellt zunächst ausdrücklich klar, dass die Mitgliedstaaten Mechanismen zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen aus Gründen der Sicherheit und der öffentlichen Ordnung unterhalten, abändern oder einrichten können. Die Mitgliedstaaten werden aber andererseits durch die ISR nicht verpflichtet, einen solchen Überprüfungsmechanismus einzurichten.¹¹⁷

fahrensregeln und Bewertungskriterien für die aufsichtsrechtliche Beurteilung des Erwerbs und der Erhöhung von Beteiligungen im Finanzsektor, ABl. EU v. 21.9.2007, L 247/1.

¹⁰⁹ RL 2013/36/EU des EP und des Rates v. 26.6.2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der RL 2002/87/EG und zur Aufhebung der RL 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. EU v. 27.6.2013, L 176/338.

¹¹⁰ RL 2009/138/EG des EP und des Rates v. 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl. EU v. 17.12.2009, L 335/1.

¹¹¹ RL 2014/65/EU des EP und des Rates v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der RL 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung), ABl. EU v. 12.6.2014, L 173/349.

¹¹² VO (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EU v. 29.1.2004, L 24/1.

¹¹³ VO (EG) Nr. 428/2009 des Rates v. 5.5.2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchführung von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck, ABl. EU v. 29.5.2009, L 134/1.

¹¹⁴ Vgl. zur Kohärenz mit der EU-Politik in anderen Bereichen näher COM(2017) 487, S. 4 ff.

¹¹⁵ Vgl. dazu oben (→ III.).

¹¹⁶ Dies betont auch die Kommission in der Begründung, vgl. COM(2017) 487, S. 5.

¹¹⁷ Vgl. COM(2017) 487, S. 3, 10.

Art. 4 Abs. 1 ISR enthält einen nicht abschließenden¹¹⁸ („unter anderem“) Katalog von Faktoren, die bei der Überprüfung berücksichtigt werden können. Danach sollen insbesondere die potenziellen Auswirkungen auf kritische Infrastrukturen, kritische Technologien und Dual-Use-Güter, die Versorgungssicherheit kritischer Ressourcen, den Zugang zu sensiblen Informationen und die Freiheit und Pluralität der Medien berücksichtigt werden. In diesem Kontext soll insbesondere auch berücksichtigt werden können, ob der ausländische Investor von der Regierung eines Drittlands kontrolliert wird (ggf. auch in Form beträchtlicher Finanzausstattung), ob der ausländische Investor bereits an sicherheitsrelevanten Aktivitäten beteiligt war oder ob ein erhebliches Risiko besteht, dass der ausländische Investor an illegalen oder kriminellen Aktivitäten beteiligt ist (Art. 4 Abs. 2 ISR). Durch diese Liste soll einerseits die Überprüfung durch die Mitgliedstaaten harmonisiert, andererseits aber auch die Vorhersehbarkeit für potenzielle Investoren erhöht werden.¹¹⁹

Art. 3 Abs. 6 ISR verpflichtet Mitgliedstaaten, die über einen Überprüfungsmechanismus verfügen, zudem zu Maßnahmen gegen Umgehungen. Gedacht ist hier speziell an Fallgestaltungen, in denen die Beteiligungsakquise zwar formal durch eine EU-Gesellschaft erfolgt, diese aber im Eigentum eines Drittstaateninvestors steht oder von einem solchen kontrolliert wird.¹²⁰

Art. 3 Abs. 1–5 ISR legen die wesentlichen Elemente des Verfahrensrahmens für die mitgliedstaatliche Überprüfung fest. Die Mitgliedstaaten müssen insbesondere die eine Überprüfung auslösenden Umstände, die Gründe für die Überprüfung, die anwendbaren Verfahrensregeln sowie die maßgeblichen Fristen festlegen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 ISR); zudem muss die Möglichkeit bestehen, gegen die Überprüfungsbeschlüsse Einspruch zu erheben (Art. 3 Abs. 5 ISR).

b) Kooperationsmechanismus

Zweite Säule der ISR ist ein Kooperationsmechanismus (Art. 6 und 7 ISR), der speziell dann relevant wird, wenn eine ausländische Direktinvestition in einem Mitgliedstaat sich nachteilig auf die Sicherheit oder öffentliche Ordnung in einem anderen Mitgliedstaat auswirken könnte. Im Rahmen dieses Kooperationsmechanismus können die Mitgliedstaaten und die Kommission Informationen¹²¹

¹¹⁸ Vgl. auch COM(2017) 487, S. 14.

¹¹⁹ Vgl. Erwägungsgrund 12 ISR; COM(2017) 487, S. 14; *J. Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 212.

¹²⁰ Vgl. Erwägungsgrund 10 ISR; COM(2017) 487, S. 14; *J. Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 212.

¹²¹ Der Umfang dieser Informationen wird durch Art. 9 Abs. 2 ISR näher konkretisiert. Sie umfassen insbesondere Angaben zur Eigentümerstruktur des ausländischen Investors und des Zielunternehmens, zum Wert und Zeitpunkt der ausländischen Direktinvestition, zu den Produkten, Dienstleistungen und Geschäftsvorgängen des ausländischen Investors und des Zielunternehmens, zu den betroffenen Mitgliedstaaten, zur Finanzierung der Investition sowie zum (geplanten) Zeitpunkt der ausländischen Direktinvestition.

austauschen und Bedenken gegen bestimmte Investitionen äußern. Zu diesem Zweck werden spezielle Kontaktstellen eingerichtet (Art. 11 ISR).

c) *„Comply or Explain“-Instrument der Kommission in Bezug auf unionsrelevante ausländische Direktinvestitionen*

Dritte Säule der ISR ist ein „Comply or Explain“-Instrument der Kommission in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen, die Projekte oder Programme von Unionsinteresse beeinträchtigen (Art. 8 ISR).

Dazu zählen Projekte und Programme, bei denen Unionsmittel in erheblicher Höhe oder zu einem wesentlichen Anteil bereit gestellt werden oder die unter die Rechtsvorschriften der Union über kritische Infrastrukturen, kritische Technologien oder kritische Ressourcen, die für die Sicherheit und öffentliche Ordnung wesentlich sind, fallen (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 ISR). Zur Konkretisierung enthält der Anhang eine abschließende Liste, in der u. a. „Galileo“, „Horizon 2020“, das Transeuropäische Verkehrsnetz (TEN-T), die Transeuropäischen Energienetze (TEN-E) und die Transeuropäischen Netze im Bereich der Telekommunikation genannt sind. Die Kommission ist befugt, die Liste durch delegierte Rechtsakte zu ändern (Art. 8 Abs. 4, Art. 16 ISR).

Für die Frage, ob eine Beeinträchtigung aus Gründen der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung vorliegt, berücksichtigt die Kommission in diesem Kontext dieselben Faktoren wie die Mitgliedstaaten (vgl. Art. 4 ISR).

Wenn die Kommission eine unionsrelevante ausländische Direktinvestition in diesem Sinne für „kritisch“ erachtet, kann sie eine Stellungnahme an den Mitgliedstaat richten, in dem die ausländische Direktinvestition geplant ist oder abgeschlossen wurde (Art. 8 Abs. 1 ISR). Dieser Stellungnahme muss der Mitgliedstaat entweder umfassend Rechnung tragen oder gegenüber der Kommission erklären, warum er der Stellungnahme nicht nachkommt (Art. 8 Abs. 2 lit. c ISR).

4. *Bewertung*

Der Grundansatz der ISR ist zu begrüßen: Die EU soll weiterhin offen für Investitionen bleiben, potenziell kritische Investitionen sollen aber effektiv kontrolliert werden.¹²² Insofern ist ein klarer harmonisierter EU-Rechtsrahmen sicherlich sinnvoll: Nur so kann ein *level playing field* geschaffen werden, das einerseits Vorhersehbarkeit und gleichwertige Standards für ausländische Investoren gewährleistet, andererseits aber auch verhindert, dass die Mitgliedstaaten ggf. „gegeneinander ausgespielt“ werden.¹²³ Zudem kann nur so effektiv sichergestellt werden, dass bei der Überprüfung auch potenzielle Auswirkungen auf andere Mitgliedstaaten bzw. die EU insgesamt hinreichend berücksichtigt werden.¹²⁴

¹²² J. Schmidt, GesRZ 2018, 205, 212.

¹²³ J. Schmidt, GesRZ 2018, 205, 212.

¹²⁴ J. Schmidt, GesRZ 2018, 205, 212.

In ihrer konkreten Ausgestaltung ist die verabschiedete Fassung der ISR sicherlich ein guter „erster Aufschlag“.¹²⁵ Insbesondere die Einführung eines Kooperationsmechanismus sowie die Schaffung eines klaren Verfahrensrahmens sind zweifellos sinnvoll.¹²⁶

Trotz mancher Verbesserungen gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsentwurf bleibt aber auch in Bezug auf die letztlich verabschiedete Fassung der ISR eine Reihe von Punkten kritisch anzumerken.

Problematisch erscheint zunächst, dass die Liste der zu berücksichtigenden Faktoren einerseits nicht abschließend ist¹²⁷, sodass zweifelhaft ist, ob hierdurch eine hinreichende Harmonisierung gewährleistet werden kann.¹²⁸ Andererseits erscheint die Vorschrift aber auch nicht hinreichend mit der *golden shares*-Judikatur des EuGH abgestimmt, da sie die vom Gerichtshof aufgestellten strengen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit nicht widerspiegelt.¹²⁹

Weiterhin ist insbesondere auch der Umgehungstatbestand nach wie vor wenig konturiert.¹³⁰

Nicht ganz unproblematisch ist ferner, dass kein Mitgliedstaat verpflichtet wird, überhaupt einen Überprüfungsmechanismus einzuführen, und die Kommission nur dann zum „Comply or Explain“-Instrument greifen kann, wenn eine Beeinträchtigung von EU-Projekten bzw. EU-Programmen droht, nicht aber wenn eine Investition in einem Mitgliedstaat sich auch auf andere Mitgliedstaaten bzw. die EU insgesamt auswirken kann.¹³¹ Damit bleiben potentiell gefährliche „Schlupflöcher“.¹³²

Schließlich ist auch fraglich, ob ein reiner „Comply or Explain“-Mechanismus hinreichend effektiv sein wird.¹³³

VII. Resümee

Abschließend bleibt festzuhalten, dass das „golden age“ der „klassischen“ *golden shares* wie im Fall VW wohl vorbei ist. Im Fokus stehen heute vielmehr die *golden powers*, wie sie nun auch Gegenstand der Investment Screening Regulation sind. Die weiteren Entwicklungen in diesem Bereich dürfen mit Spannung erwartet werden.

¹²⁵ Vgl. auch bereits *J. Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 212; *Schuelken*, EuR 2018, 577, 592.

¹²⁶ *J. Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 212.

¹²⁷ Vgl. *Sénat français, Commission des affaires européennes*, Avis politique sur le filtrage des investissements étrangers, 27.11.2018, Rn. 18; *Lavranos*, Kluwer Arbitration Blog 2.1.2018.

¹²⁸ *J. Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 213.

¹²⁹ *J. Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 213.

¹³⁰ Vgl. *Sénat français* (Fn. 127), Rn. 22; *BDI*, Screening foreign direct investment?, 12.12.2017, S. 7; *J. Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 213.

¹³¹ Vgl. *EWSA*, Dok. 8456/18, 2.23; *Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 213.

¹³² *J. Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 213.

¹³³ Vgl. *EWSA*, Dok. 8456/18, 3.5; *Editorial*, 55 C.M.L. Rev. 373, 381 (2018); *Lavranos* Kluwer Arbitration Blog 2.1.2018; *J. Schmidt*, GesRZ 2018, 205, 213.

Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften

Regelungsanliegen und -instrumente

*Christoph B. Bühler**

I.	Einleitung.....	196
II.	Organisationsformen für die Beteiligung des Staates an einer Aktiengesellschaft ...	196
III.	Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft im Besonderen	198
	1. Rechtsnatur.....	198
	2. Rechtsgrundlagen.....	199
	a) Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach kantonalem Recht.....	199
	b) Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach Bundesrecht	199
	3. Praktische Bedeutung.....	200
	4. Motive des Staates für die Ausgliederung von öffentlichen Aufgaben in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft	200
IV.	Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des Staates	202
	1. Wahrung der Einfluss- und Kontrollmöglichkeit des Staates auf der Aktionärs-ebene.....	202
	a) Wahrnehmung der Mitwirkungs- und Kontrollrechte in der Generalversammlung.....	202
	b) Erhöhte Transparenzanforderungen	203
	2. Wahrung der Einflussmöglichkeit des Staates auf der Führungsebene	204
	a) Festlegung der strategischen Ziele	204
	b) Vorgaben für die Zusammensetzung und Organisation der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane.....	205
	c) Spezifische Vorbehaltsbeschlüsse im Aufgabenbereich der Führungsorgane ..	205
V.	Regelungsinstrumente.....	206
	1. Regelung in einem öffentlich-rechtlichen Spezialgesetz.....	206
	2. Umsetzung der staatlichen Vorgaben in den Statuten	206
	3. Konkretisierende Regelungen des Staates in einer Eignerstrategie und in einer Leistungsvereinbarung.....	206
	a) Eignerstrategie.....	206
	b) Leistungsvereinbarung.....	207
	4. Mandatsverträge mit „Vertretern“ im Verwaltungsrat.....	208
VI.	Fazit	208

* Dieser Beitrag ist auch in der Schweiz in GesKR 2018, 355 ff. veröffentlicht worden.

I. Einleitung

Bestimmte öffentliche Aufgaben können – insbesondere im wirtschaftlichen Bereich – effizienter außerhalb der herkömmlichen Verwaltungsstrukturen erfüllt werden.¹ Der Staat kann die Erfüllung solcher Aufgaben verselbständigten Einheiten übertragen. Er begibt sich dabei regelmäßig in ein Spannungsfeld zwischen dem freien Markt und seiner Gewährleistungsverantwortung für die ausgelagerten öffentlichen Aufgaben: Die Führung einer wirtschaftlich tätigen eigenständigen Organisationseinheit setzt einerseits Flexibilität und eine gewisse Autonomie, eigene Finanzen und in der Regel auch eine eigene Rechtspersönlichkeit voraus;² andererseits muss der Staat auch sicherstellen, dass die ausgelagerten öffentlichen Aufgaben rechtmäßig und wirkungsvoll verwirklicht werden.³

II. Organisationsformen für die Beteiligung des Staates an einer Aktiengesellschaft

Gliedert der Staat die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe in ein selbständiges und eigenverantwortlich handelndes Unternehmen mit eigenem Sondervermögen und Gläubigerkreis aus, so muss er entscheiden, welche der von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten *Typen von Organisationsformen* er hierfür verwenden soll.⁴ Die Palette der dem Staat im Schweizer Recht zur Verfügung stehenden öffentlich- und privatrechtlichen Organisationsformen reicht von der selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt bis zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft.⁵ Möchte der Staat sich an einer *Aktiengesellschaft* beteiligen, so stehen ihm grundsätzlich drei Möglichkeiten zur Verfügung:⁶

¹ Bühler, in: Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl., 2018, Art. 716a N. 212; ders., Eigenheiten der Corporate Governance von Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, SJZ 107 (2011), 513; Böckli/Bühler, Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft, in: Philippin et al. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, 2009, S. 17.

² Jaag, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen, Rahmenbedingungen, in: Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 2000, S. 28.

³ Stöckli, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Diss. Freiburg 2012, S. 3.

⁴ Stöckli (Fn. 3), S. 78 f.

⁵ Buob, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Diss. Zürich 2008, S. 5 ff.; dies., Interessenkonflikte und Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, AJP 18 (2009), 143; Böckli/Bühler (Fn. 1), S. 17.

⁶ Bühler, in: ZK (Fn. 1), Art. 716a N 214; Böckli/Bühler, in: Philippin et al. (Fn. 1), S. 18; Forstmoser/Jaag, Der Staat als Aktionär, Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, 2000, S. 18 ff.; Jaag, in: Jaag (Fn. 2), S. 30 ff.; vgl. zu den Arten und Eigenheiten von Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung bereits eingehend Bühler, SJZ 107 (2011), 513 ff. sowie Buob (Fn. 5), S. 1 ff.

- investiert der Staat in das Eigenkapital einer *rein privatrechtlich strukturierten Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR*, so hält er seine Beteiligung wie ein privater Aktionär und genießt im Vergleich zu diesem *keine Sonderrechte*;⁷
- der Staat kann sich sodann neben Privaten im Rahmen der Sonderregelung von Art. 762 OR an einer *gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft* beteiligen. Diese untersteht, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet wird, ebenfalls den Art. 620 ff. OR wie jede andere Aktiengesellschaft. Speziell ist jedoch das Recht, *Vertreter* in den Verwaltungsrat zu entsenden, das nur *Körperschaften des öffentlichen Rechts* eingeräumt wird. Als solche gelten insbesondere der Bund, die Kantone, Bezirke und Gemeinden. Weitere Voraussetzung für die Anwendung von Art. 762 OR ist das Vorliegen eines *öffentlichen Interesses* der Körperschaft an der Aktiengesellschaft. Ein solches ergibt sich aus dem statutarischen Zweck oder aus der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit der Aktiengesellschaft;⁸
- der Bund kann schließlich gestützt auf seine Organisationskompetenz⁹ und auf die Rechtsetzungskompetenz im Privatrecht¹⁰ beliebig eine *spezialgesetzliche Aktiengesellschaft* errichten und hat dies auch in mehreren Fällen getan.¹¹ Demgegenüber sind die Kantone durch Art. 763 OR eingeschränkt, wonach die von ihnen souverän geschaffenen Aktiengesellschaften nur dann nicht dem OR unterstehen, wenn sie gewisse Vorgaben erfüllen, auf die nachstehend¹² noch näher einzugehen ist.¹³ Auch die Gemeinden können spezialgesetzliche Aktiengesellschaften nur gründen, wenn sie die für die Kantone geltenden Einschränkungen beachten und ihnen zudem das kantonale Recht die Möglichkeit der Gründung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft ausdrücklich einräumt.¹⁴

⁷ Beispiele sind auf Bundesebene die *Rüstungsunternehmen des Bundes (RUAG)* sowie – seit Mitte 2013 – die *PostFinance AG*; auf Kantonsebene sind u. a. die *Berner* und die *Luzerner Kantonalbank* als privatrechtliche Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR organisiert; vgl. *Jaag*, in: *Jaag* (Fn. 2), S. 32; *Buob* (Fn. 5), S. 10; *Böckli/Bühler* (Fn. 1), S. 19; *Kunz*, Staatsbeteiligungen und ausgewählte Verantwortlichkeiten, GesKR 2 (2018), 157 f.

⁸ Beispiele für gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften sind die *Skyguide*, die *Flughafen Zürich AG*, *St. Galler Kantonalbank* oder die *BLT Baselland-Transport AG*; vgl. *Jaag*, in: *Jaag* (Fn. 2), S. 30 f.; *Wernli/Rizzi*, in: *Honsell/Vogt/Watter*, *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., 2016, Art. 762 N 7 ff.; *Buob* (Fn. 5), S. 11 ff.; *Böckli/Bühler* (Fn. 1), S. 18; *Kunz* (Fn. 7), S. 158.

⁹ Art. 178 Abs. 3 BV.

¹⁰ Art. 122 Abs. 1 BV.

¹¹ Beispiele für spezialgesetzliche Aktiengesellschaften sind auf Bundesebene die *Schweizerische Nationalbank*, die *SBB* sowie die *Swisscom*; im Jahre 2012 wurde auch die *Schweizerische Post* in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft umgewandelt.

¹² Vgl. unten (→ III.2.a)).

¹³ Auf kantonaler Ebene sind etwa die *Genfer*, die *Jurassische* und die *Zuger Kantonalbank* und – seit 2009 – auch die *Glarner Kantonalbank* als spezialgesetzliche Aktiengesellschaften konstituiert; vgl. *Jaag*, in: *Jaag* (Fn. 2), S. 31 f.; *Wernli/Rizzi*, in: *BSK* (Fn. 8), Art. 763 N 1 ff.; *Buob* (Fn. 5), S. 19 ff.; *Böckli/Bühler* (Fn. 1), S. 18 f.; *Kunz*, GesKR 2 (2018), 157, 160.

¹⁴ *Gutzwiller*, Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Diss. Zürich 2017, N. 110; *Stöckli* (Fn. 3), S. 106 ff.

Je nach Rechtsform besteht also ein *unterschiedlicher organisatorischer Gestaltungsspielraum* des Staates und damit auch ein unterschiedliches Ermessen, sich bestimmte *Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten* vorzubehalten: Während er bei der Verwendung der Rechtsform der *privatrechtlichen* Aktiengesellschaft grundsätzlich auf die gesetzlich vorgesehenen Einwirkungs- und Kontrollmechanismen nach der Organisationsordnung des zwingenden Aktienrechts beschränkt ist, kann er bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft im Errichtungserlass das Maß an Autonomie und Steuerung weitgehend selber festlegen.¹⁵ Das Aktienrecht gelangt damit auf das öffentliche Unternehmen in mehr oder weniger großem Umfang nur als *subsidiäres öffentliches Recht* zur Anwendung.¹⁶ Die Steuerung öffentlicher Unternehmen in der Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft richtet sich *primär* nach den *spezialgesetzlichen Vorschriften*. Nur soweit keine solchen bestehen, kommt das *Aktienrecht*, auf welches im Spezialgesetz verwiesen wird, *subsidiär* zur Anwendung.¹⁷

Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf diese Variante der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft, welche es dem Staat letztlich als einzige Organisationsform ermöglicht, vom Aktienrecht abweichende Regelungen hinsichtlich der Organisation und Zuständigkeitsordnung der Aktiengesellschaft aufzustellen.

III. Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft im Besonderen

1. Rechtsnatur

Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft beruht auf einer *öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlage* und erhält ihre *Rechtspersönlichkeit kraft Gesetzes*; sie wird daher den *öffentlich-rechtlichen Organisationsformen* zugeordnet.¹⁸ Auch die Gründung einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft nach OR bedarf zwar einer gesetzlichen Grundlage, doch ordnet diese nicht wie bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft die Gründung, den Zweck und die Struktur der Gesellschaft, sondern beschränkt sich vielmehr auf die *Ermächtigung* des Gemeinwesens zu *privatrechtlichen* Gründungshandlungen.¹⁹

¹⁵ Stöckli (Fn. 3), S. 81.

¹⁶ Stöckli (Fn. 3), S. 387.

¹⁷ Kunz, GesKR 2 (2018), 157, 159; Stöckli (Fn. 3), S. 387.

¹⁸ Vgl. etwa für die SBB BGE 132 III 470 ff., 473, E. 3.3, und BGE 138 I 274 ff., 280, E. 1.5, und für die Swisscom BGE 137 II 199 ff., 206, E. 3.1, und BGE 127 II 32 ff. 39, E. 2.; vgl. auch Freudiger, Anstalt oder Aktiengesellschaft?, Diss. Bern 2016, S. 31; Vogel, Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, ZBI 104 (2003), 418, 420.

¹⁹ Gutzwiller (Fn. 14), N. 112; Buob (Fn. 5), N 51; Vogel, ZBI 104 (2003), 418, 419; vgl. auch BGE 132 II 470 ff., 473, E. 3.3.

2. Rechtsgrundlagen

a) Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach kantonalem Recht

Art. 47 Abs. 2 BV garantiert den Kantonen an sich die Befugnis, ihr Staatswesen und ihre Staatsorgane eigenständig zu organisieren. Die verfassungsrechtlich verankerte Organisationsautonomie beinhaltet auch die eigenständige Organisation der kantonalen Verwaltung, zu welcher auch die öffentlichen Unternehmen als dezentrale Verwaltungsträger gehören. Zu dieser verfassungsrechtlich garantierten Organisationsautonomie der Kantone tritt Art. 763 OR in ein Spannungsverhältnis.²⁰ Diese Bestimmung macht den Kantonen Vorgaben bezüglich der Ausgestaltung ihrer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften:

- (i) Die Gesellschaft muss durch ein kantonales Spezialgesetz begründet werden, welches mindestens die Grundzüge der Organisation, den Gesellschaftszweck sowie die Haftungsverhältnisse regeln muss;
- (ii) die Gesellschaft muss unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden, wobei nach der Praxis ein allgemeines Aufsichtsrecht des Gemeinwesens nicht genügt, sondern dieses [das Gemeinwesen] über weitergehende Einflussmöglichkeiten auf wichtige, die Gesellschaft betreffende Entscheidungen verfügen muss;²¹
- (iii) der Kanton muss die subsidiäre Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft übernehmen, wobei diese subsidiäre Staatsgarantie ihre Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne haben muss.²²

b) Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach Bundesrecht

Im Gegensatz zum kantonalen Gesetzgeber ist der Bundesgesetzgeber weder an diese Vorgaben noch an den im Bundesprivatrecht fixierten *numerus clausus* der Gesellschaftsformen gebunden. Aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten *Zivilrechtskompetenz gemäß Art. 122 BV* steht es ihm frei, den bestehenden Katalog der Gesellschaftsformen im Einzelfall abzuändern. Er kann also bei Bedarf die bundeszivilrechtliche Ordnung durch *öffentlich-rechtliche Sonderregeln* überlagern.²³ Für die Konstituierung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft benötigt er einzig eine entsprechende Kompetenzgrundlage in der Bundesverfas-

²⁰ *Schaub*, Die Vereinbarkeit von Art. 763 OR mit der kantonalen Organisationsautonomie: eine kritische Betrachtung, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2016/2017, 2017, S. 154 ff.

²¹ *Schaub*, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 20), S. 153; *Stöckli* (Fn. 3), S. 153.

²² *Schaub*, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 20), S. 153; *Stöckli* (Fn. 3), S. 154.

²³ *Schaub*, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 20), S. 165 m. w. H.

sung²⁴ und kann sich sodann in einem Spezialgesetz namentlich bestimmte Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten vorbehalten.

3. *Praktische Bedeutung*

Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft hat vor allem auf Bundesebene als Organisationsform für große öffentliche Unternehmen, welche einen Grundversorgungsauftrag erfüllen, beträchtliche praktische Bedeutung erlangt: Prominente Beispiele sind hier vor allem die Schweizerische Nationalbank, die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, die Post und die Swisscom.²⁵

Die Kantone haben demgegenüber von der Möglichkeit zur Bildung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft bisher eher selten Gebrauch gemacht.²⁶ Das wird vor allem auf die für spezialgesetzliche Aktiengesellschaften der Kantone nach Art. 763 OR zwingend erforderliche Staatsgarantie zurückgeführt, welche auf Bundesebene nicht vorausgesetzt ist.²⁷ Als kantonale spezialgesetzliche Aktiengesellschaften sind in der Praxis namentlich verschiedene Kantonalbanken organisiert, wie etwa diejenigen von Genf, Jura, Waadt, Wallis und Zug, zuletzt auch die im Jahre 2010 in diese Rechtsform umgewandelte Glarner Kantonalbank, welche zuvor das Rechtskleid einer öffentlich-rechtlichen Anstalt hatte.

4. *Motive des Staates für die Ausgliederung von öffentlichen Aufgaben in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft*

Der Staat kann eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft aus verschiedenen Motiven errichten. In den meisten Fällen bezweckt er, auf diese Weise eine bestimmte öffentliche Aufgabe wahrzunehmen, für welche er die *Gewährleistungsverantwortung* trägt.²⁸ Er will mit der Ausgliederung mithin die notwendigen strukturellen Voraussetzungen dafür schaffen, dass er die öffentliche Aufgabe optimal erfüllen kann.²⁹ Die Gründung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft kann aber auch *aus rein finanziellen Gründen* erfolgen. Der Staat legt sein Vermögen wie ein Privater an, mit dem Ziel, dieses sinnvoll zu investieren. Unter Umständen tut er dies auch, um sich zu refinanzieren oder um einfacher Kapital an den Kapitalmärkten beschaffen zu können.³⁰ Die Ausgliederung ermöglicht es dem

²⁴ Art. 5 BV; vgl. *Nobel*, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, 2017, § 5 N. 37.

²⁵ *Schaub*, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 20), S. 143 f.

²⁶ *Stöckli* (Fn. 3), S. 155.

²⁷ *Schaub*, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 20), S. 145; *Freudiger* (Fn. 18), S. 415 und S. 432.

²⁸ *Gutzwiller* (Fn. 14), N. 135.

²⁹ *Schedler/Müller/Sonderregger*, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, 3. Aufl., 2016, S. 112; *Gutzwiller* (Fn. 14), N. 138.

³⁰ *Jaag*, Der Staat als Aktionär, in: FS Peter Forstmoser, 2003, S. 382; *Gutzwiller* (Fn. 14), N. 118.

verselbständigten Unternehmen auch, *Partnerschaften mit Dritten* einzugehen und nötigenfalls die erforderlichen Mittel in Zusammenarbeit mit dem Allianzpartner zu generieren.³¹

Sind an der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft neben dem Gemeinwesen auch noch private Aktionäre beteiligt, so muss das Unternehmen auch diesen Rechenschaft ablegen und arbeitet daher nicht selten mit einer *höheren wirtschaftlichen Effizienz* als ein reiner Staatsbetrieb.³² Der Staat kann zudem von privaten Know-how-Trägern und deren Erfahrung und *Spezialwissen* profitieren, was auch die *Akzeptanz* in der Bevölkerung tendenziell erhöht.³³

Durch die entsprechende Ausgliederung soll sodann auch der zunehmend an Bedeutung gewinnende Gedanke der *Entpolitisierung wirtschaftlicher Aufgaben* verwirklicht werden.³⁴ Der Bundesrat vertritt in Bezug auf seine ausgegliederten Regiebetriebe seit jeher den *Grundsatz der Trennung von politischer und unternehmerischer Verantwortung*. Der Bund beschränkt sich in seiner Funktion als Eigner darauf, den Unternehmen strategische Ziele zu setzen, während die konkrete Umsetzung dieser Ziele Sache der unternehmerischen Organe sein soll.³⁵

Entscheidet sich der Staat, sich der Rechtsform einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft zu bedienen, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen, so orientiert er sich grundsätzlich an den bewährten Strukturen der privatrechtlichen Aktiengesellschaft gemäß OR, wodurch sich der *Regelungsaufwand reduziert* und grundsätzlich eine *funktionale Zweckmäßigkeit* garantiert ist.³⁶ Die spezialgesetzliche Ausgestaltung erlaubt es dem Gemeinwesen aber dennoch, in Abweichung von der an die Grundsätze des Formenzwangs und der Formenfixierung gebundenen Aktiengesellschaft nach OR eine *auf die konkrete Aufgabenerfüllung zugeschnittene Ausgestaltung der Corporate Governance* zu wählen.³⁷

Der Staat bevorzugt die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft insbesondere für Aufgabenträger, deren Dienste einem großen Bevölkerungskreis offenstehen und in der öffentlichen Wahrnehmung zum „service public“ gehören, wie etwa die SBB, die Post oder die Swisscom. In diesen Bereichen scheint die politische Skepsis gegenüber einer „Privatisierung“ besonders hoch zu sein. Die Wahl einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform, die dennoch weitgehend ans Aktienrecht angelehnt ist, vermag diese Skepsis offenbar etwas zu entschärfen.³⁸ So

³¹ Freudiger (Fn. 18), S. 51 f.

³² Nobel, in: BK (Fn. 24), § 5 N 10.

³³ Freudiger (Fn. 18), S. 52; Schaub, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 20), S. 147.

³⁴ Nobel, in: BK (Fn. 24), § 5 N 11.

³⁵ Bericht des Bundesrates „Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)“ vom 23.6.2004, BBl 2004, 4569 ff.; vgl. Stöckli (Fn. 3), S. 221.

³⁶ Schaub, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 20), S. 145.

³⁷ Freudiger (Fn. 18), S. 82; Stöckli (Fn. 3), S. 107, 117; Schaub (Fn. 20), S. 146.

³⁸ Schaub, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 20), S. 147.

ist etwa in Zusammenhang mit der Rechtsformumwandlung der Post in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft in der Botschaft zum Postorganisationsgesetz Folgendes zu lesen:³⁹

„Zudem hat das Vernehmlassungsverfahren gezeigt, dass aufgrund der grossen Sensibilität der schweizerischen Bevölkerung im Bereich der postalischen Grundversorgung die Umwandlung in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft eine deutlich grössere politische Akzeptanz geniesst als die Umwandlung in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft.“

IV. Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des Staates

1. Wahrung der Einfluss- und Kontrollmöglichkeit des Staates auf der Aktionärssebene

a) Wahrnehmung der Mitwirkungs- und Kontrollrechte in der Generalversammlung

Damit der Staat sicherstellen kann, dass die Aufgabenerfüllung gewährleistet ist und auch wirtschaftlich effizient und wirkungsvoll erfolgt, muss es ihm möglich sein, auf den mit der entsprechenden Aufgabe betrauten verselbständigten Rechtsträger einzuwirken. Zur Wahrung seiner Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten sichert sich der Staat in der Regel die *Allein- oder Mehrheitsbeteiligung* an der ausgegliederten Aktiengesellschaft. Auf diese Weise kann er zunächst einmal sämtliche Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten ausüben, welche im Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung liegen – vom Erlass der Statuten über die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates bis zu der Genehmigung des Jahresabschlusses, der Gewinnverwendung und der Wahl der externen Revisionsstelle.⁴⁰

Es stellt sich dann die Frage, welche Instanz nun – die *Exekutive* oder das *Parlament* – für die Wahrnehmung der Kompetenzen in der Generalversammlung am besten geeignet ist. Im Falle der SBB ist die Frage klar zu Gunsten der Exekutive beantwortet: Gemäß Art. 10 Abs. 2 SBBG nimmt ausdrücklich der Bundesrat die Befugnisse in der Generalversammlung wahr, solange der Bund alleiniger Aktionär bleibt. Aber auch bei der Post und der Swisscom ist es der Bundesrat, der gegenüber dem von ihm kontrollierten Unternehmen die der Eigentümerebene zugeteilten Grundentscheide trifft, nicht das Parlament. Anders ist die Rechtslage teilweise auf der kantonalen Ebene: So obliegen beispielsweise im Kanton Zürich die Wahl der Mitglieder des Bankrates, des Bankpräsidiums und der Revisionsstelle, die Abnahme der Jahresrechnung und des Geschäftsberichts, die Entlastung der Bankorgane und die Genehmigung des Reglements über die Ent-

³⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (POG) vom 20. 5. 2009, BBl 2009, 5279.

⁴⁰ Böckli, Corporate Governance, Der Staat in der Eigentümerrolle gegenüber seinen selbständigen Anstalten, in: Liber amicorum Wildhaber, 2007, S. 1155; Bühler, in: ZK (Fn. 1), Art. 716a N. 223.

schädigungen der Mitglieder des Bankrates der Zürcher Kantonalbank dem Kantonsrat und nicht dem Regierungsrat.⁴¹

Unter dem Aspekt einer funktional zweckmäßigen Corporate Governance dürfte die Exekutive aufgrund ihrer Sachkenntnis und Zusammensetzung allerdings in der Regel klar besser geeignet sein, auf der Eigentümerebene einen effizienten Entscheidungs- und Kontrollprozess zu gewährleisten, als das eher auf politischen Machtausgleich bedachte Parlament. In dessen Hauptzuständigkeit fallen primär der Erlass der Gesetze, die Budgethoheit und die staatliche Oberaufsicht.⁴²

b) Erhöhte Transparenzanforderungen

Aufgrund ihres Leistungsauftrages und ihrer Eignerstruktur sehen sich staatlich beherrschte Unternehmen in besonderem Maße der Erwartung der Öffentlichkeit und der Medien auf *Information und Rechenschaftsablage* ausgesetzt. Sie pflegen daher – auch wenn sie nicht an einer Börse kotiert sind – in der Regel gegenüber ihren Stakeholdern eine Informationspolitik, die hinsichtlich der Frequenz und des Umfanges der Offenlegung mit derjenigen von Publikumsgesellschaften nahezu vergleichbar ist.⁴³

Ist der Staat nicht Alleinaktionär und sind an der ausgegliederten Aktiengesellschaft auch Minderheitsaktionäre beteiligt, hat der Verwaltungsrat beim Informationsaustausch mit den zuständigen Amtsträgern grundsätzlich das *aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot*⁴⁴ zu beachten. Mittels einer spezialgesetzlichen Grundlage kann sich der Staat jedoch als Gewährleister der Erfüllung der ausgelagerten öffentlichen Aufgaben auch privilegierte Informationsrechte sichern, die bei einer rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR nicht möglich sind.⁴⁵

So erstatten denn auch der Verwaltungsratspräsident und der CEO der SBB dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation und dem Eidgenössischen Finanzdepartement regelmäßig Bericht über den Stand der Zielerreichung.⁴⁶ Die SBB orientieren sodann auch die Öffentlichkeit laufend über wichtige Geschäftsvorfälle aus dem Unternehmensbereich. Auch von der Post und der Swisscom erwartet der Bundesrat, dass diese mit den Vertretern des Bundes vierteljährlich einen Informationsaustausch pflegen und dass der Verwaltungsrat den Bundesrat jährlich über die Erreichung der strategischen Ziele informiert.⁴⁷

⁴¹ § 11 Des Zürcher Kantonalbankgesetzes.

⁴² *Bühler*, in: ZK (Fn. 1), Art. 716a N. 224; *Böckli*, in: Breitenmoser et al. (Fn. 40), S. 1163.

⁴³ *Bühler* (Fn. 1), S. 519 f.; *Bühler*, in: ZK (Fn. 1), Art. 716a N. 227.

⁴⁴ Art. 717 Abs. 2 OR.

⁴⁵ *Gutzwiller* (Fn. 14), N. 509; *Hänni/Stöckli*, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2013, N. 1848 f.

⁴⁶ Ziff. 6.6 der Statuten der SBB.

⁴⁷ Vgl. Strategische Ziele des Bundesrates für die Post 2017–2020 vom 9.12.2016, BBl 2017, 125 ff., Ziff. 7; Strategische Ziele des Bundesrates für die Swisscom AG 2018–2021 vom

2. Wahrung der Einflussmöglichkeit des Staates auf der Führungsebene

In einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft beschränkt sich der Staat jedoch in der Regel nicht darauf, seinen Einfluss durch erhöhte Berichterstattungs- und Offenlegungsanforderungen sowie die Wahrnehmung seiner Kompetenzen als Aktionär in der Generalversammlung geltend zu machen. Er behält sich vielmehr auch im typischen Kompetenzbereich der Führungsorgane der Aktiengesellschaft bestimmte Einflussmöglichkeiten vor.

a) Festlegung der strategischen Ziele

Der Staat bestimmt typischerweise nicht nur den Zweck des ausgegliederten Aufgabenträgers, sondern gibt für das Unternehmen im Rechtskleid der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft regelmäßig auch die *strategischen Ziele* vor, welche das Unternehmen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erreichen soll; er nimmt damit Einfluss in einem Aufgabenbereich, der bei nicht staatlich kontrollierten Aktiengesellschaften in die unentziehbare Oberleitungskompetenz des Verwaltungsrates fällt.⁴⁸ Gestützt auf eine spezialgesetzliche Grundlage ist es aber – wie erwähnt – zulässig, punktuell auch von der ansonsten zwingenden aktienrechtlichen Kompetenzordnung abzuweichen, ohne die in der Lehre⁴⁹ vereinzelt beigezogene Analogie zur Attraktion der Kompetenzen des Verwaltungsrates der Untergesellschaft durch die Obergesellschaft *im Konzern* bemühen zu müssen, welche nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen ist. Im Vordergrund stehen dabei in der Regel strategische Zielsetzungen zu den Grundsätzen der Geschäftspolitik (Geschäftstätigkeit, Geschäftskreis etc.), die Positionierung der Gesellschaft am Markt, die unternehmerischen Entwicklungsschwerpunkte, die finanzielle Führung (Kapitalausstattung, Gewinnverwendung etc.), die Risikopolitik sowie die Beteiligungs- und Kooperationspolitik.⁵⁰ So legt etwa der Bundesrat nach den einschlägigen Spezialgesetzen für die SBB, die Swisscom und die Post jeweils für vier Jahre die *strategischen Ziele des Unternehmens* fest.⁵¹

22.11.2017, BBl 2017, 7867 ff., Ziff. 6.; vgl. auch Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats i. S. Untersuchung zu den Entscheidungen des Bundesrats vom 23.11.2005 betreffend das Unternehmen Swisscom vom 28.3.2006: „Neben diesem jährlichen Prozess finden periodisch Quartalsgespräche zwischen dem Verwaltungsrat der Swisscom und dem Bund statt.“ Vgl. auch Bühler, in: ZK (Fn. 1), Art. 716a N. 227.

⁴⁸ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁴⁹ Vgl. Stöckli (Fn. 3), S. 304 ff. und S. 328; Bertschinger, Konzernrechtliche Fragen bei der Privatisierung öffentlicher Spitäler, in: Hürlimann et al. (Hrsg.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, 2000, S. 40 ff.; von Büren, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: von Büren et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII: Handelsrecht, 6. Teilband, 2. Aufl., 2005, S. 286 f.

⁵⁰ Gutzwiller (Fn. 14), N. 374.

⁵¹ Vgl. für die SBB: Art. 7a SBBG; für die Swisscom: Art. 6 Abs. 3 TUG; für die Post: Art. 7 POG.

Die Vorgabe der strategischen Ziele ist sicher ein *wirksames Steuerungsinstrument* des Staates, mit dem dieser relativ direkt auf die Führung der Gesellschaft Einfluss nehmen kann. Dadurch schränkt der Staat freilich auch die strategische Handlungsfreiheit der Gesellschaft ein, was sich für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung bisweilen auch als Wettbewerbsnachteil auswirken kann, wenn diese beispielsweise auf Veränderungen der Rahmenbedingungen nicht ebenso rasch wie ihre Konkurrenzunternehmen reagieren können.

b) Vorgaben für die Zusammensetzung und Organisation der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane

Der Staat macht sodann in der Regel auch gewisse Vorgaben in Bezug auf die Zusammensetzung und Organisation der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane: So kann sich der Staat etwa vorbehalten, eine bestimmte Anzahl von Vertretern in den Verwaltungsrat der von ihm mehrheitlich gehaltenen spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft zu entsenden; diese müssen nicht von der Generalversammlung gewählt werden und unterstehen in der Regel einer Weisungsbefolgungspflicht gegenüber dem Staat.⁵² So hat der Bund etwa das Recht, zwei Vertreter in den Verwaltungsrat der Swisscom abzuordnen.⁵³ Ferner haben dem Verwaltungsrat gemäß Art. 9 Abs. 3 TUG zwei Vertreter des Personals der Unternehmung anzugehören. Durch entsprechende spezialgesetzliche Regelung kann sodann auch die *Bestimmung des Präsidenten des Verwaltungsrates* dem Staat als Mehrheits-eigner vorbehalten werden.

Und auch die Delegationsbefugnis kann der Staat an sich ziehen: So haben beispielsweise die Verwaltungsräte der SBB⁵⁴ und der Swisscom⁵⁵ die Geschäftsführung *von Gesetzes wegen* im Rahmen eines Organisationsreglements zu *delegieren* – ein Entscheid, der nach dem Aktienrecht gestützt auf eine entsprechende statutarische Grundlage an sich im Ermessen des Verwaltungsrates liegen würde.⁵⁶

c) Spezifische Vorbehaltsbeschlüsse im Aufgabenbereich der Führungsorgane

Das Gemeinwesen kann sich sodann bestimmte Beschlüsse aus dem Aufgabenbereich des Verwaltungsrates vorbehalten: Zu denken ist etwa an Beschlüsse über bestimmte Umstrukturierungen oder wesentliche Beteiligungen der Gesellschaft sowie über die Vergütungspolitik und die Rahmenbedingungen der Entschädigung der Organe des Unternehmens. So hat der Bundesrat etwa die Rahmenbedingungen der Entschädigung des Bundespersonals in der Kaderlohnverordnung

⁵² Gutzwiller (Fn. 14), N. 344; Buob (Fn. 5), N. 319; Stöckli (Fn. 3), S. 470.

⁵³ Ziff. 6.1.3 der Statuten von Swisscom.

⁵⁴ Art. 12 SBBG.

⁵⁵ Art. 10 Abs. 1 TUG.

⁵⁶ Art. 716b Abs. 1 OR. Vgl. dazu bereits Bühler, SJZ 107 (2011), 513, 517.

festgelegt, die gemäß Verweisung im einschlägigen Spezialgesetz auch für das Kader der SBB⁵⁷ gelten.

V. Regelungsinstrumente

Die dargelegten Regelungsanliegen des Staates können bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft mit verschiedenen Instrumenten umgesetzt werden.

1. *Regelung in einem öffentlich-rechtlichen Spezialgesetz*

Der Staat kann, wie erwähnt, grundsätzlich von der aktienrechtlichen Ordnung abweichen, indem er die Aktiengesellschaft spezialgesetzlich errichtet und sich *im Spezialgesetz* die auf den Einzelfall zugeschnittenen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten vorbehält. Die nur subsidiär anwendbaren aktienrechtlichen Regelungen werden dabei von den im Spezialgesetz festgehaltenen Rechten und Einwirkungsmöglichkeiten des Staates überlagert, ergänzt und abgewandelt. Den Kantonen steht diese Gestaltungsfreiheit gemäß Art. 763 OR allerdings – wie erwähnt – nur dann offen, wenn die Gesellschaft unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet wird und der Kanton die subsidiäre Haftung für deren Verbindlichkeiten übernimmt.

2. *Umsetzung der staatlichen Vorgaben in den Statuten*

Zur Sicherstellung der öffentlichen Aufgabenerfüllung wird das Unternehmen sodann – soweit vorhanden⁵⁸ – auch *in den Statuten* auf einen bestimmten öffentlichen Zweck ausgerichtet. Der öffentliche Zweck wird dabei nicht nur im öffentlich-rechtlichen Errichtungserlass verankert, sondern in der Regel auch in den Statuten umschrieben. Darüber hinaus setzt der Staat in den Statuten der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft regelmäßig auch die ihm vorbehaltenen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten durch konkrete Bestimmungen hinsichtlich der Organisation, Zuständigkeiten und Verfahren um.

3. *Konkretisierende Regelungen des Staates in einer Eignerstrategie und in einer Leistungsvereinbarung*

Die spezialgesetzlichen Regeln für die Aktiengesellschaft werden sodann regelmäßig in der Eignerstrategie und in einer Leistungsvereinbarung weiter konkretisiert.

a) *Eignerstrategie*

Die Eignerstrategie setzt eine Stufe höher als die Unternehmensstrategie an, nämlich bei den Aktionären bzw. der Aktionärin der Gesellschaft. Mit dem Instru-

⁵⁷ Art. 15 SBBG.

⁵⁸ Die Schweizerische Nationalbank verfügt beispielsweise über keine Statuten.

ment der Eignerstrategie gibt der Staat als Allein- oder Mehrheitsaktionär die gewünschte strategische Entwicklungsrichtung des Unternehmens und deren Rahmenbedingungen sowie seine Wertvorstellungen als normative Grundsätze vor.⁵⁹

Die Eignerstrategie ist das Gesamtkonzept, das die Visionen, die Ausrichtung, den Tätigkeitsbereich, die Risiko- und Innovationsneigung, die Wachstumsziele sowie die Dividendenpolitik und Finanzierungsmöglichkeiten des Unternehmens definiert. Sie ist einerseits ein Handlungsleitfaden für die Unternehmensführung; sie dient andererseits aber auch dem Eigner selbst als Orientierungspunkt, wenn es darum geht, Entscheidungen in Bezug auf das Unternehmen zu fällen, an dem er sich beteiligt hat.⁶⁰ Mit klaren langfristigen Zielsetzungen entschärft die Eignerstrategie auch die Abhängigkeit von kurzfristigen politischen Richtungswechseln.

In Ergänzung zu den gesetzlichen Bestimmungen stellt die Eignerstrategie ein *dynamisches und flexibel einsetzbares Instrument* dar, um den Autonomiegrad und die Gestaltungsfreiheit des Unternehmens zu konkretisieren.⁶¹

b) Leistungsvereinbarung

Zur Sicherstellung der öffentlichen Aufgabenerfüllung schließt das Gemeinwesen mit dem Aufgabenträger sodann regelmäßig eine Leistungsvereinbarung ab. Diese definiert die vom Unternehmen zu erbringenden Leistungen, die damit verbundenen Ziele sowie die konkreten Rahmenbedingungen der Leistungserfüllung und benennt in der Regel auch die notwendigen sachlichen und finanziellen Mittel. Sie wird üblicherweise für mehrere Jahre abgeschlossen. Der Aufgabenträger wird daher zu einer *regelmäßigen Berichterstattung* angehalten.⁶²

Dabei handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen dem Gemeinwesen und dem Aufgabenträger.⁶³ Im Gegensatz zum Gesetz oder zu einer Verordnung hat die Leistungsvereinbarung keine rechtlich bindenden Auswirkungen auf Dritte und schafft damit für Dritte auch keinen Rechtsanspruch auf Realisierung bestimmter Leistungen. Gestützt auf Art. 8 Abs. 1 SBBG erarbeitet der Bundesrat beispielsweise mit der SBB jeweils für vier Jahre eine Leistungsvereinbarung, die von den Eidgenössischen Räten genehmigt wird. Gemäß der aktuellen Leistungsvereinbarung 2017–2020 bestellt der Bund bei der SBB die Leistungen für den Betrieb und die Erhaltung der Infrastruktur in den Bereichen Personenverkehr und Güterverkehr und stellt die zur Finanzierung dieser Leistungen notwendigen Mittel des Bundes in einem Zahlungsrahmen bereit.

⁵⁹ Gutzwiller (Fn. 14), N. 34.

⁶⁰ Gutzwiller (Fn. 14), N. 38; Pümpin, Die Eignerstrategie, in: Hennerkes/Kirchdörfer (Hrsg.), Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl., 1998, S. 804 f.

⁶¹ Freudiger (Fn. 18), S. 93; Buschmann/Krummenacher, Eignerstrategien für Spitäler als Teil der Hospital Governance, in: Müller/Geiser (Hrsg.), Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Bd. 1, 2012, S. 36 ff.

⁶² Gutzwiller (Fn. 14), N. 125; Lienhard, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 11 (2002), 1163 ff., 1172.

⁶³ Buob (Fn. 5), N. 516.

4. Mandatsverträge mit „Vertretern“ im Verwaltungsrat

Beauftragt das Gemeinwesen einen „Vertreter“ damit, im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft Einsitz zu nehmen, so schließt es mit diesem nicht selten einen *Mandatsvertrag* ab. In diesem verpflichtet sich der Vertreter, das Verwaltungsmandat im Interesse des Gemeinwesens auszuüben. Der vom Gemeinwesen entsandte Vertreter muss zwar auch auf das Gesellschaftsinteresse achten, die Sonderinteressen des delegierenden Gemeinwesens gehen jedoch in diesem Ausnahmefall nach der herrschenden Lehre vor, soweit gestützt auf eine spezialgesetzliche Grundlage eine Instruktionsbefolgungspflicht besteht, der Staat Weisungen erteilt hat und ihn dann letztlich auch die Schadenersatzpflicht für das Verhalten seines Vertreters trifft.⁶⁴

In den meisten Fällen ist dieser Mandatsvertrag als Auftrag oder als auftragsähnlicher Vertrag zu qualifizieren. Mit der Einsitznahme im Auftrag des Gemeinwesens erfüllt der Vertreter eine öffentliche Aufgabe im öffentlichen Interesse und er wird, ähnlich wie ein Beamter, im Sinne einer generellen Weisung auf die Wahrung des öffentlichen Interesses verpflichtet. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem Vertreter im Verwaltungsrat dürfte daher öffentlich-rechtlicher Natur sein – mit der Konsequenz, dass mangels einer abweichenden Vereinbarung die maßgebenden personalrechtlichen Bestimmungen und nur subsidiär das Auftragsrecht gemäß Art. 397 ff. OR als öffentliches Recht beizuziehen sind.⁶⁵

VI. Fazit

Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft erweist sich bei genauerer Betrachtung als die geeignete Organisationsform für die Ausgliederung öffentlicher Aufgaben an einen selbständigen Rechtsträger, der sich weitgehend eigenständig im wirtschaftlichen Wettbewerb mit privaten Unternehmen behaupten, dem Staat aber zugleich zentrale Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten weitgehend bewahren soll. Der fehlende *numerus clausus* bei den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen eröffnet dem Staat einen relativ großen Spielraum bei der organisatorischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft und erlaubt es ihm, diese auf seine konkreten Bedürfnisse auszurichten, um die Wahrnehmung der auszulagernden öffentlichen Aufgaben bestmöglich zu gewährleisten.⁶⁶

⁶⁴ So auch *Forstmoser/Küchler*, „Vertreter“ im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information, in: FS Rolf H. Weber, 2011, S. 35 ff., 41 f.

⁶⁵ *Buob* (Fn. 5), N. 294 f.; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 13 N. 623 ff.; *Bühler*, in: ZK (Fn. 1), Art. 707 N. 9 ff.

⁶⁶ *Freudiger* (Fn. 18), S. 82.

Diskussion

zu den Referaten von Jessica Schmidt und Christoph B. Bühler

Veronika Kubasta/Sophie Natlacen

I.

Die Diskussion nach dem Vortrag von *Jessica Schmidt* über Golden Shares drehte sich im Wesentlichen um die Weiterentwicklung der Golden Shares hin zu Golden Powers sowie die Bemühungen der Europäischen Union, einerseits einen Zustand im Einklang mit den Europäischen Grundfreiheiten herzustellen und andererseits die Übernahmen strategischer Beteiligungen durch ausländische Investoren einzudämmen bzw. zu kontrollieren.

Mehrere Teilnehmer berichteten aus der Praxis von (gescheiterten) Übernahmen in Frankreich, der Schweiz, den Niederlanden und Amerika. Vorherrschend sei stets die Angst vor der Übernahme strategischer Sektoren durch ausländische Investoren, wie es ein Diskutant formulierte. Dem entgegenwirkend können Konstruktionen etwa Beschränkungen der Beteiligungshöhe von Ausländern vorsehen oder dem Staat nach einer Mindesthaltezeit die doppelte Anzahl an Stimmrechten sichern. Meist begleite – neben rechtlichen Unsicherheiten – eine politische Diskussion die geplante Übernahme, was letztlich häufig zum Scheitern des Projekts führe. In Deutschland komme dabei dem Außenwirtschaftsgesetz besondere Bedeutung zu. Jedoch schössen Regelungen für strategische Sektoren oft über ihr Ziel hinaus und erschwerten so etwa grundsätzlich unbedenkliche Maßnahmen, wie beispielsweise die Versorgung einer Militärkaserne mit einer Kantine.

Besondere Beachtung kam in der Diskussion der Stellung chinesischer Investoren zu, welche insbesondere in der High-Tech-Branche eine Quelle billiger Finanzierung darstellen könnten. Aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen könnten diese aber nicht unter gleichen Bedingungen wie andere Investoren einsteigen, wodurch es zu ökonomischen Verzerrungen kommen könne.

Der Vorschlag einer *Investment Screening Regulation* (ISR) wurde mit Interesse diskutiert. Als kompliziert erwies sich unter anderem die Gratwanderung zwischen Rechtssicherheit und gleichzeitigem gesetzlichen Spielraum, um auch auf neue Probleme reagieren zu können. Wichtig sei es, so ein Diskutant, von *short-termism* und protektionistischen Ansätzen wegzukommen, da oftmals die deklarierten Motive nicht die wahren Motive seien.

Schließlich wurde angesprochen, wie weit die Europäische Union selbst an ihre Golden-Shares-Judikatur gebunden sei. Laut *Schmidt* sei die Judikatur auch auf die Golden Powers umzulegen und müsse sich folglich an denselben Maßstäben messen lassen. Ein Diskutant warf weiters ein, dass aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes eine Schadenersatzpflicht für einen Staat entstehen könne, wenn der EuGH zu spät entscheide. Dies sei, so *Schmidt*, ein Signal an die Mitgliedstaaten, dass sie sich an die Vorgaben des Unionsrechts halten müssten.

II.

Die praktische Ausgestaltung und die Umsetzung spezial- bzw. sondergesetzlicher Aktiengesellschaften dominierten die Diskussion nach dem Referat von *Christoph B. Bühler* über die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft in der Schweiz. Erneut zeigten sich die Teilnehmer aus Deutschland verwundert über die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im schweizerischen und österreichischen Recht, die in Deutschland nicht vorhanden sei.

Ein Diskutant brachte vor, dass es durch die Bezeichnung „AG“ auch für sondergesetzlich errichtete und vom regulären Obligationenrecht abweichende Aktiengesellschaften zu einer Irreführung kommen könne; es fehle hier eine Warnfunktion. Laut *Bühler* könne man etwa aus der Zwecksetzung einer AG auf die spezialgesetzliche Ausgestaltung schließen. Außerdem gebe das Register Auskunft über die Eigentümer bzw. die Art der Errichtung der Gesellschaft.

Ein weiteres Thema der Diskussion war das Verhältnis zwischen den Statuten bzw. der Satzung einer Aktiengesellschaft und den Spezialerlässen bzw. den Gesetzen, durch die spezialgesetzliche Aktiengesellschaften errichtet werden. Sowohl in der Schweiz als auch in Österreich hätten die meisten spezial- bzw. sondergesetzlichen Aktiengesellschaften keine Statuten oder Satzungen, sondern beruhten ausschließlich auf dem errichtenden Spezialerlass bzw. dem Gesetz. Auch in der Urkundensammlung des Firmenbuchs in Österreich sei daher keine Satzung der sondergesetzlichen Aktiengesellschaft hinterlegt.

Ein Teilnehmer aus Deutschland erkundigte sich nach etwaigen Einschränkungen des Anwendungsbereichs von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften, möglicherweise durch eine Subsidiaritätsklausel. Hier betonte *Bühler*, dass die Errichtung von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften sehr liberal sei und es keinerlei Einschränkungen gebe.

Schließlich drehte sich die Diskussion um den wettbewerbsverzerrenden Effekt von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften, da einer staatlichen Haftung Beihilfencharakter zukommen könne. Dies spiele jedoch – so *Bühler* – nur auf kantonaler Ebene eine Rolle, da nur der Kanton subsidiär für die Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft hafte. Auf Bundesebene bestehe dieser Konflikt in der Regel nicht, da dem Bundesgesetzgeber ohnehin die Zivilrechtskompetenz zukomme und er somit die bestehenden konfligierenden Regelungen des Aktienrechts entsprechend abändern könne.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Walter Bayer

Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatversicherungsrecht und Internationales Privatrecht an der Universität Jena

MMag. Sebastian Brehm, LL. M. (WU)

Universitätsassistent am Institut für Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien

Prof. Dr. Christoph B. Bühler, LL. M. (Zürich)

Rechtsanwalt und Titularprofessor für Schweizerisches und Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich

Florian Ebner, LL. M. (WU)

Universitätsassistent am Institut für Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien

Prof. Dr. Dr. h. c. Holger Fleischer, LL. M. (Univ. of Michigan), Dipl.-Kfm.

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Prof. Dr. Michael Gruber

Universitätsprofessor für Unternehmensrecht an der Universität Salzburg

Prof. Dr. Michael Holoubek

Universitätsprofessor am Institut für österreichisches und europäisches öffentliches Recht (IOER) an der Wirtschaftsuniversität Wien

Prof. Dr. Susanne Kalss, LL. M. (Florenz)

Universitätsprofessorin am Institut für Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien

Veronika Kubasta, LL. M. (WU), B.Sc. (WU)

Universitätsassistentin am Institut für Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien

Prof. Dr. Peter V. Kunz

Universitätsprofessor für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern

Alexander Leonhartsberger, LL. M. (WU)

Universitätsassistent am Institut für Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien

Prof. Dr. Thomas Mann

Universitätsprofessor und Direktor am Institut für Öffentliches Recht, Abteilung Verwaltungsrecht an der Universität Göttingen

Sophie Natlacen, LL. M. (WU)

Universitätsassistentin am Institut für Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien

Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL. M. (Nottingham)

Universitätsprofessorin für Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht an der Universität Bayreuth

Prof. Dr. Klaus Ulrich Schmolke, LL. M. (NYU)

Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Universität Erlangen

Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt, LL. M. (NYU), MBA

Universitätsprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Rechtsanwalt in Zürich

