

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

---

**Band 182**

**Die Befreiung  
von der Verschwiegenheitspflicht  
des Aufsichtsrats einer AG  
mit hoheitlicher Beteiligung**

**Von**

**Moritz Lehnert**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MORITZ LEHNERT

Die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht  
des Aufsichtsrats einer AG mit hoheitlicher Beteiligung

# Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 182

# Die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsrats einer AG mit hoheitlicher Beteiligung

Von

Moritz Lehnert



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit  
im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 1614-7626  
ISBN 978-3-428-18338-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-58338-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis zum 10. Februar 2021 Berücksichtigung finden.

Allen voran danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M., herzlich für die Betreuung, den bereichernden fachlichen Austausch und seine stete Unterstützung.

Ferner danke ich den Herren Professoren Dr. Holger Fleischer, LL.M., und Dr. Gerald Spindler für die Aufnahme meiner Arbeit in ihre Schriftenreihe. Zudem möchte ich Herrn Prof. Dr. Paal, LL.M., für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Daneben möchte ich Herrn Dr. Daniel A. Widmann, Herrn Nikita Alymov und Frau Laura Huber für die Durchsicht meines Manuskripts und ihre konstruktiven Anmerkungen danken.

Der größte Dank gebührt meinen Eltern, Elke und Wolfgang Lehnert, meinen Großeltern, Gudrun und Emanuel Kübler, sowie meiner Freundin Laura Huber. Ohne deren bedingungslose Unterstützung, insbesondere ihren Rat, ihre Geduld und Rücksicht hätte ich nicht die Möglichkeit erhalten, überhaupt promovieren zu können. Deshalb widme ich diese Arbeit meiner Familie.

München, im März 2021

*Moritz Lehnert*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	21
I. Einleitung .....	21
II. Gang der Darstellung .....	22

## *Kapitel 1*

<b>Die Beteiligung der öffentlichen Hand</b> .....	24
A. Ingerenzpflichten und Eingangskontrolle .....	24
I. Begriffsverständnis im Zusammenhang mit staatlichen Beteiligungen .....	24
1. Öffentliches Unternehmen .....	25
2. Gemischtwirtschaftliches Unternehmen .....	25
3. Gemischtöffentliches Unternehmen .....	25
4. Eigengesellschaft .....	25
5. Mehrheits- und Minderheitsbeteiligung des Staates .....	25
II. Verfassungsrechtliche Anforderungen .....	26
1. Grenze: Grundrechte .....	26
a) Grundrechtsbindung der Eigengesellschaft und eines Unternehmens mit staatlicher Mehrheitsbeteiligung .....	27
b) Grundrechtsbindung eines Unternehmens mit staatlicher Minderheitsbeteiligung .....	28
2. Rechtsstaatsprinzip, Art. 20, 28 GG .....	28
a) Zulässigkeit des erwerbswirtschaftlichen Tätigwerdens des Staates .....	29
b) Ergebnis .....	31
3. Legitimationserfordernisse aus dem Demokratieprinzip .....	31
a) Organisatorisch-personelle Legitimation .....	31
b) Sachlich-inhaltliche Legitimation .....	32
c) Eigengesellschaft und Mehrheitsbeteiligung .....	32
aa) Organisatorisch-personelle Legitimation im Falle der Eigengesellschaft und der staatlichen Mehrheitsbeteiligung am Beispiel der AG .....	33
bb) Sachlich-inhaltliche Legitimation im Falle der Eigengesellschaft und der staatlichen Mehrheitsbeteiligung am Beispiel der AG .....	34

d) Demokratischer Legitimationszusammenhang bei der staatlichen Minderheitsbeteiligung .....	35
aa) „Rettung“ der Deutschen Lufthansa AG als Beispiel für die demokratischen Legitimationserfordernisse bei der staatlichen Minderheitsbeteiligung .....	37
bb) Ergebnis .....	39
4. Garantie kommunaler Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG .....	39
5. Ingerenzpflichten und Eingangskontrolle als Konsequenz der verfassungsrechtlichen Anforderungen .....	39
III. Bundesgesetzliche Voraussetzungen für eine staatliche Beteiligung gemäß § 65 BHO .....	40
1. Wichtiges Interesse des Bundes und Subsidiarität .....	40
2. Haftungsbegrenzung .....	41
3. Angemessener Einfluss auf das Unternehmen .....	41
a) Vorrangige Einflussnahme über den Aufsichtsrat .....	42
aa) Historie: § 48 RHO, § 16 RBG und Erfahrungen der Weimarer Republik .....	43
bb) Ökonomische Erwägungen: Prinzipal-Agent-Theorie und REM-Hypothese .....	45
b) Ergebnis .....	48
c) Vorrang der GmbH gegenüber der AG .....	48
4. Besondere Anforderungen an Jahresabschluss und Lagebericht .....	50
IV. Landesrechtliche Voraussetzungen für eine staatliche Beteiligung .....	50
1. Voraussetzungen für eine staatliche Beteiligung gemäß § 103 GemO BW ....	51
2. Vorrang der GmbH, § 103 Abs. 2 GemO BW .....	52
V. Ergebnis .....	52
B. Geltung des Gesellschaftsrechts bei der Betätigung des Staates in privatrechtlichen Unternehmensformen .....	53
I. These vom Verwaltungsgesellschaftsrecht (Modifikation des Gesellschaftsrechts durch das öffentliche Recht) .....	53
1. Konkrete Modifikationen des Gesellschaftsrechts infolge des Verwaltungsgesellschaftsrechts .....	54
2. Modifikation des Gesellschaftsrechts durch landesrechtliche Bestimmungen .....	55
3. Kritik an der These des Verwaltungsgesellschaftsrechts .....	55
II. These vom Vorrang des Gesellschaftsrechts .....	57
III. Urteil des BVerfG vom 07.11.2017 .....	58
IV. Lösungsansatz .....	59
1. Grundsätzlich keine Modifikation des Gesellschaftsrechts durch das öffentliche Recht .....	59
2. Salomonische Lösung: Vorrang des Gesellschaftsrechts, gleichwohl verfassungskonforme Auslegung im Ausnahmefall .....	60

C. Fehlerhafte Eingangskontrolle .....	62
I. Pflicht der öffentlichen Hand zur Korrektur der Einwirkungsbefugnisse .....	62
1. Nachträgliche Korrektur der Einwirkungsbefugnisse bei der Eigengesellschaft und der staatlichen Mehrheitsbeteiligung .....	62
2. Mehrheitsbeteiligung ohne qualifizierte Beschlussmehrheit und Minderheitsbeteiligung .....	63
II. Ergebnis im Falle der fehlerhaften Eingangskontrolle .....	64

## *Kapitel 2*

### **Grundlagen der §§ 394, 395 AktG**

65

A. Die Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitglieds einer AG .....	65
I. Gesetzliche Grundlagen der Verschwiegenheitspflicht .....	65
1. § 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG .....	65
a) Zweck der Verschwiegenheitspflicht .....	65
b) Vertrauliche Angaben und Geschäftsgeheimnisse, § 116 S. 1 AktG .....	66
2. Klarstellungsfunktion des § 116 S. 2 AktG .....	67
3. Umfang der Verschwiegenheitspflicht .....	68
II. Empfehlungen .....	69
1. Deutscher Corporate Governance Kodex .....	69
2. Public Corporate Governance Kodex .....	70
3. Hinweise für gute Beteiligungsführung bei Bundesunternehmen .....	71
B. Grundlagen der §§ 394, 395 AktG .....	71
I. Informationsasymmetrie in der AG .....	72
II. §§ 53, 54 HGrG .....	73
1. Erweiterte Abschlussprüfung, § 53 HGrG .....	73
2. Ausgestaltung der Satzung zur unmittelbaren Unterrichtung der Rechnungsprüfungsbehörde, § 54 HGrG .....	74
III. Grundlagen von § 394 AktG .....	74
IV. Zusammenspiel der §§ 394, 395 AktG .....	75
1. Erstreckung der Verschwiegenheitspflicht auf Berichtsadressaten gemäß § 395 Abs. 1 AktG .....	75
2. Mitteilungen im dienstlichen Verkehr, § 395 Abs. 1 Hs. 2 AktG .....	76
3. Veröffentlichungsverbot, § 395 Abs. 2 AktG .....	77

*Kapitel 3*

<b>Unionskonformität der §§ 394, 395 AktG</b>	<b>78</b>
A. Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 Abs. 1 AEUV	78
I. Zweck der Kapitalverkehrsfreiheit	79
II. Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit	79
1. Räumlicher Anwendungsbereich, Art. 52 EUV, 355 AEUV	79
2. Persönlicher Anwendungsbereich	79
3. Sachlicher Anwendungsbereich	80
a) Direktinvestitionen	81
b) Portfolioinvestitionen	81
c) Grenzüberschreitender Bezug	82
d) Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit	82
e) Spannungsverhältnis zwischen der Kapitalverkehrs- und Niederlassungs- freiheit	82
4. Einordnung der §§ 394, 395 AktG	83
III. Beschränkung des Kapitalverkehrs	84
1. Diskriminierungsverbot	84
2. Beschränkung i.e.S. des Kapitalverkehrs	85
a) Beschränkungsbegriff im Schrifttum	85
b) Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit nach dem EuGH	86
c) Der Meinungsstand zur Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die §§ 394, 395 AktG	87
d) Rspr. des EuGH zu staatlichem Sonderrecht	89
3. Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die §§ 394, 395 AktG	93
IV. Rechtfertigung	96
1. Keine gemeinschaftliche Harmonisierungsregelung	97
2. Art. 65 Abs. 1 b) AEUV	97
a) Maßnahmen zur Vermeidung von Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften	98
b) Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	99
3. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	100
a) Der Meinungsstand zur Qualifikation der Haushaltskontrolle als zwingenden Grund des Allgemeininteresses	101
b) Die Haushaltskontrolle als zwingender Grund des Allgemeininteresses	101
c) Rspr. des EuGH zu zwingenden Gründen des Allgemeinwohls	103
4. Verhältnismäßigkeit	104
a) Geeignetheit	104
b) Erforderlichkeit	104
aa) Abstrakter Prüfungsmaßstab für staatliches Sonderrecht	105

bb) Überprüfung der §§ 394, 395 AktG anhand des Prüfungsmaßstabs des EuGH .....	106
cc) Weniger einschneidende Maßnahmen .....	108
5. Ergebnis .....	109
B. Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV .....	109
I. Anwendungsbereich .....	109
1. Räumlicher und persönlicher Anwendungsbereich .....	109
2. Sachlicher Anwendungsbereich .....	110
II. Beschränkung .....	111

### *Kapitel 4*

#### **Voraussetzungen zur Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht gemäß § 394 AktG**

112

A. Beteiligung einer Gebietskörperschaft .....	112
I. Der Meinungsstand zur Beteiligungshöhe der Gebietskörperschaft .....	112
II. Untersuchung, ob § 394 AktG eine bestimmte Beteiligungshöhe verlangt .....	114
1. Wortlaut des § 394 AktG .....	114
2. Historie zu § 394 AktG hinsichtlich einer etwaigen Beteiligungshöhe .....	114
3. Systematische Erwägungen bezüglich einer etwaigen Beteiligungshöhe .....	116
a) Beteiligungsbegriff des § 271 HGB .....	116
b) Erfordernis einer Mehrheitsbeteiligung/„Ins Gewicht“ fallende Beteiligung wegen § 65 BHO und § 53 HGrG .....	117
c) Rückgriff auf die Beteiligungsschwellen des WpHG .....	117
d) Rückgriff auf die Definition der „Beteiligung“ im PCGK für § 394 AktG .....	119
4. Telos des § 394 AktG .....	120
III. Ergebnis .....	121
B. Bestellung auf Veranlassung der Gebietskörperschaft .....	121
I. Veranlassung bei unmittelbarer Beteiligung der Gebietskörperschaft .....	122
1. Entsendung, § 101 Abs. 2 AktG .....	122
2. Wahl, § 101 Abs. 1 AktG .....	122
a) Veranlassung der Wahl bei unmittelbarer Beteiligung ohne Stimmmehrheit .....	122
b) Würdigung .....	123
II. Veranlassung bei gerichtlich bestellten Aufsichtsratsmitgliedern .....	124
1. Historische Perspektive: § 111 Abs. 1 Nr. 2 RHO .....	125
2. Unabhängigkeit der Gerichte .....	126
3. Vermutungsregelungen .....	127
4. Ergebnis .....	127

III. Veranlassung bei mittelbarer Beteiligung .....	127
1. Der Meinungsstand zur Veranlassung bei der mittelbaren Beteiligung der Ge- bietskörperschaft .....	128
2. Anforderungen an die Veranlassung bei der mittelbaren Beteiligung .....	129
a) Vergleich mit unmittelbarer Beteiligung .....	129
b) Keine Mehrheitsbeteiligung erforderlich .....	129
c) Veranlassungsbegriff im Konzern- und Beamtenrecht .....	130
d) Rückgriff auf Vermutungsregelungen .....	132
e) Offenlegung der Einflussnahme durch die öffentliche Hand .....	132
3. Ergebnis .....	132
C. Berichtspflicht .....	133
I. Berichtspflicht aus Gesetz .....	133
II. Berichtspflicht gemäß Satzung .....	134
III. Berichtspflicht aus einem Rechtsgeschäft .....	134
1. Parteien des Rechtsgeschäfts .....	135
2. Grenzen des Rechtsgeschäfts .....	135
3. Praxishinweis .....	136
IV. Berichtspflicht kraft beamtenrechtlicher Weisungsbindung .....	137
1. Grundsätzliche Weisungsfreiheit des Aufsichtsratsmitglieds einer AG .....	137
2. Rspr. ....	138
3. Meinungsspektrum im Schrifttum .....	139
4. Weisungsfreiheit des Aufsichtsratsmitglieds einer AG .....	139
a) Historie: § 70 DGO 1935 .....	140
b) Systematik: Weisungsfreiheit im Konzernrecht .....	140
c) Folgen aus dem Urteil des BVerfG vom 07.11.2017 .....	141
d) Verfassungskonforme Auslegung des § 111 Abs. 6 AktG .....	142
e) Praxiserwägungen: Konsultations- und Verständigungspflichten .....	144
f) Ergebnis .....	144
5. Berichtspflicht kraft beamtenrechtlicher Weisungsbindung .....	145
a) Der Meinungsstand zur Berichtspflicht kraft beamtenrechtlicher Weisungs- bindung .....	145
b) Konflikt zwischen der Weisungsfreiheit des Aufsichtsratsmitglieds und der Berichtspflicht kraft beamtenrechtlicher Weisungsbindung .....	146
c) Anforderung des § 394 S. 3 AktG .....	146
d) Vorrang des Gesellschaftsrechts .....	147
e) Fehlende Notwendigkeit einer Berichtspflicht kraft beamtenrechtlicher Weisungsbindung .....	148
6. Ergebnis .....	148

D. Berichtsadressat .....	148
I. Gewährleistung der Vertraulichkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 394 S. 1 AktG .....	149
II. Parallele zu Arbeitnehmervertretern .....	149
III. Reichweite der Gewährleistung der Vertraulichkeit .....	151
IV. Berichtsadressaten auf Bundesebene .....	152
1. Bundesrechnungshof als Berichtsadressat .....	152
2. Ausschüsse und Gremium des Bundestages als Berichtsadressat .....	152
a) Der Meinungsstand, ob Abgeordnete als „Prüfpersonen“ i.S.d. § 395 Abs. 1 AktG gelten .....	153
b) Abgeordnete als „Prüfpersonen“ i.S.d. § 395 Abs. 1 AktG .....	154
c) Tatsächliche Vorkehrungen zur Gewährleistung der Vertraulichkeit .....	154
3. Bundestag als Berichtsadressat .....	156
a) Der Meinungsstand im Schrifttum zur Frage, ob der Bundestag tauglicher Berichtsadressat sein kann .....	157
b) Entscheidung des BVerfG vom 07. 11. 2017 .....	158
aa) Parlamentarisches Frage- und Informationsrecht gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2, 20 Abs. 2 S. 2 GG .....	158
bb) Grenze: Fiskalisches Interesse des Staates am Schutz vertraulicher Informationen seiner (Beteiligungs-)Unternehmen .....	159
cc) Mildere Mittel zum Ausgleich des Geheimhaltungsinteresses und dem parlamentarischen Informationsinteresse .....	161
dd) Reaktionen im Schrifttum auf das Urteil des BVerfG .....	163
c) Lösungsansatz .....	165
aa) Kein absolutes Verbot der Weitergabe von vertraulichen Informationen mehr vertretbar .....	165
bb) Zulässigkeit der Weitergabe von vertraulichen Informationen bei hinreichenden Vorkehrungen zur Wahrung der Vertraulichkeit .....	166
cc) Konkrete Vorkehrungen für die Gewähr der Vertraulichkeit .....	167
dd) Das Aufsichtsratsmitglied beurteilt das Maß der notwendigen Vorkehrungen zur Wahrung der Vertraulichkeit .....	168
ee) Zwischenergebnis .....	170
ff) Verfassungskonforme Auslegung der §§ 394, 395 AktG .....	170
d) Verfassungskonforme Auslegung der §§ 394, 395 AktG bei der Eigengesellschaft des Bundes .....	171
aa) Kollision der §§ 394, 395 AktG mit dem parlamentarischen Frage- und Informationsrecht .....	171
bb) Zulässigkeit der verfassungskonformen Auslegung der §§ 394, 395 AktG anhand der Auslegungsmethoden .....	173
cc) Kollision der §§ 394, 395 AktG mit dem Beweiserhebungsrecht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses .....	174
dd) Ergebnis für die Eigengesellschaft des Bundes .....	176



e) Verfassungskonforme Auslegung der §§ 394, 395 AktG bei der Mehrheitsbeteiligung des Bundes	176
aa) Kollision der §§ 394, 395 AktG mit dem parlamentarischen Frage- und Informationsrecht	177
bb) Kollision der §§ 394, 395 AktG mit dem Beweiserhebungsrecht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses	178
cc) Ergebnis für die Mehrheitsbeteiligung des Bundes	179
f) Verfassungskonforme Auslegung der §§ 394, 395 AktG bei der Minderheitsbeteiligung des Bundes	179
aa) Kollision der §§ 394, 395 AktG mit dem parlamentarischen Frage- und Informationsrecht	179
bb) Kollision der §§ 394, 395 AktG mit dem Beweiserhebungsrecht des parlamentarischen Untersuchungsausschusses	182
cc) Ergebnis für die Minderheitsbeteiligung des Bundes	183
V. Berichtsadressaten auf Landesebene	183
1. Gewähr der Vertraulichkeit bei Auskunftsverlangen nach den landesrechtlichen Informationsgesetzen	183
2. Ausschüsse und Gremien als Berichtsempfänger	184
3. Landtag als Berichtsempfänger	184
a) Gewährleistung der Vertraulichkeit im Falle des parlamentarischen Fragerechts auf Landesebene	186
aa) Beschränkung des AktG durch die Landesverfassung	186
bb) Fragerecht eines Landtagsabgeordneten und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG	187
b) Ergebnis	188
VI. Berichtsadressaten auf kommunaler Ebene	188
1. Rechnungsprüfungsamt als Berichtsadressat	188
2. Oberbürgermeister als Berichtsadressat	189
3. Gemeinderat als Berichtsadressat	189
a) Meinungsstand im Schrifttum	190
b) Keine Überlagerung des Gesellschaftsrechts durch das Kommunalrecht	191
c) Einzelfallentscheidung	192
4. Ausschüsse und Ratsfraktionen als Berichtsadressat	192

## *Kapitel 5*

### **Rechtsfolge des § 394 AktG** 194

A. Beschränkte Berichterstattung	194
I. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse i.S.d. § 394 S. 2 AktG	194
II. Zweck der Berichterstattung	195
1. Beurteilung zweier Aspekte im Rahmen des § 394 AktG	195

2. Beurteilung des Umfangs der weiterzugebenden vertraulichen Information . . .	196
a) Der Meinungsstand zur Frage, wer den Umfang der weiterzugebenden vertraulichen Information zu beurteilen hat . . . . .	196
b) Beurteilung durch das Aufsichtsratsmitglied . . . . .	196
3. Beurteilungs-/Ermessensspielraum des Aufsichtsratsmitglieds, ob der Zweck der Berichterstattung die Weitergabe von vertraulichen Informationen erfordert	197
a) Der Meinungsstand zum Beurteilungs-/Ermessensspielraum des Aufsichtsratsmitglieds . . . . .	197
b) Das Aufsichtsratsmitglied hat keinen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum . . . . .	198
B. Weitergabe vertraulicher Unterlagen . . . . .	199
I. Zulässigkeit der Weitergabe von vertraulichen Unterlagen . . . . .	199
II. Weitergabe des Prüfungsberichts des Abschlussprüfers . . . . .	200
1. Der Meinungsstand zu den Voraussetzungen der Weitergabe des Prüfungsberichts des Abschlussprüfers . . . . .	200
2. Die Voraussetzungen für die Weitergabe des Prüfungsberichts des Abschlussprüfers . . . . .	200

## *Kapitel 6*

<b>Verstöße gegen die §§ 394, 395 AktG</b>	202
A. Verstöße gegen § 394 AktG . . . . .	202
I. Strafrechtliche Folgen . . . . .	202
II. Zivilrechtliche Folgen . . . . .	202
1. Haftung des Aufsichtsratsmitglieds . . . . .	202
a) Regressanspruch des Beamten gemäß § 102 BBG gegen die Gebietskörperschaft . . . . .	203
b) Haftungsfolgen und Nachteilsausgleich im Falle einer verfassungskonformen Auslegung . . . . .	203
2. Abberufung, § 103 Abs. 3 AktG . . . . .	205
3. Haftung der vertretenen Gebietskörperschaft . . . . .	205
a) Keine Haftung aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG . . . . .	205
b) Haftung als Beteiligter, § 830 BGB . . . . .	206
c) Verletzung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht . . . . .	206
d) Haftung aus § 117 AktG . . . . .	206
B. Verstöße gegen § 395 AktG . . . . .	207
I. Straf- und disziplinarrechtliche Folgen . . . . .	207
II. Zivilrechtliche Haftung . . . . .	208

*Kapitel 7*

<b>Schlussbetrachtung</b>	209
A. Ergebnisse .....	209
B. Ausblick .....	218
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	219
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	232

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BaWü	Baden-Württemberg
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BBG	Bundesbeamtengesetz
Beschl.	Beschluss
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundshaushaltsordnung
BiRiLiG	Bilanzrichtlinien-Gesetz
BMF	Bundesfinanzministerium
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRHG	Bundesrechnungshofgesetz
BSchuWG	Gesetz zur Regelung des Schuldenwesens des Bundes
BT-Geheimchutz- ordnung	Geheimchutzordnung des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DGO 1935	Deutsche Gemeindeordnung 1935
EG	Europäische Gemeinschaft
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FMSStBG	Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz
Fn.	Fußnote
FStFG	Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz
GemO BW	Gemeindeordnung (Baden-Württemberg)
GemO NRW	Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen
GemO RLP	Gemeindeordnung (Rheinland-Pfalz)
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO-LT BW	Geschäftsordnung des Landtags von Baden-Württemberg
HbgVerfG	Hamburgisches Verfassungsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch

HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
i.e.S.	im engeren Sinne
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
LBG BaWü	Landesbeamtengesetz Baden-Württemberg
LHO BW	Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg
LV Bayern	Verfassung des Freistaates Bayern
LV BW	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
PCGK	Public Corporate Governance Kodex
RBG	Gesetz betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873
RBO	Reichsbesoldungsordnung vom 16. Dezember 1927
RHO	Reichshaushaltsordnung vom 31. Dezember 1922
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz
sog.	sogenannt
StFG	Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarkt- und eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Stabilisierungsfondsgesetz)
Urt. v.	Urteil vom
WSF	Wirtschaftsstabilisierungsfonds
WStBG	Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetz
WStFG	Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz)

# Einführung

## I. Einleitung

Der Beteiligung des Staates an Unternehmen privater Rechtsform ist im Zuge der „Rettung“ der Deutschen Lufthansa AG besondere Aufmerksamkeit zuteil geworden.<sup>1</sup> Der Öffentlichkeit ist vor allem die 100 % Beteiligung des Bundes an der Deutschen Bahn AG bekannt. Der Ruf nach einer „Verstaatlichung“ eines Unternehmens wird stets in Krisenzeiten laut. Dies zeigt sich nicht nur anhand der aktuellen „Corona-Krise“, sondern auch rückblickend in Bezug auf die Finanzkrise im Jahr 2008. Im Zuge dessen beteiligte sich der Bund unter anderem an der Commerzbank AG.<sup>2</sup> Gleichwohl treten staatliche Beteiligungen nicht nur in Krisenzeiten auf. Dies zeigt der Beteiligungsbericht 2019, welcher sämtliche Beteiligungen des Bundes an Unternehmen aufführt. Danach war der Bund im Jahr 2018 an 104 Unternehmen unmittelbar und an 433 Unternehmen mittelbar beteiligt.<sup>3</sup> Die Gründe, die den Staat zu einer solchen Beteiligung bewegen, sind vielfältig und können sich im Laufe der Beteiligung auch verändern.<sup>4</sup>

Allerdings ist sämtlichen staatlichen Beteiligungen an Unternehmen in Privatrechtsform gemeinsam, dass der Staat grundsätzlich gesetzlich verpflichtet ist, sich in den Unternehmen angemessene Einflussmöglichkeiten, insbesondere im Aufsichtsrat, zu sichern.<sup>5</sup> Diesen Einfluss sichert sich der Staat üblicherweise, indem er sich die Entsenderechte für einzelne Aufsichtsratsmandate einräumen lässt. Dies wird veranschaulicht durch die Rahmenvereinbarung zwischen der Deutschen Lufthansa AG, der Bundesrepublik Deutschland und dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds betreffend die Beteiligung an der Deutschen Lufthansa AG.<sup>6</sup> Der Staat erhält durch seinen Vertreter im Aufsichtsrat einen besseren Zugang zu Informationen des jeweiligen Unternehmens.

---

<sup>1</sup> „14 deutsche Unternehmen wollen eine Staatsbeteiligung“, Artikel v. 10.08.2020 auf Handelsblatt.com von Moritz Koch, Link: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/coronakrise-14-deutsche-unternehmen-wollen-eine-staatsbeteiligung/26080594.html>.

<sup>2</sup> „Commerzbank wird teilverstaatlicht“, Artikel v. 08.01.2009 auf ZEIT ONLINE, dpa, Reuters, Link: <https://www.zeit.de/online/2009/03/commerzbank-teilverstaatlicht>.

<sup>3</sup> Beteiligungsbericht des Bundes 2019, S. 10.

<sup>4</sup> Beteiligungsbericht des Bundes 2019, S. 10.

<sup>5</sup> Auf Bundesebene: § 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO, auf Landesebene u.a.: § 103 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW, § 87 Abs. 1 Nr. 3 GemO RLP.

<sup>6</sup> Rahmenvereinbarung zwischen der Deutschen Lufthansa AG, der Bundesrepublik Deutschland und dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds, S. 14 f.

Ob das Aufsichtsratsmitglied diese Informationen an die Gebietskörperschaft weiterleiten darf oder seine Verschwiegenheitspflicht dem entgegensteht, liegt im Spannungsfeld zwischen dem Gesellschaftsrecht und dem öffentlichem Recht. Zur Lösung dieses Konflikts wurden die §§ 394, 395 AktG geschaffen. Die §§ 394, 395 AktG regeln eine Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht zugunsten der öffentlichen Hand. Gleichwohl ist der Umfang dieser Befreiung nicht abschließend geklärt. Fraglich ist insbesondere, ob die beamtenrechtliche Weisung gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied zu einer Ausnahme von dessen Verschwiegenheitspflicht führen kann. Ferner ist umstritten, für welche Informationsempfänger eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht möglich ist. Zudem ist die Vereinbarkeit der §§ 394, 395 AktG mit Unionsrecht bislang ungeklärt. Die §§ 394, 395 AktG haben durch eine Entscheidung des BVerfG vom 07. 11. 2017 neue Brisanz gewonnen, da anhand dieser Vorschriften das Verhältnis zwischen dem Gesellschaftsrecht und öffentlichem Recht näher beleuchtet wurde.<sup>7</sup> Ziel dieser Dissertation ist, die vielfältigen Probleme innerhalb der §§ 394, 395 zu untersuchen und etwaige Lösungswege aufzuzeigen.

## II. Gang der Darstellung

Das erste Kapitel der Dissertation wird sich mit der Betätigung der öffentlichen Hand in Privatrechtsformen im Allgemeinen beschäftigen. Hierbei wird im Wesentlichen die sog. „Eingangskontrolle“<sup>8</sup> samt ihrer Grundlagen im Verfassungsrecht thematisiert. Ferner werden die Voraussetzungen für eine Beteiligung des Bundes an einer Privatrechtsform näher beleuchtet. Hierbei wird insbesondere untersucht, warum das § 65 BHO einen Einfluss im Aufsichtsrat fordert. Sodann wird darauf eingegangen, ob im Falle der Betätigung der öffentlichen Hand in Privatrechtsformen das Gesellschaftsrecht ausschließlich oder mit Modifikation anzuwenden ist.

Im zweiten Kapitel werden zunächst die Grundlagen der Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsrats einer AG dargestellt, um auf die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht eines Aufsichtsratsmitglieds aufgrund des staatlichen Sonderrechts in Form der §§ 394, 395 AktG überzuleiten.

Das dritte Kapitel beschäftigt sich mit der Unionskonformität der §§ 394, 395 AktG. Hierbei wird vor allem die Vereinbarkeit der §§ 394, 395 AktG mit der Kapitalverkehrsfreiheit unter Rückgriff auf die Golden Shares-Rspr. des EuGH überprüft.

Im Anschluss daran werden im vierten Kapitel die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 394 AktG näher untersucht, da diese teilweise umstritten sind. Ein Schwerpunkt liegt in der Frage, ob ein Aufsichtsratsmitglied überhaupt weisungsgebunden sein kann. Zum anderen wird untersucht, wer als Adressat für die vom

<sup>7</sup> BVerfG, Urt. v. 07. 11. 2017 – 2 BvE 2/11, BeckRS 2017, 130229.

<sup>8</sup> Koch, in: Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 394 Rn. 2b.

Aufsichtsratsmitglied zu erstattenden Berichte gemäß den §§ 394, 395 AktG in Frage kommt. Hierbei ist insbesondere das Urteil des BVerfG vom 07.11.2017 relevant. Zum Zwecke der Untersuchung wird zwischen den Berichtsempfängern Bund, Länder und Gemeinden und zum anderen anhand der Beteiligungshöhe der öffentlichen Hand differenziert.

Im fünften Kapitel werden die Rechtsfolgen des § 394 AktG näher untersucht. Schwerpunktmäßig wird darauf eingegangen, ob dem Aufsichtsratsmitglied, welches auf Veranlassung der Gebietskörperschaft bestellt wurde, ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Informationsweitergabe zukommt.

Sodann werden die Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes gegen die §§ 394, 395 AktG behandelt. Abschließend erfolgt eine Schlussbetrachtung unter Zusammenfassung der erarbeiteten Ergebnisse.