

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1508

**Der Aufsichtsrat in staatlichen
Eigen- und Beteiligungsgesellschaften**

Von

Jan Magnus Neudenberger



Duncker & Humblot · Berlin

JAN MAGNUS NEUDENBERGER

Der Aufsichtsrat in staatlichen
Eigen- und Beteiligungsgesellschaften

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1508

Der Aufsichtsrat in staatlichen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften

Von

Jan Magnus Neudenberger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Universität Passau
hat diese Arbeit im Jahr 2021
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
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18482-8 (Print)
ISBN 978-3-428-58482-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Sie wurde mit dem IHK-Preis 2021 der Industrie- und Handelskammer Niederbayern ausgezeichnet. Das Manuskript wurde im Dezember 2020 fertiggestellt. Die zitierte Literatur befindet sich auf dem Stand von Dezember 2022.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Rainer Wernsmann. Ihm danke ich für die Betreuung und Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit sowie dafür, dass ich zunächst als studentische Hilfskraft und anschließend als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl tätig sein durfte. Seine vielfältige Förderung und die angenehme Arbeitsatmosphäre an seinem Lehrstuhl haben diese Jahre zu einer lehrreichen und schönen Zeit gemacht.

Herrn Professor Dr. Hans-Georg Dederer danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die aufmerksame Durchsicht des Manuskripts bedanke ich mich bei meinem Vater Winfried Neudenberger und bei Frau Dr. Susanna Grundmann.

Schließlich möchte ich mich herzlich bei meinen Eltern, Christel und Winfried Neudenberger, dafür bedanken, dass sie mich fortwährend und in jeder denkbaren Weise unterstützt haben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Düsseldorf, im Dezember 2022

Jan Magnus Neudenberger

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung und Gegenstand der Untersuchung	21
A. Staatliche Gesellschaftsbeteiligungen	21
B. Staatliche Eigen- und Beteiligungsgesellschaften im Spannungsfeld zweier Teilrechtsordnungen	24
I. Lehre vom Vorrang des Gesellschaftsrechts	25
II. Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht	27
III. Stellungnahme	29
C. Die besondere Bedeutung des Aufsichtsrats in Gesellschaften mit staatlicher Beteiligung	30
D. Gang der Darstellung	31
§ 2 Der Aufsichtsrat im Organisationsgefüge der Kapitalgesellschaften . . .	33
A. Aktiengesellschaft	33
I. Der Aufsichtsrat als obligatorisches Gesellschaftsorgan	33
II. Kompetenzen des Aufsichtsrats	34
1. Überwachung der Geschäftsführung	34
2. Personalkompetenz	35
3. Sonstige Kompetenzen	36
III. Innere Ordnung des Aufsichtsrats	36
B. GmbH	38
I. Fakultativer Aufsichtsrat	38
II. Obligatorischer Aufsichtsrat	39
§ 3 Zusammensetzung des Aufsichtsrats und Bestellung der Aufsichtsrats- mitglieder	40
A. Aktiengesellschaft	40
I. Zusammensetzung des Aufsichtsrats	40
II. Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder	41
B. GmbH	43
I. Zusammensetzung des Aufsichtsrats	43
II. Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder	43
C. Besonderheiten in staatlichen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften . .	44
I. Demokratieprinzip und demokratische Legitimation	45
1. Staatsvolk als Legitimationssubjekt	46
2. Staatsgewalt als Legitimationsobjekt	48
a) Begriff der Staatsgewalt i. S. d. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG . . .	48
b) Ausübung von Staatsgewalt durch den Aufsichtsrat staatlicher Eigen- und Beteiligungsgesellschaften	52

aa) Staatliche Eigen- und Beteiligungsgesellschaften als Teil der vollziehenden Gewalt i. S. d. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG	52
(1) Abgrenzung nach funktionalen Kriterien	53
(2) Institutionelle Zuordnung	59
(a) Rechtsformbezogene Abgrenzung	60
(b) Durchblicksbetrachtung	62
(c) Tatsächliche oder potentielle Steuerung als maßgebliches Zuordnungskriterium?	64
(d) Staatliche Minderheitsbeteiligungen	70
(e) Gemischt-öffentliche Gesellschaften	71
bb) Entscheidungsqualität des Aufsichtsratshandelns	72
c) Zwischenergebnis	73
3. Modi der Vermittlung demokratischer Legitimation	74
a) Institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation	74
b) Personell-organisatorische demokratische Legitimation	76
aa) Erfordernis einer lückenlosen Legitimationskette	76
bb) Personell-demokratische Legitimation der Entscheidungen von Kollegialorganen	76
(1) Lösungsansätze	77
(2) Stellungnahme	80
c) Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation	81
d) Verhältnis zwischen den verschiedenen Modi demokratischer Legitimation	82
II. Kritik am klassischen „monistischen“ Demokratietheoriekonzept	83
1. Unzulänglichkeit des Modells der Legitimationsketten im modernen Leistungsstaat	84
2. Alternativmodelle	85
a) Partizipatorisches Demokratieverständnis	85
b) Output-Legitimation	88
3. Eingang der Kritik in die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	90
4. Übertragbarkeit auf die Legitimationsanforderungen in staatlichen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften	92
5. Exkurs: Das Recht auf demokratische Selbstbestimmung	96
III. Bewertung der pluralistischen Demokratietheorien	98
IV. Bedeutung des Demokratieprinzips für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats	104
1. Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung	105
a) Personell-demokratische Legitimation der Hauptversammlung	105
aa) Durchbrechungen der Proportionalität von Kapitalbeteiligung und Stimmrecht	107
bb) Uneinheitliche Stimmabgabe des staatlichen Anteilseigners	109

b)	Vermittlung personell-demokratischer Legitimation an die Aufsichtsratsmitglieder	111
aa)	Gesetzlicher Regelfall	111
bb)	Abweichende Satzungsgestaltungen	112
c)	Einheitliche Stimmrechtsausübung der demokratisch legitimierten Aufsichtsratsmitglieder	114
d)	Zwischenergebnis	114
2.	Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Gesellschafterversammlung	115
3.	Auswirkungen der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften auf die Bestellung und Zusammensetzung des Aufsichtsrats	116
a)	Anwendbarkeit der Vorschriften über die Unternehmensmitbestimmung in staatlichen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften	117
aa)	Staatliche Eigen- und Beteiligungsgesellschaften als Tendenzunternehmen?	118
bb)	Teleologische Reduktion der Vorschriften über die Unternehmensmitbestimmung für staatliche Eigen- und Beteiligungsgesellschaften?	119
b)	Exkurs: Tendenzschutz staatlicher Eigen- und Beteiligungsgesellschaften?	121
c)	Verschiedene Regelungsregime und ihre Vereinbarkeit mit den Anforderungen des Demokratieprinzips	123
aa)	Montanmitbestimmungsrecht	123
(1)	Anwendungsbereich	123
(2)	Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats	124
(3)	Vereinbarkeit mit dem Gebot personell-demokratischer Legitimation	125
bb)	Mitbestimmungsgesetz	126
cc)	Drittelbeteiligungsgesetz	128
4.	Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der Anforderungen des Demokratieprinzips	129
5.	Vermittlung demokratischer Legitimation bei anderen Formen der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern	131
V.	Persönliche Voraussetzungen für die Repräsentanten des staatlichen Anteilseigners im Aufsichtsrat	132
1.	Aktienrechtliche Vorgaben	132
2.	Öffentlich-rechtliche Vorgaben	133
a)	Geltung des Funktionsvorbehalts?	135
b)	Inkompatibilitätsvorschriften	136
aa)	Ausdrücklich angeordnete Inkompatibilitäten	136
bb)	Inkompatibilität bei permanenter Interessenkollision (§ 51 Abs. 5 GWB analog)?	137

cc) Inkompatibilität aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips	138
c) Rechtsfolgen einer Bestellung zum Aufsichtsrat trotz Inkompatibilität	141
§ 4 Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder	143
A. Rechtsverhältnis zwischen Bund bzw. Land und dem auf seine Veranlassung gewählten oder von ihm entsandten Aufsichtsratsmitglied	143
I. Beamte	143
II. Angestellte des öffentlichen Dienstes	144
III. Externe	144
B. Pflichtenmaßstab	146
I. Divergenzen zwischen Gesellschafterinteressen und Unternehmensinteressen	146
II. Aufsichtsratsmitglieder zwischen Gemeinwohlbindung und Unternehmensinteresse	148
1. Meinungsstand	149
2. Offenheit der jeweiligen Teilrechtsordnungen für die gegenseitigen Belange	151
a) Gewinnerzielung als verbotener Zweck staatlicher Tätigkeit?	151
b) Erwerbswirtschaftliche Betätigung als Verstoß gegen das Steuerstaatsprinzip?	152
aa) Die Bundesrepublik Deutschland als Steuerstaat	152
bb) Steuerstaatlichkeit als Rechtsprinzip?	153
c) Kritische Würdigung	154
aa) Auslegung der Verfassungsnormen, aus denen das Steuerstaatsprinzip hergeleitet wird	155
(1) Finanzverfassung	155
(a) Umgehung der Steuergesetzgebungs- und Steuerertragskompetenzen	156
(b) Belastungsgleichheit der Bürger	158
(c) Budgethoheit des Parlaments	159
(d) Vorrang der Steuererhebung zum Schutz des Staates vor finanziellen Risiken?	163
(2) Sozialstaatsprinzip	164
bb) Historische Auslegung	166
d) Erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates und die Wirtschaftsgrundrechte	168
aa) Wirtschaftsgrundrechte als Ausdruck einer objektiven Wirtschaftsordnung	169
bb) Wirtschaftsgrundrechte in ihrer subjektiv-abwehrrechtlichen Funktion	173
(1) Berufsfreiheit	173
(a) Eröffnung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit	173
(b) Konkurrenz durch die öffentliche Hand als Eingriff in die Berufsfreiheit?	175

(2) Sonstige Grundrechte	178
e) Zwischenergebnis	178
3. Gesellschaftsrechtliche Perspektive	179
a) Gewinnerzielung als Regelzweck der Kapitalgesellschaften	179
b) Ausnahme bei staatlichen Eigengesellschaften?	180
c) Shareholder Value oder Stakeholder Value?	181
d) Zwischenergebnis	183
4. Lösung verbleibender Konfliktfälle	183
a) Konkretisierung des Unternehmensinteresses durch öffentliches Recht	184
b) Besondere Pflichtenbindung der Repräsentanten von Bund und Ländern im Aufsichtsrat	186
c) Bestätigung des Ergebnisses durch § 65 Abs. 6 BHO/LHO ..	187
5. Pflicht zur Berücksichtigung der Gesellschaftsbelange im Hauptamt	187
C. Weisungsbindung	188
I. Aktiengesellschaft	188
1. Meinungsstand	188
2. Stellungnahme	191
a) Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder nach Aktienrecht	192
b) Rechtsfolge des Bestehens eines aktienrechtlichen Grundsatzes der Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder	195
c) Ausnahmeregelung durch das Haushaltsrecht?	196
d) Ausnahmeregelung durch das Beamtenrecht?	197
aa) Anwendungsbereich der beamtenrechtlichen Weisungsbindung	197
bb) Lösung der Normkollision von Aktienrecht und Beamtenrecht	198
e) Weisungsrechte für spezielle Unternehmensbereiche	202
f) Herleitung eines Weisungsrechts im Wege verfassungskonformer Auslegung?	202
g) Vorrangige Besetzung von Aufsichtsratsmandaten durch Beamte?	204
II. GmbH	206
1. GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat	206
2. GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat	207
a) Möglichkeit der Verankerung eines Weisungsrechts im Gesellschaftsvertrag	207
b) Weisungsrecht bei fehlender Regelung im Gesellschaftsvertrag	209
aa) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 31.8.2011 ...	209
bb) Übertragbarkeit des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts auf GmbHs mit staatlicher Beteiligung	210

cc) Sonderfall beamtenrechtliches Weisungsrecht?	212
III. Weisungsgebundenheit der gemäß § 101 Abs. 2 AktG entsandten Aufsichtsratsmitglieder	212
IV. Möglichkeit der Anweisung zur Amtsniederlegung	213
1. Meinungsstand	214
2. Stellungnahme	214
a) Beamte	215
b) Externe	215
c) Angestellte des öffentlichen Dienstes	216
D. Informationsrechte und Verschwiegenheitspflichten	217
I. Informationsordnung in der Aktiengesellschaft	217
1. Vorstand und Aufsichtsrat	217
2. Aktionäre und Hauptversammlung	221
3. Besonderheiten in Konzernverhältnissen	226
II. Informationsordnung in der GmbH	227
III. Besonderes Informationsinteresse des staatlichen Anteilseigners	230
IV. Sondervorschriften der §§ 394 f. AktG	231
1. Regelungsinhalt der §§ 394 f. AktG	232
2. Vereinbarkeit der §§ 394 f. AktG mit Unionsrecht	232
a) Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit	233
b) Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit	233
c) Beeinträchtigung des Schutzbereichs der Kapitalverkehrsfrei- heit	234
d) Beeinträchtigung des Schutzbereichs der Niederlassungsfrei- heit	235
e) Rechtfertigung	236
3. Anwendungsbereich der §§ 394 f. AktG	237
a) Erfasste Gesellschaftsformen	237
b) Anforderungen an die Beteiligung der Gebietskörperschaft	239
c) Personeller Anwendungsbereich	241
aa) „Veranlassung“ bei unmittelbarer Beteiligung der Ge- bietskörperschaft	242
bb) „Veranlassung“ bei gerichtlicher Bestellung des Auf- sichtsratsmitglieds	244
cc) „Veranlassung“ bei mittelbarer Beteiligung der Gebiets- körperschaft	245
(1) Fehlschlagen einer gesetzlichen Regelung	245
(2) Beteiligung über eine privatrechtliche Tochtergesell- schaft	247
(3) Beteiligung anderer juristischer Personen des öffent- lichen Rechts	250
4. Bestehen einer Berichtspflicht	254
5. Rechtsfolgen	259

a)	Umfang und Art der Berichterstattung	260
b)	Adressaten der Berichte	262
aa)	Festlegung der Berichtsadressaten durch § 394 Satz 1 AktG	263
bb)	Bestimmung des Adressatenkreises durch § 395 AktG ..	263
cc)	Recht bzw. Pflicht zur Verweigerung der Berichterstat- tung	266
dd)	Stellungnahme	266
6.	Parlamentarisches Frage- und Informationsrecht	268
a)	Grundlage und dogmatische Begründung	268
aa)	Zitierrecht, Art. 43 Abs. 1 GG	269
bb)	Statusrecht, Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG	271
cc)	Informationsrecht als Annex zur parlamentarischen Kompetenzwahrnehmung	272
dd)	Parlamentarisches Kontrollrecht als Ausprägung des Gewaltenteilungsgrundsatzes	274
ee)	Parlamentarisches Kontrollrecht als Ausprägung des Gebots demokratischer Legitimation (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG)	277
(1)	Demokratische Legitimation und Verantwortlichkeit ..	277
(2)	Verantwortlichkeit und Kontrolle	279
b)	Staatliche Eigen- und Beteiligungsgesellschaften als Gegen- stand des parlamentarischen Frage- und Informationsrechts? ..	280
aa)	Gesellschaften mit staatlicher Mehrheitsbeteiligung	281
bb)	Gesellschaften mit staatlicher Minderheitsbeteiligung ...	283
c)	Keine abschließende Konkretisierung des parlamentarischen Frage- und Informationsrechts durch die Unterrichtung- pflicht nach § 69a BHO	285
d)	Adressat des parlamentarischen Frage- und Informations- rechts	287
e)	Schranken des parlamentarischen Frage- und Informations- rechts	290
aa)	Gesellschaftsrechtliche Geheimhaltungsvorschriften	290
(1)	Bundesebene	291
(2)	Landesebene	292
bb)	Gewaltenteilungsprinzip	299
(1)	Der „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ ..	300
(2)	Anwendung der Maßstäbe im Kontext staatlicher Eigen- und Beteiligungsgesellschaften	304
cc)	Grundrechte	304
(1)	Grundrechte der Gesellschaft	305
(a)	Grundrechtsfähigkeit staatlicher Eigen- und Beteiligungsgesellschaften	305

(b) Grundrechte von Gesellschaften mit staatlicher Minderheitsbeteiligung	312
(2) Grundrechte der privaten Minderheitsgesellschafter	316
(3) Grundrechte der Vertragspartner, Organmitglieder und der Angestellten	319
dd) Staatswohl	321
ee) Rechtsfolge der Beeinträchtigung verfassungsrechtlich geschützter Geheimhaltungsinteressen	323
(1) Herstellung praktischer Konkordanz durch die gesell- schaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten?	324
(2) Herstellung praktischer Konkordanz durch die Geheimhaltungsordnungen der Parlamente	325
(3) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rüstungsexportkontrolle	328
(4) Kritik	329
(5) Leitlinien für die Abwägungsentscheidung	331
(a) Ausgleich zwischen dem Informationsrecht und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht	332
(b) Ausgleich zwischen dem Informationsrecht und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheim- nissen	339
ff) Zwischenergebnis	343
7. Auflösung des Normkonflikts	344
a) Mangelnde Klärung durch das Bundesverfassungsgericht ...	344
b) These von der doppelten Pflichtenbindung	345
c) Kritik an der These der doppelten Pflichtenbindung	347
d) Verfassungskonforme Auslegung der §§ 394, 395 AktG	349
V. Öffentliche Aufsichtsratssitzungen	352
1. Rechtslage in der Aktiengesellschaft	353
2. Rechtslage in der GmbH	355
§ 5 Zusammenfassung	359
Literaturverzeichnis	370
Sachregister	408

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
Bay	Bayerisch
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bbg	Brandenburg
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeamtStG	Beamtenstatusgesetz
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BEGTPG	Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGremBG	Bundesgremienbesetzungsgesetz
BHO	Bundshaushaltsordnung
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
Bln	Berlin
Brem	Bremen
BRHG	Bundesrechnungshofgesetz

BSchuwG	Bundesschuldenwesengesetz
Bstb.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BW	Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
DBGrG	Deutsche Bahn Gründungsgesetz
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
Drs.	Drucksache
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende(r)
FAG	Finanzausgleichsgesetz
ff.	folgende
FINDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
FIUUG	Flugunfall-Untersuchungs-Gesetz
FMStFG	Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz
FS	Festschrift
GenG	Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz
GK-AktG	Aktiengesetz Großkommentar
GK-BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GS	Gedächtnisschrift
GSO-BT	Geheimhaltungsordnung des Deutschen Bundestages
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung

Hdb	Handbuch
Hess	Hessen
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
Hmb	Hamburg
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HVwR	Handbuch des Verwaltungsrechts
i. E.	im Einzelnen
i.Erg.	im Ergebnis
i. V. m.	in Verbindung mit
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
Jg.	Jahrgang
KfWG	Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau
KK-AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LHO	Landshaushaltsordnung
lit.	littera
LSA	Sachsen-Anhalt
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MitbestGErgG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MüKo	Münchener Kommentar
MV	Mecklenburg-Vorpommern
n. v.	nicht veröffentlicht
Nds	Niedersachsen
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht

ParlStG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre
PCGK	Public Corporate Governance Codex
PersVG	Personalvertretungsgesetz
PetAG	Gesetz über die Befugnisse des Petitionsausschusses
PIPr.	Plenarprotokoll
PostPersRG	Postpersonalrechtsgesetz
PostUmwG	Postumwandlungsgesetz
PUAG	Untersuchungsausschussgesetz
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RfPf	Rheinland-Pfalz
S.	Seite(n)
Saarl	Saarland
Sachs	Sachsen
sächs	sächsisch
SchlH	Schleswig-Holstein
SGB	Sozialgesetzbuch
StFG	Stabilisierungsfondsgesetz
StUG	Stasi-Unterlagen-Gesetz
SUG	Seesicherheits-Untersuchungs-Gesetz
Thür	Thüringen
TVöD	Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst
u. a.	unter anderem/anderen
UmwG	Umwandlungsgesetz
v.	vom/von
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Var.	Variante
Verf	Verfassung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WBeauftrG	Gesetz über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages
Ziff.	Ziffer

§ 1 Einleitung und Gegenstand der Untersuchung

A. Staatliche Gesellschaftsbeteiligungen

Dass sich die öffentliche Hand an privatrechtlichen Gesellschaften beteiligt, ist kein neues Phänomen.¹ Die Motive für solche Beteiligungen sind ebenso vielfältig wie die Tätigkeitsfelder dieser Gesellschaften. Vielfach greift der Staat auf privatrechtliche Rechtsformen zurück, weil er sich davon einen Effizienzgewinn gegenüber einer Aufgabenerfüllung in öffentlich-rechtlicher Rechtsform verspricht.² Daneben können staatliche Gesellschaftsbeteiligungen ein Übergangsstadium darstellen, wenn bisher staatlich wahrgenommene Aufgaben (materiell) privatisiert werden sollen.³ Beispielhaft kann auf die Privatisierung von Post, Postbank und Telekom verwiesen werden. Die vormals öffentlichen Unternehmen, die als Teilsondervermögen des Sondervermögens Deutsche Bundespost geführt wurden,⁴ wurden zunächst gemäß § 1 Abs. 1 PostUmwG in die Rechtsform der Aktiengesellschaft umgewandelt, deren Aktien dem Bund zustanden (§ 4 Abs. 1 PostUmwG). Sodann wurden die Anteile sukzessive veräußert.⁵ Auch bei der Deutschen Bahn hat eine Umwandlung in die Rechtsform einer Aktiengesell-

¹ Verwiesen sei etwa auf die 1772 von Friedrich II. zur Stimulierung des Handels gegründete Preußische Seehandlungsgesellschaft, von deren 2.400 Aktien 2.100 von der Krone übernommen wurden und deren verbleibende 300 Aktien für den Erwerb sowohl seitens der „Unterthanen als von Fremden aus allen Ländern“ offenstanden (vgl. Ziff. 2–7 des königlich-preußischen Patents wegen Errichtung einer Seehandlungsgesellschaft vom 14.10.1772, abgedruckt in *Beckmann*, Sammlung auserlesener Landesgesetze, Theil 3, 1785, S. 340 ff.).

² Siehe zu den insofern vorgebrachten Argumenten i. E. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 293–350 mit einer kritischen Analyse ihrer Validität; ferner *Erbguth/Stollmann*, DÖV 1993, 798 (802); *Ossenbühl*, DÖV 1971, 513 (519). Es wird insofern auch von einer formellen Privatisierung oder einer Organisationsprivatisierung gesprochen, vgl. etwa *Dederer*, Korporative Staatsgewalt, S. 60; *Dreier*, Hierarchische Verwaltung, S. 252 f.

³ *Spannowsky*, ZGR 1996, 400 (401); *Thümmel*, DB 1999, 1891 (1893).

⁴ v. *Arnauld*, DÖV 1998, 437.

⁵ Gegenwärtig hält der Bund an der Deutschen Post AG über die KfW 20,53% der Anteile. An der Telekom ist der Bund unmittelbar mit 14,48% und mittelbar über die KfW mit weiteren 17,41% beteiligt. Die Anteile an der Postbank AG wurden vollständig veräußert.

schaft stattgefunden (vgl. § 1 DBGrG⁶). Der zweite Schritt einer Kapitalprivatisierung, also der Veräußerung der Anteile, steht allerdings noch aus.⁷ Weiterhin hat sich der staatliche Beteiligungserwerb auch als Mittel der Wirtschaftspolitik, insbesondere in Krisenzeiten etabliert.⁸ Bereits im Zuge der Weltwirtschaftskrise 1929 und der daraus resultierenden deutschen Bankenkrise 1931 intervenierte das Deutsche Reich durch den Erwerb umfangreicher Beteiligungen an den deutschen Großbanken.⁹ In der Finanzkrise von 2008 wurde erneut auf dieses Mittel zurückgegriffen.¹⁰ Die Bundesrepublik Deutschland erwarb über den SoFFin¹¹ Beteiligungen an der Commerzbank sowie sämtliche Anteile der Hypo Real Estate. Auch um die wirtschaftlichen Auswirkungen der sog. Coronavirus-Pandemie einzudämmen, hat der Bund in Not geratene Unternehmen u. a. durch den Erwerb staatlicher Beteiligungen gestützt.¹² Schließlich sind fiskalische Interessen als Grund für staatliche Gesellschaftsbeteiligungen zu nennen.¹³ Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Gewinnstreben Gesellschaftsbeteiligungen der öffentlichen Hand rechtfertigen kann, ist allerdings sehr umstritten.¹⁴

Gesellschaftsbeteiligungen finden sich auf allen Ebenen des Staatsaufbaus.¹⁵ Neben dem Bund und den Ländern, deren Beteiligungen Gegenstand dieser Arbeit sind, halten vielfach auch die Kommunen Anteile an privatrechtlichen Gesellschaften. Aber nicht nur die Gebietskörperschaften, sondern auch die Rechtsträger der mittelbaren Staatsverwaltung greifen auf pri-

⁶ Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft v. 27.12.1993, BGBl. I 1993, 2386.

⁷ Der geplante Börsengang wurde aufgrund der Finanzmarktkrise 2008 verschoben. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode wurde eine Privatisierung der Bahn dann abgelehnt (S. 78).

⁸ Vgl. auch *Berkemann*, Die staatliche Kapitalbeteiligung, S. 12.

⁹ *Kopper*, Als die Deutsche Bank Geld nahm, in: *Die Zeit*, Jg. 2008, Nr. 46, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2008/46/F-Bankensanierung>.

¹⁰ Siehe hierzu *Leisner*, *GewArch* 2009, 337 (338).

¹¹ SoFFin steht für Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung.

¹² Die Rechtsgrundlagen hierfür wurden mit dem Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz v. 27.3.2020, BGBl. I 2020, 543 ff. geschaffen. Der hierdurch neuerrichtete Wirtschaftsstabilisierungsfonds kann gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 des Stabilisierungsfondsgesetzes Unternehmensbeteiligungen erwerben, wenn ein wichtiges Interesse des Bundes an der Stabilisierung des betroffenen Unternehmens besteht. Der Wirtschaftsstabilisierungsfonds hat Mitte des Jahres 2020 eine Beteiligung in Höhe von 20% der Deutsche Lufthansa AG erworben.

¹³ *M. Klein*, Die Betätigung der öffentlichen Hand, S. 24f.

¹⁴ Siehe hierzu noch näher unten § 4 B. II. 2.

¹⁵ Einen Überblick über Umfang und Art der Beteiligungen bieten die jährlichen Beteiligungsberichte der Körperschaften. Eine umfangreiche Darstellung der Staatswirtschaft von Bund, den einzelnen Ländern und den Kommunen findet sich außerdem bei *Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, S. 12 ff.

vatrechtliche Organisationsformen zurück. Hinsichtlich der Rechtsformen der Beteiligungsgesellschaften kommen der Aktiengesellschaft und der GmbH eine herausgehobene Bedeutung zu.¹⁶ Begründet ist dies durch § 65 BHO bzw. die entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen, die nach ihrem jeweiligen Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zur Voraussetzung für die Gründung von bzw. für die Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform erheben, dass „die Einzahlungsverpflichtung des Bundes [bzw. des Landes] begrenzt ist“.¹⁷ Eine Unternehmensbeteiligung ist dem Staat also regelmäßig nur dann erlaubt, wenn die Haftung gesetzlich beschränkt ist. Hierdurch sollen die Risiken, die von einer unternehmerischen Staatstätigkeit für die öffentlichen Haushalte ausgehen, gemindert werden.¹⁸ Bei der Aktiengesellschaft und der GmbH ist dies – anders als regelmäßig bei den Personen(handels)gesellschaften – der Fall. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. § 13 Abs. 2 GmbHG haftet den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen.¹⁹

Nach Art der Beteiligungsstruktur lassen sich Eigengesellschaften, gemischtwirtschaftliche Gesellschaften und gemischt-öffentliche Gesellschaften unterscheiden.²⁰ Bei den Eigengesellschaften werden sämtliche Anteile der privatrechtlichen Gesellschaft von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gehalten.²¹ Sind mehrere juristische Personen des öffentlichen Rechts beteiligt, wird von gemischt-öffentlichen Gesellschaften gesprochen.²² Der Terminus gemischtwirtschaftliche Gesellschaft hat sich für Gesellschaften etabliert, an denen neben einer juristischen Person des öffentlichen Rechts auch Private beteiligt sind. Private meint dabei natürliche Personen oder juristische Personen des Privatrechts, deren Anteile nicht (mittelbar) allein

¹⁶ *Wernsmann*, in: Gröpl, BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, § 65 Rn. 8.

¹⁷ *H. H. Klein*, Die Teilnahme des Staates, S. 37; *Spannowsky*, ZHR 160 (1996) 560 (563).

¹⁸ *Nöhrbaß*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 65 BHO, Rn. 10; *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 693.

¹⁹ Auch andere Rechtsformen erfüllen die Voraussetzung einer Haftungsbeschränkung, etwa der eingetragene Verein, die eingetragene Genossenschaft, die Societas Europaea oder die GmbH bzw. AG & Co. KG. Da staatliche Beteiligungen an diesen Gesellschaftsformen jedoch praktisch keine besondere Relevanz aufweisen, beschränkt sich die Untersuchung auf die Aktiengesellschaft und die GmbH.

²⁰ *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 9 ff.

²¹ *Graf Vitzthum*, in: Merten/Papier, HGR, Bd. 2, 2006, § 48 Rn. 55; *Th. Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 12; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 9 spricht von „publizistischen Gesellschaften“.

²² Vgl. *Ahls*, Die Entsendung von Beamten, S. 1; *Berger*, Staatseigenschaft, S. 23; *Graf Vitzthum*, in: Merten/Papier, HGR, Bd. 2, 2006, § 48 Rn. 54; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 26; *Th. Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 13.