

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

---

Band 212

**Aktienrechtliche  
Aufsichtsverschwiegenheit  
und Informationsprivileg  
der öffentlichen Hand**

**Eine aktienrechtsautonome Neubewertung**

Von

**Konstantin Alexander Knöbber-Griesz**



**Duncker & Humblot · Berlin**

KONSTANTIN ALEXANDER KNÖBBER-GRIESZ

Aktienrechtliche  
Aufsichtsverschwiegenheit  
und Informationsprivileg  
der öffentlichen Hand

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 212

# Aktienrechtliche Aufsichtsverschwiegenheit und Informationsprivileg der öffentlichen Hand

Eine aktienrechtsautonome Neubewertung

Von

Konstantin Alexander Knöbber-Griesz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität des Saarlandes  
hat diese Arbeit im Jahr 2022 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: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI Books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 1614-7626  
ISBN 978-3-428-18785-0 (Print)  
ISBN 978-3-428-58785-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Sheyma*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Promotionsausschuss der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes im Februar 2022 als Dissertation angenommen. Für den Druck konnten Literatur und Rechtsprechung bis Juni 2022 berücksichtigt werden.

An dieser Stelle möchte ich allen danken, die mich während der Promotionszeit unterstützt haben. Ein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Universitäts-Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, der mir die Promotion mit der Aufnahme an den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Institut für europäisches Recht, erst möglich gemacht hat. Dankbar bin ich insbesondere für die vielfältigen Eindrücke und Erkenntnisse, die ich in dieser prägenden Zeit auch aus zahlreichen Gesprächen über Jura und die Welt sammeln durfte.

Herrn Professor Dr. Boris Dostal danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Eltern danke ich für die finanzielle Unterstützung während des Grundstudiums, ohne die mir die akademische Welt wohl verborgen geblieben wäre.

Mein größter Dank gilt meiner Ehefrau, der ich dieses Werk widme. Ihre von Geduld und Verständnis geprägte Unterstützung hat maßgeblich zum Gelingen dieses Projekts beigetragen.





# Inhaltsübersicht

<b>A. Einführung</b> .....	19
I. Gegenstand der Untersuchung .....	20
II. Ziele und Gang der Untersuchung .....	26
<b>B. Die organschaftliche Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder</b> .....	28
I. Wesensmerkmale .....	28
1. Die Bedeutung und Schutzzwecke von Vertraulichkeitsregeln im Aktien- und GmbH-Recht .....	28
2. Dogmatik und Rechtsnatur der organschaftlichen Verschwiegenheitspflicht ...	34
3. Die Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder bei der GmbH .....	52
4. Verhältnis der organschaftlichen Verschwiegenheitspflicht zu weiteren Mitteilungsverboten .....	56
5. Zusammenfassung .....	81
II. Die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht <i>de lege lata</i> .....	82
1. Zeitliche Reichweite der Verschwiegenheitspflicht .....	83
2. Sachlicher Tatbestand .....	84
3. Subjektiver Tatbestand .....	107
4. Sekundärinteressen: Gleichheitssatz und Homogenitätsprinzip .....	124
5. Aufsichtsverschwiegenheit im Konzern .....	173
6. Der Aufsichtsrats-Doppelmandatar .....	192
7. Erkenntnisse für die mehrfachverpflichteten Aufsichtsratsmitglieder öffentlicher Unternehmen .....	197
<b>C. Öffnung der aktienrechtlichen Schweigepflicht durch das Informationsprivileg der öffentlichen Hand nach §§ 394, 395 AktG</b> .....	199
I. Der Status-quo verfassungsrechtlich verpflichteter Unternehmerschaft .....	200
II. Die Rechtsverfassung der (öffentlichen) Kapitalgesellschaften .....	204
1. Das aktienrechtliche Einheitsstatut .....	205
2. Die Impermeabilität des aktienrechtlichen Einheitsstatuts .....	212
3. Keine Zeichenumkehr .....	216
4. Weisungen und das Einheitsstatut .....	217
5. Die Rechtsverfassung der öffentlichen Gesellschaft mbH .....	219

6. Nullstellensatz .....	235
III. Das hoheitliche Informationsprivileg <i>de lege lata</i> .....	238
1. <i>Ratio legis</i> der §§ 394, 395 AktG .....	238
2. Geltungsbereich und Voraussetzungen .....	241
3. Inhaltlicher Umfang und Grenzen der Berichtspflicht .....	249
4. Berichtsadressaten .....	256
5. Das berichtspflichtige Aufsichtsratsmitglied in der Pflichtenkollision .....	275
<b>D. Ergebnis</b> .....	278
<b>E. Thesen</b> .....	280
I. Zur aktienrechtlichen Schweigepflicht des Aufsichtsrats .....	280
II. Zur funktionalen Systemeigenschaft des aktienrechtlichen Kommunikationswe- sens .....	281
III. Zum Informationsprivileg der öffentlichen Hand nach §§ 394, 395 AktG .....	282
<b>F. Literatur</b> .....	284
<b>Sachverzeichnis</b> .....	309

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einführung</b> .....	19
I. Gegenstand der Untersuchung .....	20
II. Ziele und Gang der Untersuchung .....	26
<b>B. Die organschaftliche Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder</b> .....	28
I. Wesensmerkmale .....	28
1. Die Bedeutung und Schutzzwecke von Vertraulichkeitsregeln im Aktien- und GmbH-Recht .....	28
a) Vertraulichkeit der Informationspolitik des Vorstands .....	29
b) Integrität des Beratungsgeheimnisses .....	31
c) Vertraulichkeit des Abstimmungsgeheimnisses .....	33
d) Zusammenfassung .....	33
2. Dogmatik und Rechtsnatur der organschaftlichen Verschwiegenheitspflicht .....	34
a) Die historischen Etappen der aktienrechtlichen Schweigepflicht .....	34
b) Schweige-, Sorgfalts- und Treuepflicht .....	46
c) Zusammenfassung .....	50
3. Die Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder bei der GmbH .....	52
4. Verhältnis der organschaftlichen Verschwiegenheitspflicht zu weiteren Mitteilungsverboten .....	56
a) Kapitalmarktrechtliches Mitteilungsverbot .....	56
b) Wettbewerbsrechtliches Mitteilungsverbot .....	60
c) Mitteilungsverbot aus GeschGehG .....	60
aa) Offenlegungsverbot .....	61
bb) Anwendungsvoraussetzungen nach GeschGehG .....	62
cc) Unionsrechtskonforme Umsetzung der Richtlinie .....	65
dd) Berechtigte Offenbarungsinteressen .....	71
ee) Rechtsfolgen nach GeschGehG .....	72
ff) Konzeptionelle Einordnung .....	73
gg) Fehlgehende Forderungen .....	78
hh) Zusammenfassung .....	79
d) Konkurrenzverhältnis .....	79
5. Zusammenfassung .....	81

II. Die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht <i>de lege lata</i> .....	82
1. Zeitliche Reichweite der Verschwiegenheitspflicht .....	83
2. Sachlicher Tatbestand .....	84
a) Offenkundigkeitsmangel .....	85
b) Geheimhaltungsbedürfnis .....	86
c) Gesellschaftsgeheimnisse .....	89
d) Vertrauliche Angaben .....	92
e) Vertraulichkeitsgegenstände .....	97
f) Anwendungsausschluss .....	100
g) Zusammenfassung .....	106
3. Subjektiver Tatbestand .....	107
a) Außenwirkung der Verschwiegenheitspflicht .....	108
b) Innenwirkung der Verschwiegenheitspflicht .....	110
aa) Inter-organschaftliche Verschwiegenheitspflicht .....	110
bb) Intra-organschaftliche Verschwiegenheitspflicht .....	113
cc) Die GmbH-Gesellschafter .....	116
dd) Die (kommunale) GmbH-Alleingesellschafterin .....	123
4. Sekundärinteressen: Gleichheitssatz und Homogenitätsprinzip .....	124
a) Teilhaberechte in Vertretung .....	125
b) Grundidee der mitbestimmungsrechtlichen Teilhabe .....	128
c) Historische Hintergründe .....	131
d) Gesellschafts- und Unternehmensinteresse .....	132
aa) Das Gesellschaftsinteresse .....	133
bb) Die (Wieder-)Entdeckung der kapitalistischen Gemeinwirtschaft .....	134
cc) Ein Unternehmens-Ich und sein Interesse .....	137
dd) Interessenmonismus versus Interessenpluralismus .....	139
e) Besonderheiten bei der öffentlichen Gesellschaft mbH .....	157
aa) Die Gemeinwohlbindung großer Gesellschaften .....	159
bb) Kontinuitätsinteressen im Gesellschaftsrecht .....	161
cc) Die große Gesellschaft als Kontinuitätsgarant .....	163
dd) Das Eigeninteresse der öffentlichen Ein-Personen-Gesellschaft mbH ..	165
f) Konklusion: Verschwiegenheit im aktienrechtlichen Ermessensbild .....	169
5. Aufsichtsverschwiegenheit im Konzern .....	173
a) Aufsichtsrat der Obergesellschaft .....	174
b) Aufsichtsrat der Untergesellschaft .....	177
aa) Einheitliche Leitung nach dem Trennungsprinzip .....	179
bb) Verschwiegenheit im einheitlich geleiteten Vertragskonzern .....	182
cc) Verschwiegenheit im faktisch einheitlich geleiteten Konzern .....	184
dd) Zwischenstand .....	185
c) Konzerninteresse .....	187

d) Zusammenfassung .....	191
6. Der Aufsichtsrats-Doppelmandatar .....	192
a) Aktienrechtliches Kommunikationsverbot .....	193
b) Nichtkommunikative Schweigepflichtverletzung .....	194
7. Erkenntnisse für die mehrfachverpflichteten Aufsichtsratsmitglieder öffentlicher Unternehmen .....	197
<b>C. Öffnung der aktienrechtlichen Schweigepflicht durch das Informationsprivileg der öffentlichen Hand nach §§ 394, 395 AktG .....</b>	<b>199</b>
I. Der Status-quo verfassungsrechtlich verpflichteter Unternehmenschaft .....	200
II. Die Rechtsverfassung der (öffentlichen) Kapitalgesellschaften .....	204
1. Das aktienrechtliche Einheitsstatut .....	205
2. Die Impermeabilität des aktienrechtlichen Einheitsstatuts .....	212
3. Keine Zeichenumkehr .....	216
4. Weisungen und das Einheitsstatut .....	217
5. Die Rechtsverfassung der öffentlichen Gesellschaft mbH .....	219
a) Keine Weisungsbindung der Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats .....	220
b) Weisungsrechte gegenüber dem fakultativen Aufsichtsrat .....	223
aa) Typenbilder des Aufsichtsrats .....	224
bb) Einschränkungen im Fall des gemischt wirtschaftlichen Unternehmens .....	229
cc) Allenfalls eingeschränkte Weisungsmacht .....	231
dd) Weisungsrecht bei der Ein-Personen-GmbH .....	235
6. Nullstellensatz .....	235
III. Das hoheitliche Informationsprivileg <i>de lege lata</i> .....	238
1. <i>Ratio legis</i> der §§ 394, 395 AktG .....	238
2. Geltungsbereich und Voraussetzungen .....	241
a) Eigene Beteiligung .....	241
b) Repräsentantenstatus .....	243
c) Bestehende Berichtspflicht .....	244
aa) Gesetzliche Berichtspflicht .....	245
bb) Satzungsrechtliche Berichtspflicht .....	245
cc) Rechtsgeschäftliche Berichtspflicht .....	246
3. Inhaltlicher Umfang und Grenzen der Berichtspflicht .....	249
a) Grenzen des § 394 S. 2 AktG .....	249
b) Sonstige Grenzen .....	252
aa) Zwingende und universelle äußere Grenzen .....	252
bb) Grenzen gesetzlich begründeter Berichtspflichten .....	253
cc) Grenzen der Berichtspflichten kraft Satzungsregelung .....	254
dd) Grenzen rechtsgeschäftlich begründeter Berichtspflichten .....	255

4. Berichtsadressaten .....	256
a) § 395 AktG als Korrelat des § 394 AktG .....	257
b) Parlamente und kommunale Kollektivorgane .....	259
c) Andersbewertung bei organisatorischen Schutzmaßnahmen .....	260
d) Aktienrechtsautonome Neubewertung .....	262
aa) Keine Vertraulichkeitsgewähr .....	263
bb) Tatbestandslösung .....	263
cc) Konklusion .....	267
e) Empfangsberechtigte Berichtsadressaten i. S. d. Tatbestandslösung .....	269
aa) Objektiv begründete Gefahrenlage .....	269
bb) Abstrakte Gefahrenlage .....	270
f) Zusammenfassung .....	273
5. Das berichtspflichtige Aufsichtsratsmitglied in der Pflichtenkollision .....	275
<b>D. Ergebnis</b> .....	278
<b>E. Thesen</b> .....	280
I. Zur aktienrechtlichen Schweigepflicht des Aufsichtsrats .....	280
II. Zur funktionalen Systemeigenschaft des aktienrechtlichen Kommunikationswe-	
sens .....	281
III. Zum Informationsprivileg der öffentlichen Hand nach §§ 394, 395 AktG .....	282
<b>F. Literatur</b> .....	284
<b>Sachverzeichnis</b> .....	309

## Abkürzungsverzeichnis

Mit Ausnahme allgemeinverständlicher Abkürzungen der Umgangssprache

a. F.	alte Fassung
abgedr	abgedruckt
abgk	abgekürzt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AfP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht
AG	Die Aktiengesellschaft
ALR	Allgemeines Preußisches Landrecht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht
BaWü	Baden-Württemberg
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr	Begründung
Begr RegE	Begründung des Regierungsentwurfs
BeschlussEmpf des RechtsA	Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses
Bespr	Entscheidungsbesprechung
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BOARD	Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWGO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg
CB	Compliance Berater
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CSR	Corporate Social Responsibility
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
dies.	Dieselben
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Wochenschrift für Steuerrecht, Gesellschaftsrecht und Betriebswirtschaft
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EU	Europäische Union
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.



Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GesellschR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz
ggü.	gegenüber
GmbHR	GmbH Rundschau
GO	Geschäftsordnung
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-Praxis	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GS	Gedenkschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Hdb	Handbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätze-gesetz
hrsg.	Herausgegeben
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KWI	Kommunalwissenschaftliches Institut der Universität Potsdam
K&R	Kommunikation und Recht
LG	Landgericht
LSAKVG	Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
m. V. a.	mit Verweis auf
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MitbestErgG	Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
Mm	Mindermeinung
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung
MontanMitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OLG	Oberlandesgericht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RegE	Regierungsentwurf

RG	Reichsgericht
RhPfGemO	Rheinland-pfälzische Gemeindeordnung
RiLi	Richtlinie
RLP	Rheinland-Pfalz
Rn.	Randnummer
SaarlKSVG	Saarländisches Kommunalselfverwaltungsgesetz
ThürKO	Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung (Thüringer Kommunalordnung)
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WWI-Mitteilungen	WWI-Mitteilungen: Zeitschrift des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZNR	Zeitschrift für neue Rechtsgeschichte
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft



## A. Einführung

Wissen ist Macht<sup>1</sup> – ungeachtet des Zuordnungsobjekts. Wissen kann als die Summe aller gesammelten, auf eigener Erfahrung oder Vermittlung beruhenden Informationen definiert werden. Die Weitergabe von Informationen führt im Umkehrschluss immer auch zur Weitergabe von Macht. Für die Nutzung des (Macht-) Potenzials von Informationen ist in erster Linie die (Er-)Kenntnis seiner Existenz erforderlich. Die Berechtigung zur Verwendung von Informationen ist insoweit entbehrlich, weshalb die Herkunft einer Information hinsichtlich ihrer Verwertbarkeit ohne Belang ist. Die sämtlichen Informationen inhärente Gefahr ihrer missbräuchlichen Verwendung lässt sich daher in keiner anderen Weise wirksamer einschränken als durch die Begrenzung des Kreises der Informationsempfänger. Steht die Weitergabe von Informationen nicht exklusiv in der Willkür des Trägers von Geheimhaltungsinteressen und bedingt etwa eine Auskunftspflicht die Informationsweitergabe, ist zur Vermeidung des unkontrollierten Geheimnisverlustes eine Pflicht zur Vertraulichkeit der Informationsempfänger unerlässlich, zu deren Wirksamkeit eine Strafandrohung für Verstöße unabdingbar ist.<sup>2</sup> Sind die berechtigten Informationsempfänger ihrerseits zur Informationsweitergabe an Dritte verpflichtet, offenbart sich eine Konfliktsituation zwischen Geheimhaltungs- und Informationsinteressen.

Ebendieser Situation sehen sich Aufsichtsratsmitglieder ausgesetzt, die von einer Gebietskörperschaft in das Überwachungsorgan eines privatrechtlich organisierten öffentlichen Unternehmens<sup>3</sup> entsandt oder gewählt werden. Zur Erfüllung ihrer

---

<sup>1</sup> Aphorismus, der auf den englischen Philosophen Francis Bacon (1561–1626) zurückgeführt wird und als Redewendung Eingang in den allgemeinen Sprachgebrauch gefunden hat; vgl. Meyers Großes Konversations-Lexikon Bd. 11, 6. Auflage 1907, S. 194, Knowledge is power.

<sup>2</sup> Schon Feuerbach legt seinen Ausführungen zum psychologischen Zwang im Rahmen der Begründung der Theorie der Generalprävention den Gedanken des Erfordernisses einer Strafandrohung für die Wirksamkeit einer auferlegten Verhaltenspflicht zu Grunde; s. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, S. 15 ff. Demselben Grundgedanken folgend und das Konzept der praktischen Rationalität vertiefend vgl. auch *Karamagiolis*, Die Struktur eines folgenorientierten Schuldprinzips, 2002.

<sup>3</sup> Terminologisch wird die privatrechtlich organisierte Verwaltungsform unterschiedlich als „Verwaltungsstrabant“, „Verwaltungsgesellschaft“, „öffentliche Kapitalgesellschaft“, „Tochtergesellschaft“, seltener als „Quago“ (quasi-governmental organization) oder „Quango“ (quasi-non governmental organization) bezeichnet, *Stober*, Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, NJW 1984, 449 (450) m. w. N. Nach moderner Terminologie ist allgemein von „öffentlichen Unternehmen“ oder im Fall der Gemeinschaftsunternehmen von öffentlichen und privaten Gesellschaftern von „public private partnerships“ bzw. „private public partnerships“ die Rede, vgl. *Bauer*, Verwaltungskooperation, KWI 2008, 9 (9 f.); *Bös/*

gesellschaftsrechtlichen Überwachungsaufgabe erhalten sie umfassenden Zugang zu vertraulichen und geheimen Informationen, über die sie kraft ihrer organschaftlichen Bestellung zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Zur Erfüllung ihrer Aufgabe als Repräsentanten der sie entsendenden oder wählenden Gebietskörperschaft soll die Schweigepflicht in diesem Verhältnis nach der Sonderbestimmung des § 394 S. 1 AktG aussetzen. Ob die Bestimmungen zum Schutz von Gesellschaftsgeheimnissen einerseits und zur Berichterstattung an eine beteiligte Gebietskörperschaft andererseits reibungslos ineinandergreifen oder das Aufsichtsratsmitglied sinnbildlich zwischen die Stühle stellen und in eine Pflichtenkollision lenken, ist Gegenstand dieser Untersuchung.

## I. Gegenstand der Untersuchung

Nach der aktienrechtlichen Kompetenzsystematik bestimmt grundsätzlich allein der Vorstand als „Herr über die Gesellschaftsgeheimnisse“<sup>4</sup> die Informationspolitik der Gesellschaft und damit insbesondere über die Weitergabe vertraulicher Gesellschaftsinformationen nach außen. Etwas anderes gilt für sog. öffentliche Unternehmen<sup>5</sup>, die von der öffentlichen Hand in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Erledigung vielfältiger Aufgaben der Daseinsfürsorge betrieben werden.<sup>6</sup>

---

*Schneider*, Private public partnership, ZGR 1996, 519 (519); *Habersack*, Private public partnership, ZGR 1996, 544 (544). In dieser Untersuchung wird einheitlich vom öffentlichen Unternehmen die Rede sein.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 05. 06. 1975 – II ZR 156/73, NJW 1975, 1412 (1413); BGH, Beschl. v. 14. 01. 2014 – II ZB 5/12, NZG 2014, 423 (429); BGH, Urt. v. 26. 04. 2016 – XI ZR 108/15, NZG 2016, 910 (912).

<sup>5</sup> Der Rechtsbegriff des öffentlichen Unternehmens wird unterschiedlich definiert, vgl. hierzu *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 2 ff. Für die Zwecke dieser Untersuchung wird fortan das Begriffsverständnis aus Art. 2 lit. b RiLi 2006/111/EG (Transparenz-Richtlinie) übernommen, wonach „jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstigen Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann“ als öffentliches Unternehmen zu verstehen ist. Dazu gehören Unternehmen in alleiniger Trägerschaft einer Gebietskörperschaft sowie öffentlich beherrschte Unternehmen unabhängig ihrer Rechtsform, von denen in dieser Untersuchung lediglich die Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung Beachtung finden, vgl. hierzu sowie weitere Definitionsansätze zusammenfassend *Huber/Fröhlich*, in: Hopt/Wiedemann, AktG Großkomm, 4. Aufl. 2014, Vor §§ 394, 395, Rn. 4.

<sup>6</sup> Typische Betätigungsfelder privatrechtlich organisierter Unternehmen unter Beteiligung der öffentlichen Hand betreffen den Infrastrukturausbau, darunter die Wasser- und Energieversorgung, die Abfallentsorgung sowie die städtebauliche Entwicklung, den Betrieb von Kultur-, Sport-, Freizeit- und Sozialeinrichtungen sowie Einrichtungen zur Förderung der Wirtschaft und der überregionalen Integration der Märkte, vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 18 ff.

Über die Sondervorschriften der §§ 394, 395 AktG wird die aktienrechtliche Schweigepflicht für Aufsichtsratsmitglieder, die von einer Gebietskörperschaft (Bund, Bundesland, Gemeindeverband oder Gemeinde) gewählt oder in das Überwachungsorgan entsandt wurden, im Rahmen einer bestehenden Berichtspflicht begrenzt. Die Pflicht zur Berichterstattung kann sich aus einer Satzungsregelung, aufgrund Gesetzes oder Rechtsgeschäfts ergeben, vgl. § 394 S. 3 AktG. Berichtserstattungspflichtige Aufsichtsratsmitglieder fungieren als Informationsmittler der beteiligten Gebietskörperschaft, die ihrerseits insbesondere zur wirtschaftlichen und haushaltsrechtlichen Kontrolle des öffentlichen Unternehmens verpflichtet und daher auf eine möglichst umfassende Informationslage angewiesen sind. Die Repräsentanten der Gebietskörperschaft im Aufsichtsrat eines öffentlichen Unternehmens sind Mitglieder des „Innenorgans“ und entgegen dem gesetzlichen Normalfall zugleich Informationsinstrument der privilegierten Gesellschafterin.

Dem steht die Bedeutung der Aufsichtsverschwiegenheit für die Gesellschaft gegenüber. Sie erwächst aus der Funktion des Kollegialorgans Aufsichtsrat im gesellschaftsrechtlichen Verwaltungssystem und den zur Erfüllung seiner Aufgaben eingeräumten (Informations-)Rechten.

Neben der Personalkompetenz stellt die Überwachung der Geschäftsführung die wesentliche Funktion des Aufsichtsrats dar, zu deren Zweck ihm das Gesetz neben den Informationsrechten nach § 90 AktG insbesondere Einsichts- und Prüfungsrechte nach § 111 Abs. 2 AktG zuspricht.<sup>7</sup> Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft wird fortlaufend, d. h. mindestens vierteljährlich, über den Gang der Geschäfte in Kenntnis gesetzt und insbesondere über den Umsatz und die Lage der Gesellschaft informiert, § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 AktG. In den gesetzlichen Regelungen über die Informationsversorgung des Aufsichtsrats und in Ansehung seines gesetzlichen Aufgabenprofils – primär die Kontrolle und Überwachung der Geschäftsleitung – erkennt die ganz überwiegende Ansicht weitergehend die Begründung der *Pflicht* des Aufsichtsrats zur Informationsbeschaffung.<sup>8</sup> Damit kann sich ein Aufsichtsrat, welcher nicht ausreichend vom Vorstand informiert wird, mit dem schlichten Hinweis auf den Verstoß des Vorstands gegen die Informationspflichten aus § 90 AktG nicht von der eigenen Verantwortlichkeit zur Überwachung

---

<sup>7</sup> Zum wachsenden Pflichtenkatalog des Aufsichtsrats und seiner Teilhabe an der Geschäftsführung *Habersack*, Der Aufsichtsrat zwischen Geschäftsführungsverbot und Überwachungsaufgabe, NZG 2020, 881 (882 ff.); konzise Aufzählung bei *Henze*, Leitungsverantwortung des Vorstands, BB 2000, 209 (213).

<sup>8</sup> Vgl. *Kropff*, Informationsbeschaffungspflichten des Aufsichtsrats, in: FS Raiser, 2005, S. 225 (231 ff.); *Hoffmann-Becking*, in: Münch Hdb GesR Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 33 Rn. 79; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Auflage 2006, Rn. 383, spricht von Pflichtrechten; *Lutter/Krieger/Verse*, in: Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 7. Aufl. 2020, § 3 Rn. 92 ff. zur Kontrolldichte in Abhängigkeit der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft. Dementsprechend stellt auch die Regierungskommission im Corporate Governance Kodex fest, dass der Aufsichtsrat seinerseits sicherzustellen hat, dass er angemessen informiert wird, DCGK vom 07.02.2017, Ziff. 3.4.