

Inhaltsübersicht

Erster Teil – Einleitung	1
A. Das aktienrechtliche Entsendungsrecht – Bedeutung in Rechtsprechung, Literatur und Praxis	2
B. Sonderfall: Entsendungsrechte zugunsten der öffentlichen Hand ..	6
C. Gang der Untersuchung	8
Zweiter Teil – Aktienrechtliche Vorgaben	11
A. Der Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft	12
B. Rechtshistorische Entwicklung	18
C. Begründung von Entsendungsrechten	22
D. Ausübung von Entsendungsrechten	158
E. Erlöschen von Entsendungsrechten	199
F. Amtszeit entsandter Aufsichtsratsmitglieder	239
G. Die fehlerhafte Entsendung	251
H. Rechtsverhältnisse der Beteiligten.....	256
I. Zusammenfassung.....	276
Dritter Teil – Grundfreiheitsliche Grenzen	279
A. Problemaufriss und Fragestellung	280
B. Aktienrechtliche Entsendungsrechte zugunsten des Staates	288
C. Aktienrechtliche Entsendungsrechte zugunsten Privater	389
D. Zusammenfassung.....	407
Vierter Teil – Ergebnis	409

Inhaltsverzeichnis

<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XXXVII
<i>Erster Teil – Einleitung</i>	1
A. Das aktienrechtliche Entsendungsrecht – Bedeutung in Rechtsprechung, Literatur und Praxis	2
B. Sonderfall: Entsendungsrechte zugunsten der öffentlichen Hand	6
C. Gang der Untersuchung	8
I. Aktienrechtliche Vorgaben	8
II. Grundfreiheitliche Grenzen	9
III. Ergebnis	10
<i>Zweiter Teil – Aktienrechtliche Vorgaben</i>	11
A. Der Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft	12
I. Funktion des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft	12
II. Zusammensetzung des Aufsichtsrats	13
III. Rechtsstellung von Aufsichtsratsmitgliedern	16
IV. Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern gem. § 101 Abs. 2 AktG	16
B. Rechtshistorische Entwicklung	18
I. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch 1861	18
II. Aktienrechtsnovelle 1870 und 1884	18
III. Aktiengesetz 1937	19
IV. Mitbestimmungsrechtliche Änderung	20
V. Sonderregelung zugunsten der Volkswagen AG	20
C. Begründung von Entsendungsrechten	22
I. Rechtsnatur des Entsendungsrechts	22
1. Organqualität des Entsendungsberechtigten	22
a. Definition des Organbegriffs	23
b. Argumente pro Organqualität	24
c. Argumente contra Organqualität	24

d. Auswirkungen einer möglichen Qualifikation als Gesellschaftsorgan	25
e. Ergebnis	26
2. Qualifikation als gattungsbegründendes Vorzugsrecht (§ 11 AktG) vs. Einordnung als gesellschaftsrechtliches Sonderrecht (§ 35 BGB)	26
a. Qualifikation als gattungsbegründendes Vorzugsrecht	27
b. Qualifikation als gesellschaftsrechtliches Sonderrecht i.S.d. § 35 BGB	28
(1) Abgrenzung von regulären Mitgliedschaftsrechten und schulrechtlichen Ansprüchen	28
(2) Wesentliches Charakteristikum: Unentziehbarkeit	29
(a) Zwingende Qualifikation als gesellschaftsrechtliches Sonderrecht	29
(b) Sonderrechtscharakter abhängig von Ausgestaltung des Entsendungsrechts.....	31
c. Ergebnis	32
3. Abgrenzung von (unzulässigen) Wahlfreiheits- beschränkungen	32
II. Regelung in Satzung	33
1. Ratio des Satzungserfordernisses	33
2. Einräumung durch Satzungsänderung.....	33
3. Stimmverbot zulasten des Entsendungsberechtigten	35
a. Gesamtanalogie zu gesetzlichen Stimmverboten	35
b. Ergebnis	36
4. Keine Inhaltskontrolle	37
III. Kreis der Entsendungsberechtigten	37
1. Entsendungsberechtigte Mehrheit von Aktionären	37
2. Entsendungsrechte zugunsten von Verwaltungsmit- gliedern.....	39
a. Entsendungsrechte zugunsten von Aktionären in Vorstandsverantwortung.....	39
b. Entsendungsrechte zugunsten von Aktionären in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsmitglied	40

3. Persönliches Entsendungsrecht.....	41
4. Aktiengebundenes Entsendungsrecht.....	42
a. Zustimmungserfordernis.....	43
b. Erteilung der Zustimmung durch die Gesellschaft.....	43
(1) Ungeschriebene Ausnahme von der Regelzu- ständigkeit wegen Interessenkonflikts.....	43
(2) Ausgestaltung in der Satzung.....	44
5. Koppelung von persönlichem und aktiengebundenem Entsendungsrecht	45
6. Bestimmtheitsanforderungen.....	45
a. Hinreichende Individualisierung des Entsendungs- berechtigten	45
b. Fortwährende Kenntnis im Hinblick auf die Person des Entsendungsberechtigten	46
IV. Zustimmung des zukünftigen Entsenders.....	47
1. Grundsatz: Keine Zustimmung erforderlich	47
2. Ausnahme: Verknüpfung mit Sonderpflichten	47
V. Anzahlmäßige Begrenzung	48
1. Ermittlung der Höchstanzahl	48
2. Ratio der Höchstanzahl	48
VI. Rechtsfolgen bei anfänglichem Verstoß gegen gesetzliche Voraussetzungen.....	49
1. Nichtigkeit des satzungsändernden Hauptver- sammlungsbeschlusses bzw. der Satzungsbestimmung in der Ursprungssatzung.....	49
a. Nichtigkeit gem. § 23 Abs. 5 AktG.....	49
(1) Regelungsgehalt § 23 Abs. 5 AktG.....	50
(2) Widerspruch zu Systematik des Beschluss- mängelrechts	50
(3) Nichtigkeit von Satzungsregelungen der Ursprungssatzung analog § 241 AktG	51
(4) Ergebnis	52
b. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen zwingendes Aktienrecht gem. §§ 23 Abs. 5, 241 Nr. 3 AktG.....	52

(1) Keine pauschale Unvereinbarkeit mit dem Wesen der Aktiengesellschaft	53
(2) Kein automatischer Verstoß gegen Gläubiger- schutzvorschriften bzw. Vorschriften im öffentlichen Interesse	54
(3) Ergebnis	55
c. Nichtigkeit gem. § 241 Nr. 3 AktG.....	55
(1) Verstoß gegen Gläubigerschutzvorschrift gem. § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG.....	56
(2) Verstoß gegen Vorschrift zum ausschließlichen oder überwiegenden Schutz öffentlicher Interessen gem. § 241 Nr. 3 Var. 3 AktG.....	56
(a) Verstoß gegen anzahlmäßige Begrenzung	57
(b) Verstoß gegen Gebot vinkulierter Namensaktien.....	58
(c) Verstoß gegen Gebot der Aktionärs- eigenschaft.	59
(d) Verstoß gegen Gebot statutarischer Regelung	59
(3) Ergebnis	60
2. Sonderfall: Verstoß gegen zulässige Höchstanzahl	60
a. Geltungserhaltende Reduktion	61
(1) Normzweckorientierte Auslegung der Nichtigkeitsnorm.....	63
(a) Teilnichtigkeit objektiv teilbarer Hauptversammlungsbeschlüsse.....	63
(b) Teilnichtigkeit bloß quantitativ teilbarer Hauptversammlungsbeschlüsse.....	63
(c) Zweck der Nichtigkeitsnorm	64
(d) Teilnichtigkeit nur bei Entsendungsrechten in einer Hand.....	65
(e) Widerspruch zu Registerrecht.....	65
(f) Missbrauchsgefahr	66
(g) Ergebnis	67
(2) Teil- oder Gesamtnichtigkeit gem. § 139 BGB?	67

(a) Anwendbarkeit von § 139 BGB.....	68
(b) Rechtsgeschäft.....	68
(c) Einheitliches, teilbares, teilweise nichtiges Rechtsgeschäft.....	68
(i) Einheitliches Rechtsgeschäft	69
(ii) Teilbares Rechtsgeschäft	69
(d) Wille des Satzungsgebers	69
(3) Ergebnis.....	70
b. Registerverfahren	71
(1) Gründungsprüfung.....	71
(a) Gesamtnichtigkeit.....	72
(b) Teilnichtigkeit.....	72
(2) Registerverfahren bei satzungsänderndem Hauptversammlungsbeschluss	72
(a) Gesamtnichtigkeit.....	72
(b) Teilnichtigkeit.....	73
3. Korrektur zu Unrecht eingetragener (teil-)nichtiger Entsendungsrechte	74
a. Registerrechtliche Korrekturverfahren.....	75
(1) Löschung der Gesellschaft gem. §§ 275 AktG, 397, 399 FamFG	75
(2) Amtslöschung gem. §§ 395, 398 FamFG	76
(a) Amtslöschung nichtiger Entsendungsrechte bei Einräumung durch satzungsändernden Hauptversammlungsbeschluss gem. § 398 FamFG	77
(i) Gesamtnichtigkeit.....	77
(ii) Teilnichtigkeit	77
(b) Amtslöschung nichtiger Entsendungsrechte in der Ursprungssatzung gem. § 395 FamFG	79
(c) Amtslöschung nichtiger Entsendungsrechte in der Ursprungssatzung analog § 398 FamFG	80
(i) Vergleichbare Interessenlage.....	81

(ii) Planwidrige Regelungslücke	81
(iii) Bedenken wegen reduzierter registergerichtliche Kontrolldichte bei Gründungsprüfung	82
(iv) Rückschlüsse aus Heilung nichtiger Passagen der Ursprungssatzung analog § 242 AktG	83
(v) Analoge Anwendung der Amtslöschung	83
(vi) Ergebnis	84
(d) Nachteile der Amtslöschung	85
(i) Korrektur des Satzungswortlauts	85
(ii) Amtswegiges Verfahren	85
b. Aktienrechtliche Korrekturverfahren	86
(1) Nichtigkeitsklage gem. § 249 AktG	86
(a) Nichtigkeitsklage auf Grund nichtigen satzungsändernden Haupt- versammlungsbeschlusses	86
(b) Nichtigkeitsklage auf Grund in der Ursprungssatzung	86
(2) Nichtigkeitsklage analog § 249 AktG	87
(a) Vergleichbare Interessenlage	88
(b) Planwidrige Regelungslücke	89
(i) Unzulänglichkeit der allgemeinen Feststellungsklage	90
(ii) Unzulänglichkeit der allgemeinen Leistungsklage auf Mitwirkung an Satzungsänderung	90
(iii) Unzulänglichkeit der Amtslöschung	91
(iv) Vorrang der Nichtigkeitsklage gem. § 275 AktG	92
(v) Ergebnis	93
(c) Gleichlauf von Beschlussmängel- und Gründungsmängelrecht	93
(d) Ergebnis	94
(3) Satzungsänderung gem. § 179 Abs. 1 Satz 1 AktG	94

(4) Fassungsänderung gem. § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG ...	94
(a) Abgrenzung zur Inhaltsänderung	95
(b) Vorrang der Nichtigkeitsklage gem. § 249 AktG	96
(i) Unterschiede zwischen Fassungs- änderung und Nichtigkeitsklage.....	96
(ii) Benachteiligung von Aktionären und Dritten im Fassungsänderungs- verfahren	98
(iii) Ergebnis	98
(c) Vorrang der Amtslöschung gem. § 398 FamFG	99
(i) Einleitung des Amtslöschungs- verfahrens.....	99
(ii) Registergerichtliche Ermessens- entscheidung	99
(iii) Tatbestandsvoraussetzungen.....	100
(iv) Rechtsfolgen.....	101
(v) Ergebnis	101
c. Zusammenfassung.....	102
4. Heilung nichtiger Entsendungsrechte.....	102
a. Heilung nichtiger Hauptversammlungsbeschlüsse gem. § 242 Abs. 2 AktG	103
b. Heilung nichtiger Satzungsänderung.....	103
c. Heilung nichtiger Bestimmungen der Ursprungssatzung analog § 242 AktG.....	105
(1) Planwidrige Regelungslücke	105
(2) Vergleichbare Interessenlage	105
(3) Fristbeginn.....	106
d. Ergebnis	107
5. Umdeutung nichtiger Satzungenormen gem. § 140 BGB	107
a. Voraussetzungen der Umdeutung.....	107
(1) Rechtsgeschäft	108

(2) Nichtigkeit	108
(3) Wirksames Ersatzgeschäft.....	109
(4) Wille der Parteien.....	109
(5) Keine Umdeutung bei noch möglicher Heilung	109
b. Verstoß gegen Gebot der Aktionärseigenschaft	110
(1) Umdeutung des satzungsändernden Hauptversammlungsbeschlusses	111
(2) Umdeutung der Ursprungssatzung.....	112
c. Verstoß gegen anzahlmäßige Begrenzung	112
(1) Teilnichtigkeit.....	112
(2) Gesamtnichtigkeit.....	113
d. Verstoß gegen Gebot vinkulierter Namensaktien.....	114
e. Verstoß gegen Gebot statutarischer Regelung.....	115
f. Ergebnis.....	115
6. Aufrechterhaltung nichtiger Entsendungsrechte	115
a. Aufrechterhaltung nach der Lehre vom fehlerhaften Organ	116
(1) Restriktive Haltung des BGH.....	117
(2) Hinreichend zurechenbare Willensäußerung	119
(3) Kein Fall fehlerhafter Organbestellung.....	120
b. Aufrechterhaltung nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	121
c. Aufrechterhaltung als fehlerhafte Strukturänderung	124
(1) Übertragung der personengesellschaftsrecht- lichen Argumentation.....	125
(2) Vorrang kapitalgesellschaftsrechtlicher Spezial- regelungen	125
(3) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung..	127
d. Die Einräumung von Entsendungsrechten als fehlerhafte Strukturänderung	128
(1) Keine Umgehung des Beschlussmängelrechts.....	128
(a) Einzelfallabhängige Aufrechterhaltung	128

(b) Orientierungspunkt: Begriff der Strukturänderung	129
(2) Subsumption von Entsendungsrechten unter den Begriff der Strukturänderung.....	130
(a) Strukturprägender Organisationsakt	130
(b) Konstitutive Registereintragung, registere- gerichtliche Prüfung	131
(c) Ergebnis	132
(3) Fehlerhafte Entsendungsrechte in der Ursprungs- satzung als Strukturänderung	132
(4) Willensäußerung der Gesellschafter	133
(5) Invollzugsetzung.....	133
(6) Kein Verstoß gegen höherrangige Interessen	135
(a) Pauschaler Verstoß gegen höherangige Interessen bei Nichtigkeit gem. § 241 Nr. 3 Var. 3 AktG	136
(b) Verstoß gegen anzahlmäßige Begrenzung	137
(c) Verstoß gegen Gebot vinkulierter Namens- aktien	138
(d) Verstoß gegen Gebot der Aktionärs- eigenschaft	138
(e) Verstoß gegen Gebot statutarischer Regelung.	140
(7) Rechtsfolge: Aufrechterhaltung	141
(a) Rechtsfolgen nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.....	141
(b) Übertragung auf fehlerhafte Struktur- änderung.....	141
(c) Unterscheidung zwischen Willensäußerung und Strukturänderung.....	142
(d) Auswirkungen auf Wirksamkeit der Entsendung.....	143
(i) Beststellungsakt	143
(ii) Fehlergeltendmachung	143
e. Zusammenfassung.....	144

VII. Stimmbindungsverträge über Begründung von Entsendungsrechten.....	145
1. Grundsätzliche Zulässigkeit und Grenzen von Stimmbindungsverträgen	146
a. Aktienrechtliche Zulässigkeitsanforderungen	147
b. Allgemeine zivilrechtliche Zulässigkeits- anforderungen	148
c. Sonderfall: Stimmbindungsverträge zugunsten gesellschaftsfremder Dritter.....	149
2. Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen über die Begründung von Entsendungsrechten	150
a. Unmittelbarer Verstoß gegen aktienrechtliche oder allgemein zivilrechtliche Zulässigkeitsanforderungen	151
b. Umgehung der Voraussetzungen gem. § 101 Abs. 2 AktG	151
(1) Gebot statutarischer Regelung	152
(2) Gebot der Aktionärseigenschaft	152
(3) Gebot statutarischer Regelung durch Entscheidung der Hauptversammlung	152
(a) Stimmbindung gegenüber Dritten	153
(b) Stimmbindung gegenüber Mitaktionären	154
(4) Gebot personen- oder inhabergebundener Entsendungsrechte	154
(5) Ausnahme: Hinreichend konkrete Stimmbindungsvereinbarung	155
3. Ergebnis	156
VIII. Entsendung von Ersatzmitgliedern.....	157
D. Ausübung von Entsendungsrechten	158
I. Formelle Voraussetzungen	158
1. Entsendungserklärung durch den Entsendungs- berechtigten	158
a. Regulärer Erklärungsempfänger.....	158
b. Erklärungsempfänger bei Entsendung in den ersten Aufsichtsrat	159

2. Pflicht zur (fristgemäßen) Ausübung des Entsendungsrechts	161
a. Grundsatz: Keine Entsendungspflicht, keine Entsendungsfrist	161
b. Statutarische Entsendungspflicht	163
c. Ausnahme: Entsendungspflicht bei Bestellung des ersten Aufsichtsrats.....	164
3. Verzicht auf Ausübung des Entsendungsrechts	166
a. Verzichtserklärung gegenüber der Gesellschaft vertreten durch den Vorstand	167
b. Dauer des Verzichts	168
c. Wirkung des Verzichts.....	169
(1) Korporative Wirkung des Verzichts	169
(2) Keine Verwirkung durch Verzicht	170
d. Auswirkungen auf Rechtsnachfolger	171
e. Ergebnis	171
4. Zeitpunkt der Entsendung	171
a. Entsendung in den ersten Aufsichtsrat	171
b. Entsendung bei späterer Einräumung des Entsendungsrechts	172
c. Wiederholte Ausübung des Entsendungsrechts	172
5. Annahme der Entsendung durch den Entsandten.....	172
a. Annahmeerklärung	172
b. Annahmefrist	173
c. Regulärer Erklärungsempfänger	174
d. Erklärungsempfänger bei Entsendung in den ersten Aufsichtsrat.....	176
e. Keine Annahmepflicht.....	176
6. Satzungsmäßige Bindung an Dritte: Zustimmungs-, Veto- oder Vorschlagsrechte bei der Ausübung von Entsendungsrechten	177
a. Zugunsten von Gesellschaftsorganen	177
(1) Zugunsten des Vorstands	177
(2) Zugunsten des Aufsichtsrats	177

(3) Zugunsten der Hauptversammlung	179
b. Zugunsten von anderen Aktionären.....	180
c. Zugunsten von außenstehenden Dritten.....	181
d. Ergebnis	182
7. Schuldrechtliche Bindung an Dritte: Entsendungs- bindungsverträge über die Ausübung von Entsendungsrechten	182
a. Zugunsten von Gesellschaftsorganen	183
b. Zugunsten von anderen Aktionären oder außenstehenden Dritten.....	183
c. Ergebnis	185
8. Zusammenfassung	185
II. Materielle Voraussetzungen	186
1. Materielle Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsendungsberechtigten	186
a. Mögliche Gestaltungen	186
b. Rechtsfolgen bei anfänglichem Fehlen materieller Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsendungsberechtigten	187
(1) Entscheidungserheblicher Zeitpunkt.....	187
(2) Auswirkungen auf das Entsendungsrecht	188
(3) Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Entsendung	188
(4) Fehlende Voraussetzungen nur im Hinblick auf einen Teil einer entsendungsberechtigten Gruppe	189
c. Rechtsfolgen bei nachträglichem Wegfall materieller Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsendungsberechtigten.....	190
(1) Auswirkungen auf das Entsendungsrecht	190
(2) Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Entsendung.....	190
2. Materielle Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsandten	190
a. Gesetzliche Voraussetzungen	191

(1) Grundsätzliche Geltung der §§ 100, 105 AktG.....	191
(2) Insbesondere: „Cooling-off Periode“ gem. § 100 Abs. 2 Nr. 4 AktG.....	191
b. Satzungsmäßige Voraussetzungen	192
c. Rechtsfolge bei anfänglichem Fehlen materieller Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsandten	193
(1) Anfängliches Fehlen gesetzlicher Voraus- setzungen im Hinblick auf den Entsandten.....	193
(2) Anfängliches Fehlen satzungsmäßiger Voraus- setzungen im Hinblick auf den Entsandten.....	194
d. Rechtsfolgen bei nachträglichem Wegfall materieller Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsandten	196
(1) Nachträglicher Wegfall gesetzlicher Voraus- setzungen im Hinblick auf den Entsandten.....	196
(2) Nachträglicher Wegfall satzungsmäßiger Voraus- setzungen im Hinblick auf den Entsandten.....	196
3. Sonstige materielle Voraussetzungen.....	197
a. Bedingung und Befristung	197
b. Treupflicht	197
E. Erlöschen von Entsendungsrechten	199
I. Entzug kraft Satzungsänderung	199
1. Satzungsänderung.....	199
2. Mit Zustimmung des Entsendungsberechtigten	199
a. Grundsatz: Zustimmung erforderlich	199
b. Ausnahme: Zustimmung entbehrlich bei wichtigem Grund	200
(1) Rechtslage im Vereinsrecht	200
(2) Rechtslage im GmbH-Recht.....	201
(3) Rechtslage im Aktienrecht	202
(4) Übertragung der Argumente aus dem GmbH-Recht auf das Entsendungsrecht	204
(5) Wichtiger Grund.....	206
(6) Entzug durch Hauptversammlungsbeschluss	207
(7) Zusätzlich Entzug durch Gerichtsentscheidung	207

3.	Stimmverbot zulasten des Entsendungsberechtigten.....	208
a.	Stimmverbot bei Sonderrechtsentzug im GmbH-Recht.....	209
b.	Stimmverbot bei Sonderrechtsentzug im Aktienrecht	209
(1)	Stimmverbot gem. § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG.....	209
(2)	Stimmverbot mittels Gesamtanalogie zu gesellschaftsrechtlichen Stimmverboten	210
(3)	Stimmverbot mittels Einzelanalogie zu § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG	210
(a)	Schwere des Interessenkonflikts.....	210
(b)	Art der Fallgestaltung.....	211
(c)	Parallele zu ähnlich gelagerten Fallkonstellationen	211
c.	Ergebnis.....	212
4.	Zusammenfassung	213
II.	Wegfall gesetzlicher Voraussetzungen	213
1.	Überschreitung der anzahlmäßigen Begrenzung gem. § 101 Abs. 2 Satz 4 AktG.....	214
a.	Unmittelbar statutarische Verkleinerung des Aufsichtsrats	214
(1)	Grundsatz: Zustimmung erforderlich	214
(2)	Ausnahme: Wichtiger Grund	215
(3)	Auswirkung fehlender Zustimmung	215
(4)	Auswirkung zulässiger Verkleinerung auf Bestand und Umfang von Entsendungsrechten	216
(a)	Grundsatz: Erlöschen sämtlicher Entsendungsrechte.....	216
(b)	Ausnahme: Aufrechterhaltung in reduziertem Umfang	217
b.	Verkleinerung des Aufsichtsrats aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften	217
(1)	Zustimmungserfordernis gem. § 35 BGB.....	217
(2)	Auswirkung auf Bestand und Umfang von Entsendungsrechten.....	218

c.	Mittelbar durch Hauptversammlungsbeschluss herbeigeführte Verkleinerung des Aufsichtsrats	219
(1)	Zustimmungserfordernis gem. § 35 BGB.....	219
(a)	Bedenkliche Ausweitung der Gestaltungsmacht von Sonderrechtsinhabern.....	220
(b)	Zustimmungspflicht aufgrund von Treupflicht	220
(c)	Differenzierung nach Zweck oder Dringlichkeit der Kapitalherabsetzung	221
(d)	Durchbrechung des Zurechnungszusammenhangs	221
(2)	Auswirkungen auf Bestand und Umfang von Entsendungsrechten.....	222
(3)	Ausgleichsanspruch analog § 5 Abs. 3 EGAktG.....	222
d.	Ergebnis	223
2.	Verlust der Rechtspersönlichkeit seitens der Aktiengesellschaft	224
a.	Liquidation, Verschmelzung, Aufspaltung, Vermögensvollübertragung, Vermögensteilübertragung durch Aufspaltung.....	224
b.	Formwechsel.....	225
c.	Abspaltung, Ausgliederung, Vermögensteilübertragung durch Abspaltung, Vermögensteilübertragung durch Ausgliederung.....	225
d.	Zustimmungserfordernis gem. § 35 BGB.....	225
3.	Beseitigung vinkulierter Namensaktien gem. § 101 Abs. 2 Satz 2 AktG.....	226
4.	Verlust der Aktionärsstellung	227
a.	Aktienveräußerung	227
(1)	Grundsatz: Erlöschen des Entsendungsrechts	227
(2)	Ausnahme: Ruhen des Entsendungsrechts	227
(3)	Sonderfall: Entsendungsberechtigte Gruppe von Aktionären	228
b.	Tod des Entsendungsberechtigten	229
(1)	Grundsatz: Erlöschen des Entsendungsrechts	229

(2) Ausnahme: Vererblichkeit.....	229
c. Verlust der Rechtspersönlichkeit bei einer entsendungsberechtigten Gesellschaft.....	230
(1) Liquidation, Formwechsel.....	231
(2) Verschmelzung	231
(3) Spaltung – Aufspaltung	232
(4) Spaltung – Abspaltung und Ausgliederung	232
(a) Grundsatz: Erlöschen des Entsendungsrechts	232
(b) Problem: Vererblichkeit	232
(5) Vermögensübertragung – Vollübertragung, Teilübertragung durch Aufspaltung.....	234
(6) Vermögensübertragung – Teilübertragung durch Abspaltung oder Ausgliederung	234
5. Zusammenfassung	234
III. Wegfall satzungsmäßiger Voraussetzungen.....	235
IV. Auswirkungen auf Wirksamkeit der Entsendung	236
1. Fortbestand der Entsendung	236
2. Satzungsmäßige Koppelung von Fortbestand der Entsendung an Fortbestand des Entsendungsrechts.....	236
3. Fortbestand der Entsendung bei Verkleinerung des Aufsichtsrats	237
4. Erneute Entsendung nach Erlöschen von Entsendungsrechten	238
F. Amtszeit entsandter Aufsichtsratsmitglieder	239
I. Reguläre Amtszeit.....	239
II. Abberufung durch den Entsendungsberechtigten	240
1. Unbeschränktes und unbeschränkbares Abberufungsrecht	240
2. Treubindung.....	241
3. Abberufungspflicht unter Treupflichtgesichtspunkten....	242
4. Beschränkung durch schuldrechtliche Vereinbarungen.....	242
5. Abberufungserklärung.....	243
6. Erlöschen des Abberufungsrechts	243

III. Abberufung durch die Hauptversammlung	243
1. Wegfall statutarischer Voraussetzungen des Entsendungsrechts.....	244
a. Statutarische Voraussetzungen des Entsendungsrechts	244
b. Anfängliches Fehlen statutarischer Voraussetzungen	244
c. Ruhen des Entsendungsrechts	246
d. Fehlen oder Wegfall statutarischer Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsandten	246
2. Zusätzliches statutarisches Abberufungsrecht der Hauptversammlung	247
3. Stimmverbot zulasten von Entsendungsberechtigtem und Entsandtem.....	248
IV. Gerichtliche Abberufung gem. § 103 Abs. 3 AktG	248
1. Wichtiger Grund	249
2. Wichtiger Grund bei Fehlen oder Wegfall statutarischer Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsandten.....	249
V. Ergebnis	250
G. Die fehlerhafte Entsendung	251
I. Fehlerhaftes Entsendungsrecht.....	251
1. Anfänglicher Verstoß gegen § 101 Abs. 2 AktG	252
a. Aufrechterhaltung nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.....	252
b. Geltungserhaltende Reduktion bei Verstoß gegen Höchstanzahl	252
c. Heilung	252
d. Umdeutung.....	252
2. Unzulässige zusätzliche statutarische Anforderungen.....	253
II. Fehlerhafte Ausübung des Entsendungsrechts.....	253
1. Anfänglich fehlerhafte Ausübung.....	253
a. Anfängliches Fehlen statutarischer Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsendungsberechtigten oder äußere Umstände.....	253

b. Anfängliches Fehlen gesetzlicher oder statutarischer Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsandten	254
2. Nachträglich fehlerhafte Ausübung.....	254
a. Nachträglicher Wegfall statutarischer Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsendungsberechtigten oder äußere Umstände.....	254
b. Nachträglicher Wegfall gesetzlicher oder statutarischer Voraussetzungen im Hinblick auf den Entsandten.....	254
3. Entsendung trotz Erlöschen des Entsendungsrechts.....	255
H. Rechtsverhältnisse der Beteiligten.....	256
I. Rechtsverhältnis zwischen dem Entsandten und der Gesellschaft	256
1. Gleichheit der Aufsichtsratsmitglieder.....	257
2. Verantwortlichkeit	257
3. Vergütung.....	257
II. Rechtsverhältnis zwischen dem Entsandten und dem Entsendungsberechtigten.....	258
1. Statutarische Vorgaben.....	259
2. Weisungsgebundenheit.....	259
a. Primat des Gesellschaftsinteresses	260
b. Beschränkte Weisungsbindung.....	261
c. Ergebnis	263
3. Vergütung.....	263
4. Haftungsfreistellung	263
5. Auskunfts- und Rechenschaftspflicht gem. §§ 666, 675 Abs. 1 BGB.....	264
III. Rechtsverhältnis zwischen dem Entsendungsberechtigten und der Gesellschaft	265
1. Haftung für eigenes Verschulden	265
a. Vertragliche Haftung	265
b. Haftung wegen Verstoßes gegen mitgliedschaftliche Treupflicht	266
c. Haftung wegen Verfolgung von Sondervorteilen gem. § 117 AktG	266

d. Haftung wegen Verstoßes gegen gute Sitten gem. § 826 BGB	267
e. Haftung wegen Auswahl- und Überwachungsverschuldens gem. § 831 BGB	267
2. Haftung für fremdes Verschulden seitens des Entsandten	268
a. Haftung für den Entsandten als Erfüllungsgehilfen gem. §§ 280 Abs. 1, 278 BGB.....	268
b. Vertragliche Haftungsübernahme.....	269
c. Statutarische Pflicht zur vertraglichen Haftungsübernahme.....	270
3. Haftung entsendungsberechtigter Gesellschaften in Verbindung mit der Organtheorie entsprechend § 31 BGB	270
4. Stimmverbot zulasten des Entsenders bei Entlastung des Entsandten.....	272
a. Stimmverbot gem. § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG.....	272
b. Stimmverbot analog § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG.....	272
(1) Personenidentität von Entsender und Entsandtem	272
(2) Haftungsgefahr zulasten des Entsenders.....	273
(3) Ergebnis.....	274
IV. Zusammenfassung	274
I. Zusammenfassung.....	276
Dritter Teil – Grundfreiheitsliche Grenzen	279
A. Problemaufriss und Fragestellung.....	280
I. Unmittelbare Wirkung europäischer Grundfreiheiten	280
II. „Goldene Aktien“-Rechtsprechung des EuGH	282
III. Grundfreiheitsprüfung aktienrechtlicher Entsendungsrechte	284
IV. Gegenstand der Untersuchung.....	285
V. Gang der Untersuchung.....	287
B. Aktienrechtliche Entsendungsrechte zugunsten des Staates	288
I. Eröffnung grundfreiheitslicher Schutzbereiche	288

1. Grundfreiheitsrelevantes Verhalten	289
a. Wirkungen aktienrechtlicher Entsendungsrechte	289
b. Potenzielle Beeinträchtigung von Beteiligungserwerben	290
2. Grenzüberschreitung	290
3. Grundfreiheitsberechtigung	292
a. Niederlassungsfreiheit	292
b. Warenverkehrsfreiheit	293
c. Kapitalverkehrsfreiheit	293
d. Ergebnis	294
4. Geschütztes Marktverhalten	294
a. Warenverkehr	294
(1) Beteiligungserwerb durch Abtretung der Mitgliedschaft	295
(2) Beteiligungserwerb durch Übereignung der Aktie	295
(3) Ergebnis	296
b. Kapitalverkehr	296
(1) Primärrechtliche Konkretisierung	296
(2) Sekundärrechtliche Hinweise	297
(3) Ergebnis	298
c. Unterscheidung zwischen Direkt- und Portfolioinvestitionen	299
(1) Direktinvestitionseigenschaften	299
(2) Direktinvestitionsinstrumente	302
(a) Stimmrechtsquote	302
(b) Kapitalbeteiligungsquote	303
(c) Alternative Eigentümerkontrollinstrumente	304
(i) Direkte Eigentümerkontroll- instrumente	304
(ii) Indirekte Eigentümerkontroll- instrumente	305
(iii) Juristische Umsetzung	306
(d) Ergebnis	307

(3) Portfolioinvestitionseigenschaften.....	307
(4) Ergebnis	308
d. Niederlassung gem. Art. 49 AEUV	309
(1) Formen der Niederlassung.....	309
(2) Niederlassung durch selbstständige Erwerbstätigkeit	310
(3) Niederlassung durch (qualifizierten) Beteiligungserwerb.....	311
(a) Sicherer Einfluss.....	313
(b) Portfolioinvestitionen.....	315
(4) Ergebnis	315
5. Zusammenfassung	316
II. Konkurrenzverhältnis	317
1. Relevanz der Fragestellung.....	318
2. Vorliegen einer Konkurrenzsituation	319
3. Rechtsprechung des EuGH.....	321
a. Parallelität.....	321
b. Partielle Exklusivität	323
c. Ergebnis	326
4. Vermeidung ungewollter Drittstaatlerbegünstigung	327
5. Ratio der Grundfreiheiten	328
6. Widerspruch zur Kapitalverkehrsrichtlinie.....	328
7. Wechselseitige Vorbehaltsklauseln	329
8. Ergebnis	331
III. Beschränkung	332
1. „Dassonville“-Formel.....	332
2. Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit i.S.d. „Dassonville“-Formel.....	334
a. Diskriminierung durch staatliche Entsendungsrechte.....	335
b. Attraktivitätsminderung durch staatliche Entsendungsrechte.....	335
(1) Portfolioinvestitionen.....	335

(a)	Stimmrechtsbeschränkung bei Bestellung des Aufsichtsrats	336
(b)	Gegenläufige öffentliche Interessen.....	336
(c)	Reduziertes kontrollgewichtetes Verlustrisiko	336
(d)	Kursabschläge.....	337
(e)	Fehlende „Übernahmephantasie“	337
(2)	Direktinvestitionen.....	338
(a)	Beschränkung der Aufsichtsratskontrolle.....	339
(b)	Beschränkung trotz kapitaladäquater Entsendungsmacht.....	341
c.	Ergebnis.....	342
3.	Beschränkung der Niederlassungsfreiheit i.S.d. „Dassonville“-Formel	343
4.	Modifikation des Beschränkungsbegriffs in Anlehnung an „Keck“	344
a.	„Keck“-Rechtsprechung des EuGH	344
b.	Funktion der Grundfreiheiten.....	348
c.	Formelle Marktzugangssperre	353
(1)	Formelle Marktzugangssperre für Kapitalverkehr durch Anteilerwerb	354
(a)	Anteilerwerbsmöglichkeit.....	354
(b)	Gewinnerwirtschaftungsmöglichkeit	354
(c)	Ergebnis	356
(2)	Formelle Marktzugangssperre für Niederlassungen durch Kontrollanteilerwerb	356
(a)	Anteilerwerbsmöglichkeit.....	357
(b)	Gewinnerwirtschaftungsmöglichkeit	357
(c)	Kontrollmöglichkeit.....	357
(i)	Zugang zu vollständiger Unternehmenskontrolle.....	358
(ii)	Zugang zu abgestufter Unternehmenskontrolle.....	359
(iii)	Unternehmenskontrolle nach deutschem Aktienrecht.....	361

(d) Ergebnis	362
d. Materielle Marktzuganssperre	362
e. Alternative Investitionsmöglichkeiten.....	364
f. Zusammenfassung.....	366
5. Entsendungsrechte als Marktzugangssperre für den Kapitalverkehr.....	367
a. Formelle Marktzugangssperre	367
b. Materielle Marktzugangssperre	368
c. Ergebnis.....	368
6. Entsendungsrechte als Marktzugangssperre für Niederlassungen	369
a. Formelle Marktzugangssperre	369
b. Ergebnis.....	369
7. Modifikation des Beschränkungsbegriffs durch Unmittelbarkeitskriterium	370
8. Drittstaatenproblematik	373
9. Zusammenfassung	374
IV. Staatliche Maßnahme	375
1. Begriffsdefinition	375
a. Handlungsträger.....	375
b. Handlungsformen	376
(1) Formell staatliche Maßnahme.....	376
(2) Materiell staatliche Maßnahme.....	376
c. Ergebnis.....	377
2. Staatliche Entsendungsrechte auf gesetzlicher Basis.....	377
3. Staatliche Entsendungsrechte auf statutarischer Basis ...	378
a. Gesetzliche Gestattung von Entsendungsrechten durch § 101 Abs. 2 AktG	378
b. Gesellschaftsrechtliche Begründung statutarischer staatlicher Entsendungsrechte.....	380
(1) Statutarische staatliche Entsendungsrecht aufgrund gesetzlicher Anordnung.....	380
(2) Statutarische staatliche Entsendungsrechte im Rahmen von Privatisierungen.....	381

(3) Statutarische staatliche Entsendungsrechte in bereits gemischt-wirtschaftlichen Aktiengesellschaften.....	382
(a) Satzungsänderung durch homogen staatliche satzungsändernde Mehrheit.....	382
(b) Satzungsänderung durch heterogen staatlich- private satzungsändernde Mehrheit	383
(c) Satzungsänderung durch homogen private satzungsändernde Mehrheit.....	383
(d) Gemeinsame Gründung	384
c. Entsendungsrechte als Instrument des allgemeinen Gesellschaftsrechts	384
4. Zusammenfassung	385
V. Rechtfertigung	386
VI. Zusammenfassung	387
C. Aktienrechtliche Entsendungsrechte zugunsten Privater	389
I. Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten.....	390
1. Rechtsprechung des EuGH.....	391
2. Bestand und Umfang unmittelbarer Drittwirkung	394
a. Grundfreiheitsbindung zulasten jeder Privatperson ...	395
b. Grundfreiheitsbindung ausschließlich zulasten bestimmten Privatverhaltens	396
3. Ergebnis	399
II. Gestörte Privatautonomie im Fall privater Entsendungs- rechte.....	399
1. Verhältnis der einräumenden Gesellschafter untereinander.....	400
a. Einräumung in der Gründungssatzung	400
b. Einräumung durch satzungsändernden Hauptversammlungsbeschluss	400
2. Verhältnis der einräumenden Gesellschafter zu späteren Anteilserwerbern.....	402
a. Einräumung von Entsendungsrechten	402
b. Anteilserwerb an Gesellschaft mit Entsendungs- rechten	402

c. Privatautonome Verkaufsentscheidung.....	404
d. Hinweise der europäischen Rechtsprechung und Gesetzgebung.....	404
III. Ergebnis	406
D. Zusammenfassung.....	407
<i>Vierter Teil – Ergebnis</i>	409
<i>Literaturverzeichnis</i>	415