

Festschrift für Peter Ulmer
zum 70. Geburtstag



Peter Auer

Festschrift für
PETER ULMER
zum 70. Geburtstag
am 2. Januar 2003

herausgegeben von

Mathias Habersack
Peter Hommelhoff

Uwe Hüffer
Karsten Schmidt



RECHT

2003

De Gruyter Recht · Berlin

ISBN 3-89949-041-X

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [<http://dnb.ddb.de>](http://dnb.ddb.de) abrufbar.

© Copyright 2003 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH,
D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen

Druck: Sachsendruck GmbH, Plauen

Bindung: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, Berlin

Peter Ulmer
zum 2. Januar 2003

HOLGER ALTMEPPEN
HEINZ-DIETER ASSMANN
THEODOR BAUMS
WALTER BAYER
KARLHEINZ BOUJONG
ULRICH BURGARD
CLAUS-WILHELM CANARIS
MATTHIAS CASPER
CARSTEN P. CLAUSSEN
BARBARA DAUNER-LIEB
MEINRAD DREHER
TIM DRYGALA
DIETER FEDDERSEN
KARL-HEINZ FEZER
HARTWIN VON GERKAN
WULF GOETTE
BARBARA GRUNEWALD
MATHIAS HABERSACK
PETER HANAU
WILHELM HAPP
LUDWIG HÄSEMAYER
IRMGARD HEINRICH
HANS-JÜRGEN HELLWIG
HORST-DIETHER HENSEN
MARTIN HENSSLER
HARTWIG HENZE
HERIBERT HIRTE
MICHAEL HOFFMANN-BECKING
PETER HOMMELHOFF
KLAUS J. HOPT
NORBERT HORN
ULRICH HUBER
STEPHAN HUTTER
UWE HÜFFER
HANS-CHRISTOPH IHRIG
DETLEV JOOST
PETER KINDLER
PAUL KIRCHHOF
HORST KONZEN
HANS-GEORG KOPPENSTEINER

GERD KRIEGER
BRUNO KROPFF
FRIEDRICH KÜBLER
JOHANNA KÜBLER
MANFRED LIEB
MARCUS LUTTER
KLAUS-PETER MARTENS
HANS-JOACHIM MERTENS
PETER O. MÜLBERT
PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF
ULRICH NOACK
WALTER ODERSKY
ANDREAS PENTZ
HANS-JOACHIM PRIESTER
THOMAS RAISER
JOCHEM REICHERT
LENNART RITTER
FRITZ RITTNER
CARSTEN SCHÄFER
HARRY SCHMIDT
KARSTEN SCHMIDT
EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN
UWE H. SCHNEIDER
WOLFGANG SCHÖN
JOHANNES SEMLER
URSULA STEIN
ERNST STEINDORFF
EBERHARD SCHWARK
RÜDIGER VOLHARD
ULRICH WACKERBARTH
DOLF WEBER
HARM PETER WESTERMANN
GERHARD WIEDEMANN
HERBERT WIEDEMANN
GEORG WIESNER
CHRISTINE WINDBICHLER
MARTIN WINTER
DANIEL ZIMMER
WOLFGANG ZÖLLNER

Inhalt

Vorwort	XV
-------------------	----

I. Gesellschafts- und Konzernrecht

HOLGER ALTMEPPEN Zeitliche und sachliche Begrenzung von Abfindungsansprüchen gegen das herrschende Unternehmen im Spruchstellenverfahren . .	3
WALTER BAYER Transparenz und Wertprüfung beim Erwerb von Sacheinlagen durch genehmigtes Kapital	21
KARLHEINZ BOUJONG Abfindungsklauseln nach dem Tod des Gesellschafters einer OHG und Pflichtteilsergänzungsansprüche	41
MATTHIAS CASPER Der Lückenschluß im Statut der Europäischen Aktien- gesellschaft	51
BARBARA DAUNER-LIEB § 130 HGB: Weitere Rechtsfortbildung im Recht der BGB- Gesellschaft?	73
MEINRAD DREHER Direktkontakte des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft zu dem Vorstand nachgeordneten Mitarbeitern	87
DIETER FEDDERSEN Die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht: Viel geschmähtes Relikt aus vergangenen Zeiten oder nützliches Finanzierungs- instrument?	105
KARL-HEINZ FEZER Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Inhaberin von Kenn- zeichenrechten	119

WULF GOETTE	
„Nichtbefassungsbeschuß“ und § 50 GmbHG	129
BARBARA GRUNEWALD	
Scheinsozietaeten als besondere Form der Scheingesellschaft	141
MATHIAS HABERSACK	
Die Freistellung des Organwalters von seiner Haftung gegenueber der Gesellschaft	151
WILHELM HAPP	
Genehmigtes Kapital und Beteiligungserwerb – Zu Informationsdefiziten, Rechtsschutzmoeeglichkeiten und Reformueeberlegungen –	175
MARTIN HENSSLER	
Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea – Neue Denkanstoesse fuer die „Corporate Governance“-Diskussion .	193
HARTWIG HENZE	
Holzmueller vollendet das 21. Lebensjahr	211
MICHAEL HOFFMANN-BECKING	
„Organnachfolge“ bei der Verschmelzung?	243
PETER HOMMELHOFF	
Satzungsstrenge und Gestaltungsfreiheit in der Europaeschen Aktiengesellschaft	267
UWE HUEFFER	
Zur Holzmueller-Problematik: Reduktion des Vorstandsermessens oder Grundlagenkompetenz der Hauptversammlung?	279
PETER KINDLER	
Gesellschafterinnenhaftung in der GmbH und internationale Zustaendigkeit nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001	305
HORST KONZEN	
Der Gläubigerschutz bei Liquidation der masselosen GmbH . . .	323
HANS-GEORG KOPPENSTEINER	
Zur konzernrechtlichen Behandlung von BGB-Gesellschaften und Gesellschaftern	349

GERD KRIEGER	
Interne Voraussetzungen für die Abgabe der Entsprechens- erklärung nach § 161 AktG	365
MARCUS LUTTER und TIM DRYGALA	
Die besondere sachverständige Beratung des Aufsichtsrats durch seine Mitglieder	381
KLAUS-PETER MARTENS	
Stand und Entwicklung im Recht der Stock-Options	399
HANS-JOACHIM MERTENS	
Zur Reichweite der Inkompatibilitätsregelung des § 287 Abs. 3 AktG	419
PETER O. MÜLBERT	
Abschwächungen des mitgliedschaftlichen Bestandsschutzes im Aktienrecht	433
ANDREAS PENTZ	
Abhängigkeit der Einziehung von Geschäftsanteilen von der Abfindungsleistung?	451
HANS-JOACHIM PRIESTER	
Vorbelastungshaftung und anschließende Gewinne	477
THOMAS RAISER	
Die Haftung einer Schwestergesellschaft für die Schulden einer anderen Schwester nach dem Urteil „ <i>Bremer Vulkan</i> “ des BGH	493
JOCHEM REICHERT	
Beschlussmängelstreitigkeiten und Schiedsgerichtsbarkeit – Gestaltungs- und Reaktionsmöglichkeiten	511
HARRY SCHMIDT	
Ausschluss der Anfechtung des Squeeze-out-Beschlusses bei abfindungswertbezogenen Informationsmängeln	543
KARSTEN SCHMIDT	
Integrationswirkung des Umwandlungsgesetzes – Betrachtungen zur Dogmengeschichte und Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht	557

UWE H. SCHNEIDER und ULRICH BURGARD	
Treupflichten im mehrstufigen Unterordnungskonzern	579
EBERHARD SCHWARK	
Virtuelle Holding und Bereichsvorstände – eine aktien- und konzernrechtliche Betrachtung	605
JOHANNES SEMLER	
Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht	627
URSULA STEIN	
Zweifelsfragen der nominellen Kapitalerhöhung durch den GmbH-Scheingesellschafter	643
HARM PETER WESTERMANN	
Die „versteckte“ stille Gesellschaft	657
GEORG WIESNER	
Zur Haftung des Treugeber-Kommanditisten bei der qualifizierten Treuhand	673
CHRISTINE WINDBICHLER	
Die „kohärente und auf Dauer angelegte Gruppenpolitik“	683
MARTIN WINTER	
Die Anfechtung eintragungsbedürftiger Strukturbeschlüsse de lege lata und de lege ferenda	699
WOLFGANG ZÖLLNER	
Die Zulässigkeit von Mehrheitsregelungen in Konsortialverträgen	725

II. Kapitalmarkt- und Bilanzrecht

HEINZ-DIETER ASSMANN	
Prospektaktualisierungspflichten – Aktualisierungs-, Berichtigungs- und Nachtragungspflichten im Recht der Haftung für Prospekte und Angebotsunterlagen	757
THEODOR BAUMS und STEPHAN HUTTER	
Die Information des Kapitalmarkts beim Börsengang (IPO)	779

CARSTEN P. CLAUSSEN	
Ein Versuch der Standortbestimmung des neuen Rechnungs- legungsrechts	801
NORBERT HORN	
Zur Haftung der AG und ihrer Organmitglieder für unrichtige oder unterlassene Ad-hoc-Informationen	817
HANS-CHRISTOPH IHRIG	
Optionen auf eigene Aktien	829
BRUNO KROPPF	
Wie lange noch: Verbundene Unternehmen im Bilanzrecht?	847
RÜDIGER VOLHARD und DOLF WEBER	
Abschlussprüfung und Interessenkonflikte – Ein Plädoyer	865
 III. Kartell- und Wettbewerbsrecht, allgemeines Wirtschaftsrecht	
KLAUS J. HOPT	
Freie Vertriebsgestaltung – Grundsatz und Grenzen im deutschen und europäischen Handels-, Wirtschafts- und Presserecht	891
FRIEDRICH KÜBLER und JOHANNA KÜBLER	
Werbefreiheit nach „Benetton“	907
PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF	
Einflußregulierungen in Gesellschaften zwischen Binnenmarkt- recht und Eigentumsordnung	929
LENNART RITTER	
Gemeinschaftsunternehmen – Die ewige Suche nach dem Schwer- punkt	955
FRITZ RITTNER	
Konzeption und Strukturen des Wirtschaftsrechts	977
CARSTEN SCHÄFER	
Kartellverbot und Ausschließlichkeitsbindungen bei Allein- vertriebsvereinbarungen nach der sechsten Kartellrechtsnovelle – Neuere Tendenzen bei der Abgrenzung zwischen § 1 und § 16 GWB unter Berücksichtigung der „Schirm“-GFVO (EG Nr. 2790/1999)	991

EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN

Verfassungsschranken der Kommunalwirtschaft 1015

GERHARD WIEDEMANN

Die Beurteilung kooperativer Vollfunktionsgemeinschafts-
unternehmen nach der EG-Fusionskontrollverordnung –
Eine Zwischenbilanz zu Art. 2 Abs. 4 EG-FKVO 1031

DANIEL ZIMMER

Abwehrkartelle 1053

IV. Bürgerliches Recht, Handels-, Verbraucherschutz- und AGB-Recht

CLAUS-WILHELM CANARIS

Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörun-
gssrechts 1073

LUDWIG HÄSEMAYER

Geltungserhaltende oder geltungszerstörende Reduktion? 1097

IRMGARD HEINRICH

Rechtsgeschäftliche Vertretung – Representación voluntaria
Vergleichender Überblick zum deutschen und spanischen Recht . . 1109

HORST-DIETHER HENSEN

Zur Effizienz der Verbandsklage nach § 13 AGB-Gesetz 1135

HERIBERT HIRTE

Öffentlichrechtliche Satzungen und Benutzungsordnungen
als Allgemeine Geschäftsbedingungen 1153

ULRICH HUBER

Die Haftung des Vertragshändlers gegenüber seinem Abnehmer
nach neuem Kaufrecht 1165

DETLEV JOOST

Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag – Ein Bei-
spiel für eine missglückte Gesetzgebung 1199

PAUL KIRCHHOF

Der Vertrag als Ausdruck grundrechtlicher Freiheit 1211

MANFRED LIEB	
AGB-Recht und Arbeitsrecht nach der Schuldrechts- modernisierung	1231
ULRICH NOACK	
Amtliche Unternehmenspublizität und digitale Medien	1245
WALTER ODERSKY	
Verbundene Rechtsgeschäfte – einheitliches Rechtsgeschäft	1263
HERBERT WIEDEMANN	
Schadenersatz und Freizeichnung in Allgemeinen Geschäfts- bedingungen und Individualverträgen	1273

V. Varia

HARTWIN VON GERKAN	
Die Verwirklichung von Anfechtungstatbeständen des Eigen- kapitalersatzrechts nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	1293
PETER HANAU und ULRICH WACKERBARTH	
Der Konzernrat nach § 3 BetrVG n.F.	1303
HANS-JÜRGEN HELLWIG	
Honoré Daumier – Ein Kämpfer für die Republik	1313
WOLFGANG SCHÖN	
Der Aktionär im Verfassungsrecht	1359
ERNST STEINDORFF	
Aufgaben künftiger europäischer Privatrechtsetzung angesichts deutscher Erfahrungen	1393

VI. Verzeichnis der Veröffentlichungen von Peter Ulmer	1423
--	------

VII. Autorenverzeichnis	1441
-------------------------	------

Vorwort

Mit der Festschrift zum 70. Geburtstag von Peter Ulmer soll ein Gelehrter gewürdigt werden, der das deutsche Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht und seine internationalen Bezüge in beispielgebender Weise zu prägen, akademische Tugenden vorzuleben und nachhaltig in die Praxis des Zivil- und Wirtschaftsrechts hineinzuwirken weiß.

Peter Ulmer wurde am 2. Januar 1933 in Heidelberg als Sohn von Eugen Ulmer, Professor an der Heidelberger Juristischen Fakultät und nachmaliger Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht in München, und Elisabeth Ulmer geb. Linser geboren. Den Gymnasialjahren in Heidelberg folgte ab 1952 das Studium der Rechtswissenschaften in Tübingen, Genf und Heidelberg, sodann der juristische Vorbereitungsdienst in Heidelberg und München sowie bei der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl in Luxemburg. Die beiden Staatsprüfungen legte Peter Ulmer 1956 in Heidelberg und 1961 in Stuttgart ab. Bereits 1959 war er von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg mit einer Dissertation über den Unternehmensbegriff im Vertrag der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (im Druck erschienen 1960) zum Dr. iur. utr. promoviert worden. 1958/1959 betrieb Peter Ulmer rechtsvergleichende Studien an der University of Michigan Law School, Ann Arbor/Mich., USA, die er mit dem Master of Comparative Law (MCL) abschloß. Dem Assessorexamen schlossen sich praktische Berufstätigkeiten an, zunächst in der Rechtsabteilung der Daimler Benz AG in Stuttgart, sodann als Vorstandsassistent bei der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Deutsche Treuhandgesellschaft AG und schließlich als Beamter im Juristischen Dienst der Kommission der Europäischen Gemeinschaften. Aber damals dominierten schon, dokumentiert durch eine Reihe von Aufsatzveröffentlichungen, die ausgeprägt wissenschaftlichen Neigungen dieses vielseitigen jungen Praktikers. Als Stipendiat der Deutschen Forschungsgemeinschaft und betreut von Wolfgang Hefermehl habilitierte sich Peter Ulmer im Jahr 1968 für die Fächer Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung. Als bald erhielt er Rufe auf ordentliche Professuren an den Universitäten Hamburg und Salzburg. Nach seiner Entscheidung für den Hamburger Ruf war Peter Ulmer dort von 1969 bis 1975 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Direktor des Seminars für Handels-, Schifffahrts- und Wirtschaftsrecht. Einen 1972 an ihn ergangenen Ruf an die Universität Tübingen lehnte er ab. Im Jahr 1975 folgte er einem Ruf auf den Lehrstuhl

für Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Bürgerliches Recht an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und wurde als Nachfolger von Wolfgang Hefermehl Geschäftsführender Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Seiner Heimatuniversität blieb er trotz eines ehrenvollen Rufs an die Universität zu Köln treu. 1977/1978 war er Dekan der Juristischen Fakultät, von 1991 bis 1997 durch wiederholte Wahl Rektor der Universität. In dieser Eigenschaft bekleidete er zwei Jahre lang das Amt des Vorsitzenden der Landesrektorenkonferenz Baden-Württemberg. Seine hohe Reputation führte ihn in bedeutende Ehrenämter. So war er Vorsitzender des Fachausschusses Rechtswissenschaft der Deutschen Forschungsgemeinschaft und Mitglied der Ständigen Deputation, also des Vorstands des Deutschen Juristentages. Daß Peter Ulmer auch in der Unternehmenspraxis ein gesuchter Berater und Schiedsrichter ist und mehrere Beiratsämter bekleidet, rundet das vielfältige Bild einer beruflichen Erfolgsgeschichte ab, wie sie in der akademischen Profession selten ist.

Das wissenschaftliche Werk Peter Ulmers besticht durch thematische Vielfalt, argumentative Grundsätzlichkeit, Sachlichkeit und Entschiedenheit. Praxisnähe in ihrer besten, das Grundsätzliche nie aus den Augen verlierenden Form zeichnet sämtliche Arbeiten ebenso aus wie eine in rechtswissenschaftlicher Dogmatik fundierte Methode. Vier große Schwerpunktbereiche sind in erster Linie zu nennen: Das Vertriebsrecht hat schon in der Habilitationsschrift (*Der Vertragshändler*, 1969) sowie in rechtsvergleichenden und kartellrechtlichen Arbeiten des Jubilars machtvolle Impulse erhalten, zuletzt durch die gemeinsam mit Habersack verfaßte Schrift über den Kraftfahrzeugvertrieb durch Vertragshändler (1998). Im Gesellschaftsrecht erstrecken sich Ulmers große Kommentierungen von den Personengesellschaften (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Partnerschaftsgesellschaft und oHG) bis hin zu den Kapitalgesellschaften (namentlich zur GmbH). Die mit den klangvollen Namen Staub und Hachenburg versehenen Großkommentare zum HGB und zum GmbHG wären ohne ihn als Herausgeber und Autor nicht, was sie sind. Durch eine Fülle von Einzelveröffentlichungen hat Peter Ulmer das Recht aller Handelsgesellschaften, das Konzernrecht, aber gerade auch das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts wirkungsmächtig geprägt. Das allgemeine Unternehmensrecht hat er vor allem durch Grundlagenwerke zum Mitbestimmungsrecht und durch stets neue rechtspolitische Anstöße (zuletzt ZHR 166 [2002], 271) vorangetrieben. Einen Schwerpunkt bilden schließlich Fragen des Sonderprivatrechts, des Verbraucherschutzes und besonders des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieses hat der Jubilar rechtspolitisch von den Vorarbeiten zum AGB-Gesetz (Verhandlungen des 59. DJT 1974, S. H 8 ff.) bis zu den einschlägigen Teilen der Schuldrechtsreform (in Schulze/Schulte-Nölke, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 2001, S. 215; JZ 2001, 491) vorbereitet und

begleitet und in dem gemeinsam mit Brandner, Hensen und Harry Schmidt verfaßten, weithin von ihm geprägten Standardkommentar auf eine für die anwendende und fortbildende Rechtspraxis unverzichtbare Höhe gebracht. Auch das vor allem in früheren Jahren intensiv bearbeitete Kartellrecht und das mehr und mehr in den Vordergrund rückende Kapitalmarktrecht sind gewichtige Schwerpunkte, die nur auf den ersten Blick in Peter Ulmers großem Œuvre zurücktreten. Viele der in diesen Werken herausgearbeiteten Grundlagen sind heute notwendiges Rüstzeug der Praxis. Auch rechtspolitisch haben die Arbeiten des Jubilars reiche Früchte getragen, etwa in Gestalt des AGB-Gesetzes, der Gesetzgebung zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und des vor allem für die mittelständische Unternehmenspraxis bedeutsamen Nachhaftungsbegrenzungsgesetzes.

Dieses eigene Werk hätte die Kräfte eines anderen wohl erschöpft. Doch wendet sich Peter Ulmer mit nicht geringerer Intensität den Arbeiten anderer, vor allem des wissenschaftlichen Nachwuchses, zu. Drei Habilitationen und zahlreiche Promotionen geben hiervon Zeugnis. Generationen ehemaliger Studenten, darunter Praktiker von hohem Rang, sprechen mit Stolz von der Teilnahme an seinen praxisnahen und anspruchsvollen Vorlesungen. Zu regelrechter Berühmtheit brachten es seine Seminare, in denen durch langjährige Teilnahme namentlich der Honorarprofessoren Dres. Schilling und Stimpel die Verbindung der Rechtswissenschaft mit anwaltlicher und höchstrichterlicher Praxis im buchstäblichen Sinn persönlich zum Ausdruck kam. Auch die zur Institution gewordenen Heidelberger Hachenburg-Vorlesungen sind ganz wesentlich sein Werk. Bei seiner Abschiedsvorlesung im Februar 2001 hatten zahlreiche Schüler und Freunde gemeinsam mit den Studenten Gelegenheit, den großen und erfolgreichen Lehrer noch einmal im Hörsaal zu erleben und zu würdigen. Zu diesen akademischen Leistungen im eigenen Haus kommt die Herausgeberschaft bei Festschriften, Sammelwerken und Schriftenreihen hinzu. Nicht wenigen Schülern ist es unter seiner vorbildgebenden Anleitung gelungen, eines Tages auch zu Autoren der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR) zu avancieren, deren Profil und Reputation im In- und Ausland zu einem ganz wesentlichen Teil der nun bereits fünfundzwanzig Jahre währenden Tätigkeit des Jubilars als Schriftleiter zu danken ist.

Peter Ulmer hat dieses umfassende Pensum mit unbestechlicher Uneigennützigkeit und mit unverkennbarer Freude an Leistung und Pflichterfüllung bewältigt, hat Werken und Institutionen Glanz verliehen, ohne solchen für sich zu reklamieren. An hohen akademischen Ehrungen hat es gleichwohl nicht gefehlt. Die Ehrenpromotionen durch die Universidad Autónoma Madrid, durch die Universität Montpellier I und durch die Universität Lleida/Spanien sind Ausdruck der internationalen Reputation dieses Gelehrten. Zu seinem 65. Geburtstag wurde zu seinen Ehren von den Heidelberger Schülern ein Symposium veranstaltet, dessen Erträge unter dem Titel „Die Spaltung im

neuen Umwandlungsrecht und ihre Rechtsfolgen“ im Verlag Recht und Wirtschaft (Heidelberg 1999) erschienen sind.

Die hinter dieser beeindruckenden Lebensleistung stehende Persönlichkeit muß schon dem Leser von Peter Ulmers Schriften erahnbar sein. Jede persönliche Begegnung wird diese Erwartung auf das Vollkommenste bestätigen und die zunächst distanzierte Bewunderung festigen. Hochgewachsen, aufrecht in jedem Sinne des Wortes, begabt mit natürlicher Autorität, immer ganz er selbst, klar in der Zuwendung zu Menschen und Dingen, präzise in der Erfassung von Problemen und dann sachlich und unbeirrbar in ihrer Bewältigung, überzeugt Peter Ulmer seine Gesprächspartner und sein Publikum, ohne sich jemals vergewissernd nach Beifall umsehen zu müssen. Bequemlichkeit ist seine Sache nicht, und nicht anders erwartet er es von seinem Gegenüber. Dieses hat selbst zu entdecken, daß Ulmers strenge Sachlichkeit zugleich eine Einladung zum Dialog ist, daß sie nicht einschüchtern, sondern zum Mitdenken einladen will, daß sie Teil einer Wahrheitssuche ist, die den Zuhörer einschließt: *sapere aude!* Wer sich darauf einläßt, wird ein kontrolliertes, aber gewinnendes Miteinander erleben. Wie kooperativ Peter Ulmer ist, erfährt man bei praktischen Organisationsaufgaben, etwa bei der Planung von Symposien oder bei gemeinsamen Herausgeberaktivitäten. Und wer die kultivierte glanzvolle Gastfreundschaft in seinem Haus über dem Neckar genießt, ihn als sachkundigen Kunstliebhaber bei den Salzburger Festspielen oder im Theater erlebt, wer seine Naturliebe und seine Lust an gelebter Freundschaft entdeckt, der wird verstehen, daß die vorliegende Festschrift zu einem guten Teil auch eine echte Freundesgabe ihrer Autoren ist. Deren herzliche Zuneigung schließt Jorinde Ulmer und die große Familie ein. Mag der Jubilar ihnen, den Lesern und Bewunderern seiner Werke und der rechtsanwendenden Praxis noch lange Mittelpunkt, Vorbild und Wegweiser sein.

Die Herausgeber

I. Gesellschafts- und Konzernrecht

Zeitliche und sachliche Begrenzung von Abfindungsansprüchen gegen das herrschende Unternehmen im Spruchstellenverfahren

HOLGER ALTMEPPEN

I. Einleitung

Die außenstehenden Aktionäre einer vertraglich konzernierten AG haben einen Anspruch auf Abfindung (§ 305 AktG). Das Abfindungsangebot wird in aller Regel befristet und erlischt zwei Monate nach Bekanntmachung der Eintragung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages (§ 291 AktG) im Handelsregister (§ 294 AktG, § 10 HGB). Das ist nämlich die vom Gesetz vorgeschriebene Mindestannahmefrist (§ 305 Abs. 4 S. 2 AktG). Nach Ablauf dieser Frist weiß der andere Vertragsteil – das herrschende Unternehmen –, wie viele Aktionäre abgefunden werden müssen, während die etwa noch vorhandenen weiteren außenstehenden Aktionäre sich für einen Verbleib in der AG gegen „angemessenen Ausgleich“ entschieden haben (§ 304 AktG).

Der gesamte Zeitplan gerät durcheinander, wenn ein Spruchstellenverfahren mit dem Ziel eingeleitet wurde, eine höhere als die angebotene Abfindungs-/Ausgleichsregelung zu erzielen (§ 306 AktG). In diesem Fall ist die Privatautonomie der Vertragsparteien insoweit eingeschränkt, als die Frist zur Annahme des Abfindungsangebotes „frühestens zwei Monate nach dem Tage“ endet, an welchem im Spruchstellenverfahren „die Entscheidung über den zuletzt beschiedenen Antrag im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden ist“ (§ 305 Abs. 4 S. 3 AktG). Danach läuft das Abfindungsangebot gegebenenfalls weit über die vom anderen Vertragsteil bestimmte Annahmefrist hinaus für eine unkalkulierbare Zeit. Oftmals ist der Unternehmensvertrag längst beendet, bevor das Spruchstellenverfahren abgeschlossen wird. Dies gilt nicht nur dann, wenn der in aller Regel mindestens für fünf Jahre vereinbarte Unternehmensvertrag¹ vorzeitig endet. Man hört immer öfter

¹ Im Vertragskonzern der AG wird aus steuerlichen Gründen der Organschaftsvertrag abgeschlossen, also die Kombination des Beherrschungs- mit dem Gewinnabführungsvertrag, der aber eine Mindestdauer von fünf Jahren haben muss, wenn er steuerlich anerkannt werden soll (§ 14 Nr. 3 S. 1 KStG). Dadurch soll steuerlichen Manipulationen

davon, dass Spruchstellenverfahren auch nach Ablauf der fünfjährigen Dauer des Organschaftsvertrages noch nicht abgeschlossen sind. In manchen Gerichtsbezirken muss man sich auf eine Verfahrensdauer bis zu zehn Jahren(!) einstellen.

Wenn aber zwischenzeitlich nach Beendigung des Unternehmensvertrages der Kurswert der Aktien unter den seinerzeit angebotenen Abfindungsbetrag gefallen ist, kommt der „andere Vertragsteil“ in eine verheerende Lage: Da sein Abfindungsangebot trotz der Vertragsbeendigung für die Dauer des Spruchstellenverfahrens Geltung behält, kann offenbar jeder Aktionär, insbesondere auch derjenige, der seine Aktien erst nach der Beendigung des Unternehmensvertrages erworben hat, dem anderen Vertragsteil diese Aktien zum Barabfindungsbetrag andienen. Dies gilt womöglich sogar für junge Aktien aus einer Kapitalerhöhung. Man könnte also in Kenntnis der Beendigung des Organschaftsvertrages während der Dauer des Spruchstellenverfahrens Aktien zu einem Kurswert unterhalb der angebotenen Abfindung erwerben, um sie sofort „mit Gewinn“ dem anderen Vertragsteil anzudienen oder aber bis zur Beendigung des Spruchstellenverfahrens abzuwarten, ob man vielleicht einen noch größeren Gewinn herausholen kann. Ein derartiges Ergebnis ist nach dem Gesetz (§ 305 Abs. 4 S. 3 AktG) scheinbar zwingend, obgleich es offensichtlich indiskutabel ist.

Eine nähere Betrachtung dieses im aktienrechtlichen Schrifttum bisher nicht behandelten, in der Praxis jedoch zunehmend relevanten Problems sei dem Jubilar in Bewunderung seiner großen wissenschaftlichen Verdienste für das Gesellschaftsrecht gewidmet.

II. Grundlagen der Abfindung außenstehender Aktionäre

1. Adressatenkreis der Abfindungsregelung

Das Abfindungsangebot im Zuge eines Organschaftsvertrages (§ 305 AktG) richtet sich an außenstehende Aktionäre. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, festzulegen, wer „außenstehender Aktionär“ ist.² Der Begriff ist umstritten, wobei außer Frage steht, dass jedenfalls der andere Vertragsteil nicht außenstehender Aktionär ist.³ Schon in der Regierungsbegründung zu § 295 AktG wird jedoch die entscheidende Wertung zur Frage, wer „außenstehender Aktionär“ sein muss, dargelegt:

vorgebeugt werden, s. statt aller *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* Konzernrecht, 7. Aufl., 2001, S. 183.

² S. RegBegr *Kropff* AktG 1965, S. 385.

³ S. statt aller *Bilda* in MünchKomm. AktG, 2. Aufl., 2000, § 304 Rn 18.

„Der Kreis dieser Aktionäre ergibt sich aus dem Wesen der Sache. Grundsätzlich sind alle Aktionäre der Gesellschaft mit Ausnahme des anderen Vertragsteils außenstehende Aktionäre. Dem anderen Vertragsteil müssen aber diejenigen Aktionäre gleichgestellt werden, deren Vermögen wirtschaftlich mit dem Vermögen des anderen Vertragsteils eine Einheit bildet oder deren Erträge dem anderen Vertragsteil oder denen die Erträge des anderen Vertragsteils zufließen. Nicht außenstehende Aktionäre sind daher auch Aktionäre, die mit dem anderen Vertragsteil unmittelbar oder mittelbar durch den Besitz aller Anteile oder durch einen Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrag verbunden sind. ...“⁴

Außer dem anderen Vertragsteil gehören deshalb nicht zum Adressatenkreis der Abfindungsregelung i.S.d. § 305 AktG Aktionäre, die an dem anderen Vertragsteil zu 100 % beteiligt sind, Einmann-Töchter des anderen Vertragsteils sowie Unternehmen, die mit dem anderen Vertragsteil durch einen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag wirtschaftlich verschmolzen sind.⁵

Doch schon mit der Veräußerung der Aktie an einen „Dritten“, der auch bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht zum „anderen Vertragsteil“ gehört, kann dieser Erwerber die Eigenschaft des außenstehenden Aktionärs erhalten. Außenstehende Aktionäre sind nämlich auch solche, die ihre Anteile erst nach Inkrafttreten des Organschaftsvertrages erworben haben.⁶ Die dogmatische Begründung dafür ergibt sich aus dem Umstand, dass das Abfindungsangebot im Organschaftsvertrag konstruktiv als ein Vertrag zugunsten Dritter i.S.d. §§ 328 ff. BGB anzusehen ist, nämlich als ein Vertrag zugunsten der außenstehenden Aktionäre.⁷ Bei einem Vertrag zugunsten Dritter braucht der begünstigte Dritte aber zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch gar nicht festzustehen. Es genügt, dass der Kreis der Begünstigten bestimmbar ist, und die Bestimmbarkeit ergibt sich hier aus der Angebotsfrist.

Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass jeder, der auch wirtschaftlich gesehen nicht zur AG gehört und seine Aktie innerhalb der Angebotsfrist erworben hat, grundsätzlich die Abfindungsoption erwirbt. Entscheidend ist daher, wie lange das Abfindungsangebot gilt.

⁴ RegBegr Kropff AktG 1965, S. 385.

⁵ S. statt aller *Bilda* in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 304 Rn 21 ff.

⁶ S. bereits RegBegr Kropff AktG 1965, S. 395; im übrigen wohl unstr., vgl. *Hüffer* AktG, 5. Aufl., 2002, § 304 Rn 2; *Koppensteiner* in Kölner Komm. zum AktG, 2. Aufl., 1986, § 304 Rn 12; *Würdinger* in Großkomm. AktG, 1973, § 304 Rn 5; *Bilda* in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 304 Rn 28 jew. mwN.

⁷ S. nur BGHZ 135, 374, 380 = NJW 1997, 2242 „Guano“; *Hüffer* AktG, o. Fn 6, § 305 Rn 3; *Koppensteiner* in Kölner Komm. zum AktG, o. Fn 6, § 305 Rn 4.

2. Zum Erlöschen eines Abfindungsangebotes bei Vertragsbeendigung

a) Gesetzeslage

Aus dem Gesetz ergibt sich nicht ausdrücklich, ob ein Abfindungsangebot i.S.d. § 305 AktG bei Beendigung des Organschaftsvertrages erlischt. § 305 Abs. 4 AktG handelt nur von einem befristeten Angebot und regelt dazu Einschränkungen der Privatautonomie. Die für uns wichtigste Einschränkung besteht in der Aufhebung einer vertraglichen Befristung des Angebotes für die Dauer eines laufenden Spruchstellenverfahrens (§ 305 Abs. 4 S. 3 AktG).⁸

Allerdings folgt aus § 304 AktG, dass die Ausgleichszahlung, die in einer wiederkehrenden Geldleistung besteht, gewiss nur für die vereinbarte Vertragsdauer geschuldet sein kann. Unstreitig nur für die Dauer des Vertrages sind Ausgleichszahlungen nach Maßgabe des § 304 AktG auch dann geschuldet, wenn der Vertrag durch ordentliche Kündigung beendet wird. Dies gilt namentlich dann, wenn der andere Vertragsteil die ordentliche Kündigung erklärt, auch wenn im Schrifttum bisweilen de lege ferenda Bedenken dagegen erhoben werden, dass der andere Vertragsteil diese Möglichkeit de lege lata überhaupt hat.⁹ Hinsichtlich der Ausgleichsleistung nach § 304 AktG gilt ferner, dass die ordentliche Kündigung des Vertrages ein etwa anhängiges Spruchstellenverfahren nicht beendet. Das gerichtliche Verfahren ist schon deshalb zu Ende zu führen, weil sein Ausgang für die geschuldete Höhe des Ausgleichs maßgeblich ist.¹⁰ Selbstverständlich ist andererseits, dass der Ausgleich, den das Gericht nach Vertragsbeendigung im Spruchstellenverfahren festsetzt, nur pro rata temporis der Dauer des Vertrages geschuldet ist. Das Gericht setzt im Spruchstellenverfahren also nur einen angemessenen Ausgleich für den Zeitraum zwischen Vertragsbeginn und Vertragsbeendigung fest.

Nach allem ergibt sich zu dem unbefristeten Abfindungsangebot, dass jedenfalls eine Ausgleichszahlung nur während der Dauer des Vertrages geschuldet ist.¹¹ Daraus folgt weiter, dass grundsätzlich auch ein unbefristetes Abfindungsangebot mit Beendigung des Organschaftsvertrages enden muss, schon weil es dann kein Wahlrecht zwischen Ausgleich und Abfindung mehr geben kann.¹²

⁸ Dazu bereits I.

⁹ S. dazu die Nachw. bei Altmeyden in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 297 Rn 7ff., 59ff., 64 ff.; Emmerich/Sonnenschein/Habersack Konzernrecht, o. Fn 1, S. 264f. mwN.

¹⁰ S. dazu insbes. BVerfG WM 1999, 433; reiche Nachw. bei Bilda in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 304 Rn 190 § 306 Rn 44.

¹¹ S. nur Bilda in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 304 Rn 183 mwN.

¹² Bilda in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 305 Rn 28; Krieger in MünchHdb. AG, 2. Aufl., 1999, § 70 Rn 92; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2. Aufl., 2001, § 305 Rn 27; Koppensteiner in Kölner Komm. zum AktG, o. Fn 6, § 305 Rn 12; aA Luttermann JZ 1997, 1183, 1184f.

Doch soll das Spruchstellenverfahren den außenstehenden Aktionären nicht zuletzt die Freiheit erhalten, erst dann zwischen Ausgleich und Abfindung zu entscheiden, wenn beide Entschädigungsvarianten der Höhe nach feststehen. Deshalb ist aus § 305 Abs. 4 S. 3 AktG zu schließen, dass ein Abfindungsangebot sogar nach der regulären Beendigung eines Unternehmensvertrages, insbesondere nach Zeitablauf oder nach ordentlicher Kündigung, noch so lange Bestand haben muss, bis im Spruchstellenverfahren über die Höhe von Ausgleich und/oder Abfindung endgültig entschieden ist. Denn erst dann kann der wahlberechtigte Aktionär seine Entscheidung in Kenntnis aller Umstände treffen.

Nach allem spricht die Gesetzeslage dafür, dass ein Abfindungsangebot dann und nur dann mit der Vertragsbeendigung erlischt, wenn kein Spruchstellenverfahren mehr anhängig ist. Anderenfalls bleibt das Angebot auch nach Vertragsbeendigung noch so lange bestehen, bis im Spruchstellenverfahren abschließend über die Höhe von Ausgleich oder Abfindung entschieden ist (§§ 304 Abs. 3 S. 3, Abs. 4, 305 Abs. 4 S. 3 AktG).

b) Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre

Folgerichtig hat der Bundesgerichtshof in der Grundsatzentscheidung vom 20. Mai 1997 „Guano“¹³ ausgeführt, der Abfindungsanspruch außenstehender Aktionäre nach § 305 AktG bestehe fort, wenn der Unternehmensvertrag während des Spruchstellenverfahrens beendet werde. Konstruktiv ergebe sich der Anspruch denn auch gar nicht aus dem Unternehmensvertrag, sondern aus dem Gesetz. Diese Rechtsansicht ist überzeugend, zumal das Spruchstellenverfahren jedenfalls nicht durch Beendigung des Unternehmensvertrages seine Erledigung findet.¹⁴ Die gegenteilige Ansicht¹⁵ dürfte dem Gesetz widersprechen und ist zudem heute überholt, nachdem auch das Bundesverfassungsgericht¹⁶ die Ansicht des II. Zivilsenats des BGH bestätigt hat.

Auch im Schrifttum wird deshalb zutreffend angenommen, dass die Vertragsbeendigung das Abfindungsangebot nicht zum Erlöschen bringt, solange das Spruchstellenverfahren noch nicht abgeschlossen ist.¹⁷

¹³ BGHZ 135, 374 ff.

¹⁴ S. II 2a.

¹⁵ OLG Karlsruhe AG 1995, 139, 140; OLG Zweibrücken AG 1994, 563, 564; *Koppensteiner* in Kölner Komm. zum AktG, o. Fn 6, § 305 Rn 12 § 306 Rn 19; *Krieger* in MünchHdb. AG, 1. Aufl., 1988, § 70 Rn 139 (anders *ders.* 2. Aufl., o. Fn 12, § 70 Rn 92).

¹⁶ BVerfG WM 1999, 433, 434.

¹⁷ *Bilda* in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 305 Rn 28; *Emmerich* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, o. Fn 12, § 305 Rn 27; *Hüffer* AktG, o. Fn 6, § 305 Rn 4a; *Krieger* in MünchHdb. AG, o. Fn 12, § 70 Rn 92 jew. mwN.

III. Zur Notwendigkeit der Modifikation des Abfindungsanspruchs nach Vertragsbeendigung

1. Die Problematik

Es hat sich gezeigt, dass das Abfindungsangebot, falls ein Spruchstellenverfahren noch anhängig ist, nach Vertragsbeendigung grundsätzlich schon deswegen Bestand haben muss, weil anderenfalls das in § 305 AktG vorgesehene Wahlrecht des außenstehenden Aktionärs zwischen Ausgleich und Abfindung verloren ginge. Anders als hinsichtlich des Ausgleichs ergibt sich für die Abfindung aber die Besonderheit, dass sie nicht pro rata der Vertragsdauer gewährt werden kann. Die Folge ist, dass dann, wenn das Abfindungsangebot noch über den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung hinaus angenommen werden kann, der andere Vertragsteil offenbar das Risiko von Kursverlusten im Zeitraum zwischen Vertragsbeendigung und demjenigen Zeitpunkt zu tragen hat, bis zu welchem die Abfindung längstens verlangt werden kann.¹⁸

In rechtlicher Hinsicht ist entscheidend, dass solche Kursverluste nach Vertragsbeendigung auf einer Geschäftsführung oder allgemeinen Marktsituation beruhen können, die mit dem – beendeten(!) – Organschaftsvertrag gar nichts mehr zu tun haben. Es kann aber nicht Sinn und Zweck der Abfindungsregelung in § 305 AktG sein, dass Aktionäre auch nach Beendigung des Organschaftsvertrages auf Kosten des anderen Vertragsteils spekulieren dürfen.¹⁹ Eine Aufrechterhaltung des Abfindungsangebotes nach Vertragsbeendigung kann deshalb nur mit Modifikationen in Betracht kommen.²⁰ Die Lösung ergibt sich, wenn man der Frage nachgeht, was nach Vertragsbeendigung vernünftigerweise noch für eine Abfindung in Betracht kommt.

2. Der Sinn und Zweck der Abfindung

Eine der umstrittensten Regelungen im Regierungsentwurf zum Aktiengesetz 1965 war diejenige zum Abfindungsangebot (§ 294 RegE).²¹ Mehrheitlich hielt man zumindest ein Recht der außenstehenden Aktionäre auf eine Barabfindung für erforderlich.²² Der Gesetzgeber hat die „schwere Be-

¹⁸ S. II 2.

¹⁹ S. zur Problematik bereits I.

²⁰ Der Umstand, dass der Gesetzgeber die Problematik nicht gesehen hat, mag darauf beruhen, dass er davon ausgegangen sein dürfte, das Spruchstellenverfahren werde noch während des i. d. R. mindestens fünf Jahre dauernden Organschaftsvertrages (s. Fn 1) abgeschlossen sein. Auch Rspr und Wissenschaft haben sich mit diesem zunehmend relevanten Problem bisher nicht auseinandergesetzt.

²¹ S. dazu Altmeyden in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, Einl. §§ 291 ff. Rn 18.

²² S. Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, Bericht der Studienkommission des DJT, 1967, S. 84 ff. mwN.

lastung“, die sich aus der Verpflichtung des anderen Vertragsteils ergibt, auf Verlangen eines außenstehenden Aktionärs dessen Aktien gegen Barabfindung zu erwerben, sehr wohl erkannt.²³ Die dagegen vorgebrachten Bedenken hat der Gesetzgeber jedoch nicht aufgegriffen. Er hielt es für unverzichtbar, dass die außenstehenden Aktionäre ein Abfindungsrecht erhalten, weil man ihnen nicht auferlegen könne, die mit Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen verbundene „grundlegende Änderung ihrer Gesellschafterstellung ... hinzunehmen“. Im Vordergrund stand dabei die Sorge, der Ausgleich nach § 304 AktG könne im Einzelfall den Vermögensnachteil außenstehender Aktionäre nicht vollständig decken, zumal mancher Aktionär nicht damit einverstanden sei, statt eines echten Gewinnanteils eine „Rente“ vom anderen Unternehmen zu bekommen, auf dessen Geschäftsführung er keinen Einfluss habe. Nach den Umständen könne auch „die Sorge begründet sein, daß die Gesellschaft bei Beendigung des Vertrages nicht mehr fähig ist, auf eigenen Füßen zu stehen“.²⁴

Aus diesen Erwägungen des Gesetzgebers ergibt sich, dass das Recht außenstehender Aktionäre, sich im Falle eines Organschaftsvertrages in bar zum Verkehrswert abfinden zu lassen, ihnen das wirtschaftliche Risiko abnehmen soll, welches sich trotz der Ausgleichsregelung für den außenstehenden Aktionär ergibt, wenn er in der Gesellschaft bleiben müsste. In diesem Zusammenhang spielt das Eigentumsrecht des Aktionärs eine erhebliche Rolle. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in der „Feldmühle“-Entscheidung und nochmals im Jahre 1999 hervorgehoben, die Kompensation müsse dem verfassungsrechtlichen Gebot (Art. 14 GG) Rechnung tragen, Minderheitsaktionäre vor einer Entwertung ihrer Mitgliedschaftsrechte durch Gewinnabführungs- oder Beherrschungsverträge zu schützen.²⁵

Die Frage der Angemessenheit der Abfindung muss deshalb auf den Stichtag bezogen werden, an welchem die Hauptversammlung über den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag beschließt (§§ 293 Abs. 1, 305 Abs. 3 S. 2 AktG). Denn in diesem Moment beginnt bereits die grundlegende Änderung der Gesellschafterstellung außenstehender Aktionäre, ungeachtet der Tatsache, dass die Wirksamkeit des Vertrages noch von der Eintragung abhängt (§ 294 Abs. 2 AktG). In zeitlicher Hinsicht geht es um solche Wertminderungen, die nach dem Stichtag des Hauptversammlungsbeschlusses über den Organschaftsvertrag eintreten. Deshalb muss das Abfindungsangebot den Verkehrswert erreichen, den die Aktie an diesem Tage hatte.

²³ S. RegBegr *Kropff* AktG 1965, S. 397.

²⁴ S. RegBegr *Kropff* AktG 1965, S. 397.

²⁵ BVerfGE 14, 263, 266 ff. = NJW 1962, 1667; BVerfGE WM 1999, 433, 434; BVerfGE 100, 289, 301 f. = WM 1999, 1666, 1667 „Altana“; s. auch BGHZ 119, 10 „Asia/BBC“; BGHZ 135, 374, 378 f. „Guano“; s. auch *Röbricht* ZHR 162 (1998), 249, 257 mwN.

Die während der Dauer des Abfindungsangebotes eingetretenen Wertminderungen trägt danach automatisch der andere Vertragsteil, soll doch der außenstehende Aktionär durch Ausübung des Abfindungsangebotes vor solchen Wertminderungen gerade bewahrt werden. Für den anderen Vertragsteil ist das zwar mit einer „schweren Belastung“ verbunden, wie der Gesetzgeber durchaus gesehen hat.²⁶ Realisiert sich die Wertminderung aber gerade in einer Zeitspanne, in welcher der andere Vertragsteil mit der AG wirtschaftlich verschmolzen ist – und um nichts anderes als um einen Fusionsstatbestand auf Zeit handelt es sich bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen –,²⁷ entspricht es gerade dem Sinn und Zweck des Abfindungsanspruchs, dass dieser Wertverlust vom anderen Vertragsteil zu übernehmen ist.

Hingegen können Wertverluste, die sich erst nach Beendigung des Unternehmensvertrages ergeben, nach Sinn und Zweck der Abfindungsregelung schon deswegen nicht mehr erfasst sein, weil die AG in diesem Zeitraum wieder „eigenständig“, der Fusionsstatbestand auf Zeit nämlich beendet ist. Das Risiko von Wertminderungen ihrer Anteile tragen während dieses Zeitraumes mit Selbstverständlichkeit die Aktionäre. Ihre „Sorge“, „daß die Gesellschaft bei Beendigung des Vertrages nicht mehr fähig ist, auf eigenen Füßen zu stehen“, hat der Gesetzgeber durchaus gesehen.²⁸ Aus diesem Grunde sollte der Aktionär frei entscheiden dürfen, ob er sich zu Beginn der wirtschaftlichen Fusion von seiner Beteiligung gegen Barabfindung trennt.²⁹ Die Vorstellung, dass eine solche Barabfindung etwa auch dann noch geschuldet sein könnte, wenn die nach Beendigung des Fusionsstatbestands in die Selbstständigkeit entlassene AG am Markt erfolglos operiert, ist aber mit Sinn und Zweck der Abfindungsregelung nicht zu vereinbaren. Sie scheidet nach der Vorstellung des Gesetzgebers schon deswegen aus, weil es nach Beendigung des Fusionsstatbestandes gar keinen „außenstehenden Aktionär“ i.S.d. § 305 AktG mehr geben kann.³⁰ Der Umstand, dass dies im Falle noch andauernder Spruchstellenverfahren nach dem Wortlaut des Gesetzes scheinbar anders ist,³¹ ändert nichts am Sinn und Zweck der vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Barabfindung: Die Abfindungsregelungen sollen nach ihrem System unter keinen Umständen Wertverluste ausgleichen, die erst im Zeitraum nach Vertragsbeendigung entstehen.

²⁶ S. RegBegr *Kropff* AktG 1965, S. 397.

²⁷ *Altmeyden* in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 291 Rn 8ff.; *ders.* ZIP 1998, 1853ff. mwN.

²⁸ S. RegBegr *Kropff* AktG 1965, S. 397.

²⁹ Vgl. dazu o. Fn 24.

³⁰ Näher sogleich III 3.

³¹ S. I, II 2.

Nach dem Leitbild des Gesetzes soll vielmehr derjenige Aktionär, der sich während des Organschaftsvertrages für den Verbleib in der Gesellschaft entscheidet, neben dem wiederkehrenden Ausgleich pro rata des Vertrages (§ 304 AktG) am Stichtag der Vertragsbeendigung die Beteiligung an einer Vermögensmasse haben, die zumindest bilanziell nicht geringer ist als zu Beginn des Vertrages.³²

Da andererseits nicht zweifelhaft sein kann, dass außenstehende Aktionäre sich bis zur Beendigung eines Spruchstellenverfahrens noch für ein Abfindungsangebot entscheiden können,³³ ergibt sich nur die Frage, wie nach Sinn und Zweck der Abfindung das Risiko von Kursverlusten zu verteilen ist, welche die Aktien erst erleiden, nachdem die wirtschaftliche Fusion mit dem anderen Vertragsteil beendet wurde. Insoweit kommt eine Beschränkung des Adressatenkreises der Abfindungsberechtigten oder eine auf den Zweck der Abfindung zugeschnittene, die nachträglichen Verluste berücksichtigende Berechnung des Abfindungsbetrages in Betracht.

3. Zur Beschränkung des Kreises der Abfindungsberechtigten

Bedenkt man Sinn und Zweck der Abfindungsregelung³⁴, wäre es nicht abwegig, den Abfindungsanspruch nur zugunsten solcher außenstehender Aktionäre anzuerkennen, die entweder innerhalb der Angebotsfrist ihre Option ausgeübt oder aber das Spruchstellenverfahren eingeleitet haben bzw. diesem zumindest beigetreten sind. Denn wer weder das Abfindungsangebot wahrnimmt noch ein Verfahren betreibt, nach welchem dieses Angebot zu verbessern sei, hat sich offenbar für den Ausgleich entschieden.

Nach der vom Bundesverfassungsgericht bestätigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³⁵ besteht der Abfindungsanspruch demgegenüber auch zugunsten solcher Aktionäre fort, die sich dem Spruchstellenverfahren nicht angeschlossen haben. Der BGH argumentiert, dass der Abfindungsanspruch nicht nur vertraglicher Natur ist (Vertrag zugunsten Dritter),³⁶ sondern dass er dem Grunde nach schon kraft Gesetzes gewährt wird.³⁷ Das trifft zu, wie sich nicht zuletzt aus dem Umstand ergibt, dass die Abfindung jedenfalls auch dann zu gewähren ist, wenn es an einem Abfindungsangebot im Vertrag fehlt (§ 305 Abs. 5 S. 2 AktG). Dann aber liegt es nahe, dass alle Aktionäre vom Spruchstellenverfahren profitieren können, zumal auch § 306 Abs. 4 S. 2

³² Dazu eingehend *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 302 Rn 39ff. mwN; s. auch sogleich III 5.

³³ Dazu eingehend B II.

³⁴ S. III 2.

³⁵ Vgl. die Nachweise o. Fn 13, 16.

³⁶ S. dazu o. Fn 7.

³⁷ BGHZ 135, 374, 380.

AktG zugunsten aller außenstehenden Aktionäre eine mittelbare Beteiligung an diesem Verfahren gewährleistet (durch Bestellung eines gemeinsamen Vertreters). Damit steht jedenfalls fest, dass sich alle außenstehenden Aktionäre noch für die Abfindung entscheiden können, die ihre Anteile bereits zu Beginn des Spruchstellenverfahrens besaßen.

Zweifelhaft ist jedoch, ob noch solche Aktionäre in den Genuss einer Abfindungsoption gelangen können, die ihre Anteile erst nach Beendigung des Unternehmensvertrages erworben haben. Dagegen spricht vordergründig der Wortlaut des § 305 Abs. 1 AktG, indem er die Abfindungsoption „außenstehenden Aktionären“ vorbehält: Solche gibt es nach Beendigung des Unternehmensvertrages gar nicht mehr.

Doch ist dieses Begriffsargument nur scheinbar tragfähig. Denn es knüpft an die – bereits dargelegte – Vorstellung des Gesetzgebers an, dass ein Abfindungsanspruch nach Beendigung des Unternehmensvertrages sowieso ausscheidet.³⁸ Besteht aber der Abfindungsanspruch im Ausnahmefall eines noch andauernden Spruchstellenverfahrens auch nach Beendigung des Unternehmensvertrages fort – und auch daran besteht kein Zweifel –,³⁹ zeigt sich, dass es auch nach Beendigung des Unternehmensvertrages noch „außenstehende Aktionäre“ i.S.d. Gesetzes geben kann, die nämlich nach Maßgabe des Ausgangs des Spruchstellenverfahrens noch Ausgleich oder Abfindung beanspruchen können.

Zum Kern des Problems führt die Frage, ob der Abfindungsanspruch solcher Aktionäre erlöschen muss, falls sie ihre Aktie nach Vertragsbeendigung veräußern. Diese Frage ist zu verneinen, weil der Abfindungsanspruch in diesem Fall mit der Aktie auf den Rechtsnachfolger übergehen muss: Die Aktie verkörpert als Inhaberpapier die aus der Mitgliedschaft resultierenden Vermögensrechte ihres Inhabers, und solange mit dieser Aktie ein Abfindungsanspruch verbunden ist, muss dieser auch – zusammen mit der Mitgliedschaft – übertragbar sein. Nur dann, wenn in der Person des Erwerbers Gründe vorliegen, die zum Untergang des Abfindungsanspruchs führen, weil der Erwerber wirtschaftlich gesehen der „andere Vertragsteil“ ist,⁴⁰ ergibt sich etwas anderes. Der Untergang des Abfindungsanspruchs folgt dann aber nicht aus dem Übertragungsakt nach Beendigung des Unternehmensvertrages, sondern allein daraus, dass nur Aktionäre abgefunden werden können, die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht „der andere Vertragsteil“ sind.

Umgekehrt gilt allerdings, dass die Veräußerung von Aktien, die im Zeitpunkt ihrer Veräußerung keinen Abfindungsanspruch gewähren, nur dann

³⁸ S. II 2.

³⁹ S. II 2.

⁴⁰ Dazu II 1.

einen Abfindungsanspruch zur Entstehung bringen kann, wenn der Rechtsnachfolger „außenstehender Aktionär“ ist. Und daran fehlt es immer, wenn der andere Vertragsteil seine Beteiligungsrechte nach Beendigung des Unternehmensvertrages veräußert. Denn der andere Vertragsteil ist kein außenstehender Aktionär, seine Aktien begründeten daher im Zeitpunkt der Veräußerung noch keinen Abfindungsanspruch.⁴¹ Gleiches gilt in diesem Falle aber für den Erwerber, der schon deswegen nicht „außenstehender Aktionär“ sein kann, weil der Fusionstatbestand bereits vor seinem Erwerb beendet worden war. Die AG kann zu diesem Zeitpunkt gar keine außenstehenden Aktionäre mehr haben, wenn man von solchen absieht, die im Zeitpunkt der Beendigung des Unternehmensvertrages außenstehende Aktionäre waren und wegen des andauernden Spruchstellenverfahrens weiterhin als solche fingiert werden.

Nach allem ergibt sich als Zwischenergebnis, dass der Adressatenkreis des Abfindungsanspruches durch Veräußerung der Aktien nach Beendigung des Unternehmensvertrages nicht verändert wird. Soweit der Veräußerer gar nicht zum Adressatenkreis gehörte, weil er – wirtschaftlich betrachtet – dem anderen Vertragsteil „zuzurechnen“ ist, erweitert sich der Adressatenkreis durch die Veräußerung nicht mehr. Andererseits bleibt ein mit dem Wertpapier verbundener Abfindungsanspruch auch dann bestehen, wenn ein ehemals außenstehender Aktionär seine Mitgliedschaft nach Vertragsbeendigung auf einen Dritten überträgt.

4. Rechtslage hinsichtlich einer Kapitalerhöhung nach Vertragsbeendigung

Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres, dass auch die jungen Aktien, die im Zuge einer Kapitalerhöhung entstehen, keine Abfindungsansprüche mehr begründen, wenn die Kapitalerhöhung nach Vertragsbeendigung erfolgt. Denn diese Aktien kann kein „außenstehender Aktionär“ erwerben, weil es solche nach Vertragsbeendigung nur insoweit gibt, als sie schon bei Vertragsbeendigung außenstehende Aktionäre waren und zumindest mittelbar (§ 306 Abs. 4 S. 2 AktG) noch an einem laufenden Spruchstellenverfahren beteiligt sind. Für die Bezieher junger Aktien kommt dies von vornherein nicht in Betracht. Erst recht begründet eine Veräußerung solcher Aktien keinen Abfindungsanspruch, da mit der Veräußerung nach Vertragsbeendigung allenfalls ein bestehender Abfindungsanspruch übergehen kann.⁴²

⁴¹ S. II 1.

⁴² Eingehend III 3.

5. Die Verkürzung des Abfindungsanspruchs in Höhe der nachvertraglichen Wertminderung der Aktien

Die Regelungen zu Ausgleich und Abfindung außenstehender Aktionäre in §§ 304–306 AktG gehen von dem Normalfall aus, dass während der Dauer des Unternehmensvertrages eine Entscheidung des Aktionärs für Ausgleich oder Abfindung stattfindet. Dies gilt in erster Linie dann, wenn die Vertragsangebote insoweit nicht angegriffen werden. Aber auch wenn ein Spruchstellenverfahren läuft, entspricht es dem gesetzlichen Regelfall, dass dieses Verfahren während der – mindestens fünfjährigen –⁴³ Vertragsdauer abgeschlossen ist, jeder Aktionär also noch während des laufenden Vertrages seine Entscheidung zu treffen hat.

Die Alternativen für den außenstehenden Aktionär haben ihren Grund ausschließlich in der wirtschaftlichen Fusion seiner AG mit dem anderen Vertragsteil.⁴⁴ Wählt er den Ausgleich, so ist dies eine „Entschädigung“ dafür, dass seine AG für die Dauer des Unternehmensvertrages ihre Eigenständigkeit aufgibt und wirtschaftlich mit dem anderen Vertragsteil fusioniert. Entscheidet er sich für die Abfindung, überlässt er seine Mitgliedschaft gegen Entschädigung, die mindestens den Verkehrswert erreichen muss, einem Unternehmen, das regelmäßig Mehrheitsaktionär seiner AG ist und mit seiner AG für die Dauer des Vertrages wirtschaftlich fusioniert. Bei wirtschaftlicher Betrachtung übernimmt dieses Unternehmen (der „andere Vertragsteil“) also gleichsam einen weiteren Anteil an dem Gesamtunternehmen, das durch den Organschaftsvertrag entsteht.⁴⁵

Nach Beendigung des Unternehmensvertrages ist ein solcher „Tausch“ gar nicht mehr möglich. Der „Ausgleich“ i.S.d. § 304 AktG kann nur nachträglich für den Zeitraum des Vertrages angehoben werden, wenn dies im Spruchstellenverfahren so entschieden wird. Die etwaige Erhöhung der vertraglich angebotenen Abfindung soll den außenstehenden Aktionär so stellen, als sei er bereits auf der Basis des vertraglichen Angebots angemessen abgefunden worden.⁴⁶

Eine Besonderheit ergibt sich in unserer Situation, wenn ein außenstehender Aktionär sich bis zum Abschluss des Spruchstellenverfahrens noch nicht

⁴³ S. oben Fn 1.

⁴⁴ Zu Sinn und Zweck der Abfindungsregelungen s. III 2.

⁴⁵ S. zur wirtschaftlichen Fusion kraft des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags bereits o. Fn 27.

⁴⁶ Deshalb entspricht es zu Recht völlig herrschender Ansicht, dass der außenstehende Aktionär, welcher bereits die Abfindung gewählt hat, eine Nachzahlung in Höhe der Differenz erhält, wenn das Gericht eine höhere Abfindung bestimmt (sog. „Abfindungsergänzungsanspruch“), s. statt aller *Bilda* in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 305 Rn 125ff.; *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, o. Fn 12, § 305 Rn 66; *Hüffer*, AktG, o. Fn 6, § 305 Rn 32; *Krieger* in MünchHdb. AG, o. Fn 12, § 70 Rn 130 jew. mwN.

für die Abfindung entschieden hat. Wählt dieser Aktionär nicht den (gegebenenfalls erhöhten) Ausgleich, bietet er dem anderen Vertragsteil eine Beteiligung an, die gar nicht mehr an einem „Gesamtunternehmen“ besteht, weil der Fusionstatbestand längst beendet worden ist. Es gibt „den anderen Vertragsteil“ gar nicht mehr, insbesondere kann der ehemalige Vertragspartner nicht mehr eine weitere Beteiligung an dem Gesamtunternehmen erwerben, das er seinerzeit kraft des Organschaftsvertrages geschaffen hat. Man nötigt dem ehemaligen Vertragspartner vielmehr den Erwerb einer Mitgliedschaft an einem Unternehmen auf, das nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich selbstständig geworden ist und mit dem anderen Vertragsteil nichts mehr zu tun hat.

Der Umstand, dass außenstehende Aktionäre in dieser Situation überhaupt noch eine Abfindung verlangen können, obwohl sie sich bis zum Ende des Unternehmensvertrages gerade nicht für die Abfindung entschieden haben, beruht allein auf der Notwendigkeit, dem außenstehenden Aktionär noch die Wahlfreiheit zwischen Ausgleich und Abfindung erhalten zu müssen, wenn das Spruchstellenverfahren – was der vom Gesetzgeber nicht beachtete Ausnahmefall ist – länger dauert als der Unternehmensvertrag.⁴⁷ Es ergibt sich daraus für den anderen Vertragsteil eine kaum noch zu rechtfertigende Härte, die allenfalls deswegen in Kauf genommen werden kann, weil es sich um seltene Ausnahmefälle handelt.

Doch wer bis zur Beendigung des Fusionstatbestandes immer noch nicht die Abfindung gewählt, sondern sich dafür entschieden hat, vorläufig Mitglied der rechtlich und wirtschaftlich wieder selbstständigen AG zu bleiben, trägt ab diesem Stichtag jedenfalls die Gefahr für künftige(!) Wertminderungen seiner Mitgliedschaft selbst. Die Vorstellung, dass solche Wertminderungen noch „Schäden“ sind, die auf den ehemaligen Vertragspartner der AG abgewälzt werden könnten, ist dogmatisch und wertungsmäßig schlichtweg indiskutabel.⁴⁸ Nach Sinn und Zweck der Abfindungsregelung kommt dies schon deswegen nicht in Betracht, weil die Abfindung nach dem Leitbild des Gesetzes an sich den bestehenden Fusionstatbestand voraussetzt.⁴⁹ Gewiss ist dies in dem Ausnahmefall anders, dass ein Spruchstellenverfahren länger als der Fusionstatbestand dauert. Doch folgt aus dieser Ausnahme und namentlich aus § 305 Abs. 4 S. 3 AktG keineswegs, der andere Vertragsteil müsse deswegen das Risiko von Kursverlusten übernehmen, die Aktionäre einer rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen AG erleiden, mit welcher der andere Vertragsteil gar nichts mehr zu tun hat.

Insbesondere kann ein Aktionär einer solchen rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen AG nicht geltend machen, er sei bereits früher, nämlich noch

⁴⁷ Eingehend zu den Grundlagen II.

⁴⁸ S. bereits I, III 1 und 2.

⁴⁹ S. III 2–4.

in der Zeit des Fusionstatbestandes mit dem anderen Vertragsteil, Aktionär dieser AG gewesen, und nur wegen dieses Fusionstatbestandes mit dem ehemaligen Vertragspartner sei der Wert seiner Aktie gesunken. Allerdings hat der Gesetzgeber sehr wohl gesehen, dass die AG bei Beendigung des Fusionstatbestandes „nicht mehr fähig“ sein mag, „auf eigenen Füßen zu stehen“.⁵⁰ Im Schrifttum ist deshalb auch erwogen worden, ob man der AG nach Beendigung des Unternehmensvertrages gegebenenfalls „Wiederaufbauhilfen“ zu leisten hat; doch haben sich solche Überlegungen zu Recht nicht durchgesetzt.⁵¹

Juristisch nicht einzuordnen wäre demgegenüber der Gedanke, der andere Vertragsteil müsse denjenigen Aktionären, die sich für den Verbleib in der AG auch nach Beendigung des Unternehmensvertrages entschieden haben, Wertminderungen ersetzen, die ihre Beteiligungsrechte in einem Zeitraum nach Beendigung des Fusionstatbestandes erfahren. Denn der Aktionär einer rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen AG trägt als Investor von Risikokapital alleine das Risiko dafür, wie sich der Wert seiner Mitgliedschaft am Markt entwickelt (einmal abgesehen davon, dass es praktisch gar nicht möglich wäre, den Einfluss zu messen, den der ehemalige Fusionstatbestand insoweit haben mag). Gewiss kann es passieren, dass die rechtlich und wirtschaftlich wieder selbstständige AG am Markt erfolglos bleibt, nachdem der Fusionstatbestand beendet worden ist. Wer dieses Risiko fürchtet, kann und muss sich während der Dauer des Fusionstatbestandes für die Abfindung entscheiden.

Wer sich die Entscheidung zwischen Ausgleich und Abfindung auch nach Beendigung des Fusionstatbestandes noch offen hält, was nur in dem Ausnahmefall möglich ist, dass trotz Vertragsbeendigung noch ein Spruchstellenverfahren andauert,⁵² trägt ab Vertragsbeendigung das Risiko einer Wertminderung seiner Mitgliedschaft. Wählt er statt des Ausgleichs am Ende des Spruchstellenverfahrens die Abfindung, ist ein Zustand herzustellen, der dem gesetzlichen Leitbild der Abfindung (§ 305 AktG) entspricht.

Danach bekommt der Aktionär entweder die angebotene (weil angemessene) oder die vom Gericht erhöhte Abfindung gegen Überlassung der Aktie mit dem Wert, den sie während des Fusionstatbestandes hatte. Denn mit der Beendigung des Fusionstatbestandes endet nach Sinn und Zweck der

⁵⁰ S. RegBegr *Kropff* AktG 1965, S. 397.

⁵¹ Vielmehr muss der andere Vertragsteil die AG mit einem Vermögen in die wirtschaftliche Selbstständigkeit entlassen, das bilanziell mindestens genauso hoch ist wie dasjenige zu Beginn des Fusionstatbestandes (§ 302 AktG). Das bedeutet, der letzte Verlustausgleichsanspruch ist bisweilen auf der Basis von Zerschlagungswerten zu berechnen und damit gegebenenfalls exorbitant hoch. Nachweise bei *Altmeyden* in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 291 Rn 39ff. mwN.

⁵² S. II.

Entschädigungsregelungen im Vertragskonzern auch die Möglichkeit, dem anderen Vertragsteil Anteile am Gesamtunternehmen gegen Abfindung zu überlassen. Die Aktionäre der wieder selbstständig gewordenen AG tragen das Risiko der wirtschaftlichen Entwicklung ihrer Mitgliedschaft ab diesem Zeitpunkt selbst.⁵³ Die Wahl solcher Aktionäre, die wegen eines ausnahmsweise andauernden Spruchstellenverfahrens auch nach Vertragsbeendigung noch besteht, muss deshalb jedenfalls auf die Vertragsdauer bezogen bleiben. Ebenso wie der Ausgleich – mag er vom Gericht erhöht werden oder nicht – nur pro rata temporis des Fusionstatbestandes gewährt werden kann, muss die Abfindungsvariante auf die Vertragsdauer bezogen werden. Deshalb werden Aktionäre, die sich aufgrund der Besonderheiten des Spruchstellenverfahrens noch nachträglich für die Abfindung entscheiden können, so behandelt, als hätten sie sich im letzten denkbaren Moment für die Abfindung entschieden, und das ist – vom Spruchstellenverfahren abgesehen – der Zeitpunkt der Vertragsbeendigung.⁵⁴

Da der Aktionär, der sich erst später für die Abfindung entscheidet, die Aktie nicht mehr mit dem Wert eintauschen kann, den sie zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung gehabt hat, muss er sich eine etwaige Wertminderung ab diesem Zeitpunkt von seiner Abfindungssumme abziehen lassen. Dies geschieht, weil allein er für diese Wertminderung das Risiko trägt, es deshalb nicht auf den anderen Vertragsteil abwälzen kann. Jede andere Betrachtungsweise führt zu unerträglichen Wertungswidersprüchen.⁵⁵

6. Beweislast

Nach dem Leitbild der Abfindungsregelungen im Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (§§ 304, 305 AktG) hat grundsätzlich jeder Aktionär einen Abfindungsanspruch, soweit er nicht – und sei es auch nur bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise – zum anderen Vertragsteil gehört.⁵⁶

⁵³ Eingehend III 1–4.

⁵⁴ S. II, III 1–4.

⁵⁵ S. I, III 1. Dahingestellt bleibe, ob man zugunsten der Aktionäre, welche nachträglich noch die Abfindung wählen, § 15 HGB anzuwenden hat, solange die Beendigung des Unternehmensvertrages nicht eingetragen und bekannt gemacht wurde (§ 298 AktG!). Bejahendenfalls könnten die Aktionäre Wertverluste bis zu diesem Zeitpunkt (§ 15 Abs. 2 HGB) noch auf den anderen Vertragsteil abwälzen (s. zur Anwendung des § 15 HGB hinsichtlich der Eintragung der Vertragsbeendigung *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 298 Rn 2: Die Eintragung hat lediglich deklaratorische Bedeutung, § 15 HGB ist grundsätzlich anwendbar). Gegen die Anwendung des § 15 HGB spricht immerhin, dass Aktionäre als Mitglieder der eintragungspflichtigen Gesellschaft nicht ohne weiteres „Dritte“ i.S.d. § 15 HGB sind (s. dazu *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, o. Fn 3, § 294 Rn 41 f. mwN).

⁵⁶ S. II 1.

Die Ausnahme von der Regel muss nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen der andere Vertragsteil beweisen.

Grundsätzlich anders ist die Situation nach Beendigung des Unternehmensvertrages. In diesem Zeitraum gibt es gar keinen „anderen Vertragsteil“ mehr, ebenso wenig also einen „außenstehenden“ Aktionär. Wer behauptet, er sei auch nach Beendigung des Unternehmensvertrages noch „außenstehender Aktionär“, beruft sich damit auf den Ausnahmefall, dass er zu denjenigen gehöre, die sich bis zur Beendigung des Unternehmensvertrages als außenstehende Aktionäre in der AG befunden haben und wegen eines andauernden Spruchstellenverfahrens noch Abfindung begehren können, oder dass er ein Rechtsnachfolger eines solchen Aktionärs sei.⁵⁷

Die Beweislast des betreffenden Aktionärs ergibt sich hier daraus, dass es nach Beendigung des Unternehmensvertrages grundsätzlich überhaupt keinen „außenstehenden Aktionär“ mehr gibt, diese Eigenschaft aber zu den Anspruchsvoraussetzungen gehört (§ 305 Abs. 1 AktG). Den Nachweis, er habe die Aktie bereits vor Vertragsbeendigung besessen, kann zudem nur der betreffende Aktionär führen, und dies ohne weiteres, während der andere Vertragsteil gar nicht dazu im Stande ist, dem Aktionär nachzuweisen, er habe die Aktie zu einem späteren Zeitpunkt als demjenigen der Vertragsbeendigung erworben. Wer behauptet, die Aktie zwar erst nach Vertragsbeendigung, jedoch als Rechtsnachfolger eines abfindungsberechtigten Aktionärs erworben zu haben, muss letzteres ebenfalls beweisen. Denn wer nach Vertragsbeendigung eine Aktie erwirbt, kann grundsätzlich nicht „außenstehender Aktionär“ sein, wenn und weil es gar keinen Fusionsstatbestand mit einem „anderen Vertragsteil“ mehr gibt. Zwar geht der Abfindungsanspruch des ehemaligen „außenstehenden Aktionärs“ auch mit der Veräußerung der Aktie nach Vertragsbeendigung nicht unter.⁵⁸ Doch trifft den Rechtsnachfolger eines solchen Aktionärs dieselbe Beweislast wie seinen Rechtsvorgänger. Bei Erwerb nach Vertragsbeendigung liegt zudem die Annahme nahe, dass der Erwerber Rechtsnachfolger des anderen Vertragsteils geworden ist, und dann scheidet ein Abfindungsanspruch von vornherein aus.⁵⁹ Denn nach Beendigung des Fusionstatbestandes veräußert der ehemalige Vertragsteil bisweilen seine Mehrheitsbeteiligung an der AG.

Wer also nur behauptet, er habe seine Aktie an der Börse erworben, hat unter keinen Umständen schlüssig einen Abfindungsanspruch dargelegt. Auch er muss wissen, dass eine solche Aktie schon deswegen keinen Abfindungsanspruch begründet, weil es „außenstehende Aktionäre“ zum Zeitpunkt seines Begehrens gar nicht mehr geben kann, wenn man von der Aus-

⁵⁷ S. III 3.

⁵⁸ Eingehend III 3.

⁵⁹ Näher III 3.

nahme absieht, dass ehemalige außenstehende Aktionäre mit Rücksicht auf das laufende Spruchstellenverfahren diese Rolle noch behalten sollen.⁶⁰ Ist nach allem der Erwerber von Aktien einer rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen AG im Grundsatz niemals abfindungsberechtigt, muss dieser Erwerber den Ausnahmefall darlegen, dass gerade die von ihm erworbene Aktie noch einen Abfindungsanspruch eines ehemaligen außenstehenden Aktionärs verbrieft.

Gelingt dem Aktionär nach Vertragsbeendigung der Beweis, dass er nach Maßgabe des § 305 Abs. 4 S. 3 AktG noch die Abfindung wählen kann, erhält er grundsätzlich den vom Gericht im Spruchstellenverfahren festgesetzten Abfindungsbetrag (gegebenenfalls ist dies der schon im Vertrag angebotene). Es ist dann Sache des ehemaligen Vertragspartners der AG, darzulegen und zu beweisen, dass der Aktionär sich einen Abzug von der Abfindung gefallen lassen muss, weil die Aktie erst nach Vertragsbeendigung an Wert verloren habe. Auch das ergibt sich aus dem allgemeinen Beweislastgrundsatz, dass jeder, der eine ihm günstige Rechtssituation behauptet, beweispflichtig ist. Im Grundsatz erhält nämlich jeder abfindungsberechtigte Aktionär die vom Gericht bestätigte oder festgesetzte Abfindung (§§ 305, 306 AktG). Der ehemalige „andere Vertragsteil“ ist zudem auch ohne weiteres dazu in der Lage, die Wertminderung, die ab dem Stichtag der Vertragsbeendigung eingetreten sein soll, darzulegen und zu beweisen. Er kann und muss wissen, wie etwa der Börsenkurs am Stichtag der Vertragsbeendigung gewesen ist, und derjenige am Stichtag des Abfindungsbegehrens steht ohne weiteres fest. Mit der Differenz hat das zur Abfindung verpflichtete Unternehmen jedoch den Abschlag zunächst einmal schlüssig dargelegt. Es dürfte dann Sache des Aktionärs sein, Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass der Kursverlust die Entwicklung des Wertes seines Mitgliedschaftsrechts unzutreffend ungünstig beschreibt. Der Kursverlust ab dem Stichtag der Vertragsbeendigung ergibt in aller Regel die Wertminderung, die der andere Vertragsteil in Abzug bringen darf: Er soll gerade keine Kursverluste tragen, die der Aktionär erst nach Vertragsbeendigung als Mitglied einer rechtlich und wirtschaftlich wieder eigenständigen AG erlitten hat. Das Risiko solcher Kursverluste ist nicht mehr auf den „anderen Vertragsteil“ abzuwälzen.⁶¹

⁶⁰ Näher III 3.

⁶¹ Näher B III 5. Weitere Einzelheiten zur Darlegungs- und Beweislast sind hier nicht darzustellen.

IV. Ergebnisse

1. Der Abfindungsanspruch außenstehender Aktionäre kann grundsätzlich bis zu dem in § 305 Abs. 4 S. 3 AktG bezeichneten Zeitpunkt geltend gemacht werden, also noch bis zu 2 Monate nach dem Tag, an dem die Entscheidung im Spruchstellenverfahren über den zuletzt beschiedenen Antrag im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden ist. Dies gilt unabhängig davon, ob das vertragliche Abfindungsangebot befristet war und ob der Unternehmensvertrag möglicherweise schon Jahre vorher beendet worden ist.

2. Einen Abfindungsanspruch haben aber nur solche Aktionäre, die entweder im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung außenstehende Aktionäre i.S.d. § 305 Abs. 1 AktG waren oder aber Rechtsnachfolger solcher Aktionäre geworden sind. Keinen Abfindungsanspruch haben demgegenüber Aktionäre, die ihre Mitgliedschaft erst nach Beendigung des Unternehmensvertrages von jemandem erworben haben, der kein außenstehender Aktionär war, namentlich also bei Erwerb vom ehemaligen „anderen Vertragsteil“. Die Beweislast, dass er im bezeichneten Sinne „außenstehender Aktionär“ gewesen oder Rechtsnachfolger eines solchen geworden ist, hat nach Vertragsbeendigung der den Abfindungsanspruch geltend machende Aktionär.

3. Aktien, die im Zuge einer erst nach Vertragsbeendigung durchgeführten Kapitalerhöhung neu entstehen, begründen von vornherein keinen Abfindungsanspruch gegen den ehemaligen Vertragspartner der AG.

4. Aktionäre, die sich bis zur Vertragsbeendigung nicht für die Abfindung entschieden haben, tragen das Risiko nachvertraglicher Wertminderungen ihrer Aktien selbst. Soweit sie wegen eines Spruchstellenverfahrens, welches den Fusionstatbestand des Organschaftsvertrages überdauert, noch in der Lage sind, sich nachträglich für die Abfindung zu entscheiden, müssen sie sich von dieser Abfindung den Betrag abziehen lassen, um den ihre Aktien nach Vertragsbeendigung an Wert eingebüßt haben. Die Beweislast hat insoweit der ehemalige andere Vertragsteil. In der Regel genügt die Darlegung des Kursverlustes.

Transparenz und Wertprüfung beim Erwerb von Sacheinlagen durch genehmigtes Kapital

WALTER BAYER

I. Darstellung der Problematik und Rechtstatsachen

Durch die Siemens-Nold-Entscheidung des BGH¹ hat das Rechtsinstitut des genehmigten Kapitals neuen Aufschwung erhalten. Bereits im Jahre 1998 verfügten knapp 2/3 aller 526 börsennotierten Aktiengesellschaften mit mehr als 5 % Streubesitz über ein genehmigtes Kapital; im Jahre 1984 betrug die Quote nur knapp 1/4.² Eine noch in Arbeit befindliche Auswertung aller im Bundesanzeiger des Jahres 2000 veröffentlichten Kapitalmaßnahmen nach §§ 202ff AktG kommt zu dem Ergebnis, daß ca. 50 % aller Kapitalerhöhungen börsennotierter Aktiengesellschaften gegen Sacheinlagen erfolgten. Betrachtet man die Höhe der Einlagen, dann ergibt sich zwischen Sach- und Bareinlagen ein Verhältnis von 55 : 45. Bei mehr als 3/4 der Kapitalerhöhungen wurde das Bezugsrecht der Aktionäre ausgeschlossen.

Der ganz überwiegende Zweck aller Kapitalerhöhungen (ca. 50 %) besteht im Erwerb von Unternehmen (asset deal) oder Beteiligungen (share deal). Hier ist das Schadensrisiko der zwangsläufig vom Bezugsrecht ausgeschlossenen Aktionäre besonders groß, da sie in aller Regel über die Einzelheiten des Unternehmens- bzw. Beteiligungserwerbs vor dem Abschluß der Kapitalerhöhung nicht informiert werden [ausf. III.] und darüber hinaus die hM den Standpunkt einnimmt, daß eine Prüfung des Wertes der Sacheinlage nach der lex lata nicht zu erfolgen habe [ausf. IV.]. Die Gefahr, daß die Aktionäre neben der aufgrund des Bezugsrechtsausschlusses unvermeidbaren Verwässerung ihrer Stimmrechtsquote auch noch einen Vermögensverlust hinnehmen müssen – falls nämlich der Wert der Sacheinlage den Wert der aus-

¹ BGHZ 136, 133 ff = NJW 1997, 2815 ff = JZ 1998, 47 ff m. Bspr. *Lutter* JZ 1998, 50 ff = EWiR 1997, 1013 (*Hirte*) = WuB II A. § 186 AktG 3.97 (*Heinsius*) = LM AktG § 186 Nr. 9 (*Schwark*).

² Für 1998: *Roth ZBB* 2001, 50 ff; Angaben zu 1984 bei *Hirte* Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung, 1986, S. 104 mwN. Überblick bei *Hirte* in *Großkomm*, 4. Aufl. 2001, § 202 Rn 87 ff.

gegebenen neuen Aktien nicht erreicht – wird von der hM in Kauf genommen. Selbst de lege ferenda wird etwa von der Regierungskommission Corporate Governance nur ein sehr begrenzter Handlungsbedarf festgestellt [dazu V].

Die aktuelle Praxis entspricht nicht den Anforderungen an Transparenz, die Aktionäre und Kapitalmarkt vom Vorstand einer Aktiengesellschaft erwarten dürfen. Es ist vielmehr – im Rahmen der Auswertung aller im Jahre 2000 erfolgten Kapitalerhöhungen – festzustellen, daß die Unternehmensleitungen nicht nur ihre Aktionäre über die bevorstehende Ausnutzung des genehmigten Kapitals uninformiert lassen (was rechtlich umstritten ist), sondern häufig auch ihren Pflichten zur ad-hoc-Information nach § 15 WpHG nur unzureichend nachkommen (was rechtswidrig ist).³ Die Grenze zur Irreführung wird überschritten, wenn in werbemäßigen Bekanntmachungen über die Börsenzulassung der ausgegebenen neuen Aktien der Eindruck erweckt wird, daß „die Werthaltigkeit der Sacheinlage“ von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft „bestätigt“ worden sei, und erst bei näherem Hinsehen deutlich wird, daß sich Prüfung und Testat allein auf den *geringsten* Ausgabebetrag beziehen, nicht dagegen auf den *tatsächlich festgesetzten* Ausgabebetrag, der in aller Regel über dem Mindestausgabebetrag des § 9 Abs. 1 AktG liegt und in praxi häufig ein Vielfaches des Nennbetrags der neuen Aktien (bzw. des anteiligen Wertes bei Stückaktien) beträgt.⁴ Nur für den sachkundigen Anleger wird verständlich, daß der Wirtschaftsprüfer zB nur bestätigt hat, daß der Wert einer für 100 000 Aktien zum Nennbetrag von 1 Euro erworbenen Sacheinlage mindestens 100 000 Euro erreicht und nicht den festgesetzten und bekanntgemachten Sacheinlagewert von 50 Mio Euro.⁵

Die aktuelle Praxis der Sacheinlageprüfung widerspricht darüber hinaus dem europäischen Recht. Es ist an der Zeit, daß diese – nicht neue – Erkenntnis sowohl im rechtswissenschaftlichen Schrifttum als auch in den Reihen der Wirtschaftsprüfer und bei den Registergerichten wahrgenommen wird. Für

³ Der Erwerb eines Unternehmens oder einer wesentlichen Beteiligung ist im Regelfall nach § 15 WpHG publizitätspflichtig: *Kümpel* in Assmann/Schneider, WpHG, 2. Aufl. 1999, § 15 Rn 66, 72. Zur Beeinflussung des Börsenkurses im Falle von Kapitalerhöhungen ausf. die empirische Untersuchung von *Nowak* ZBB 2001, 449ff.

⁴ Das Aufgeld (Agio) wird der Kapitalrücklage (§§ 266 Abs. 3 A II, 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB) zugeführt: *Lutter* in Kölner Komm., 2. Aufl. 1995, § 182 Rn 22; *Hüffer* AktG, 5. Aufl. 2002, § 182 Rn 22 (allgM).

⁵ Beispiel: Bekanntmachung der caatoosee ag vom September 2001 über die Ausgabe von 782.976 neuen Aktien zum Teilwert von 1 Euro/Aktie gegen eine Sacheinlage im Wert von 37.867.500,00 USD. Die Ernst & Young Deutsche Allgemeine Treuhand AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bestätigte entgegen dem ersten Eindruck nicht den Sollwert der Sacheinlage von 37.867.500,00 USD, sondern allein einen Mindestwert von 782.976,00 Euro.

diesen Zweck erscheint die Behandlung der Problematik in der Festschrift für *Peter Ulmer* der geeignete Ort. Es würde den Verfasser im übrigen sehr freuen, wenn der Jubilar seiner Auffassung zustimmen würde.

II. Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen: Die Konzeption des doppelten Schutzes gem. §§ 186 Abs. 3, 255 Abs. 2 AktG

Im Falle einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen wird den Aktionären grundsätzlich kein Recht zum Bezug der neuen Aktien gewährt. Zeichnungsberechtigt ist allein der Sacheinleger. Sowohl die Kapitalrichtlinie (KapRL)⁶ als auch zahlreiche Rechtsordnungen der EU-Mitgliedsstaaten⁷ verneinen daher für diese Variante der Kapitalerhöhung ein Bezugsrecht der Aktionäre bereits im Ansatz. Dagegen differenziert das deutsche Aktiengesetz traditionellerweise nicht zwischen Bar- und Sacheinlage, sondern gewährt dem Aktionär bei jeder Form von Kapitalerhöhung ein Bezugsrecht (§ 186 AktG). Allerdings kann das Bezugsrecht durch qualifizierten Mehrheitsbeschluß ausgeschlossen werden (§ 186 Abs. 3 AktG). Im Ergebnis besteht daher zwischen einer mit qualifizierter Mehrheit zu beschließenden Sachkapitalerhöhung und einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen unter gleichzeitigem Ausschluß des Bezugsrechts kein allzu großer Unterschied. Die deutsche Konzeption beinhaltet jedoch deshalb einen höheren Schutz für die vom Bezugsrecht ausgeschlossenen Aktionäre, weil der Bezugsrechtsausschluß wegen der Schwere des Eingriffs in die Mitgliedschaft – die Stimmrechts- und auch die Kapitalquote werden verringert – nach der richtungsweisenden *Kali & Salz*-Entscheidung des BGH generell nur dann rechtmäßig angeordnet werden darf, wenn er sachlich gerechtfertigt ist, d. h. im Interesse der AG liegt, zum angestrebten Zweck geeignet und erforderlich ist sowie unter Berücksichtigung der Aktionärsinteressen auch dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entspricht.⁸ Entgegen manchen Stimmen in der Litera-

⁶ Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie v. 13.7.1976 (77/91/EWG), ABl Nr. L 26 v. 31.1.1977 S. 1 ff; abgedruckt bei *Lutter* Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl. 1996, S. 114 ff.

⁷ Ausf. *Bagel* Der Ausschluß des Bezugsrechts in Europa, 1999, S. 103 ff (zu Italien, Spanien, Portugal), S. 156 f (zu England), S. 228 ff (zu Frankreich, Belgien, Niederlande).

⁸ BGHZ 71, 40 ff = NJW 1978, 1316 (*Kali & Salz*); BGHZ 125, 239, 241 (*Deutsche Bank*); *Lutter* (Fn 4), § 186 Rn 59 ff; *Hüffer* (Fn 4), § 186 Rn 25; *Wiedemann* in *Großkomm*, 4. Aufl. 1995, § 186 Rn 137 ff; *Krieger* in *MünchHdb AG*, Bd IV 1. Aufl. 1988, § 56 Rn 69 ff; grundlegend *Zöllner* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 350 ff; vgl. weiter *Hirte* (Fn 2), S. 129 ff; *Schockenhoff* Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Bezugsrechtsausschluß, 1988. Nachw. der umfangreichen Rspr. bis 1994 bei *Schockenhoff* AG 1994, 45 ff. Abw. *Martens*

tur⁹ verstößt diese materielle Schranke des Bezugsrechtsausschlusses auch bei der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen nicht gegen europäisches Recht, da die einschlägigen Vorgaben der KapRL nur Mindestnormen sind, die vom innerstaatlichen Gesetzgeber jederzeit zum Schutze der Altaktionäre überschritten werden dürfen.¹⁰

Das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses gilt auch im Rahmen eines genehmigten Kapitals.¹¹ Insoweit hat durch BGHZ 136, 133 keine Änderung der bisherigen Rechtslage stattgefunden.¹² Vielmehr hat der zum Bezugsrechtsausschluß gem. § 203 Abs. 2 AktG ermächtigte Vorstand bei der Ausnutzung der Ermächtigung zu prüfen, ob der Ausschluß des Bezugsrechts – bei der Sacheinlage also deren Erwerb – im Interesse der AG liegt und auch unter Berücksichtigung der Interessen der ausgeschlossenen Altaktionäre verhältnismäßig ist.¹³ Diese Pflicht trifft ebenso den nach § 202 Abs. 3 S. 2 AktG zustimmungspflichtigen Aufsichtsrat. Eine pflichtwidrige Entscheidung der Verwaltung führt zum einen zur Haftung gem. §§ 93, 116 AktG gegenüber der AG,¹⁴ begründet zum anderen aber auch wegen Verletzung der Mitgliedschaft Abwehr¹⁵ und Haftungs-

ZIP 1992, 1667, 1687; *Mülbert* Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 1995, S. 303 ff, 330 ff.

⁹ *Kindler* ZHR 158 (1994), 339, 356 ff; speziell zur Problematik der verdeckten Sacheinlage auch *Knobbe-Keuk* DB 1990, 2573, 2583; *Meilicke* DB 1990, 1173, 1174; *Steindorff* EuZW 1990, 251, 252 (gegen BGHZ 110, 47 *[IBH]* und hM).

¹⁰ EuGHE 1996, I-6028 = NJW 1997, 721 (*Siemens/Nold*); vgl. weiter GA *Tesaro* EuGHE 1996, I-6019 ff = IstR 1996, 549 ff m. Anm. *Drinkuth*; zust. *Drinkuth* IstR 1997, 312 ff; *Klinke* ZGR 1998, 212, 236 ff; *Habersack* Europäisches Gesellschaftsrecht 1999, Rn 200 ff; *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 63; *Krieger* (Fn 8), § 56 Rn 69; krit. *Kindler* ZGR 1998, 35, 41 ff; ebenso bereits *Wiedemann* (Fn 8), § 186 Rn 18 ff; ausf. *Drinkuth* Die Kapitalrichtlinie – Mindest- oder Höchstnorm, 1998; rechtsvergleichend *Bagel* (Fn 7), S. 341 ff mwN; tendenziell abw. BGH ZIP 1995, 372 (*Vorlagebeschluß Siemens/Nold*); dazu zu Recht krit. *Lutter* ZIP 1995, 648 f; *Hirte* DB 1995, 1113 ff.

¹¹ Vor BGHZ 136, 133 ff (*Siemens/Nold*) allgM: BGHZ 83, 319 ff (*Holzmann*); *Lutter* (Fn 4), § 203 Rn 11, 18; *Hüffer* AktG, 3. Aufl. 1997, § 203 Rn 27; *Hefermehl/Bungeroth* in *Gefßler/Hefermehl/Eckard/Kropff*, AktG, 1993, § 203 Rn 21 ff; *Krieger* (Fn 8), § 58 Rn 17; ausf. *Hirte* (Fn 2), S. 104 ff.

¹² Die Ausführungen des BGH sind allerdings nicht ganz eindeutig und wurden daher im Schrifttum auch mißverstanden; vgl. nur *Kindler* ZGR 1998, 37, 39; zweifelnd auch *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 514; *Cahn* ZHR 163 (1999), 554, 571 ff.

¹³ Zutreffend *Hüffer* (Fn 11), § 203 Rn 35; *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 63, 79; *Ulmer* in *Müller-Graff/Roth* (Hrsg.), *Recht und Rechtswissenschaft*, 2001, S. 393, 405; *Krieger* (Fn 8), § 58 Rn 43; *Ekkenga* AG 2001, 567, 569; siehe auch die „authentische“ Interpretation bei *Röbriht* ZGR 1999, 445, 471.

¹⁴ BGHZ 136, 133, 140; *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 522; *Cahn* ZHR 163 (1999), 554, 575; *ders.* ZHR 164 (2000), 113, 119; *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 148.

¹⁵ BGHZ 136, 133, 140 und allgM; *Bayer* NJW 2000, 2609, 2611; *Krieger* ZHR 163 (1999), 343, 356 f; *Habersack* DStR 1998, 533, 537; *Hüffer* (Fn 11), § 203 Rn 38 f; ausf. *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 130 ff mwN.

ansprüche¹⁶ gegenüber den rechtswidrig vom Bezug der neuen Aktien ausgeschlossen Aktionäre.¹⁷

Soweit ein Bezugsrechtsausschluß sachlich gerechtfertigt und auch in formeller Hinsicht rechtmäßig ist, müssen die Altaktionäre den Eingriff in ihre Mitgliedschaft hinnehmen. Sie sollen jedoch nach der gesetzlichen Konzeption keineswegs einen Vermögensverlust erleiden: Der Verlust ihrer Anteilsquote muß vielmehr durch den Vermögenszuwachs der AG vollständig kompensiert werden, d. h. der Wert der erworbenen Sacheinlage muß dem Wert der ausgegebenen neuen Aktien entsprechen. Keineswegs dürfen die neuen Aktien unter Wert ausgegeben bzw. die Sacheinlage überbewertet werden – denn dies wäre eine unzulässige „Quersubventionierung“ des zeichnungsberechtigten Sacheinlegers durch die vom Bezug ausgeschlossenen Altaktionäre.¹⁸

Eine solche Vermögensverwässerung will die Vorschrift des § 255 Abs. 2 AktG verhindern.¹⁹ Die Regelung ergänzt das vorrangig im Gläubigerinteresse bestehende Verbot des § 9 Abs. 1 AktG, die neuen Aktien unter pari, d. h. unter dem Nennbetrag – bzw. bei Stückaktien unter dem anteiligen Betrag des Grundkapitals – auszugeben.²⁰ Auch im Bereich der Überpari-Emission – eine solche Aktienausgabe ist bei einer Kapitalerhöhung die Regel –²¹ darf die Hauptversammlung daher keinen (Mindest-)Ausgabebetrag festsetzen, der „unangemessen niedrig“ ist; ein solcher Beschluß wäre nach § 255 Abs. 2 AktG anfechtbar.²² Dies gilt in analoger Anwendung der Vorschrift ebenso, wenn im Falle der regulären Sachkapitalerhöhung gem. §§ 182ff AktG kein Ausgabebetrag festgesetzt wird,²³ jedoch die erworbene Sacheinlage keine angemessene Gegenleistung darstellt.²⁴

Wird der Ausgabebetrag für die neuen Aktien nicht von der Hauptversammlung beschlossen, sondern – was zulässig und in der Praxis üblich ist –

¹⁶ So auch *Bayer* NJW 2000, 2609, 2611; *Cahn* ZHR 163 (1999), 113, 141 ff; *ders.* ZHR 164 (2000), 113, 121 ff; *Habersack* DStR 1998, 533, 537; *Baums* Gutachten 63. DJT, F 230; *Hüffer* (Fn 11), § 203 Rn 38f; *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 141 f.

¹⁷ Zur Problematik, inwieweit auch eine Haftung der AG gegenüber den Aktionären (gem. § 31 BGB) in Betracht kommt, ausf. *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 145ff mwN.

¹⁸ So zutreffend *Habersack* Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht, 1996, S. 260.

¹⁹ Ausf. *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 515 ff mwN.

²⁰ Zum Verbot der Unterpari-Emission: *Hüffer* (Fn 4), § 9 Rn 2; speziell im Falle der Kapitalerhöhung: *Lutter* (Fn 4), § 182 Rn 21; *Wiedemann* (Fn 8), § 182 Rn 61; *Hefermehl/Bungeroth* in Geßler/Hefermehl/Eckard/Kropff, AktG 1988, § 182 Rn 62.

²¹ Ausf. *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 523 mwN.

²² Ausf. *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 514 ff mwN.

²³ Zur Problematik *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 520 mwN.

²⁴ BGHZ 71, 41, 50 ff (*Kali & Salz*); *Hüffer* (Fn 11), § 255 Rn 7; *K. Schmidt* in Großkomm, 4. Aufl. 1996, § 255 Rn 5; *Zöllner* in Kölner Komm, 1. Aufl. 1985, § 255 Rn 7; *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 520.

vom Vorstand der Aktiengesellschaft im Rahmen der Ausnutzung eines genehmigten Kapitals festgesetzt (§ 204 Abs. 1 S. 1 AktG),²⁵ dann scheidet mangels Beschluß der Hauptversammlung eine Anfechtung gem. § 255 Abs. 2 AktG aus. An die Stelle des Verwässerungsschutzes gem. § 255 Abs. 2 AktG tritt hier die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat gem. §§ 93, 116 AktG, wenn die neuen Aktien entgegen dem Verbot des § 255 Abs. 2 AktG unter Wert und damit pflichtwidrig ausgegeben werden.²⁶ Ebenso wie im Falle eines rechtswidrigen Bezugsrechtsausschlusses können die vom Bezug ausgeschlossenen Aktionäre wegen Verletzung ihrer Mitgliedschaft auch eigene Unterlassungs- und Haftungsansprüche gegen Vorstand und Aufsichtsrat geltend machen.²⁷

Im Ergebnis unterliegt daher die Verwaltung der AG bei der Festsetzung des Ausgabebetrags der neuen Aktien den gleichen materiellen Schranken wie die Hauptversammlung. Keineswegs kann sie unter Hinweis auf ihr „unternehmerisches Ermessen“ einen größeren Spielraum in Anspruch nehmen.²⁸ Stets muß vielmehr der quotale Beteiligungsverlust der vom Bezugsrecht ausgeschlossenen Aktionäre vollständig kompensiert werden. Dies ist nur dann der Fall, wenn sich – ebenso wie im parallelen Sachverhalt einer Verschmelzung – der Wert der neuen Aktien und die erworbene Sacheinlage iSe Verschmelzungswertrelation decken.²⁹

III. Aktionärsschutz durch Transparenz

1. Ausgangspunkt

Das Schutzkonzept der *lex lata* läuft ins Leere, wenn die vom Bezug der neuen Aktien ausgeschlossenen Altaktionäre nicht wenigstens im Sinne einer Plausibilitätskontrolle nachprüfen können, ob der Bezugsrechtsausschluß sachlich gerechtfertigt ist und der Ausgabebetrag der neuen Aktien dem Wert der Sacheinlage in angemessener Weise entspricht. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und für den Fall der regulären Kapitalerhöhung in § 186 Abs. 4 S. 2 AktG ausdrücklich angeordnet, daß das Bezugsrecht von der Hauptversammlung nur ausgeschlossen werden darf, wenn der Vorstand zuvor die Aktionäre in einem schriftlichen Bericht über den Grund des Bezugsrechtsausschlusses informiert sowie den vorgeschlagenen Ausgabebetrag der neuen

²⁵ Dazu BGHZ 136, 133, 137 (*Siemens/Nold*); *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 520 mwN.

²⁶ BGHZ 136, 133, 141 (*Siemens/Nold*); *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 522 mwN.

²⁷ *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 522; *Cahn* ZHR 164 (2000), 113, 138; *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 131, 142.

²⁸ Ausf. *Ekkenga* AG 2001, 615, 622 ff; *Cahn* ZHR 163 (1999), 554, 577 ff.

²⁹ *Lutter* (Fn 4), § 186 Rn 92; ausf. *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 532 ff mwN.

Aktien begründet hat (§ 186 Abs. 4 S. 2 AktG). Insbesondere hat der Bericht auch zur materiellen Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses Stellung zu nehmen.³⁰ Diese Transparenz des Verfahrens gilt sowohl für die Bar- als auch für die Sachkapitalerhöhung. Ein Verstoß gegen die KapRL – die wie bereits ausgeführt den Bezugsrechtsausschluß bei der Sachkapitalerhöhung nicht kennt und daher für diesen Fall auch keine Regelungen zur Berichterstattung trifft – liegt auch hier nicht vor (siehe bereits II.). Ergänzend steht den Aktionären die Möglichkeit offen, vor der Beschlußfassung über die Sachkapitalerhöhung und den Bezugsrechtsausschluß ihr Auskunftsrecht gem. § 131 AktG wahrzunehmen.³¹

2. Das Informationsmodell des AktG beim genehmigten Kapital

a) Ermächtigungsbeschluß

Auch beim genehmigten Kapital ist vom AktG eine ausführliche schriftliche Berichterstattung vorgesehen. Sowohl für den Fall des Direktausschlusses des Bezugsrechts durch die Hauptversammlung (§ 203 Abs. 1 S. 1 iVm § 186 Abs. 4 S. 2 AktG) als auch für den Fall, daß der Vorstand zum Ausschluß des Bezugsrechts ermächtigt wird (§ 203 Abs. 2 S. 2 iVm § 186 Abs. 4 S. 2 AktG), bedeutet die gesetzliche Verweisung, daß der beschlußfassenden Hauptversammlung ein ausführlicher schriftlicher Bericht vorzulegen ist. Entgegen seiner früheren Rechtsprechung³² und der hM im Schrifttum³³ hat der BGH in der grundlegenden Siemens-Nold-Entscheidung indes ausgeführt, daß die strengen Anforderungen an die Berichtspflicht nach § 186 Abs. 4 S. 2 AktG für das genehmigte Kapital nicht mehr zur Anwendung kommen sollen. Denn da der Einsatz des als flexibles Instrument der Kapitalbeschaffung konzipierten genehmigten Kapitals in der Zukunft liege und somit weder eine konkrete Abwägung zwischen dem verfolgten Zweck und den Interessen der vom Bezugsrechtsausschluß betroffenen Aktionären nicht vorgenommen werden noch der konkrete Ausgabebetrag der neuen Aktien festgesetzt werden könne, mache eine ausführliche Berichterstattung keinen Sinn, sondern führe lediglich zu einer Blockade der Unternehmensleitung.

³⁰ BGHZ 83, 319, 326 = NJW 1982, 2444, 2445f (Holzmann); Lutter ZGR 1979, 401, 407ff; ders. (Fn. 4), § 186 Rn 88; Wiedemann (Fn 8), § 186 Rn 125f; Hüffer (Fn 4), § 186 Rn 24; Bayer AG 1988, 323, 327; Hirte (Fn 2), S. 85 ff.

³¹ Ausf. Decher in Großkomm, 4. Aufl. 2001, § 131 Rn 203 mwN.

³² BGHZ 83, 319 ff = NJW 1982, 2444 ff (Holzmann).

³³ Dazu nur Lutter (Fn 4), § 203 Rn 22 ff; Hefermehl/Bungeroth (Fn 11), § 203 Rn 21 ff; Krieger (Fn 8), § 58 Rn 17; Quack ZGR 1983, 257 ff; Semler BB 1983, 1568 ff; Schockenhoff AG 1994, 45 ff; aA Hirte (Fn 2), S. 112 ff; Marsch AG 1981, 211, 213; Heinsius ZGR 1984, 383, 386 f; ders. in FS Kellermann, 1991, S. 116, 120; Martens in FS Steindorff, 1990, S. 151 ff; Kübler/Mendelson/Mundheim AG 1990, 463 ff.

Der Vorstand müsse daher nur noch in abstrakt-genereller Form über den zur Beschlußfassung vorgeschlagenen Zweck des genehmigten Kapitals berichten.³⁴

Diese Neuorientierung des Rechts des genehmigten Kapitals gilt nach ganz hM sowohl für den Fall, daß die Hauptversammlung bereits im Ermächtigungsbeschluß das Bezugsrecht der Aktionäre ausschließt (Fall des § 203 Abs. 1 AktG) als auch für den Fall, daß der Vorstand über den Ausschluß des Bezugsrechts bei Ausnutzen der Ermächtigung entscheidet (Fall des § 203 Abs. 2 AktG).³⁵ Allgemein wird BGHZ 136, 133 so verstanden, daß die Hauptversammlung den Vorstand ohne nennenswerte materielle Schranken und ohne spezifische inhaltliche Information zur Ausnutzung des genehmigten Kapitals auf Vorrat ermächtigen kann.³⁶

b) Vorab-Berichterstattung vor Durchführung der Kapitalerhöhung

Heftiger umstritten ist dagegen die Frage, ob der Vorstand die Aktionäre vor der Ausnutzung des genehmigten Kapitals über den Grund und den Umfang der Kapitalerhöhung sowie den Ausgabebetrag der neuen Aktien zu informieren hat³⁷ oder ob es ausreicht, wenn *nachträglich* auf der nächsten Hauptversammlung gem. § 160 Abs. 1 Nr. 3 AktG im Anhang des Jahresabschlusses über die Kapitalerhöhung berichtet wird.³⁸ Der BGH hat sich bislang nicht festgelegt.³⁹ Mit dem LG Frankfurt/M hat sich in neuerer Zeit erstmals ein Instanzgericht dezidiert gegen eine Pflicht zur Vorabinformation ausgesprochen.⁴⁰

Bei der Entscheidung des Streits ist zu bedenken, daß der Aktionärsinformation vor Durchführung der Kapitalerhöhung heute eine ganz andere Bedeutung zukommt als früher. Denn vor der Siemens-Nold-Wende der Rechtsprechung war der Vorstand bei der Ausnutzung eines genehmigten

³⁴ BGHZ 136, 133, 138ff = NJW 1997, 2815 (*Siemens/Nold*); zust. *Volhard* AG 1998, 397ff; *Bungert* NJW 1998, 488ff; abl. *Lutter* JZ 1998, 50ff; *ders.* in FS Zöllner, 1999, S. 363, 372ff; teilw. krit. auch *Hüffer* (Fn 4), § 203 Rn 11f, 25ff; *Bayer* ZHR 161 (1999), 505, 538f.

³⁵ Zutreffend *Hüffer* (Fn 4), § 203 Rn 27; *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 21, 57, 109.

³⁶ Siehe nur *Hüffer* (Fn 4), § 203 Rn 29.

³⁷ So insbesondere *Lutter* BB 1981, 861, 863; *ders.* (Fn 4), § 203 Rn 31; *Hirte* (Fn 2), S. 112ff, *ders.* (Fn 2), § 203 Rn 110ff; *Timm* DB 1982, 211, 216; *Kimpler* DB 1994, 767, 768; *Sethe* AG 1994, 343, 351ff; *Meilicke/Heidel* DB 2000, 2358, 2359f; ebenso noch *Hüffer* AktG, 4. Aufl. 1997 § 203 Rn 36.

³⁸ *Krieger* in MünchHdb AG, 2. Aufl. 1999, § 58 Rn 44; *Heinsius* (Fn 33), S. 115, 123f; *Quack* ZGR 1983, 257, 264; *Volhard* AG 1998, 397, 402; *Martens* (Fn 33), S. 451, 452ff; *Cahn* ZHR 164 (2000), 113, 118; *Bosse* ZIP 2001, 104, 106f; nunmehr – trotz Bedenken – auch *Hüffer* (Fn 4), § 203 Rn 37.

³⁹ Ausdrücklich offengelassen in BGHZ 83, 319, 327. Auch BGHZ 136, 133ff (*Siemens/Nold*) hat hierzu keine Aussage getroffen: zutreffend *Ekkenga* AG 2001, 615, 620. Auch *Hefermehl/Bungeroth* (Fn 11), § 203 Rn 27 haben die Frage unentschieden gelassen.

⁴⁰ LG Frankfurt/M ZIP 2001, 117, 118 (*Commerzbank*).

Kapitals den engen Grenzen der bereits sehr konkreten Ermächtigung unterworfen. Dagegen ist sein *formeller* Handlungsspielraum heute nahezu unbegrenzt.⁴¹ Wer sich daher für eine ausschließliche ex-post-Kontrolle (durch Berichterstattung auf der nächsten Hauptversammlung) ausspricht, akzeptiert notwendigerweise auch Eingriffe in die Rechtsstellung der Aktionäre, die sich nachträglich als unzulässig erweisen, sei es, weil bereits der Bezugsrechtsausschluß per se rechtswidrig war, sei es, weil der Ausgabebetrag der neuen Aktien zu niedrig bzw. die erworbene Sacheinlage überbewertet war. Daß Ersatzansprüche gegen die verantwortlichen Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat zu einer ausreichenden Kompensation des eingetretenen Rechts- bzw. Vermögensverlusts führen, wurde bislang in der Praxis noch nicht erprobt; der Erfolg von Aktionärsklagen zur Kontrolle von Verwaltungshandeln ist im Rahmen der *lex lata* eher skeptisch zu beurteilen.

Das insbesondere von *Marcus Lutter* favorisierte Modell eines „Aktionärschutzes durch Verfahren“⁴² ist daher vorzugswürdig.⁴³ Einer Pflicht zur Vorab-Berichterstattung über die beabsichtigte Ausnutzung des genehmigten Kapitals stehen auch weder dogmatische noch (jedenfalls im Regelfall) praktische Hindernisse entgegen:⁴⁴

Zwar ist es zutreffend, wenn festgestellt wird, daß eine Pflicht zur Vorabinformation im Aktiengesetz *nicht ausdrücklich* angeordnet wird.⁴⁵ Denn sowohl der Verweis auf § 186 Abs. 4 S. 2 AktG in § 203 Abs. 2 S. 2 AktG als auch der Verweis auf § 186 Abs. 4 S. 2 AktG in § 203 Abs. 1 S. 1 AktG betreffen offensichtlich nur die Berichterstattung im Vorfeld *des Ermächtigungsbeschlusses*.⁴⁶ Ebenso wenig läßt sich eine Vorab-Berichterstattung europarechtlich begründen.⁴⁷ Dies gilt sowohl für die Bar- als auch für die Sachkapitalerhöhung: Art. 25 Abs. 2 KapRL gestattet ausdrücklich, daß anstelle der grundsätzlich zuständigen Hauptversammlung (Art. 25 Abs. 1 S. 1) ein anderes Organ der AG zu einer Kapitalerhöhung ermächtigt werden kann. Im Falle einer Barkapitalerhöhung können nach Art. 29 Abs. 5 die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten vorsehen, daß das zuständige Organ auch zum Ausschluß des Bezugsrechts ermächtigt werden kann.⁴⁸ Eine aus-

⁴¹ Zur Problematik eingehend *Ekkenga AG* 2001, 567 ff, 615 ff.

⁴² *Lutter* ZGR 1979, 401, 407; *ders.* (Fn 4), § 186 Rn 56.

⁴³ So bereits *Bayer* ZHR Beiheft 71 (2002), 137, 153 ff.

⁴⁴ Ausdrücklich angeordnet ist eine solche Vorab-Berichterstattung etwa in Frankreich: *Wiedemann* (Fn 8), § 186 Rn 27; *Hirte* (Fn 2), § 202 Rn 68; *ausf. Bagel* (Fn 7), S. 83 ff, 197 ff.

⁴⁵ So LG Frankfurt/M ZIP 2001, 117, 118.

⁴⁶ Dazu *Hüffer* (Fn 4), § 203 Rn 8 ff, 23 ff.

⁴⁷ So aber *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 45 ff.

⁴⁸ Von dieser Option haben Deutschland, Frankreich, die Niederlande, Belgien und England Gebrauch gemacht; Spanien, Portugal und Italien verlangen hingegen den Ausschluß des Bezugsrechts durch die Hauptversammlung. Andere Mitgliedsstaaten kennen das Rechtsinstitut des genehmigten Kapitals nicht. *Ausf. Bagel* (Fn 7), S. 94, 155 f, 216 ff, 354 ff; *Hirte* (Fn 2), § 202 Rn 66 ff mwN.

drückliche Berichtspflicht nach Maßgabe des Art. 29 Abs. 4 ist in diesem Fall durch die Kapitalrichtlinie nicht vorgeschrieben, und zwar weder im Zeitpunkt der Erteilung der Ermächtigung noch im Zeitpunkt der Ausnutzung des genehmigten Kapitals.⁴⁹ Dies ist zwar rechtspolitisch bedauerlich, jedoch aufgrund des Harmonisierungsstandes in der EU als bewußte Entscheidung hinzunehmen.⁵⁰ Für die Sachkapitalerhöhung macht es im übrigen keinen Unterschied, ob sie im Rahmen einer regulären Beschlußfassung oder im Rahmen eines genehmigten Kapitals erfolgt: Europarechtlich sind stets nur die Artt. 27 Abs. 2, 10 Abs. 2 der KapRL einzuhalten (dazu IV); darüber hinausgehende Berichtspflichten existieren hier bereits deshalb nicht, weil die KapRL bei der Sachkapitalerhöhung kein Bezugsrecht vorsieht und daher auch keine Aussage zum Bezugsrechtsausschluß trifft (II).

Die Pflicht zur Vorab-Berichterstattung folgt indes aus einer richtig verstandenen „entsprechenden“ Anwendung des § 186 Abs. 4 S. 2 AktG in *analoger* Anwendung der §§ 203 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 AktG. Dies folgt methodisch daraus, daß der BGH in seiner neueren Rechtsprechung den gesetzlich angeordneten Verweis auf § 186 Abs. 4 S. 2 AktG inhaltlich so entleert, daß von einer Information der Aktionäre iSd § 186 Abs. 4 S. 2 AktG wahrlich nicht mehr gesprochen werden kann. Dieses (vertretbare) Defizit an gesetzlich vorgeschriebener Information muß jedoch zum nächst möglichen Zeitpunkt kompensiert werden, will man nicht den Sinn und Zweck der Berichtspflicht des § 186 Abs. 4 S. 2 AktG unterlaufen: Die Aktionäre – und nicht die Verwaltung – sollen in Kenntnis aller Fakten darüber entscheiden, ob und inwieweit sie auf ihre Beteiligung an der AG verzichten und darüber hinaus das Risiko einer Verwässerung (Problem: Bewertung der Einlageleistung!)⁵¹ in Kauf nehmen.

Naturgemäß kann die Berichterstattung vor Ausnutzung des genehmigten Kapitals nicht in einer Hauptversammlung erfolgen. Stattdessen ist der vollständige Bericht analog §§ 175 Abs. 2, 179a Abs. 2, 293f AktG, § 63 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 UmwG in den Geschäftsräumen der AG auszulegen und auf Verlangen jedem Aktionär zu übersenden. Aufgrund des technischen Fort-

⁴⁹ Wie hier zutreffend LG Frankfurt/M ZIP 1997, 1030, 1034 (*Deutsche Bank*); Bosse ZIP 1991, 104, 105; *Kindler* ZHR 158 (1994), 339, 363f; *Kley* Bezugsrechtsausschluß, 1998, S. 61ff.

⁵⁰ Entgegen *Kley* (Fn 49), S. 61ff und *Hofmeister* NZG 2000, 713, 716 entfällt die Berichtspflicht nach Art. 29 Abs. 4 der KapRL allerdings *nicht*, wenn die Hauptversammlung im Rahmen des Ermächtigungsbeschlusses *selbst* das Bezugsrecht ausschließt. Der europäische Gesetzgeber hat hier vielmehr bewußt unterschieden, wie sich anhand der Textveränderungen und der Stellungnahmen des Wirtschafts- und Sozialausschusses (ABIEG Nr. C 88 v. 6.9.1971 S. 1, 5) zum Entwurf der Kommission (ABIEG Nr. C 48 v. 24.4.1970) nachweisen läßt. Zur Problematik ausf. *Baldamus* Die Reform der Kapitalrichtlinie, Diss. Jena 2002.

⁵¹ Dazu ausf. *Bayer* ZHR 163 (1999), 505, 529 ff.

schritts wird man auch eine Veröffentlichung auf der Homepage der AG für zulässig erachten können, sofern diese dem Zugriff der Aktionäre unterliegt. In beiden Varianten ist die Absicht zur Ausnutzung des genehmigten Kapitals mit Angabe der wesentlichen Eckdaten bekanntzumachen; hierbei ist darauf hinzuweisen, wo und in welcher Form der ausführliche Bericht eingesehen werden kann.⁵² Eine korrekte Mitteilung gem. § 15 WpHG genügt als Bekanntmachung.⁵³

Um den Zweck der Vorab-Berichterstattung nicht zu konterkarieren, darf die Verwaltung das genehmigte Kapital nicht vor Ablauf einer angemessenen Interventionsfrist auszunutzen.⁵⁴ Eine solche Wartefrist ist im Regel zumutbar und begründet keineswegs die Gefahr, daß das genehmigte Kapital als flexibles Instrument der Kapitalbeschaffung beeinträchtigt wird. Auch die Befürchtung, zum Opfer „räuberischer Aktionäre“ zu werden, stellt sich hier – anders im Anfechtungsklageverfahren – aus zwei Gründen nicht: Zum einen kann eine Intervention seitens der Aktionäre aus praktischen Gründen nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgen, so daß bis zu einer Entscheidung keine erhebliche zeitliche Verzögerung eintritt. Zum anderen werden Aktionäre nur bei wohl begründeter Erfolgsaussicht klagen, da sie andernfalls die strenge Haftung des § 945 ZPO riskieren.⁵⁵ Fehlt indes eine angemessene Berichterstattung oder ergibt sich aus dem Bericht, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausnutzung des genehmigten Kapitals zweifelsfrei nicht vorliegen, dann spricht nichts dagegen, jedem Aktionär die Möglichkeit einzuräumen, das rechtswidrige Handeln der Verwaltung zu stoppen, „bevor das Kind in den Brunnen gefallen ist“.

IV. Aktionärsschutz durch Wertprüfung

1. Europäisches Recht

Nach Art. 10 KapRL ist für Einlagen, die nicht Bareinlagen sind, vor Gründung der Gesellschaft ein Sachverständigenbericht zu erstellen (Abs. 1), in dem jede Einlage beschrieben, die angewandten Bewertungsmethoden genannt und im Ergebnis festgestellt wird, ob das Bewertungsergebnis

⁵² Wie hier auch *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 110, 112.

⁵³ Dazu *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 113.

⁵⁴ Zutreffend *Lutter* BB 1981, 861, 863; *ders.* (Fn 4), § 203 Rn 31; *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 135f.

⁵⁵ So auch *Cahn* ZHR 164 (2000), 113, 118; *ders.* ZHR 163 (1999), 554, 575; *Hüßfer* (Fn 4), § 203 Rn 39 aE; *Krieger* ZHR 163 (1999), 343, 355; gegen die Anwendung des § 945 ZPO allerdings *Hirte* (Fn 2), § 203 Rn 133. Zur Problematik des Gebühren- und Zuständigkeitsstreitwertes: *Cahn* ZHR 164 (2000), 113, 117f mwN.

„wenigstens der Zahl und dem Nennbetrag oder, wenn ein Nennbetrag nicht vorhanden ist, dem rechnerischen Wert und gegebenenfalls dem Mehrbetrag der dafür ausgegeben Aktien entsprechen“ (Abs. 2). Dieser Sachverständigenbericht ist nach Maßgabe von Art. 3 der PublizitätsRL⁵⁶ offenzulegen (Abs. 3), d.h. beim Handelsregister einzureichen. Ausnahmen von dieser Sacheinlagenprüfung im Rahmen der Gründung sind in Art. 10 Abs. 4 der KapRL vorgesehen.

Im Rahmen der Kapitalerhöhung (Artt. 25ff) wird in Art. 27 Abs. 2 S. 1 KapRL für Sacheinlagen ebenfalls ein Sachverständigenbericht gefordert, der vor der Durchführung der Erhöhung des gezeichneten Kapitals zu erstellen ist. Art. 27 Abs. 2 S. 3 bestimmt ergänzend, daß die Absätze 2 und 3 des Art. 10 anzuwenden sind. Sowohl der Mindestinhalt des Sachverständigenberichts (Art. 10 Abs. 2) als auch die Verpflichtung zur Offenlegung (Art. 10 Abs. 3) gelten somit nicht nur bei der erstmaligen Kapitalaufbringung, sondern auch bei jeder Erhöhung des Grundkapitals.

Dies bedeutet: Sollen als Gegenleistung für die ausgegebenen (neuen) Aktien Sacheinlagen in die AG eingebracht werden, so ist zwingend ein Sachverständigenbericht vorzulegen, durch den bestätigt wird, daß der Wert der Sacheinlage zumindest dem Nennwert, bei Stückaktien zumindest dem anteiligen rechnerischen Wert und – soweit die Aktien über dem Nennwert oder bei Stückaktien über dem anteiligen rechnerischen Wert ausgegeben werden – auch dem „Mehrbetrag“ entspricht. Die sachverständige Wertfeststellung erfaßt somit nach Art. 10 Abs. 2 sowohl bei der Gründung als auch – über den Verweis in Art. 27 Abs. 2 S. 3 – bei der Kapitalerhöhung nicht nur den Mindestausgabebetrag der (neuen) Aktien nach Art. 8 Abs. 1 der Kapitalrichtlinie, sondern auch ein etwaiges Aufgeld (Agio).

Dieses Auslegungsergebnis des Art. 10 Abs. 2 KapRL ist unbestritten. Nur klarstellend sei daher erwähnt, daß sich nicht einwenden läßt, die Formulierung sei unklar, weil sich der Textteil „und gegebenenfalls dem Mehrbetrag der dafür auszugebenden Aktien“ möglicherweise nur auf die unmittelbar vorangehende Alternative der Ausgabe von Stückaktien bezieht, nicht jedoch auf die Ausgabe von Nennbetragsaktien. Hiergegen spricht zum einen, daß Aktien ohne Nennbetrag nicht mit einem „Mehrbetrag“ ausgegeben werden können,⁵⁷ zum anderen aber insbesondere auch der Sinn der Regelung, der nämlich eindeutig darauf abzielt, daß im Falle einer Sacheinlage nicht nur die Gläubiger vor einer Aktienaussgabe unterpari geschützt werden sollen, sondern ebenso die Mitgesellschafter des Einlegers vor einer Überbewertung der Sacheinlage. Denn da ein Aufgeld im Regelfall immer dann festgesetzt wird,

⁵⁶ Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie v. 9.3.1986 (68/151/EWG), ABIEG Nr. L 65 v. 14.3.1968 S. 8 ff, abgedruckt bei *Lutter* (Fn 6), S. 104 ff.

⁵⁷ Zutreffend *Wiedemann* (Fn 8), § 183 Rn 82; ebenso *Hirte* DB 1995, 1113, 1114.

wenn die Aktienaussgabe zum Nennwert hinter dem Verkehrswert der (neuen) Aktien zurückbleibt, würden bei einer Überbewertung der Sacheinlage die Mitgründer bzw. im Falle der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen die vom Bezug der neuen Aktien ausgeschlossenen Altaktionäre sowohl im Hinblick auf ihre Stimmrechtsquote als auch im Hinblick auf ihre vermögensmäßige Beteiligung ungerechtfertigterweise benachteiligt. Vor einer solchen Benachteiligung soll die sachverständige Prüfung schützen, indem sie nicht nur feststellt, ob die Sacheinlage dem Mindestausgabebetrag der Aktien, sondern darüber hinaus auch einem festgesetzten Mehrbetrag entspricht.⁵⁸

Daß die Regelung des Art. 10 Abs. 2 KapRL nicht nur den Gläubiger-, sondern ausdrücklich auch den Aktionärsschutz bezweckt, ergibt sich eindeutig aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift: Sowohl die Kommission⁵⁹ als auch der Wirtschafts- und Sozialausschuß⁶⁰ und das Europäische Parlament⁶¹ hielten es für notwendig, daß ein Sachverständiger auch „zugunsten der Aktionäre“ überprüft, inwieweit der Wert der Sacheinlage dem „Wert der dafür auszugebenden Aktien“ entspricht. In diesem Sinne haben daher auch zahlreiche EU-Staaten und – im Vorgriff auf den beabsichtigten Beitritt – zuletzt Polen die Artt. 10 Abs. 2, 27 Abs. 2 der Kapitalrichtlinie in ihr innerstaatliches Recht umgesetzt.⁶²

2. Die Regelung im Aktiengesetz

a) Gründung

Für das Recht der Gründung bestimmt § 34 Abs. 2 AktG, daß über jede Prüfung schriftlich zu berichten ist; der Bericht der Gründungsprüfer ist beim Registergericht einzureichen und kann von jedermann eingesehen werden (Abs. 3). Der Prüfungsumfang erstreckt sich nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 AktG namentlich darauf, ob die vom Aktiengesetz geforderten Angaben der Grün-

⁵⁸ Ebenso Wiedemann (Fn 8), § 183 Rn 82; Hirte DB 1995, 1113, 1114; Meilicke DB 1996, 513, 514; Habersack (Fn 10), Rn 194; Drinkuth (Fn 10), S. 233; Bagel (Fn 7), S. 345; abw. – soweit ersichtlich – nur Kindler ZHR 158 (1994), 339, 361.

⁵⁹ AblEG Nr. C 48 v. 24. 4. 1970 S. 10.

⁶⁰ AblEG Nr. C 88 v. 5. 9. 1971 S. 3.

⁶¹ AblEG Nr. C 114 v. 11. 11. 1971 S. 20.

⁶² Ausf. Wiedemann (Fn 8), § 183 Rn 10ff; vgl. auch Schutte-Veenstra Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG, 1991, S. 54ff; Bagel (Fn 7), S. 156f (zu England), 232f (zu Belgien); zum polnischen Recht: Oplustil Gläubigerschutz durch reale Kapitalaufbringung im deutschen und polnischen Recht der Kapitalgesellschaften, 2001, speziell S. 262. Überblick über die europäischen Rechtsordnungen vor Inkrafttreten der Kapitalrichtlinie bei Lutter Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964, S. 251ff.

der zutreffen; nach § 34 Abs. 1 Nr. 2 AktG ist zu prüfen, „ob der Wert der Sacheinlagen ... den geringsten Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien oder den Wert der dafür zu gewährenden Leistung erreicht“.

Die Kommentierungen zu § 34 AktG enthalten durchgängig die Aussage, daß bei Sacheinlagen zu prüfen sei, „ob der Wert der Leistung wenigstens [den] geringste[n] Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien bzw. [den] Wert der entspr[echenden] Leistung erreicht“.⁶³ Die Prüfung habe zum vorrangigen Ziel, „im Interesse der realen Kapitalaufbringung eine Überbewertung der Gegenstände von Sacheinlagen ... aufzudecken und zu verhindern“.⁶⁴ Allgemein wird darauf hingewiesen, daß die gesetzliche Aufzählung nicht erschöpfend sei („namentlich“).⁶⁵ Daß die Überprüfung der Sacheinlage auch ein Aufgeld erfasst, wird allerdings in der Kommentarliteratur nicht ausdrücklich erwähnt.⁶⁶ Daher erscheint es fraglich, ob die Auffassung von *Habersack* zutrifft, wonach der deutsche Gesetzgeber Art. 10 Abs. 2 der KapRL korrekt in das innerstaatliche Gründungsrecht der AG umgesetzt habe.⁶⁷

Es ist vielmehr festzustellen, daß der Wortlaut des § 34 Abs. 1 Nr. 2 AktG – abgesehen von der Ergänzung der Vorschrift durch Art. 1 Nr. 9 StückAG⁶⁸ – völlig mit der Formulierung übereinstimmt, die im Rahmen der Aktienrechtsreform 1965 gewählt wurde und inhaltlich auf § 26 AktG 1937 zurückgeht.⁶⁹ Die inhaltliche Erweiterung des Prüfungsumfangs aufgrund von Art. 10 Abs. 2 der KapRL hat somit *gesetzestechisch* gerade keine Berücksichtigung gefunden.⁷⁰

Allerdings bestimmt § 36a Abs. 2 S. 3 AktG, daß der Wert der Sacheinlage „dem geringsten Ausgabebetrag und bei Ausgabe der Aktien für einen höheren als diesen auch dem Mehrbetrag entsprechen (muß)“. Die Einfügung dieser Vorschrift erfolgte ebenfalls im Rahmen der Umsetzung der KapRL; die Gesetzesbegründung enthält hierzu allerdings nur den lapidaren Hinweis, daß „Satz 3 des neuen Absatzes 2 ... für Sacheinlagen das auch für

⁶³ So *Hüffer* (Fn 4), § 34 Rn 3; iE ebenso *Röhrich* in *Großkomm*, 4. Aufl. 1997, § 34 Rn 8; *MünchKommAktG/Pentz*, 2. Aufl. 2001, § 34 Rn 17.

⁶⁴ So *Röhrich* (Fn 63), § 34 Rn 8; iE ebenso *Hüffer* (Fn 4), § 34 Rn 3 („Verbot der Unterpriemission“); *Pentz* (Fn 63), § 34 Rn 15 aE.

⁶⁵ *Kraft* in *Kölner Komm*, 2. Aufl. 1986, § 34 Rn 3; *Pentz* (Fn 63), § 34 Rn 9; *Röhrich* (Fn 63), § 34 Rn 3; *Hüffer* (Fn 4), § 34 Rn 2.

⁶⁶ Ausdrücklich verneinend allerdings *Hoffmann-Becking* in *MünchHdb AG*, Bd. IV 2. Aufl. 1999, § 4 Rn 25.

⁶⁷ *Habersack* (Fn 10), Rn 158.

⁶⁸ *StückaktienG* v. 25. 3. 1998, BGBl I S. 590ff.

⁶⁹ Dazu ausf. *Röhrich* (Fn 63), § 34 Rn 1; *Pentz* (Fn 63), § 34 Rn 1.

⁷⁰ Siehe auch *BegrRegE* zur Änderung des § 34 AktG im Rahmen der Umsetzung der Kapitalrichtlinie: BT-Drucks 8/1678 S. 1, 12.

Bareinlagen geltende Verbot der Unterpari-Emission (wiederhole)⁷¹.⁷¹ Diese Feststellung gilt jedoch nur für den ersten Halbsatz.

§ 36a Abs. 2 S. 3 AktG ist vielmehr eine Konkretisierung der in Art. 9 Abs. 2 der KapRL und allgemein bereits in § 36a Abs. 2 S. 1 AktG formulierten Verpflichtung, daß Sacheinlagen vollständig zu leisten sind. Diese Verpflichtung zur vollständigen Leistung schließt auch das Aufgeld mit ein. Für Bareinlagen – die nicht zwingend vollständig zu leisten sind (Art. 9 Abs. 1 der Kapitalrichtlinie) – besteht hinsichtlich des Aufgelds kein Unterschied: Das Agio ist stets vollständig zu leisten (§ 36a Abs. 1 S. 1 HS 2 AktG).⁷² Die Einhaltung der in § 36a AktG geforderten Voraussetzungen ist bei der Anmeldung zur Eintragung der AG in das Handelsregister zu versichern (§ 37 Abs. 1 S. 1 HS 1 AktG). Eine Nachweispflicht statuiert § 37 Abs. 1 S. 2 AktG nur für Bareinlagen. Diese Beschränkung wird in der Kommentarliteratur damit begründet, daß das Registergericht über die Einzelheiten der Wertverhältnisse bereits durch den Gründungsbericht nach § 32 Abs. 2 S. 1 AktG sowie den Bericht der Gründungsprüfer nach § 33 Abs. 1 und 2 AktG informiert werde.⁷³

Dies ist zutreffend. Auch ohne eine ausdrückliche Regelung in § 34 Abs. 1 Nr. 2 AktG folgt aus § 32 Abs. 2 S. 1 AktG, daß die Gründer zum Wertverhältnis der ausgegebenen Aktien im Verhältnis zur Sacheinlageleistung umfassend zu berichten haben; diese Berichterstattung der Gründer ist sowohl nach § 33 Abs. 1 AktG durch Vorstand und Aufsichtsrat zu prüfen als auch nach § 33 Abs. 2 Nr. 4 AktG durch Gründungsprüfer auf ihre Richtigkeit hin zu untersuchen, d.h. es ist im Gründungsprüfbericht gem. § 34 Abs. 1 AktG auch festzuhalten, in welcher Höhe ein Aufgeld zu erbringen ist und ob der Wert der Sacheinlage auch diesen Mehrbetrag abdeckt. Darüber hinaus kann das Registergericht im Rahmen seines materiellen Prüfungsrechts (§ 38 Abs. 1 AktG)⁷⁴ zusätzlich noch den Nachweis einer vollständigen – und somit auch das Aufgeld umfassenden – Leistung der Sacheinlage verlangen.⁷⁵

Im Ergebnis ist somit gewährleistet, daß trotz der mißverständlichen Formulierung in § 34 Abs. 1 Nr. 2 AktG der Wert einer Sacheinlage im Rahmen der Gründung umfassend überprüft wird; die Wertüberprüfung erstreckt sich insbesondere auch auf das Aufgeld.⁷⁶ Dieser Auffassung entspricht auch

⁷¹ BegrRegE zu § 36a AktG, BT-Drucks 8/1678 S. 1, 13.

⁷² Die Regelung des § 36a Abs. 1 AktG nF stimmt überein mit § 36 Abs. 2 S. 2 AktG aF.

⁷³ Röhrich (Fn 63), § 37 Rn 33 f; Pentz (Fn 63), § 37 Rn 44 aE; Hüffer (Fn 4), § 37 Rn 4.

⁷⁴ Zum Prüfungsrecht und zur parallelen Prüfungspflicht des Registergerichts ausf. die Jenaer Dissertation von Klepsch Prüfungsrecht und Prüfungspflicht der Registergerichte, 2002. Vgl. weiter Röhrich (Fn 63), § 38 Rn 5; Pentz (Fn 63), § 38 Rn 8, 12 ff.

⁷⁵ Zutreffend Röhrich (Fn 63), § 37 Rn 34.

⁷⁶ Abw. allerdings Hoffmann-Becking (Fn 66), § 4 Rn 25.

die Prüfungspraxis.⁷⁷ Entspricht die Sacheinlage nicht dem vollen Wert der dafür ausgegebenen Aktien, dann kann (und muß) das Registergericht die Eintragung ablehnen.⁷⁸ Die weniger restriktive Formulierung in § 38 Abs. 2 S. 2 AktG steht dieser Auffassung nicht entgegen; vielmehr hat es der Gesetzgeber – wohl versehentlich – versäumt, den auf die Aktienrechtsreform von 1965 zurückgehenden Wortlaut der Vorschrift an die neue Regelung in §§ 36a Abs. 2 S. 3, 37 Abs. 1 S. 1 AktG anzupassen.⁷⁹

b) Kapitalerhöhung

Dagegen erfolgt im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen keine umfassende Wertprüfung. Dies gilt sowohl für die reguläre Kapitalerhöhung als auch bei Ausnutzen eines genehmigten Kapitals. Die Praxis⁸⁰ folgt hier vielmehr der hM, nach der die gem. § 183 Abs. 3 S. 1 AktG vorgeschriebene Prüfung der Sacheinlage (übereinstimmend für das genehmigte Kapital: § 205 Abs. 3 S. 1 AktG)⁸¹ auf die Feststellung beschränkt sei, daß der geringste Ausgabebetrag der neuen Aktien erreicht sei, d.h. die neuen Aktien nicht unter pari ausgegeben werden. Ein höherer Ausgabebetrag solle unberücksichtigt bleiben; denn Zweck der Prüfung sei es allein, einen Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AktG auszuschließen, nicht dagegen, die Rechte der vom Bezugsrecht ausgeschlossenen Altaktionäre zu sichern.⁸² *Lutter* empfiehlt aus diesem Grund der Hauptversammlung, den Kapitalerhöhungsbeschluß bis zur Vorlage eines Sachverständigengutachtens zurückzustellen, wenn sie sichergehen wolle, daß die in Aussicht genommene Sacheinlage

⁷⁷ WP-Handbuch Bd II 11. Aufl. 1998 Rn C 77; ausf. *Schiller* AG 1992, 20, 21; *ders.* Gründungsrechnungslegung, 1990, S. 127 ff (wirtschaftswiss. Diss. Göttingen); *Angermayer* Wpg 1998, 914 ff; *dies.* Die aktienrechtliche Prüfung von Sacheinlagen, 1994, S. 215 ff (betriebswirtschaftl. Diss. Mannheim); *Penné* Die Prüfung der Sacheinlagen nach Aktienrecht, 1984, S. 239 ff; *Kupsch/Penné* Wpg 1985, 125, 128 f; zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten der KapRL: *Mutze* AG 1970, 324, 328; *Barz* in Großkomm, 3. Aufl. 1973, § 34 Anm 2; aA *Müller* Wpg 1969, 589, 593.

⁷⁸ So auch *Röhrich* (Fn 63), § 38 Rn 41 aE.

⁷⁹ Zutreffend *Röhrich* (Fn 63), § 27 Rn 100. Zur abw. Rechtslage bei der GmbH: *Scholz/Winter* GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 9c Rn 32; *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl. 2000, § 9c Rn 5; *Lutter/Hommelhoff* GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 9c Rn 18; *Rowedder/Rittner/Schmidt-Leithoff* GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 9c Rn 14 aE; *Hachenburg/Ulmer* GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 9c Rn 33; *Spiegelberger/Walz* GmbHG 1998, 761, 765; aA *Gefßler* BB 1980, 1385, 1387.

⁸⁰ WP-Handbuch Bd I, 12. Aufl. 2000, Rn Q 962 ff.

⁸¹ In der Kommentarliteratur zu § 205 Abs. 3 AktG wird stets pauschal auf § 183 Abs. 3 AktG verwiesen: *Lutter* (Fn 4), § 205 Rn 16; *Hüffer* (Fn 4), § 205 Rn 6; *Hirte* (Fn 2), § 205 Rn 15; *Hefermehl/Bungeroth* (Fn 11), § 205 Rn 4.

⁸² So *Lutter* (Fn 4), § 183 Rn 52; *Hüffer* (Fn 4), § 183 Rn 16; *Krieger* (Fn 38), § 56 Rn 41; *Hoffmann-Becking* (Fn 66), § 4 Rn 27; *Hefermehl/Bungeroth* (Fn 20), § 183 Rn 90 ff.

auch das Aufgeld abdecke.⁸³ Allein *Wiedemann* vertritt den entgegengesetzten Standpunkt.⁸⁴

Der hM ist nicht zu folgen. Sie verkennt die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, überinterpretiert den Wortlaut des ebensowenig wie § 38 Abs. 2 S. 2 AktG auf die neuen Sacheinlagevorschriften abgestimmten § 183 Abs. 3 AktG und verstößt zudem in methodisch bedenklicher Weise gegen das Gebot zur richtlinienkonformen Auslegung des umgesetzten innerstaatlichen Rechts.

Zunächst zur Entstehungsgeschichte: Die Vorschrift des § 183 Abs. 3 S. 1 AktG wurde im Rahmen der Umsetzung der KapRL neu geschaffen. Nach der Vorläuferregelung in § 184 Abs. 3 S. 1 AktG aF (Anmeldung des Kapitalerhöhungsbeschlusses) und § 188 Abs. 4 S. 1 AktG aF (Anmeldung und Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung) war im Rahmen einer Kapitalerhöhung eine Prüfung der Sacheinlage nur notwendig, wenn das Registergericht Zweifel hatte, ob der Wert der Sacheinlage den Nennbetrag der dafür auszugebenden Aktien erreichte.⁸⁵ Da jedoch Art. 27 Abs. 2 S. 1 KapRL zwingend vorschreibt, daß vor der Anmeldung der Kapitalerhöhung eine sachverständige Prüfung vorzunehmen ist, mußten diese Regelungen des AktG 1965 korrigiert werden. Im Rahmen der mit der inhaltlichen Änderung verbundenen Umstellung der Vorschriften⁸⁶ wollte der Gesetzgeber offensichtlich dem Vorbild der KapRL (Art. 27 Abs. 2 S. 3) folgen und die Einzelheiten der Prüfung durch einen Verweis auf die parallelen Gründungsvorschriften (Art. 10 Abs. 2 und 3) regeln.⁸⁷ Dieser Verweis ist jedoch gesetzestechisch völlig mißlungen.⁸⁸ Denn verwiesen wurde allein auf § 33 Abs. 3 bis 5 AktG (Person der Gründungsprüfer), § 35 AktG (Information, Vergütung der Gründungsprüfer) und § 34 Abs. 2 und 3 AktG (Prüfbericht, Einreichung beim Registergericht). Da somit § 34 Abs. 1 AktG ausgespart wurde, fehlt jegliche Regelung zum Prüfungsgegenstand. Diese Lücke wird von der hM ebenfalls gesehen.⁸⁹ Fehlerhaft gingen jedoch zunächst *Hefermehl/Bungeroth* davon aus, daß der Gesetzgeber mit der Neuregelung allein die bisherige fakultative Wertprüfung der Sacheinlage (§§ 184 Abs. 3, 188 Abs. 4 AktG aF) durch die von der KapRL vorgeschriebene obligatorische

⁸³ *Lutter* (Fn 4), § 183 Rn 52.

⁸⁴ *Wiedemann* (Fn 8), § 183 Rn 82; ihm folgend nunmehr *Priester* FS *Luther* 2000, S. 617, S. 622 ff.

⁸⁵ *Hefermehl/Bungeroth* (Fn 20), § 183 Rn 84; vgl. weiter *Wiedemann* in *Großkomm*, 3. Aufl. 1971, § 184 Anm. 5; § 188 Anm. 6; *Lutter* in *Kölner Komm*, 1. Aufl. 1985, § 184 Rn 14, § 188 Rn 16.

⁸⁶ Dazu *BegrRegE* zu § 183 Abs. 3 AktG, BT-Drucks 8/1678 S. 1, 18.

⁸⁷ So ausdrücklich *BegrRegE* ebd.

⁸⁸ So auch die hM: *Krieger* (Fn 38), § 56 Rn 41; *Hefermehl/Bungeroth* (Fn 20), § 183 Rn 91 („Wortlaut seltsam undeutlich“); vgl. auch *Lutter* (Fn 4), § 183 Rn 52; ebenfalls kritisch *Wiedemann* (Fn 8), § 183 Rn 82.

⁸⁹ So auch *Hefermehl/Bungeroth* (Fn 20), § 183 Rn 91; *Hüffer* (Fn 4), § 183 Rn 16.

Prüfung ersetzen, nicht jedoch den Prüfungsgegenstand ändern wollte.⁹⁰ *Lutter* und *Hüffer* haben sich dieser Sichtweise angeschlossen.⁹¹

Dieses Mißverständnis resultiert offensichtlich daraus, daß in § 183 Abs. 3 S. 3 AktG – ebenso wie in § 38 Abs. 2 S. 2 AktG – formuliert ist, daß das Registergericht die Eintragung der Kapitalerhöhung (und zwar sowohl des Kapitalerhöhungsbeschlusses als auch die Durchführung der Kapitalerhöhung)⁹² ablehnen kann, „wenn der Wert der Sacheinlage nicht unwesentlich hinter dem geringsten Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien zurückbleibt“. Diese Formulierung wurde aus den Vorgängerregelungen der §§ 184 Abs. 3 S. 3, 188 Abs. 4 S. 3 AktG aF inhaltlich unverändert übernommen. Entgegen der hM folgt aus dem Wortlaut jedoch keine materielle Beschränkung der Prüfungs- oder Zurückweisungskompetenz des Registergerichts. Denn es ist unbestritten, daß ebenso wie bei der Gründung auch bei der Kapitalerhöhung das festgesetzte Aufgeld vom Aktienerwerber vollständig zu leisten ist (§ 188 Abs. 2 S. 1 iVm § 36a AktG).⁹³ Dies haben der Vorstand und der Vorsitzende des Aufsichtsrats bei der Anmeldung zur Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung zu versichern (§ 188 Abs. 1, Abs. 2 iVm § 37 AktG).⁹⁴ Ebenso wie bei der Gründung ist aber auch das Prüfungsrecht des Registergerichts nicht auf die Einhaltung der Kapitalaufbringung im Gläubigerinteresse beschränkt; in gleicher Weise wie dort der zu enge Wortlaut des § 38 Abs. 2 S. 2 AktG im Wege einer teleologischen und systematischen Auslegung überwunden wird, stellt auch hier der zu enge Wortlaut des § 183 Abs. 3 S. 3 AktG keine Grenze für das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registergerichts dar.⁹⁵ Es wäre auch geradezu widersinnig, den Gegenwert des Agios zwar bei der Gründung mit zu berücksichtigen, dagegen bei der Kapitalerhöhung unberücksichtigt zu lassen – gerade hier wird doch der über dem geringsten Ausgabebetrag festgesetzte Mehrbetrag wirtschaftlich wirklich bedeutsam.⁹⁶

Ohne eine sachverständige Wertprüfung der Sacheinlage kann jedoch das Registergericht eine solche gebotene Prüfung der Kapitalerhöhung nicht vornehmen. Ebensowenig können sich die Altaktionäre durch Einsicht in den

⁹⁰ *Hefermehl/Bungeroth* (Fn 20), § 183 Rn 91; iE ebenso bereits *Krieger* (Fn 8), § 56 Rn 36.

⁹¹ *Lutter* (Fn 4), § 183 Rn 52; *Hüffer* (Fn 4), § 183 Rn 16.

⁹² *Hefermehl/Bungeroth* (Fn 20), § 183 Rn 93; *Wiedemann* (Fn 8), § 183 Rn 84.

⁹³ *Hüffer* (Fn 4), § 188 Rn 5, 9; *Lutter* (Fn 4), § 188 Rn 27f.

⁹⁴ *Hüffer* (Fn 4), § 188 Rn 3, 9; *Lutter* (Fn 4), § 188 Rn 33.

⁹⁵ So iE auch *Wiedemann* (Fn 8), § 183 Rn 85, § 184 Rn 23; aA die hM: *Hüffer* (Fn 4), § 183 Rn 16, 18, § 184 Rn 6, § 188 Rn 21; *Krieger* (Fn 38), § 56 Rn 55; *Hefermehl/Bungeroth* (Fn 20), § 183 Rn 92, 98; *Lutter* (Fn 4), § 183 Rn 52. Die zitierte abw. Entscheidung OLG Frankfurt/M AG 1976, 298, 303 ist dagegen ohne Aussagekraft, da sie noch vor der Umsetzung der KapRL getroffen wurde.

⁹⁶ Dies wird explizit auch von *Lutter* (Fn 4), § 183 Rn 52 zugestanden.

beim Registergericht aufbewahrten Prüfungsbericht (§§ 37 Abs. 6 analog, 188 Abs. 5 AktG, 9 Abs. 1 HGB)⁹⁷ über den Wert der Sacheinlage informieren.

Die Auslegung des § 183 Abs. 3 AktG durch die hM und die Anwendung der Vorschrift in der Praxis verstößt eindeutig gegen Art. 27 Abs. 2 iVm Art. 10 Abs. 2 der KapRL.⁹⁸ Denn die KapRL beschränkt sich gerade nicht auf die sachverständige Prüfung der realen Kapitalaufbringung und somit allein auf den Schutz der AG-Gläubiger, sondern verlangt im Interesse der Altaktionäre zusätzlich eine sachverständige Prüfung hinsichtlich eines festgesetzten Aufgelds (IV. 1.).

Die Erkenntnis, daß der Gesetzgeber die Vorgaben der KapRL insoweit nur technisch unzulänglich in das Aktiengesetz umgesetzt hat, kann jedoch nur ein Zwischenergebnis darstellen. Weder aus dem Wortlaut der innerstaatlichen Regelung noch aus den Gesetzesmaterialien läßt sich auch nur ansatzweise erkennen, daß der Gesetzgeber von der KapRL bewußt abweichen wollte.

Methodisch korrekt ist es,⁹⁹ die Vorschrift des § 183 Abs. 3 S. 1 und 2 AktG richtlinienkonform dahin auszulegen, daß auch im Rahmen einer Kapitalerhöhung eine sachverständige Prüfung iSv Artt. 27 Abs. 2, 10 Abs. 2 KapRL stattzufinden hat, d.h. daß nicht nur festzustellen ist, daß der geringste Ausgabebetrag der neuen Aktien erreicht ist, sondern darüber hinaus, daß auch ein festgesetztes Aufgeld vom Wert der Sacheinlage abgedeckt wird.¹⁰⁰ Erfolgt die Eintragung der Kapitalerhöhung und stellt sich später heraus, daß die Sacheinlage den (vollen) Ausgabebetrag der neuen Aktien unterschreitet, dann ist es nicht ausgeschlossen, daß der Registerrichter nach den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts für Schäden haftbar gemacht werden kann.¹⁰¹

⁹⁷ Hefermehl/Bungeroth (Fn 20), § 184 Rn 50, § 188 Rn 89; Lutter (Fn 4), § 188 Rn 47; Hüffer (Fn 4), § 188 Rn 19.

⁹⁸ So zutreffend bereits Habersack (Fn 10), Rn 194 im Anschluß an Hirte DB 1995, 1113, 1114; Meilicke DB 1996, 513, 514; ebenso Drinkuth Kapitalrichtlinie (Fn 10), S. 234; Bagel (Fn 7), S. 347.

⁹⁹ Zur (vorrangigen) richtlinienkonformen Auslegung innerstaatlicher Vorschriften, die vom europäischen Recht herrühren: EuGH in st. Rspr.; zB Slg. 1984–1891, 1909 Rn 26 (von Colson u. Kamann); Slg. 1990 I – 4135, 4158 Rn 8ff (Marleasing); Slg. 1994 I – 3325, 3357 Rn 26 (Faccini Dori); vgl. weiter Zuleeg ZGR 1980, 466ff; Kirchhoff DB 1989, 2261ff; Everling ZGR 1992, 376ff; Lutter JZ 1992, 593, 595ff; M. Schmidt RabelsZ 59 (1995), 569ff; Ehrlicke RabelsZ 59 (1995), 598ff; Schwab ZGR 2000, 445, 464ff; siehe auch Pawlowski Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 363f, 1052f, 1067ff.

¹⁰⁰ Wie hier auch Meilicke DB 1996, 513, 514; Drinkuth Kapitalrichtlinie (Fn 10), S. 234; Bagel (Fn 7), S. 347.

¹⁰¹ EuGH NJW 1992, 165, 166f (Francovich); EuGH NJW 1996, 3141, 3142f (MP Travel Line); EuGH NJW 1996, 1267, 1269f (Brasserie du Pêcheur); BGHZ 134, 30, 36ff = NJW 1997, 123, 124f (Brasserie du Pêcheur [i.E. verneint]); umfassend zur Problematik: Detterbeck VerwArch 1994, 160ff; Prieß NVwZ 1993, 118ff; Ossenbühl DVBl 1992, 993ff; Pieper NJW 1992, 2454ff; Geiger DVBl 1993, 465ff.

V. Vorschläge der Regierungskommission Corporate Governance und Empfehlungen an den Gesetzgeber

Die am 29. Mai 2000 vom Bundeskanzler eingesetzte Regierungskommission Corporate Governance hat sich nach intensiver Diskussion der Problematik *gegen* eine ausdrückliche gesetzliche Vorab-Informationspflicht im Falle der Ausnutzung eines genehmigten Kapitals ausgesprochen.¹⁰² Sie schlägt vielmehr eine „zeitnahe (auch nachträgliche) schriftliche Berichterstattung entsprechend § 186 Abs. 4 S. 2 AktG vor. Der Bericht sei beim Handelsregister einzureichen und bekanntzumachen. Die Geheimhaltungsvorschriften der §§ 293 a Abs. 2 AktG, 8 Abs. 2 UmwG seien jedoch entsprechend anzuwenden.¹⁰³

Diese – unter der Prämisse einer einstimmigen Beschlußfassung zustande gekommene – Kompromißregelung ist sicherlich eine Verbesserung gegenüber der aktuellen Praxis, die über Kapitalerhöhungen gem. §§ 202 ff AktG im Regelfall nur in knappster Form im Anhang des Jahresabschlusses (§ 160 Abs. 1 Nr. 3 AktG) berichtet. Sie boykottiert jedoch ganz bewußt präventive Abwehrmaßnahmen der Aktionäre und kann daher im Ergebnis nicht überzeugen [dazu III. 2. b)].

Die Regierungskommission Corporate Governance schlägt weiterhin vor, die Wertprüfung nach § 183 Abs. 3 AktG nach dem Vorbild des § 52 Abs. 1 S. 1 AktG auszubauen; so sollen Sacheinlagen, die von Aktionären erbracht werden, die mit mehr als 10 % am Grundkapital der AG beteiligt sind, einer umfassenden Wertprüfung unterzogen werden.¹⁰⁴ Dieser Vorschlag beruht auf der irrigen Annahme, daß nach der *lex lata* nur zu überprüfen ist, ob der geringste Ausgabebetrag der neuen Aktien erreicht ist. Aufgrund der verbindlichen Vorgabe der Artt. 27 Abs. 2, 10 Abs. 2 KapRL greifen die Überlegungen der Kommission daher zu kurz.

Dem Gesetzgeber ist vielmehr zu empfehlen, die KapRL gesetzestechisch korrekt umzusetzen und sowohl im Rahmen der Gründung als auch im Rahmen der Kapitalerhöhung die Sacheinlageprüfung durch Sachverständige und Registergericht präzise anzuordnen. Darüber hinaus sollte bei Ausnutzen des genehmigten Kapitals im Interesse des Aktionärsschutzes eine Vorab-Berichterstattung gesetzlich angeordnet und auf diese Weise die bestehenden Kontrolldefizite beseitigt werden. Die aktuelle Praxis genügt jedenfalls nicht den Grundsätzen einer „good Corporate Governance“.

¹⁰² Baums (Hrsg.) Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rn 230.

¹⁰³ Bericht der Regierungskommission Corporate Governance (Fn 102), Rn 231.

¹⁰⁴ Bericht der Regierungskommission Corporate Governance (Fn 102), Rn 232.

Abfindungsklauseln nach dem Tod des Gesellschafters einer OHG und Pflichtteils- ergänzungsansprüche

KARLHEINZ BOUJONG

I. Einführung in die Problematik

Der Bundesgerichtshof unterwirft in seiner neueren Rechtsprechung gesellschaftsvertragliche Abfindungsbeschränkungen unter Lebenden in zunehmendem Maße einer richterlichen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle.¹ In einem gewissen Kontrast dazu steht die großzügige Beurteilung von gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln, die beim Tode eines Gesellschafters eingreifen. Für diesen Fall hält der Bundesgerichtshof einen vollständigen Ausschluss der Abfindungsansprüche der weichenden Erben zugunsten der überlebenden Gesellschafter für zulässig.² Diese Judikatur setzt der Bundesgerichtshof auch fort, seit er Abfindungsbeschränkungen unter Lebenden einer eingehenden Kontrolle unterzieht.³

Zu einer wertenden Betrachtung der Angemessenheit von Abfindungsbeschränkungen für den Todesfall gehört indessen auch die Frage nach Pflichtteilsansprüchen (§ 2303 BGB) und Pflichtteilsergänzungsansprüchen (§ 2325 BGB) weichender Erben. Dieser Problematik soll hier im Blick auf Abfindungsklauseln in der OHG ohne Anspruch auf auch nur annähernd erschöpfende Behandlung nachgegangen werden. Dass eine solche Skizze dem Jubilar gewidmet wird, findet seine Rechtfertigung schon darin, dass sein durch eine Reihe von wissenschaftlichen Publikationen dokumentiertes Interesse von jeher auch den gesellschaftsrechtlichen Abfindungsbeschränkungen⁴ und den Verflechtungen zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht⁵ gilt.

¹ Vgl. BGHZ 116, 359, 368 f; BGHZ 123, 281; BGHZ 126, 226, 239 ff; BGH NJW 1993, 2101, 2102; Kritik an dieser Judikatur etwa bei *Dauner-Lieb* ZHR 158 (1994), 271 ff; *Rasner* ZHR 158 (1994), 292 ff; *Sigle* ZGR 1999, 659, 663 ff; s. auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 50 IV 2 c.

² BGHZ 22, 186, 194 f; BGHZ 50, 316, 318; BGH WM 1971, 1338 f; zustimmend die hM, vgl. *Lorz* in *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, 2001, § 131 Rn 120 mit Nachweisen zum Streitstand in Fn 265.

³ BGHZ 135, 387, 390.

⁴ Vgl. etwa *Ulmer* in FS Quack, 1991, S. 477 ff.

⁵ S. zB *Ulmer* ZGR 1972, 195 ff; *ders.* NJW 1984, 1496 ff; *ders.* in FS Schilling, 1973, S. 79 ff.

II. Ausscheiden des Erben aus der Gesellschaft nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB

1. Rechtsfolgen bei Fehlen einer Abfindungsbeschränkung

Bei Personengesellschaften sind für den Fall des Todes eines Gesellschafters verschiedene gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zulässig, die sich schlagwortartig mit den Begriffen Fortsetzungsklausel, (qualifizierte) Nachfolgeklausel und Eintrittsklausel umschreiben lassen.⁶ Diese Klauseln lösen auch unterschiedliche erbrechtliche Rechtsfolgen aus. Rechtliche Komplikationen können auftreten, wenn der Wert der Gesellschaftsbeteiligung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden am Nachlass „vorbeigesteuert“ wird.

a) Nach § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB nF hat der Tod des Gesellschafters einer OHG mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung sein Ausscheiden zur Folge. Seine Erben werden daher nicht Gesellschafter. Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen wächst den verbliebenen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer bisherigen Anteile an (vgl. § 105 Abs. 3 HGB iVm § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB). Den Erben steht nur der Anspruch auf das Abfindungsguthaben gegen die Gesellschaft zu (§ 738 Abs. 1 Satz 2 BGB), das in den Nachlass des verstorbenen Gesellschafters fällt.⁷ Wenn im Gesellschaftsvertrag keine Abfindungsbeschränkung vereinbart ist, wird der Abfindungsbetrag nach dem vollen wirtschaftlichen Wert (Verkehrswert) des Gesellschaftsanteils auf der Grundlage eines lebenden Unternehmens berechnet.⁸ Da hiernach keine unentgeltliche Zuwendung und somit keine auch nur (gemischte) Schenkung vorliegt, ist für einen Pflichtteilsergänzungsanspruch der Erben gegen die Gesellschaft oder die Gesellschafter kein Raum.

b) Das gilt im Ergebnis auch für den Tod eines Gesellschafters in einer Zweipersonengesellschaft. Diese erlischt ohne Liquidation unter Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den allein verbliebenen Gesellschafter. Dieser hat die Erben des ausgeschiedenen Gesellschafters nach § 738 Abs. 1 BGB abzufinden.⁹

⁶ Überblick über diese Klauseln bei Lorz (Fn 2), § 139 Rn 1, 2.

⁷ BGHZ 91, 132, 135 f; BGHZ 98, 48, 51; BGHZ 108, 187, 192; Lorz (Fn 2), § 131 Rn 42; von Gerkan in Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, 2. Aufl. 2001, § 131 Rn 17.

⁸ BGHZ 17, 130, 136; BGHZ 116, 359, 370; Lorz (Fn 2), § 131 Rn 63; Ulmer in Münch-KommBGB, 3. Aufl. 1997, § 738 Rn 26.

⁹ Lorz (Fn 2), § 131 Rn 43; Ulmer (Fn 8), § 730 Rn 10.

2. Gründe für Abfindungsbeschränkungen; Mängel solcher Klauseln

Der Gesellschaftsvertrag kann für den Fall des Ausscheidens der Erben des Gesellschafters nach § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB eine Kürzung oder den völligen Ausschluss des Abfindungsanspruchs vorsehen.¹⁰ Derartige Abfindungsregelungen dienen legitimerweise dazu, die Liquidität der Gesellschaft zu schonen, die Berechnung der Abfindung zu vereinfachen und eine Verfügung über den Anteilswert auf den Todesfall zu ermöglichen.¹¹ Die Erben können sich auf Mängel von Abfindungskürzungen¹² berufen,¹³ was insbesondere für allgemeine, nicht nur für den Fall des § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB geltende Beschränkungen von Bedeutung sein kann. Ist die Klausel – was selten der Fall sein wird – schon beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages nichtig, steht dem Erben die volle Abfindung nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB zu.¹⁴ Tritt die Unwirksamkeit einer Beschränkung erst im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses ein, weil der vereinbarte Abfindungswert (insbesondere bei einer Buchwertklausel) und der tatsächliche Anteilswert in einem für den Erben unzumutbaren Ausmaß divergieren, so ist die Abfindungshöhe nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung den veränderten Umständen anzupassen.¹⁵

III. Fortsetzung der Gesellschaft ohne Erben unter Ausschluss von Abfindungsansprüchen

1. Kein Formzwang nach § 2301 Abs. 1 BGB

Wenn die Gesellschaft vertragsgemäß nicht mit den Erben fortgesetzt wird und der Gesellschaftsvertrag einen nach hM zulässigen Abfindungsausschluss (vgl. oben unter II 1a) enthält, können sich in erbrechtlicher, insbesondere in pflichtteilsrechtlicher Hinsicht Probleme ergeben. Es ist allerdings anerkannt, dass die Formvorschrift des § 2301 Abs. 1 BGB keine Anwendung findet, da es sich um eine gesellschaftsrechtliche Verfügung unter Lebenden (den Gesellschaftern) auf den Todesfall handelt.¹⁶ Der Anteil des

¹⁰ *Lange/Kuchinke* Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 5 VI 3 a, b; *Kollbosser* in MünchKomm-BGB (Fn 8), § 516 Rn 73.

¹¹ *Ulmer* (Fn 8), § 738 Rn 30; *K. Schmidt* (Fn 1), § 50 IV 2b.

¹² Vgl. die Entscheidungen in Fn 1.

¹³ *Lange/Kuchinke* (Fn 10), § 5 VI 3 b Fn 289.

¹⁴ BGHZ 116, 359, 375 f; BGH NJW 1989, 2685, 2686.

¹⁵ BGHZ 123, 281, 284 ff; BGH NJW 1993, 2101, 2102.

¹⁶ *K. Schmidt* (Fn 1), § 45 V 2b; *Ulmer* (Fn 8), § 738 Rn 49; im Ergebnis allg. Auffassung, vgl. etwa BGH WM 1971, 1338, 1339; *Lange/Kuchinke* (Fn 10), § 5 VII 3 a Fn 286; *Lorz* (Fn 2), § 131 Rn 120. Die Frage, ob keine Schenkung oder aber eine zu Lebzeiten des

verstorbenen Gesellschafters oder ein Abfindungsguthaben fällt daher nicht in den Nachlass, so dass insoweit nicht der ordentliche Pflichtteil (§ 2311 BGB) verlangt werden kann.¹⁷

2. *Schenkung des Erblassers an Mitgesellschafter als Voraussetzung für Pflichtteilsergänzungsansprüche der weichenden Erben*

a) Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob die weichenden Erben gegen die begünstigten Mitgesellschafter des Erblassers Pflichtteilsergänzungsansprüche nach §§ 2325, 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB geltend machen können. Das setzt eine Schenkung des Erblassers an seine Mitgesellschafter voraus. § 2325 BGB verwendet den Schenkungsbegriff des § 516 BGB.¹⁸ Erforderlich ist demnach, dass die Mitgesellschafter objektiv aus dem Vermögen des Erblassers bereichert sind und beide Seiten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig waren. In der Frage, ob der den verbliebenen Gesellschaftern durch Anwachsung (vgl. oben unter II 1 a) zugeflossene Vermögenszuwachs entgeltlichen oder unentgeltlichen Charakter hat, herrscht Streit.

b) Einseitige Ausschlüsse oder Beschränkungen des Abfindungsanspruchs, die nur zu Lasten der Erben einzelner Gesellschafter vereinbart werden, sind zwar nach ganz hM als Schenkung oder gemischte Schenkung unter Lebenden des betroffenen Gesellschafters an seine Mitgesellschafter zu qualifizieren.¹⁹

c) Die Rechtsprechung²⁰ und ein erheblicher Teil des Schrifttums²¹ verneinen aber eine entgeltliche Zuwendung, wenn zwischen allen Gesellschaftern (wechselseitig) Abfindungsansprüche für ihre Erben ausgeschlossen oder beschränkt sind. Die Entgeltlichkeit wird dabei vor allem aus der „aleatorischen“ Natur der gesellschaftsvertraglichen Abmachung hergeleitet: jeder Gesellschafter erwerbe die gleiche Chance, am Anteil des verstorbenen Mit-

Erblassers vollzogene Schenkung (§§ 2301 Abs. 2, 518 Abs. 2 BGB) vorliegt, spielt daher nach der hier vertretenen Auffassung keine Rolle.

¹⁷ Soergel/Dieckmann BGB, 12. Aufl. 1992, § 2311 Rn 25; Schlegelberger/K. Schmidt HGB, 5. Aufl. 1992, § 138 Rn 66; K. Schmidt (Fn 1), § 45 V 2b; Lange/Kuchinke (Fn 10), § 5 VI 3a Fn 286.

¹⁸ BGHZ 59, 132, 135; BGHZ 116, 178, 180f: Einstufung der unbenannten Zuwendung unter Ehegatten als Schenkung.

¹⁹ Frank in MünchKommBGB, 3. Aufl. § 2325 Rn 16; Olshausen in Staudinger, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2325 Rn 31.

²⁰ BGHZ 22, 186, 194; BGH DNotZ 1966, 620, 622; BGH NJW 1981, 1956, 1957; offengelassen von BGH WM 1971, 1338, 1340f.

²¹ Olshausen (Fn 19), § 2325 Rn 33, 34 unter Betonung des Bestandschutzes der Gesellschaft; Lorz (Fn 2), § 131 Rn 120; K. Schmidt (Fn 1), § 45 V 2c; Klingelhöffer Pflichtteilsrecht, 1996, Rn 340; Ebenroth Erbrecht, 1992, Rn 519; Erman/Schlüter BGB, 10. Aufl. 2000, § 2311 Rn 6; Michalski OHG-Recht, 2000, § 131 Rn 63, 64.

gesellschafters zu partizipieren, gehe aber auch das gleiche Risiko ein, selbst vorzuversterben mit der Folge, dass seine Erben am Wert seines Anteils nicht beteiligt werden (Wagnisgeschäft). Auch nach dieser Meinung fehlt es jedoch an der Entgeltlichkeit, wenn infolge sehr unterschiedlicher Lebenserwartung der verschiedenen Gesellschafter beim Vertragsschluss von einem groben Missverhältnis des Risikos auszugehen war.²² Dann liegt zumindest eine gemischte Schenkung vor.

IV. Entgeltliche Zuwendung bei allseitigem Abfindungsausschluss

Eine Gegenmeinung, die im Schrifttum zunehmend Anhänger findet, lehnt den aleatorischen Charakter des allseitigen Ausschlusses (bzw. der Beschränkung) des Abfindungsanspruchs ab und geht von einer (teil-)entgeltlichen Zuwendung aus.²³ Diese Meinung stützt sich auf überzeugende Argumente und verdient Zustimmung.

1. Kein gegenseitiges unentgeltliches Wagnisgeschäft

Entgegen der überwiegenden Ansicht sind das Risiko des Anteilsverlustes der Erben beim Tod eines Gesellschafters und die Chance des eigenen Vermögenszuwachses beim Tod eines Mitgesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht im Sinne von Leistung und Gegenleistung (do ut des) miteinander verknüpft.²⁴ Zwar wird sich jeder Gesellschafter auf den Abfindungsausschluss nur im Hinblick auf die korrespondierenden Erklärungen seiner Mitgesellschafter einlassen. Aber diese Vorstellung bildet nur das Motiv für eine gemeinsame gesellschaftsvertragliche Nachlassregelung im Interesse der Bestandserhaltung der Gesellschaft. Dem Regelungsgehalt des allseitigen Abfindungsausschlusses wird daher das vorherrschende Verständnis eines gegenseitigen entgeltlichen Wagnisgeschäftes nicht gerecht.²⁵ Der Abfin-

²² BGH NJW 1981, 1956, 1957; *Lange/Kuchinke* (Fn 10), § 37 X 2i; *Lorz* (Fn 2), § 131 Rn 120; *Michalski* (Fn 21), § 131 Rn 63.

²³ *Heckelmann* Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, 1973, S. 76ff, 89; *Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 461ff, 467; *Frank* (Fn 19), § 2325 Rn 16; *Ulmer* (Fn 8), § 738 Rn 49; *Soergel/Dieckmann* (Fn 17), § 2325 Rn 27; vgl. auch *Kollhosser* (Fn 10), § 516 Rn 74–76, der sich zwar gegen die Rechtsfigur des aleatorischen Geschäfts wendet, die Frage nach der Unentgeltlichkeit (und damit der Schenkung) aber durch Auslegung klären will, was eine für die praktische Rechtsanwendung wenig hilfreiche Verlagerung des Problems darstellt.

²⁴ Allgemein zum Erfordernis der gegenseitigen Abhängigkeit der Leistungspflichten BGHZ 15, 102, 105; *Emmerich* in MünchKommBGB (Fn 8), § 320 Rn 3.

²⁵ Vgl. zum Ganzen die in Fn 23 Genannten, insbesondere die eingehenden Ausführungen von *Heckelmann* und *Huber*, jeweils aaO.

dungsausschluss ist demnach mit der skizzierten Gegenmeinung als eine unentgeltliche Zuwendung an die begünstigten Mitgesellschafter einzustufen, die Pflichtteilergänzungsansprüche auslösen kann.

2. *Kein Vorrang des Bestandsinteresses der Gesellschaft vor der erbrechtlichen Zuordnung*

a) Die Verneinung solcher Ansprüche wird von der vorherrschenden Meinung mitunter auch darauf gestützt, dass es sich bei dem Abfindungsausschluss um eine Abrede mitgliedschaftsrechtlicher Art handele, die als integrierender Bestandteil des Gesellschaftsvertrages im Interesse des Fortbestandsschutzes auf eine ungeschmälerte Erhaltung des Gesellschaftsvermögens gerichtet sei. Das Recht des Pflichtteils und der Pflichtteilergänzung, so wird geltend gemacht, müssten ihre Grenze da finden, wo die Gesellschafter den Bestand ihres Unternehmens über die erbrechtliche Zuordnung gestellt hätten.²⁶

Diese Auffassung, die auf einen Vorrang des gesellschaftsvertraglichen Abfindungsausschlusses vor den Wertungen des Pflichtteils(ergänzungs)-rechts hinausläuft, kann nicht gebilligt werden.²⁷

b) Die mitgliedschaftsrechtliche Wurzel der Klausel ändert nichts daran, dass sie eine unter den Schenkungsbegriff des § 2325 BGB fallende Bereicherung der Mitgesellschafter des Verstorbenen bewirkt.²⁸ Diese Beurteilung wird auch vom Normzweck der Vorschriften über die Pflichtteilergänzung gedeckt. Dieser ist darauf gerichtete, die zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehörenden nächsten Angehörigen (§ 2303 BGB) davor zu schützen, dass der Erblasser durch Schenkungen unter Lebenden den Pflichtteilsanspruch beeinträchtigt.²⁹

Es ist zwar nicht zu verkennen, dass die strenge gesetzliche Ausgestaltung des Pflichtteils(ergänzungs)rechts beim Übergang von Personengesellschaftsanteilen zu erheblichen Liquiditätsproblemen führen kann. Dieser Umstand rechtfertigt es aber nicht, den Gesellschaftern die Befugnis einzuräumen, durch einen gesellschaftsvertraglichen Abfindungsausschluss die Anwendung des § 2325 BGB zu verhindern. Das verbietet schon der erwähnte Schutzzweck dieser Vorschrift. Das Pflichtteilsrecht (und damit auch

²⁶ S. z.B. *Rittner* FamRZ 1961, 505, 510f; *Olshausen* (Fn 9), § 2325 Rn 34; BGH DNotZ 1966, 620, 622; offengelassen in BGH WM 1971, 1338, 1340.

²⁷ Ablehnend *Frank* (Fn 19), § 2325 Rn 16; *Soergel/Dieckmann* (Fn 17), § 2325 Rn 27; *Heckelmann* (Fn 23), S. 72 ff; kritisch auch *Heymann/Emmerich* HGB, Bd 2, 2. Aufl. 1996, § 138 Rn 44, 49.

²⁸ *Soergel/Dieckmann* (Fn 17): keine Überlagerung des vermögensrechtlichen Zuweisungserfolges.

²⁹ BGH NJW 1988, 821, 822.

§ 2325 BGB) gehört zu den wesentlichen Strukturelementen des deutschen Erbrechts.³⁰ Die grundsätzliche Abdingbarkeit des § 738 BGB³¹ stellt nicht auch § 2325 BGB insoweit zur Disposition der Gesellschafter. Dem Gesetz lassen sich auch keine Wertungen entnehmen, die im Interesse der Bestandserhaltung des Gesellschaftsunternehmens eine Aufweichung des strengen Pflichtteilsrechts gestatten.³² Das zulässige rechtliche Instrument, um die Anwendung des § 2325 BGB zu verhindern, ist ein Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB.

c) Unter der Herrschaft des geltenden Rechts der §§ 2303 ff BGB können Gesichtspunkte, die eine Reform dieser Vorschriften als berechtigt erscheinen lassen mögen,³³ nicht dazu herangezogen werden, den Schutz der Pflichtteilsberechtigten zu reduzieren. Eine derartige „Rechtsfortbildung“ verbietet schon der eindeutige Wortlaut des Gesetzes,³⁴ vor allem des § 2325 BGB. Die gesetzgeberischen Wertentscheidungen, die dem Pflichtteilsrecht zugrunde liegen, dürfen nicht im Wege der Rechtsfortbildung und Auslegung modifiziert werden. So kann z. B. der Pflichtteilergänzungsanspruch des weichenden Gesellschaftererben nicht davon abhängig gemacht werden, dass er zur Schaffung und/oder Mehrung des Erblasservermögens beigetragen hat. Im Gegenteil hat es die Rechtsprechung als ihre legitime Aufgabe angesehen, zum Schutze der Pflichtteilsberechtigten der Tendenz entgegenzutreten, dass in der Praxis die Grenzen verschoben werden, die das Pflichtteilsrecht der Testierfreiheit des Erblassers setzt.³⁵

3. Pflichtteilsrecht und Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG

An der Schnittstelle zwischen der Testierfreiheit bzw. Verfügungsfreiheit des Gesellschafter-Erblassers und dem Pflichtteilergänzungsanspruch der weichenden Erben sind auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen dieser Rechte zu beachten. Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als Individualrecht und Rechtsinstitut erstreckt sich auch auf die Testierfreiheit des Erblassers.³⁶ Das Pflichtteilsrecht beschränkt indes die Testierfreiheit.³⁷

³⁰ Haas ZEV 2000, 249, 250 f.

³¹ Ulmer (Fn 8), § 738 Rn 8.

³² Vgl. näher Kohl MDR 1995, 865, 870, 871.

³³ Zur Reform des Pflichtteilsrechts vgl. etwa Henrich Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht, 2000; Schlüter in FS 50 Jahre BGH, 2000, Bd. I, S. 1047 ff.

³⁴ BVerfGE 78, 20, 24; BGHZ 138, 321, 329.

³⁵ BGHZ 116, 167, 174 f.

³⁶ BVerfGE 67, 329, 341; BVerfGE 99, 341, 350 f.; BGHZ 140, 118, 128; Jarass/Pieroth GG, 6. Aufl. 2002, Art. 14 Rn 91; die Verfügungsfreiheit über Eigentumspositionen wird von der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) geschützt; die Vertragsfreiheit fällt unter Art. 2 Abs. 1 GG (Jarass/Pieroth aaO, Art. 2 Rn 4).

³⁷ BVerfGE ZEV 2000, 399, 400; Papier in: Maunz/Dürig, GG, 31. Lfg. (Mai 1994), Art. 14 Rn 295.

Das Recht der pflichtteilsberechtigten Angehörigen des Erblassers auf eine angemessene Beteiligung an seinem Vermögen genießt den verfassungsrechtlichen Schutz der Art. 14 Abs. 1, 6 Abs. 1 GG.³⁸ Die Einzelausgestaltung des Pflichtteilsrechts ist jedoch verfassungsrechtlich nicht vorgegeben; der einfache Gesetzgeber hat nur die wesentlichen Strukturmerkmale des BGB-Erbrechts zu wahren.³⁹ Das geltende Pflichtteilsrecht der §§ 2303 ff BGB entspricht jedenfalls den verfassungsrechtlichen Vorgaben.⁴⁰ Der Gesetzgeber kann aber das Pflichtteils(ergänzungs)recht in dem gekennzeichneten verfassungsrechtlichen Rahmen reformieren.

V. Pflichtteilsergänzung bei anderen gesellschaftsvertraglichen Gestaltungen

1. Qualifizierte Nachfolgeklausel

Wenn aufgrund einer erbrechtlichen qualifizierten Nachfolgeklausel⁴¹ im Gesellschaftsvertrag nur ein Gesellschafter-Miterbe den seiner Erbquote entsprechenden Teil der Beteiligung erhält, steht den übrigen Miterben an sich ein in den Nachlass fallender Abfindungsanspruch gegen den qualifizierten Nachfolger zu.⁴² Wenn aber der Abfindungsanspruch der nicht in die Gesellschaft einrückenden Erben im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder reduziert ist, empfängt der qualifizierte Nachfolger durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall eine unentgeltliche Zuwendung (Schenkung bzw. gemischte Schenkung). Der Nachfolger in den Gesellschaftsanteil ist daher Pflichtteilsergänzungsansprüchen der Miterben ausgesetzt.⁴³

2. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln⁴⁴ sind grundsätzlich unwirksam. Eine Ausnahme gilt, wenn der für den Todesfall eines Gesellschafters bestimmte Nachfolger ein Mitgesellschafter ist und der Regelung im Gesell-

³⁸ BGHZ 109, 306, 313; BGHZ 123, 368, 371; BGHZ 140, 118, 128; *Papier* (Fn 37), Art. 14 Rn 294, 295; *Wendt* in *Sachs*, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 14 Rn 200; *Jarass/ Pieroth* (Fn 36), Art. 14 Rn 94; BVerfG ZEV 2000, 399 f hält die Frage für noch nicht abschließend geklärt; vgl. aber auch BVerfGE 91, 346, 358 ff; BVerfG FamRZ 1998, 153, 154; aA *Wieland* in *Dreier*, GG, Bd. I, 1996, Art. 14 Rn 59.

³⁹ *Papier* (Fn 37), Art. 14 Rn 295; *Haas* ZEV 2000, 249, 250.

⁴⁰ BVerfGE 91, 346, 359 f; BVerfG ZEV 2000, 399, 400.

⁴¹ Vgl. dazu *K. Schmidt* (Fn 1), § 45 V 4; *Lorz* (Fn 2), § 139 Rn 20 f.

⁴² BGHZ 22, 186, 193, 194; *Soergel/Dieckmann* (Fn 17), § 2311 Rn 27.

⁴³ *Huber* (Fn 23), S. 467 f; *Heckelmann* (Fn 23), S. 269 f; *Soergel/Dieckmann* (Fn 17), § 2311 Rn 27, § 2325 Rn 30; *Frank* (Fn 19), § 2311 Rn 25, § 2325 Rn 16, 25.

⁴⁴ Vgl. dazu *Lorz* (Fn 2), § 139 Rn 51 ff; *K. Schmidt* (Fn 1), § 45 V 5 c.

schaftsvertrag oder in sonstiger Weise zustimmt. Wirksam ist die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel ausnahmsweise auch dann, wenn der Erblasser mit dem vorgesehenen Nachfolger einen gesonderten Vertrag unter Zustimmung der Mitgesellschafter – falls nicht schon im Gesellschaftsvertrag enthalten – abgeschlossen hat.⁴⁵ Durch die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel wird der Anteil dadurch am Nachlass vorbeigeleitet, dass ihn der Erblasser schon zu Lebzeiten durch das Überleben des Begünstigten aufschiebend bedingt an diesen abtritt, was, wenn keine Entschädigung vorgesehen ist, eine vollzogene Schenkung i. S. des § 2301 Abs. 2 BGB darstellt.⁴⁶ Da die Mitgliedschaft unter Lebenden fortgesetzt wird, entsteht auch kein Abfindungsanspruch, der in den Nachlass fallen könnte.⁴⁷ Pflichtteilsberechtigte, die nicht in die Gesellschaft einrücken, können im Blick auf die Schenkung des Anteils Pflichtteilergänzungsansprüche (§ 2325 BGB) gegen den Erben und subsidiär (§ 2329 BGB) gegen den Nachfolger in den Anteil geltend machen.⁴⁸ Wenn der Anteilserwerber dem Erben ein Entgelt zu entrichten hat, greift § 2329 BGB nicht ein.⁴⁹

3. Eintrittsklausel

a) Durch eine gesellschaftsvertragliche Eintrittsklausel kann für den Fall des Todes von Gesellschaftern zugunsten von Erben oder Nichterben ein schuldrechtlicher Anspruch auf Aufnahme in die Gesellschaft begründet werden.⁵⁰ Es handelt sich um einen berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§§ 328 Abs. 1, 331 BGB).⁵¹ Mangels abweichender Vereinbarung erwerben die weichenden Erben mit dem Todes des Gesellschafters einen Abfindungsanspruch (§ 738 Abs. 1 Satz 2 BGB iVm § 105 Abs. 3 HGB) als Nachlassgegenstand, da keine unmittelbare Rechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil stattfindet⁵² und somit ein Ausscheiden i. S. des § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt.⁵³ Hinsichtlich der Behandlung des Abfindungsanspruchs bestehen mehrere Gestaltungsmöglichkeiten (rechtsgeschäftliche Treuhandlösung, erbrechtliche Variante).⁵⁴

⁴⁵ Zum Ganzen BGHZ 68, 225, 231 ff; Lorz (Fn 2), § 139 Rn 52; K. Schmidt (Fn 1), § 45 V 5c.

⁴⁶ Lorz (Fn 2), § 139 Rn 52; s. auch Ulmer (Fn 8), § 727 Rn 38.

⁴⁷ Heckelmann (Fn 23), S. 267.

⁴⁸ Heckelmann (Fn 23), S. 267 f; Lorz (Fn 2), § 139 Rn 53; Ulmer (Fn 8), § 727 Rn 38; ders. ZGR 1972, 195, 216 Fn 106; Soergel/Dieckmann (Fn 17), § 2325 Rn 31.

⁴⁹ Heckelmann (Fn 23), S. 268; Soergel/Dieckmann (Fn 17), § 2325 Rn 31.

⁵⁰ K. Schmidt (Fn 1), § 45 V 5a; Lorz (Fn 2), § 139 Rn 38 ff.

⁵¹ Ulmer (Fn 8), § 727 Rn 42; Ebenroth (Fn 21), Rn 883.

⁵² Ulmer ZGR 1972, 195, 219.

⁵³ Lorz (Fn 2), § 139 Rn 42; Tiedau NJW 1980, 2446, 2449.

⁵⁴ Vgl. dazu näher etwa Lorz (Fn 2), § 139 Rn 43 ff; Ulmer (Fn 8), § 727 Rn 43 ff; K. Schmidt (Fn 1), § 45 V 5a, b.

b) Werden Abfindungsansprüche der Erben ausgeschlossen, kann das zu Pflichtteilergänzungsansprüchen gegen ohne Entgelt eintretende Miterben (§ 2325 BGB) oder Dritte (§ 2329 BGB) führen.⁵⁵ Das gilt nach den obigen Ausführungen (IV) auch für den Fall, dass der Ausschluss für den Tod jedes Gesellschafters vereinbart ist. Für die Berechnung der Pflichtteilergänzungsansprüche der nicht in die Gesellschaft eintretenden Pflichtteilsberechtigten ist es ohne Bedeutung, ob der Übergang des Gesellschaftsanteils des Verstorbenen sich erbrechtlich oder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall vollzogen hat.⁵⁶

VI. Pflichtteilergänzung als Milderung des Abfindungsausschlusses

1. Fristbeginn im Falle des § 2325 Abs. 3 BGB

Nach § 2325 Abs. 3 BGB, der auch auf § 2329 BGB Anwendung findet,⁵⁷ bleibt eine für die Pflichtteilergänzung relevante Schenkung unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind. Würde diese Frist schon mit der gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung über den Abfindungsausschluss beginnen wäre das für den Pflichtteilsberechtigten immer dann nachteilig, wenn der Tod des Gesellschafters mehr als zehn Jahre nach der Vereinbarung einträte. Der Bundesgerichtshof geht jedoch in seiner neueren Rechtsprechung davon aus, dass die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB erst in Lauf gesetzt wird, wenn der Erblasser das Geschenk aus seinem Vermögen wirtschaftlich ausgegliedert hat.⁵⁸ Das ist nicht vor dem Tode des Erblassers der Fall.⁵⁹

2. Ergebnis

Als Fazit wird man festhalten können, dass gesellschaftsrechtliche Abfindungsausschlüsse und -beschränkungen im Todesfalle eines OHG-Gesellschafters, wenn man das Pflichtteils(ergänzungs)recht mit in den Blick nimmt, im allgemeinen nicht zu unangemessenen Ergebnissen für die weichenden Erben führen werden. Das setzt freilich voraus, dass man in der Frage der sog. aleatorischen Geschäfte (vgl. dazu IV) von der bisher hM abweicht.

⁵⁵ Lorz (Fn 2), § 139 Rn 47; Soergel/Dieckmann (Fn 17), § 2325 Rn 31; Ulmer (Fn 8), § 727 Rn 44 aE, 48 aE; Heymann/Emmerich (Fn 27), § 139 Rn 71; Schlegelberger/K. Schmidt (Fn 17), § 139 Rn 33; Tiedau NJW 1980, 2446, 2449f.

⁵⁶ Staub/Ulmer Großkommentar zum HGB, 3. Aufl. 1973, § 139 Anm 193.

⁵⁷ BGHZ 98, 226, 229.

⁵⁸ BGHZ 98, 226ff, 233; BGHZ 102, 289, 292.

⁵⁹ Kohl MDR 1995, 865, 872f; Frank (Fn 19), § 2325 Rn 25; Lorz (Fn 2), § 139 Rn 47; Soergel/Dieckmann (Fn 17), § 2325 Rn 32.

Der Lückenschluß im Statut der Europäischen Aktiengesellschaft

MATTHIAS CASPER

I. Einleitung

Vorüberlegungen und Entwürfe über einen Zeitraum von gut 40 Jahren sind selbst bei juristischen Großprojekten selten, zumal dann, wenn wie beim Statut der Societas Europaea (SE) am Ende ein Regelungstorso von knapp 70 Artikeln das Licht der Welt erblickt. Die Geschichte dieser Entwicklung ist bekannt.¹ Sie begann mit zwei Vorschlägen aus der Praxis² und der Wissenschaft,³ die zunächst in einen über 400 Artikel starken Entwurf für ein vollständiges europäisches Aktienrecht mündeten.⁴ Daß sich selbst bei einer umfänglichen europäischen Kodifikation spannende Fragen hinsichtlich der Verzahnung mit dem nationalen Recht ergeben, hat *Peter Ulmer* bereits in einer Stellungnahme zum ersten Entwurf aus dem Jahre 1970 belegt.⁵ Die sodann folgende Entwicklung (weitere Entwürfe folgten 1975, 1989, 1991 und 2001)⁶ war von einer Entkoppelung der Mitbestimmungsfrage und einem

¹ Kundiger Überblick bei *Lutter* BB 2002, 1 ff; vgl. ferner *Blanquet* ZGR 2002, 20 ff; *Heinze* ZGR 2002, 66 ff; *Pluskat* DStR 2001, 1483 f.

² *Thibièrge* Le statut des sociétés étrangères, in: Le statut de l'étranger et le Marché Commun, 57ème congrès des notaires de France tenu à Tours 1959, Paris 1959, S. 270 ff, 360 ff.

³ Antrittsvorlesung von *Pieter Sanders* Vers une société européenne, Rev. soc. 1959, 1163 ff; deutsche Fassung: AWD 1960, 1 ff. *Sanders* saß auch der ersten Expertengruppe vor, die 1966 einen nach ihm benannten Vorentwurf vorlegte; vgl. dazu *Sanders* AG 1967, 344 ff.

⁴ 1. Entwurf vom 24. 6. 1970, ABLEG Nr. C 124 v. 10. 10. 1970 = Beilage 8/70 zum Bulletin der EG; erster geänderter Vorschlag vom 30. 4. 1975, Beilage 4/75 zum Bulletin der EG = *Lutter* Europäisches Unternehmensrecht, 2. Aufl. 1984, S. 363 ff.

⁵ *Ulmer* Die Europäische Handelsgesellschaft (SE) im Schnittpunkt zwischen europäischem und nationalem Recht, in: Deutsche Gesellschaft für Betriebswirtschaft (Hrsg.), Probleme moderner Unternehmensführung, 1972, S. 259, 267 ff; vgl. auch noch den aus einem Hamburger Seminar *Ulmers* hervorgegangenen Beitrag von *Clement/Fortdran/Müller/Wanske* AG 1972, 343 ff.

⁶ Geänderter Vorschlag vom 30. 4. 1975, Beilage 4/75 zum Bulletin der EG = *Lutter* Europäisches Unternehmensrecht, (Fn 4), S. 363 ff; Zweiter Entwurf aus dem Jahre 1989 (abgedruckt bei *Lutter* Europäisches Unternehmensrecht, 3. Aufl. 1991, S. 561 ff); Dritter Entwurf aus dem Jahre 1991 (abgedruckt bei *Lutter* Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl. 1996, S. 724 ff); Vierter Entwurf vom 1. 2. 2001, Rat der Europäischen Union, Dok.

zunehmenden Regelungsverzicht auf europäischer Ebene gekennzeichnet. Der letzte Entwurf im Frühjahr 2001,⁷ der unverändert in das SE-Statut Eingang gefunden hat,⁸ gipfelt in einer Rumpffregelung, die außer den fünf Gründungsformen nur fragmentarische Vorgaben enthält. Die beträchtlichen Lücken sind durch das nationale Recht des Sitzstaates zu schließen. Deshalb ist die *Societas Europaea* nicht zuletzt von *Ulmer* als „nationale AG im europäischen Gewande“ gebrandmarkt worden.⁹

Der Inhalt des Statuts und der begleitenden Mitbestimmungsrichtlinie sind schon verschiedentlich dargestellt und ersten Analysen unterzogen worden.¹⁰ Wenig Beachtung haben jedoch bisher die methodischen Konsequenzen aus der vielfachen und weitgehenden Verzahnung von europäischem und nationalem Recht und der damit verbundenen normativen Gemengelage¹¹ (dazu unter II.) gefunden.¹² Den damit zusammenhängenden Fragen soll im folgenden nachgegangen werden. Dabei ist zunächst die Auslegung der SE-VO zu streifen, um das Vorliegen einer Regelungslücke feststellen zu können (sub III.). Sodann steht vor allem die Frage in Rede, ob vor dem Rückgriff auf das nationale Recht eine Lückenfüllung durch Analogieschluß oder mittels Bildung allgemeiner Prinzipien des europäischen Gesellschaftsrechts in Betracht kommt (hierzu sub IV.). Weiterhin ist zu überlegen, ob bereits auf europarechtlicher Ebene ein Umgehungsverbot besteht (dazu sodann unter V.).

Nr. 14886/00 Limite SE 12 SOC 506, veröffentlicht unter <http://register.consilium.eu.int/pdf/de/00/st14/14886d0.pdf>.

⁷ Vgl. oben Fn 6.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001, ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001, auch abgedruckt in: NZG 2002, Beilage zu Heft 1.

⁹ *Ulmer* F.A.Z. v. 21.3.2001, S. 30, der die Verschlingung des europäischen Regelungswerks insgesamt aber als positiv bewertet; *Lutter* AG 1990, 413, 414 spricht von 15 selbständigen Schiffen „mit unterschiedlichen Erscheinungsformen und Farben, je nachdem welcher Heimathafen an seinem Schornstein vermerkt ist“.

¹⁰ *Lutter* BB 2002, 1; *Hirte* NZG 2002, 1; *Hommelhoff/Teichmann* SZW 2002, 1; *Bungert/Beier* EWS 2002, 1; *Blanquet* ZGR 2002, 22; *Schwarz* ZIP 2001, 1847; *Hommelhoff* AG 2001, 279; *Thoma/Leuering* NJW 2002, 1449; *Schulz/Geismar* DStR 2001, 1078; *Jahn/Herfs-Röttgen* DB 2001, 631; *Ulmer* (Fn 9); zur Mitbestimmungsrichtlinie etwa *Heinze* ZGR 2002, 66ff; *Pluskat* DStR 2001, 1483; *Herfs-Röttgen* NZA 2001, 424; *Ulmer* F.A.Z. v. 28.4.2001, S. 23.

¹¹ *Hommelhoff* AG 2001, 279, 285 spricht von einer kunstvoll aufgeschichteten Rechtsquellenpyramide; *Wagner* Der Europäische Verein, 2000, S. 46 von einem „mixtum compositum“ (zu dem vergleichbaren Art. 6 des Entwurfs für ein Statut zum Europäischen Verein).

¹² Erste Stellungnahmen bei *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 394ff; *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547; im übrigen muß man hierfür auf Stellungnahmen zu den älteren Entwürfen zurückgreifen, vgl. z.B. *Lutter* AG 1990, 413, 416ff; *Raiser* in: FS Semler, 1993, 277ff; *Lindacher* in: *Lutter* (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft, 1976, S. 1ff; *Grote* Das neue Statut der Europäischen Aktiengesellschaft zwischen nationalem und europäischem Recht, Diss. Göttingen 1990, S. 57ff; *Leupold* Die Europäische Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts, 1993, S. 19ff sowie *Thamm* Die Europäische Aktiengesellschaft und das Problem der Lückenfüllung, Diss. Köln 1972, S. 20ff.

Schließlich ist die Tragweite der in Art. 9 SE-VO vorgesehenen Generalverweisung ins nationale Recht zu untersuchen (sub VI.). Methodenrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Mitbestimmungsrichtlinie und des zu ihrer Umsetzung zu erlassenden nationalen Rechts sind nicht Gegenstand dieses Beitrages, insoweit sind neue Erkenntnisse nicht zu erwarten. Ebenso wenig sollen Vorschläge an den deutschen Gesetzgeber unterbreitet werden, wie er ein SE-Ausführungsgesetz ausgestalten sollte.¹³

II. Die Hierarchie der Normquellen

Primäre Rechtsquelle einer Gesellschaft ist ihr Gesellschaftsvertrag, soweit der Gesetzgeber die Satzungsautonomie nicht einschränkt. Art. 9 Abs. 1 lit. a und b SE-VO ordnen an, daß vorrangig die Verordnung gilt und die Satzung nur dann abweichen kann, wenn diese dies ausdrücklich zuläßt. Damit beansprucht die Verordnung Vorrang, übernimmt der Sache nach die rigide Satzungsstrenge aus § 23 Abs. 5 AktG und geht damit weit über das Maß an Beschränkung der Satzungsautonomie hinaus, das andere Mitgliedsstaaten kennen.¹⁴ An dritter Stelle folgt das nationale Recht, da Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO bestimmt, daß von der Verordnung nicht oder nur teilweise geregelte Bereiche durch das nationale Aktienrecht des Sitzstaates ausgefüllt werden, wobei speziellen Ausführungsgesetzen Vorrang vor dem allgemeinen Aktienrecht zukommt. Inwieweit die Satzung der SE hiervon abweichen kann, bestimmt sich ebenfalls nach dem nationalen Aktienrecht. In Deutschland wird die Satzung infolge der Satzungsstrenge also erst an fünfter Stelle erneut als Rechtsquelle auf das Trapez gebracht.¹⁵

Die Lückenfüllung des SE-Statuts ist damit gegenüber früheren Entwürfen erheblich vereinfacht worden. Sieht die SE-VO keine Regelung vor und hat sie die Regelungskompetenz nicht an den Satzungsgeber delegiert, so ist sofort auf das nationale Recht des Domizilstaates zurückzugreifen. Die Grundsätze, auf denen die Verordnung beruht sowie gemeinsame Rechtsregeln oder Grundsätze des Aktienrechts aller Mitgliedsstaaten, die in früheren Entwürfen zur Lückenfüllung herangezogen werden sollten,¹⁶ sind entfallen. Dies, nicht aber

¹³ Vgl. eingehend hierzu *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 409ff, 441ff, 455ff. Der insoweit bestehende Diskussionsbedarf würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen.

¹⁴ Vgl. dazu *Wiesner* EuZW 1998, 619, 624; sowie die Länderberichte in *Lutter/Wiedemann* Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR Sonderheft Nr. 13, 1998, S. 152ff.

¹⁵ Vgl. zur Normenhierarchie auch *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547, 554f; *Bungert/Beier* EWS 2002, 1, 2; und *Wagner* (Fn 11), S. 47f, der sechs Normebenen unterscheidet, indem er noch zwischen zwingendem und dispositivem Recht sondert.

¹⁶ So Art. 7 Abs. 1 des Entwurfs von 1970/1975; Art. 7 Abs. 1 des Entwurfs von 1989; die Regelung in Art. 7 Abs. 1 des Entwurfs von 1991 entsprach schon im wesentlichen der heutigen Fassung; zur Entwicklung vgl. *Völter* Der Lückenschluß im Statut der Europä-

die weitgehende Lückenhaftigkeit der SE-VO, ist im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu begrüßen.¹⁷ Allgemeine Grundsätze, auf denen das Statut beruht, werden sich in der nun verabschiedeten Fassung ohnehin kaum noch finden lassen. Ebenso wenig wird das zur Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte erlassene europäische Sekundärrecht ausdrücklich als Gegenstand der Lückenfüllung herangezogen.¹⁸ Da das gesellschaftsrechtliche Sekundärrecht der EG und ihm zugrunde liegende allgemeine Rechtsgedanken ohnehin bereits in das harmonisierte nationale Recht eingegangen sind, wäre der Gewinn eines solchen Vorgehens auch gering gewesen. Es hätte allerdings dazu geführt, daß neu geschaffenes Sekundärrecht schon vor dessen Umsetzung für die SE anwendbar gewesen wäre. Ob allerdings allgemeine Rechtsgrundsätze zur Lückenfüllung im Wege eines Analogieschlusses herangezogen werden können, wird noch näher zu untersuchen sein.¹⁹

III. Die Feststellung von Lücken mittels Auslegung

Ob überhaupt eine Lücke vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Auslegung der SE-VO vollzieht sich autonom nach europäischem Recht. Angesichts der vielfältigen Vorüberlegungen zur Auslegung von europäischem Sekundärrecht²⁰ und einer gefestigten Rechtsprechung des EuGH,²¹ kann sich die nachfolgende Darstellung auf Besonderheiten bei der Auslegung der SE-VO beschränken.²²

Die Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts vollzieht sich im Grundsatz nach dem auf *Savigny* zurückgehenden vierstufigen Auslegungskanon, wenn auch mit einer anderen Gewichtung.²³ Der Wortlaut, dem in der Aus-

ischen Privatgesellschaft, 2000, S. 82 ff mit Abdruck der jeweiligen Gesetzestexte. Nach dem Entwurf von 1970/1975 war ein Rückgriff auf nationales Recht sogar ausdrücklich ausgeschlossen; krit. dazu *Ulmer* (Fn 5) S. 267 ff; *Lindacher* (Fn 12) S. 10 f.

¹⁷ Demgegenüber plädiert *Völter* (Fn 16), S. 101 ff, 242 ff dafür, in einem künftigen EPG-Statut die Grundsätze aller nationalen Gesellschaftsrechte zur Lückenfüllung heranzuziehen; ähnlich zum Entwurf eines SE-Statuts auch noch *Thamm* (Fn 12) S. 46 ff.

¹⁸ Dies kritisiert z. B. *Raiser* (Fn 12) S. 282 f. Allerdings wird an mehreren Stellen unmittelbar auf Regelungen im Sekundärrecht verwiesen, statt sie im Statut erneut zu wiederholen, so z. B. in Artt. 17 Abs. 2, 22 SE-VO.

¹⁹ Vgl. dazu unten IV 2.

²⁰ Vgl. dazu etwa *Zuleeg* EuR 1969, 97; *Bleckmann* NJW 1982, 1177, 1178 ff; ders. *Euro- parecht*, 6. Aufl. 1997, Rn. 537 ff; *Everling* *RabelsZ* 50 (1986), 193, 210 f; *Schwarz* *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2000, Rn. 86 ff; *Hommelhoff* in: Schulze (Hrsg.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichen Rechts*, 1999, S. 29, 32 ff; eingehend *Anweiler* *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 1997, S. 25 ff und passim.

²¹ Vgl. die Nachw. in Fn 24, 25, 33.

²² Speziell zur Auslegung der SE-VO vgl. auch *Ch. Teichmann* *ZGR* 2002, 383, 404 f.

²³ Vgl. die in Fn 20 Genannten. Ferner ist eine starke Vermischung von Auslegung und Rechtsfortbildung zu beobachten, vgl. *Anweiler* (Fn 20) S. 38 f.

legungsmethodik des EuGH ein geringeres Gewicht als in kontinental-europäischen Rechtsordnungen zukommt, bildet zwar den ersten Zugriff für die Auslegung,²⁴ stellt allerdings selbst bei einer hinreichend klaren Formulierung nicht zwingend eine Auslegungsgrenze dar.²⁵ Die Verlässlichkeit der Wortlautauslegung wird weiterhin dadurch relativiert, daß alle Amtssprachen gleichrangig verbindlich sind. Auf zweiter Stufe steht die systematische Auslegung, die vom EuGH oft mit der teleologischen Auslegung in einem Atemzug genannt wird,²⁶ hiervon aber sauber zu unterscheiden ist. Gegenüber systematischen Erwägungen aus dem gesellschaftsrechtlichen Sekundärrecht²⁷ ist bei der Auslegung des SE-Statuts Vorsicht geboten, da dieses nicht auf die Harmonisierung der nationalen Rechte der Mitgliedsstaaten zielt, das über Art. 9 Abs. 1 SE-VO zur Anwendung gelangen soll. Deshalb läßt sich die systematische Auslegung nicht als Einfallstor für eine Prinzipienbildung fruchtbar machen, die über den eigentlichen Regelungsgehalt der auszulegenden Vorschrift hinausgeht.²⁸ Denkbar ist eine Prinzipienbildung allenfalls auf der Ebene der Lückenfüllung,²⁹ nicht aber bereits im Rahmen der Auslegung. Möglich ist die Heranziehung gesellschaftsrechtlichen Sekundärrechts im Wege der systematischen Auslegung nur insoweit, als der Inhalt einer im SE-Statut vorhandenen, unklaren und somit auslegungsbedürftigen Regelung zu bestimmen ist.³⁰

Zentrale Bedeutung kommt der teleologischen Auslegung zu. Mittels des Grundsatzes der binnenmarktfreundlichen Auslegung und des Effektivitätsgrundsatzes (*effet utile*) hat der EuGH bisher stets die Auslegungsalternative gewählt, die einer Rechtsvereinheitlichung am besten zugute kommt.³¹ Übertragen auf die SE bedeutet dies, daß neben dem Zweck der jeweiligen Einzelnorm auch das Ziel, eine funktionsfähige supranationale Rechtsform bereitzustellen, bei der Auslegung zu berücksichtigen ist.³²

²⁴ Vgl. etwa EuGH Slg. 1978, 611, 619.

²⁵ Vgl. etwa EuGH Slg. 1960, 1163, 1194.

²⁶ Vgl. die Darstellung bei *Blomeyer* NZA 1994, 633, 634; *Anweiler* (Fn 20) S. 38f.

²⁷ Zu systematischen Rückschlüssen aus dem Primärrecht, namentlich dazu, ob sich der Schutz von Gesellschaftern im europäischen Gesellschaftsrecht auf die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit zurückführen läßt, vgl. *Schön RabelsZ* 64 (2000), 1 ff.

²⁸ So tendenziell aber *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 404, der von allg. Grundsätzen spricht, die im Wege der Rechtsanalogie zu gewinnen seien und sodann bei der Auslegung behilflich sein können.

²⁹ Dazu noch sogleich unter IV 2.

³⁰ Will man z. B. klären, ob der Begriff der Rechtshandlung in Art. 16 Abs. 2 SE-VO eng oder weit auszulegen ist, kann auf Artt. 7 Publizitäts-RL, 9 Abs. 2 EWIV-VO zurückgegriffen werden, die ein weites Verständnis nahelegen. Der Übergang von systematischer Auslegung zur Prinzipienbildung ist allerdings fließend.

³¹ Vgl. die Darstellung bei *Anweiler* (Fn 20) S. 219ff.

³² Ebenso *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 405f.

Die historische Auslegung steht an vierter Stelle und wird vom EuGH nur selten herangezogen.³³ Die geringe Bedeutung hängt damit zusammen, daß die Protokolle im Rahmen der Beratung von Gesetzesvorhaben auf europäischer Ebene nicht veröffentlicht werden. Keine Bedenken bestehen hingegen, veröffentlichte Vorentwürfe zur SE zum Zwecke einer historischen Auslegung heranzuziehen.³⁴ Soweit ein bestimmter Punkt heute anders als in den Vorentwürfen geregelt ist, können hieraus Anhaltspunkte für die Auslegung und namentlich für das Vorliegen einer planwidrigen Lücke gewonnen werden. Sah Art. 7 Abs. 1 des Entwurfs aus dem Jahre 1989, ebenso wie der Entwurf von 1970/1975, noch die Heranziehung von allgemeinen Grundsätzen, auf denen die Verordnung beruht, vor, so kann aus dem Fehlen einer derartigen Regelung in Art. 9 Abs. 1 SE-VO der Umkehrschluß gezogen werden, daß ein derartiger Rückgriff nicht mehr gewollt ist. Ein Lücke liegt somit nur vor, wenn sich eine vorhandene Vorschrift nicht im Wege der so vorgenommenen Auslegung auf einen wertungsmäßig vergleichbaren Sachverhalt anwenden läßt.³⁵

IV. Lückenfüllung durch Analogieschluß bzw. Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze?

Hat man das Vorliegen einer Lücke im SE-Statut festgestellt, so ist vor einem Rückgriff auf das nationale Recht zu überlegen, ob eine Ausfüllung der Lücke mittels Analogieschlusses innerhalb des SE-Statuts in Betracht kommt.

1. Analogieschluß innerhalb des europäischen Sekundärrechts

Im Europarecht lassen sich zwei Formen des Analogieschlusses unterscheiden. Zum einen der aus den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen bekannte regelgeleitete Analogieschluß,³⁶ bei dem eine Lücke im Gesetz durch eine vergleichbare Regelung geschlossen wird.³⁷ Daneben findet sich in der Rechtsprechung des EuGH als weitere Form der Lückenfüllung

³³ Vgl. etwa EuGH Slg. 1976, 153, 160; Slg. 1976, 1639, 1665; Slg. 1979, 2693, 2701 sowie die Darstellung bei *Anweiler* (Fn 20) S. 252 ff.

³⁴ Ebenso *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 404.

³⁵ Vgl. allg. dazu *Canaris* Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 71 ff, 148 ff m. weit. Nachw.

³⁶ Ausdruck nach *Langenbucher* in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1999, S. 65, 77.

³⁷ Bekanntestes Beispiel aus der Rechtsprechung ist die Entscheidung EuGH Slg. 1985, 3997 – *Krohn*; Darstellung der weiteren Rechtsprechung bei *Anweiler* (Fn 20) S. 309 ff.

die Anwendung von Rechtsprinzipien auf vergleichbare Fallgruppen.³⁸ *Langenbucher* spricht von einem prinzipiengeleiteten Analogieschluß.³⁹ Im Gegensatz zur regelgeleiteten Analogie wird die Lücke nicht durch die entsprechende Anwendung einer Regel geschlossen. Vielmehr wird ein vergleichbarer Sachverhalt interpretiert und in den Anwendungsbereich des Prinzips einbezogen. Voraussetzung für beide Formen der Analogie ist das Fehlen eines Analogieverbots. Ein solches kann auch auf europäischer Ebene aus anerkannten Grundsätzen, wie dem Gesetzesvorbehalt oder dem Gebot *nulla poena sine lege*, folgen. Für die SE-VO ist jedoch allein die Frage interessant, ob sich aus der Generalverweisung auf das nationale Recht in Art. 9 Abs. 1 SE-VO bzw. aus den zahlreichen Spezialverweisungen ein Analogieverbot ergibt.

2. Art. 9 Abs. 1 SE-VO als Analogieverbot?

Der Einleitungssatz zu Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO könnte die Schlußfolgerung nahelegen, daß jede Form der Lückenfüllung durch Analogieschluß zugunsten des nachrangig anwendbaren nationalen Rechts zu unterbleiben habe. Hierfür könnte man auch ins Feld führen, daß allgemeine Grundsätze, auf denen das Statut beruht, anders als noch im Entwurf aus dem Jahre 1989, nicht mehr als Rechtsquelle in Art. 9 SE-VO genannt sind. Eine derartige Sichtweise greift jedoch zu kurz. Es ist zum einen bereits bei der teleologischen Auslegung der Verordnung darauf hingewiesen worden, daß deren Ziel auch die Schaffung einer funktionsfähigen, supranationalen Rechtsform ist. Diese Intention ist bei der Auslegung des Art. 9 SE-VO als möglichem Analogieverbot zu berücksichtigen. Die Funktionsfähigkeit des SE-Statuts wird aber nur dann beeinträchtigt, wenn Lücken innerhalb des Statuts überhaupt nicht oder nur mittels solcher Methoden geschlossen werden können, die für den Rechtsanwender mit einer Rechtsunsicherheit verbunden sind. Für die Reichweite des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO als Analogieverbot ist deshalb zum einen danach zu differenzieren, ob die Analogie durch die entsprechende Anwendung einer anderen Vorschrift innerhalb des Statuts oder durch eine Prinzipienbildung erfolgen soll, zum anderen danach, ob die SE-VO zu dem lückenhaften Komplex überhaupt schon detaillierte Regelungen enthält.

Was zunächst die Gewinnung von Rechtssätzen durch die Bildung allgemeiner Grundsätze des europäischen Gesellschaftsrechts anbelangt, so ist festzuhalten, daß dem Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO entgegensteht. Dies gilt

³⁸ Als Beispiele mögen EuGH Slg. 1979, 461 – *Hoffmann La Roche* und EuGH Slg. 1989, 2859 – *Höchst* dienen; eingehende Darstellung bei *Völter* (Fn 16) S. 113 ff; *Anweiler* (Fn 20) S. 333 ff; ferner *Schulze ZEuP* 1993, 442, 454 ff.

³⁹ *Langenbucher* (Fn 36) S. 79 unter Hinweis auf entsprechende Vorbilder im angelsächsischen Rechtskreis.

sowohl für die Gewinnung allgemeiner Rechtsprinzipien aus einem Vergleich nationaler Rechtsordnungen, wie auch für die Bildung von allgemeinen Prinzipien aus dem europäischen Sekundärrecht. Ein derartiges Analogieverbot ergibt sich außer aus einer historischen Exegese vor allem aus dem soeben genannten Aspekt der Rechtssicherheit. Jeder Prinzipienbildung ist ein expansiver Charakter zu eigen,⁴⁰ der mit einer Ungewißheit für die Rechtsanwendung verbunden ist.⁴¹ Beiden Tendenzen steht Art. 9 SE-VO entgegen. An dieser Stelle muß es mit der politisch gewollten Nationalisierung der SE sein Bewenden haben. Möglich ist deshalb allein eine regelgeleitete Analogie in solchen Bereichen, in denen die SE bereits Regelungen enthält. Soweit die SE vollständig auf Regelungen in einem bestimmten Komplex verzichtet, oder wie bei den Vorschriften über die Organe nur rudimentäre Vorgaben enthält, fehlt es für eine regelgeleitete Analogie infolge der Auffangregelung in Art. 9 Abs. 1 SE-VO an einer planwidrigen Regelungslücke. Denkbar ist eine Analogie deshalb in erster Linie bei den detaillierten Gründungsvorschriften. Beispiele sind sogleich nach den Analogievoraussetzungen aufzuzeigen.

3. Analogievoraussetzungen

Die Voraussetzungen für eine Analogie im europäischen Verordnungsrecht sind mit denen in Deutschland vergleichbar.⁴² Es bedarf neben einer planwidrigen Regelungslücke einer Vergleichbarkeit des geregelten mit dem unregulierten Sachverhalt. Das Vorliegen einer Lücke setzt zunächst voraus, daß eine offene Frage nicht im Wege der Auslegung geklärt werden kann. Will man z. B. prüfen, ob nach Art. 20 Abs. 1 SE-VO ebenso wie nach Art. 32 Abs. 2 S. 1 SE-VO ein von beiden Gründungsgesellschaften gleichlautender Gründungsplan aufgestellt werden muß, so ergibt sich bereits aus einer Wortlautauslegung und einem systematischen Vergleich zu Art. 26 Abs. 3 SE-VO, daß auch bei der Gründung durch Verschmelzung ein einheitlicher Gründungsplan vorzulegen ist. Stößt man auf eine Lücke, so kommt der Planwidrigkeit eine besondere Bedeutung zu. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß Art. 9 Abs. 1 SE-VO einer Planwidrigkeit nicht a priori entgegensteht. Voraussetzung ist zunächst, daß ein Bereich zumindest teilweise in der SE-VO geregelt ist, anderenfalls liegt von vornherein eine

⁴⁰ Vgl. dazu *Langenbucher* Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 95.

⁴¹ Dies gilt zumindest solange, wie die Ausdehnung des Prinzips auf bisher nicht geregelte Sachverhalte noch nicht von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestätigt worden ist.

⁴² Vgl. die abstrakte Formulierung in der Rechtssache Krohn: EuGH Slg. 1985, 3397, 4019: Lücke, Analogieverbot, Vergleichbarkeit; ähnlich die späteren Entscheidungen EuGH Slg. 1986, 3477, 3510f – *Klensch*; EuGH Slg. 1992 I, 4785, 4832f – *AEB*.

gewollte Lücke vor. Ob in einem teilweise geregelten Sachverhalt eine Planwidrigkeit der Lücke bejaht werden kann, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei ist maßgeblich danach zu fragen, ob der europäische Gesetzgeber den in Rede stehenden Komplex abschließend auf europäischer Ebene regeln wollte. Dagegen spricht vor allem das Vorhandensein einer Verweisung mit Auffangcharakter, wie in Art. 5 oder Art. 15 Abs. 1 SE-VO. Eine planwidrige Regelungslücke liegt erst recht dann vor, wenn das nationale Recht für bestimmte SE-spezifische Fragestellungen, wie etwa für die Holding-Gründung, keine Regelungen bereitstellt.

Bei der Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist maßgeblich danach zu fragen, ob Sinn und Zweck der vorhandenen Regelung auch in dem lückenhaften Bereich Sinn macht. Insoweit kann auf die allgemeinen Kriterien zurückgegriffen werden.⁴³

Letztlich bleibt noch zu klären, ob zur Ausfüllung einer Lücke im SE-Statut auch das europäische Sekundärrecht im Wege des Analogieschlusses herangezogen werden kann. Einem derartigen Vorgehen steht jedoch grundsätzlich Art. 9 Abs. 1 SE-VO entgegen. Ausweislich der Erwägungsgründe wurde nur deshalb eine großzügige Verweisung ins nationale Recht in Erwägung gezogen, da dieses in Teilen bereits harmonisiert ist. Das europäische Sekundärrecht soll also über das harmonisierte nationale Recht und nicht im Wege eines europarechtlichen Analogieschlusses zur Anwendung kommen. Hinzu kommt, daß auch der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung eine analoge Anwendung von Richtlinienvorschriften abgelehnt hat, da diese noch einer näheren Ausgestaltung durch den zur Umsetzung berufenen nationalen Gesetzgeber bedürfen. Es fehlt also bereits wegen der unterschiedlichen Adressatenkreise von Richtlinie und Verordnung an einer Vergleichbarkeit. Eine Analogie zum europäischen Sekundärrecht ist deshalb nur dann möglich, wenn die SE-VO selbst in einem vergleichbaren Zusammenhang auf eine der gesellschaftsrechtlichen Richtlinien verweist, wie dies etwa in Artt. 17, 18 SE-VO der Fall ist.

Das Instrument der teleologischen Reduktion ist – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung des EuGH bisher nicht aufgetaucht. Akzeptiert man jedoch einen regelgeleiteten Analogieschluß innerhalb des SE-Statuts, so spricht nichts gegen die Möglichkeit, eine zu weit greifende Norm entsprechend zu reduzieren, da es sich bei der teleologischen Reduktion um eine umgekehrte Analogie handelt. In beiden Fällen soll dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung getragen werden. Beispielsfälle sind bisher aber noch nicht aufgetaucht.

⁴³ Vgl. dazu für das deutsche Recht etwa *Larenz Methodenlehre*, 6. Aufl. 1991, S. 381 f.

4. Ausgewählte Anwendungsbeispiele im Bereich der Holdinggründung

Bedarf für eine Analogie wird nach dem bisherigen Diskussionsstand in erster Linie bei der Holdinggründung gesehen. So ist vorgeschlagen worden, Art. 25 Abs. 3 SE-VO auf die Holdinggründung analog anzuwenden.⁴⁴ Danach kann ein Ausschluß des deutschen Spruchstellenverfahrens zur Verbesserung des Umtauschverhältnisses bei einer SE-Gründung durch Verschmelzung erreicht werden. Hintergrund ist die Überlegung, daß es nicht angängig ist, wenn nur den Gesellschaftern einer der an der Gründung beteiligten Gesellschaften die Möglichkeit eröffnet wird, die Barabfindung oder das Umtauschverhältnis noch nachträglich zu ihren Gunsten zu revidieren. Da auch bei der Holdinggründung vorab ein einheitliches Umtauschverhältnis festgelegt wird, besteht wie bei der Gründung durch Verschmelzung ein vergleichbares Bedürfnis, ein nur in einer nationalen Rechtsordnung vorhandenes Rechtsmittel zur Revision des Umtauschverhältnisses ausschließen zu können.⁴⁵ Für eine Planwidrigkeit der Regelungslücke spricht, daß Art. 25 Abs. 3 SE-VO erst in der letzten Version des SE-Statuts eingefügt worden ist und deshalb das Erfordernis nach einer vergleichbaren Regelung bei der Holdinggründung übersehen worden ist.⁴⁶

Nach Art. 18 bzw. Art. 37 Abs. 7 SE-VO bestimmt sich die Mehrheit, mit der die Hauptversammlung einer SE-Gründung durch Verschmelzung oder Umwandlung zustimmen muß, nach den entsprechend Art. 7 der Verschmelzungsrichtlinie harmonisierten nationalen Vorschriften. Erforderlich ist somit mindestens eine 2/3-Mehrheit, sofern nicht der Mitgliedsstaat eine höhere Mehrheit vorschreibt. § 65 des deutschen UmwG etwa sieht eine 3/4-Mehrheit vor. Demgegenüber fehlt eine derartige Verweisung für die Holdinggründung. Art. 32 Abs. 6 SE-VO spricht lediglich davon, daß die Hauptversammlungen der an der Gründung beteiligten Gesellschaften zustimmen müssen. Bleibe man hierbei stehen, so würde die einfache Mehrheit genügen, sofern sich nicht aus dem über Art. 15 Abs. 1 SE-VO bei der Gründung sekundär anwendbaren nationalen Recht eine andere Mehrheit ergibt. Es ist vorgeschlagen worden, Art. 18 SE-VO auf die Holdinggründung analog anzuwenden, da es sich bei dem dort fehlenden Verweis um ein Redaktionsversehen handle.⁴⁷ Dem kann man zwar nicht Art. 15 Abs. 1 SE-VO entgegenhalten, wonach für alle Gründungsfragen das nationale Recht

⁴⁴ Ch. Teichmann ZGR 2002, 383, 437.

⁴⁵ Es steht zu erwarten, daß der deutsche Gesetzgeber von der in Art. 34 SE-VO vorgesehenen Ermächtigung Gebrauch machen wird und die Vorschriften über die Kontrolle des Umtauschverhältnisses und das Spruchstellenverfahren auch auf die Gründung einer SE als Holding ausdehnen wird.

⁴⁶ So zutreffend Ch. Teichmann ZGR 2002, 383, 437.

⁴⁷ Ch. Teichmann ZGR 2002, 383, 435.

hilfsweise heranzuziehen ist.⁴⁸ Gegen eine Analogie spricht aber sowohl das Fehlen einer Regelungslücke, als auch die erforderliche Vergleichbarkeit. Einer Lücke steht die in Art. 34 SE-VO enthaltene Ermächtigung an den nationalen Gesetzgeber entgegen, über die Vorgaben im SE-Statut hinausgehende Vorschriften zum Schutz der Minderheitsgesellschafter zu erlassen. Hinzu kommt, daß in Art. 31 Abs. 3 S. 2 des Entwurfes von 1991 noch ausdrücklich eine Inbezugnahme des Art. 7 der Verschmelzungsrichtlinie auch bei der Holdinggründung vorgesehen war. Für das Vorliegen eines Redaktionsversehens sind wegen der unterschiedlichen Sachverhalte keine Anhaltspunkte ersichtlich.⁴⁹ Gegen die erforderliche Vergleichbarkeit spricht folgender Aspekt: Beschließt die Mehrheit der Aktionäre eine Verschmelzung, so können sich die dissentierenden Gesellschafter dieser nicht entziehen. Bei einer Holdinggründung sind die Minderheitsgesellschafter hingegen nach Art. 33 SE-VO nicht verpflichtet, ihre Aktien in die neue Holding einzubringen. Sie können außenstehende Gesellschafter an der nun abhängigen nationalen Gesellschaft bleiben. Die in den nationalen Gesellschaftsrechten existierenden, wenn auch stark divergierenden Schutzinstrumente gegen eine beginnende Konzernierung müssen genügen,⁵⁰ da der europäische Gesetzgeber diesen Komplex ausweislich der Erwägungsgründe nicht regeln wollte. Eine ernste Gefahr droht den sich nicht am Umtausch ihrer Anteile beteiligenden Aktionären nur dann, wenn die künftige nationale Untergesellschaft nach Gründung der Holding zu einem Squeeze-Out berechtigt ist. Aber dann greifen wiederum nationale Schutzvorschriften und Rechtsschutzmöglichkeiten ein,⁵¹ so daß auch unter diesem Gesichtspunkt keine Analogie gerechtfertigt ist.

Etwas anderes gilt aber für die Frage, ob und in welcher Frist der Gründungsplan und der Sachverständigenbericht, der auch bei einer Holding-Gründung zu erstellen ist, den Aktionären zugänglich zu machen ist. Während bei der Gründung durch Verschmelzung über Art. 18 SE-VO das nach Art. 11 Abs. 1 der Verschmelzungsrichtlinie harmonisierte nationale Recht zur Anwendung gelangt, ist die Frage für die Holdinggründung mangels Verweisung ungeregt. Hier spricht einiges für das Vorliegen einer Regelungslücke. Auch läßt sich insoweit nicht die unterschiedliche Struktur zwischen Holdinggründung und Verschmelzung anführen. Es liegt in beiden

⁴⁸ Art. 15 Abs. 1 SE-VO stellt ebensowenig wie Art. 9 SE-VO ein Analogieverbot dar, s. bereits oben IV 2, 3.

⁴⁹ Dafür aber *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 435; wie hier tendenziell auch *Thoma/Leuering* NJW 2002, 1449, 1453.

⁵⁰ Zur entsprechenden Diskussion in Deutschland vgl. etwa *Kraft* in: Lutter (Hrsg.), *Holding-Handbuch*, 3. Aufl. 1998, Rn. B 110f; *Thoma/Leuering* NJW 2002, 1449, 1453, jew. mwN.

⁵¹ In Deutschland §§ 327b, 327c Abs. 2 und 3, 327f AktG.

Fällen nahe, daß der Gründungsplan und der Bericht den Aktionären rechtzeitig vor der Hauptversammlung zugänglich gemacht werden muß. Dies spricht für eine analoge Anwendung des Art. 18 SE-VO.⁵² Artt. 9, 15 Abs. 1, 34 SE-VO stehen diesem Ergebnis nicht entgegen, da im nationalen Recht insoweit keine Vorgaben enthalten sind.

5. Zwischenfazit

Die bisherigen Beispiele zeigen, daß eine regelgeleitete Analogie zwar nicht aus methodischen Gründen von vornherein ausscheidet, ihr Anwendungsbereich aber begrenzt ist. Abgesehen von solchen Fallgestaltungen, in denen das nationale Recht zur Lückenfüllung nicht geeignet ist, lassen sich die meisten Lücken im SE-Statut nur durch einen Rückgriff auf das nationale Recht lösen. Bevor die hiermit zusammenhängenden Fragestellungen erörtert werden, soll zuvor aber noch gefragt werden, ob der Analogie unter dem Gesichtspunkt des Umgehungsverbots eine größere Bedeutung zukommt.

V. Umgehungsverbot

In der deutschen Methodenlehre hat sich in neuerer Zeit zu Recht die Erkenntnis durchgesetzt, daß es eines eigenständigen Rechtsinstituts der Gesetzesumgehung nicht bedarf. Vielmehr läßt sich im Zivilrecht der Gefahr einer Gesetzesumgehung durch eine extensive teleologische Auslegung oder einen Analogieschluß begegnen.⁵³ Für das europäische Recht läßt sich bisher weder feststellen, daß sich bereits eine eigenständige Lehre von der Gesetzesumgehung etabliert hätte,⁵⁴ noch daß dafür kein Bedarf bestehe. Insbesondere aus verbraucherschützenden Richtlinien ist aber die Tendenz bekannt, ausdrückliche Umgehungsverbote in das jeweilige Sekundärrecht aufzunehmen. Derartige Regelungen fehlen in der SE-VO, obwohl sich dort Schutzvorschriften zugunsten von Gläubigern und Minderheitsgesellschaften finden. Trotz der bestehenden Unsicherheit über eine europarechtliche Lehre von der Gesetzesumgehung läßt sich für das SE-Statut festhalten, daß

⁵² Ähnlich *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 434f mit Fn 195.

⁵³ Vgl. grundlegend *A. Teichmann* Die Gesetzesumgehung, 1962, S. 15ff, 67ff, 78ff; ebenso *Ulmer* in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz*, 9. Aufl. 2001, § 7 Rn 4; dies bestätigend *Sieker* Umgehungsgeschäfte, 2001, S. 8ff; im Grundsatz (nur Frage der Gesetzesauslegung) auch *Flume* Allgemeiner Teil – Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 17, 5, S. 350f; *Medicus* Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1997, Rn 660f; für ein eigenständiges Bedürfnis einer Lehre von der Gesetzesumgehung aber *Mayer-Maly/Armbrüster* in: *MünchKomm. z. BGB*, 4. Aufl. 2001, § 134 Rn 11ff.

⁵⁴ Ebenso *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 438f.

bei Anerkennung einer regelgeleiteten Analogie und der starken Betonung der teleologischen Auslegung in der Rechtsprechung des EuGH kein Bedarf für ein eigenständiges Rechtsinstitut der Gesetzesumgehung besteht. Dies soll anhand der nachfolgenden Problematik verdeutlicht werden.

Wird eine SE durch Verschmelzung (Art. 2 Abs. 1, Artt. 17 ff SE-VO) gegründet, so sind zahlreiche Instrumente zum Schutz der Minderheitsaktionäre wie die Erstellung und Prüfung eines Verschmelzungsplanes und die Zustimmung der Hauptversammlung vorgesehen. Wer dieses Verfahren scheut,⁵⁵ kann statt dessen zunächst eine Tochter-SE gründen und sodann das wesentliche Vermögen der nationalen Mutter im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf die Tochter-SE übertragen. Denn nach Art. 36 SE-VO richtet sich die Tochtergründung allein nach den Schutzvorschriften des nationalen Rechts. In Deutschland läßt sich über die Anwendung der Holzmüller-Grundsätze oder eine Ausstrahlungswirkung des UmwG ein vergleichbares Schutzniveau erzielen.⁵⁶ In anderen Mitgliedsstaaten sind derartige nationale Schutzinstrumente, die über Art. 36 SE-VO als Auffanglösung herangezogen werden könnten, jedoch nicht vorhanden. Insoweit besteht also eine Umgehungsmöglichkeit. Einer Analogie der Verfahrensvorschriften nach Artt. 17 ff SE-VO scheint auf den ersten Blick die Tatsache entgegenzustehen, daß die Gründung einer Tochtergesellschaft im SE-Statut nur cursorisch geregelt ist und im übrigen mittels Spezialverweisung in Art. 36 SE-VO auf das nationale Recht verwiesen wird. Andererseits steht hier die Verweisung ins nationale Recht der Annahme einer Regelungslücke wegen der klaren Umgehungskonstellation nicht zwingend entgegen. Fraglich ist allerdings, ob hier eine analoge Anwendung der europarechtlichen Gründungsvorschriften auf den nationalen Sachverhalt der Einzelrechtsübertragung in Betracht kommt. Dies ist jedoch von daher unbedenklich, als die Schutzvorschriften in der SE-VO bei der Gründung ebenfalls noch nationale Gesellschaften verpflichten. Soweit die gestufte Gründung einer Tochtergesellschaft mit anschließender Übertragung der wesentlichen Vermögensgegenstände von der Mutter auf die SE-Tochter zur Umgehung der Verschmelzungsvorschriften geeignet ist, läßt sich dem also mit einer analogen Anwendung des Art. 17 Abs. 2 S. 1 SE-VO beugen.

Andererseits führt nicht jede Umgehungskonstellation zu einer Analogie, wie sich am nachfolgenden Beispiel verdeutlichen läßt: Erfolgt die Gründung einer SE durch Umwandlung einer nationalen AG in eine Tochter-SE oder

⁵⁵ Vergleichbare Schutzvorschriften finden sich bei der Holdinggründung und der Gründung durch Umwandlung.

⁵⁶ Vgl. dazu etwa *Reichert* in: Habersack/Koch/Winter (Hrsg.), *Die Spaltung im neuen Umwandlungsrecht und ihre Rechtsfolgen*, 1999, S. 25, 38 ff; *Dietz* *Die Ausgliederung nach dem UmwG und nach „Holzmüller“*, 2000, S. 241 ff sowie *R. Leinekugel* *Die Ausstrahlungswirkungen des Umwandlungsgesetzes*, 2000, passim, jew. mwN.

wird eine Holding-SE gegründet, so bestimmt Art. 2 Abs. 2 bis 4 SE-VO, daß die jeweils erforderliche Mehrstaatlichkeit seit mindestens zwei Jahren bestehen muß. Demgegenüber ist bei der Gründung durch Verschmelzung eine derartige Zweijahresfrist in Art. 2 Abs. 1 SE-VO nicht vorgesehen. Dies macht auf den ersten Blick Sinn, da die beiden an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger zwingend in zwei verschiedenen Mitgliedsstaaten ihren Sitz haben müssen. Da es aber nach Art. 31 Abs. 1 SE-VO zulässig ist, mittels einer Verschmelzung durch Aufnahme eine 100 %ige Tochtergesellschaft auf die Mutter zu verschmelzen,⁵⁷ die dann von einer nationalen AG zur SE wird, kann sich eine Umgehungssituation ergeben.⁵⁸ Sofern eine Tochtergesellschaft noch keine zwei Jahre lang in einem anderen Mitgliedsstaat besteht, ist es möglich, mittels einer erst wenige Tage vor der Verschmelzung gegründeten ausländischen Tochtergesellschaft, die bisher keine ernsthafte Geschäftstätigkeit entfaltet hat,⁵⁹ eine Gründung durch Verschmelzung zu wählen, obwohl der Sache nach eine Gründung durch Umwandlung gewollt ist.

Unter dem Gesichtspunkt der Umgehung liegt es auf den ersten Blick nahe, Art. 2 Abs. 4 SE-VO hinsichtlich der Zweijahresfrist analog anzuwenden. Dagegen spricht allerdings das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke.⁶⁰ Auf die Umgehungsmöglichkeit der Zweijahresfrist ist bereits in Stellungnahmen zu früheren Entwürfen hingewiesen worden.⁶¹ Ferner ist hervorzuheben, daß es sich bei der Mehrstaatlichkeit um ein formales Kriterium handelt, das keinen Gläubiger- oder Minderheitenschutz entfaltet. Seit der Relativierung der Mehrstaatlichkeit im Entwurf von 1991 durch Gleichstellung einer seit zwei Jahren bestehenden ausländischen Tochtergesellschaft mit zwei unabhängigen Unternehmen in zwei verschiedenen Mitgliedsstaaten, ist die Berechtigung dieses Erfordernisses ohnehin zweifelhaft geworden. Dies zeigt sich auch daran, daß es nach Gründung der SE unschädlich ist, wenn nunmehr alle Gesellschafter im Domizilstaat ansässig sind und die SE allein dort ihre Geschäftstätigkeit entfaltet. Für einen auf Umgehungsgesichtspunkte gestützten Analogieschluß ist deshalb kein Raum.

⁵⁷ Schwer verständlich das ablehnende Petitum von *Hirte* NZG 2002, 1, 3.

⁵⁸ Darauf weist *Hirte* NZG 2002, 1, 3 zu Recht hin, ebenso *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 412.

⁵⁹ Nicht zu vertiefen ist hier die Frage, ob die Tochtergesellschaft in den Fällen der Art. 2 Abs. 2 bis 4 SE-VO einen nennenswerten Geschäftsumfang entfalten muß, um eine hinreichende Mehrstaatlichkeit bejahen zu können.

⁶⁰ Im Ergebnis ebenso *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 412 f.

⁶¹ *Abeltsbauser* EWS 1991, 58, 61; *Hommelhoff* AG 1990, 422, 423; *Kallmeyer* AG 1990, 103, 106; *Trojan-Limmer* RIW 1991, 1010, 1013.

VI. Die Reichweite der Verweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. b und c SE-VO

Bei Art. 9 Abs. 1 SE-VO handelt es sich nicht um eine Verweisung im Sinne des Internationalen Privatrechts.⁶² Vielmehr stellt die Vorschrift eine Form der Lückenfüllung dar, mit der der europäische Gesetzgeber auf seine Rechtssetzungskompetenz teilweise verzichtet. Das zur Ausfüllung der Lücken herangezogene Recht bleibt nationales Recht.⁶³ Bei der in Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO enthaltenen Verweisung handelt es sich um eine sog. dynamische Verweisung.⁶⁴ Es wird also das nationale Recht in seiner jeweils gültigen Fassung angewandt. Im folgenden soll die Tragweite dieses europäischen Rechtsanwendungsbefehls, dem für die praktische Rechtsanwendung entscheidende Bedeutung zukommt, näher untersucht werden.⁶⁵ Dabei sind zunächst Anwendungsbereich und Tatbestand des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO und sodann die Reichweite der Verweisung ins nationale Recht zu untersuchen. Abschließend ist noch kurz der Umfang der in Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO kodifizierten Satzungsstrenge zu analysieren. Buchstabe a dieser Vorschrift bedarf keiner Vertiefung, da dem dort geregelten Vorrang des SE-Statuts nur klarstellende Bedeutung zukommt.

1. Anwendungsbereich und Tatbestand des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO

Die Anwendung des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO setzt dreierlei voraus: Zum einen muß der Anwendungsbereich der SE-VO eröffnet sein. Zweitens darf als negatives Kriterium keine Spezialverweisung vorliegen, die einen Rückgriff auf die Generalverweisung in Art. 9 Abs. 1 SE-VO ausschließt. Drittens darf im SE-Statut keine abschließende Regelung enthalten sein.

a) Sachlicher Anwendungsbereich

Voraussetzung für das Eingreifen der Generalverweisung ist zunächst, daß die zu regelnde Fragestellung überhaupt in den potentiellen Anwendungsbereich des SE-Statuts fällt. Bei dessen Bestimmung ist danach zu fragen, was der europäische Gesetzgeber mittels eines Vollstatuts hätte regeln können. Innerhalb dieses potentiellen Anwendungsbereichs des SE-Statuts bewirkt

⁶² Ch. Teichmann ZGR 2002, 383, 396.

⁶³ So zutreffend etwa Leupold (Fn 12) S. 21; a.A. Grote (Fn 12) S. 52f.

⁶⁴ Brandt/Scheifele DStR 2002, 547, 553; allg. dazu Karpen Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 66f, auch zu verfassungsrechtlichen Aspekten. Ob sich eine vergleichbare Problematik (Umgehung des Parlamentsvorbehalts) auch auf europäischer Ebene stellt, kann hier nicht problematisiert werden.

⁶⁵ Art. 10 SE-VO, wonach die SE wie eine nationale AG des jeweiligen Sitzstaates zu behandeln ist, kommt demgegenüber nur klarstellende Bedeutung zu.

Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO, daß unmittelbar auf das nationale Recht des Sitzstaats zurückgegriffen werden kann, ohne daß das anwendbare Recht zunächst über die Grundsätze des internationalen Privatrechts zu bestimmen ist.⁶⁶ Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Begeht eine in Deutschland ansässige SE in Frankreich einen Wettbewerbsverstoß, der sich in erster Linie in Spanien auswirkt, so findet nicht etwa über Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO deutsches Wettbewerbsrecht Anwendung, sondern es ist mittels des internationalen Wettbewerbsrechts zu bestimmen, ob spanisches oder französisches Wettbewerbsrecht Platz greift, da der Anwendungsbereich des SE-Statuts nicht tangiert ist. Geht es hingegen um den Rechtsschutz von Minderheitsaktionären gegen gesetzes- oder satzungswidriges Verhalten, so bedarf es keines Rückgriffs auf den innerhalb der Mitgliedsstaaten umstrittenen Anknüpfungspunkt im internationalen Gesellschaftsrecht (Sitz- oder Gründungstheorie), sondern das anwendbare Recht bestimmt sich unmittelbar nach Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO.⁶⁷ Will man nun den potentiellen Anwendungsbereich des SE-Statuts bestimmen, so liegt es zunächst auf der Hand, daß alle klassischen gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen in den Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO fallen.⁶⁸ Auszuscheiden haben dagegen Rechtsmaterien ohne gesellschaftsrechtlichen Bezug. Der 20. Erwägungsgrund nennt beispielhaft das Steuerrecht, das Wettbewerbsrecht, den gewerblichen Rechtsschutz und das Insolvenzrecht. Hierzu wird man auch das Handels-⁶⁹ und das Kapitalmarktrecht⁷⁰ zu rechnen haben. Auch soweit es eines Rückgriffs auf die Regeln des internationalen Privatrechts bedarf, sind Schwierigkeiten bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts regel-

⁶⁶ Es handelt sich bei Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO um eine reine Sachnorm- und nicht um eine Gesamtnormverweisung, d.h. das nationale Kollisionsrecht ist nicht mit in Bezug genommen, sondern soll vielmehr übergangen werden, vgl. *Schwarz* (Fn 20) Rn 1110; *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547, 549, 553; aA wohl *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 397f.

⁶⁷ Selbst wenn man Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO als Gesamtnormverweisung qualifizieren würde, mit der Folge, daß zunächst auf das internationale Gesellschaftsrecht des Domizilstaates zurückzugreifen wäre, käme man wegen des in Art. 7 Abs. 1 SE-VO angeordneten Gleichlaufs von Satzungssitz und Sitz der Hauptverwaltung ebenfalls stets zur Anwendung des Rechts des Domizilstaates.

⁶⁸ Ähnlich bereits *v. Caemmerer* in: FS Kronstein, 1967, S. 171, 195; *Lindacher* (Fn 12) S. 5ff; *Grote* (Fn 12) S. 104ff; großzügiger – allerdings ohne subsumierbares Ergebnis – *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547, 550f.

⁶⁹ Eine Ausnahme gilt allerdings für das in Art. 11 SE-VO ansatzweise kodifizierte Firmenrecht; zur Verzahnung mit dem nationalen Handelsrecht vgl. bereits *Ulmer* (Fn 5) S. 268.

⁷⁰ Die in Art. 5 SE-VO enthaltene Spezialverweisung bezieht nur das nationale Wertpapierrecht mit in den Anwendungsbereich der SE-VO ein. Der Handel mit Aktien einer SE an der Börse unterliegt allein dem nationalen Kapitalmarktrecht, ohne daß es hierfür eines Rückgriffs auf Art. 9 Abs. 1 SE-VO bedürfte. Bei einem Listing an mehreren Börsen ist folglich das jeweilige nationale Kapitalmarktrecht kumulativ einzuhalten.

mäßig nicht zu befürchten. Einen Grenzfall stellt das Konzernrecht dar. Insoweit stellt allerdings der 15. Erwägungsgrund klar, daß sich das anwendbare Recht nach dem für das beherrschte Unternehmen geltenden internationalen Privatrecht bestimmt, woraus man die Schlußfolgerung ziehen kann, daß das Konzernrecht bereits nicht mehr zum Anwendungsbereich des SE-Statuts zählt.⁷¹

b) Negatives Tatbestandsmerkmal: Kein Vorliegen einer Spezialverweisung

Der Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO ist geringer, als er auf den ersten Blick erscheint, da innerhalb des Statuts zahlreiche Spezialverweisungen auf das Recht des Domizilstaates existieren, die der Generalverweisung im Wege der Spezialität vorgehen.⁷² Vereinfachend läßt sich festhalten, daß Art. 9 SE-VO vor allem dann zur Anwendung kommt, wenn das SE-Statut gar keine Regelungen enthält.

Als Beispiele für die Vorrangwirkung von Spezialverweisungen mögen Art. 5 und Art. 15 Abs. 1 sowie der bereits dargestellte Art. 18 SE-VO dienen. Für das gesamte Recht der Kapitalaufbringung und -erhaltung verweist Art. 5 SE-VO auf das nationale Recht des Sitzstaates. Ebenso verfährt Art. 15 Abs. 1 SE-VO, wonach auf den Gründungsvorgang vorbehaltlich der im Statut enthaltenen Regelungen das Recht des Sitzstaates Anwendung findet. Obwohl das SE-Statut auch die Gründung der SE erfaßt, bestimmt sich die Ausfüllung von Lücken⁷³ folglich nicht nach Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO, sondern allein nach Art. 15 Abs. 1 SE-VO.

c) Positives Tatbestandsmerkmal:

Keine abschließende Regelung im SE-Statut

Schließlich findet Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO nur dann Anwendung, wenn das Statut keine abschließende Regelung enthält. Möglich bleibt der Rückgriff auf das nationale Recht aber auch, soweit das Statut eine Materie nur teilweise regelt. Ob eine abschließende oder eine nur teilweise Regelung vorliegt, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei ist danach zu fragen, ob die zusätzliche Anwendung des nationalen Rechts neben der europäischen Regelung praktikabel ist. Wenn zum Beispiel Art. 20ff SE-VO von einem

⁷¹ A.A. zur vergleichbaren Regelung im Entwurf von 1991 aber *Habersack* Europäisches Gesellschaftsrecht, 1999, Rn 402; eingehend zur Konzernproblematik *Maul* Die faktisch abhängige SE (Societas Europaea) im Schnittpunkt zwischen deutschem und europäischem Recht, 1998; *Buchheim* Europäische Aktiengesellschaft und grenzüberschreitende Verschmelzung, 2001.

⁷² *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547, 553.

⁷³ Zur Frage, ob es eine rechtsfähige Vor-SE gibt, vgl. *Kersting* DB 2001, 2078, 2081ff einerseits und *Hirte* NZG 2002, 1, 4 andererseits.

Verschmelzungsplan sprechen, stellt dies eine abschließende Regelung dar. Ein Rückgriff auf die im Umwandlungsrecht enthaltenen Regelungen über Verschmelzungsverträge scheidet aus.⁷⁴ Eine abschließende Regelung fehlt aber dann, wenn das SE-Statut den nationalen Gesetzgeber wie in Art. 34 SE-VO ermächtigt, weitere Schutzvorschriften zugunsten von Minderheitsaktionären oder Gläubigern zu erlassen, oder wenn feststeht, daß sich die festgestellte Lücke durch Analogie innerhalb des SE-Statuts schließen läßt.

2. Tragweite der Verweisung ins nationale Recht

Auf der Rechtsfolgende der durch Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO ausgelösten Verweisung stellt sich zum einen die Frage, ob auch ungeschriebene, von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsgrundsätze erfaßt sind. Zum anderen ist zu überlegen, ob bei der Auslegung der in Bezug genommenen nationalen Vorschriften ihre Funktion als europäische Ersatzregelung besonders zu berücksichtigen ist. Entsprechendes gilt für die zahlreichen Spezialverweisungen.

a) Einbeziehung ungeschriebener Rechtsgrundsätze

Man könnte mit Blick auf den Aspekt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit meinen, daß Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO allein auf das geschriebene Recht verweist, da nur dieses den ausländischen Geschäftspartnern oder Minderheitsaktionären einer SE ohne Schwierigkeiten zugänglich ist. Auch die Formulierung „Rechtsvorschriften“ in lit. c iii) könnte eine derartige enge Auslegung nahelegen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß zumindest nach kontinentaleuropäischem Verständnis auch richterliche Rechtsfortbildung, erst recht aber im Wege der Auslegung und Analogie gewonnene Rechtssätze noch zur Rechtsanwendung zählen und nicht eine eigene Rechtsquelle bilden. Dafür, daß die Generalverweisung und die zahlreichen Spezialverweisungen sich auch auf die von der Rechtsprechung vorgenommene Rechtsfortbildung erstrecken, spricht auch eine systematische Auslegung. So verwenden einige Spezialverweisungen wie etwa Art. 15 Abs. 1 SE-VO den Ausdruck „Anwendung des geltenden Rechts für Aktiengesellschaften“. Eine unterschiedliche Tragweite der Verweisung in Art. 15 SE-VO gegenüber derjenigen der Artt. 5, 9, 18 SE-VO ist jedoch wenig naheliegend.⁷⁵ Dieses weite Ergebnis folgt auch aus einer teleologischen Auslegung. Der europä-

⁷⁴ So zutreffend *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 420f mit Hinweis auf praktische Unterschiede.

⁷⁵ Ebenso *Hirte* NZG 2002, 1, 2; *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 397; *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547, 553; *Leupold* (Fn 12) S. 21; *Grote* (Fn 12) S. 43; offenlassend aber *Schulz/Geismar* DStR 2001, 1078, 1079; *Ulmer* F.A.Z. v. 21. 3. 2001, S. 30.

ische Gesetzgeber hat sich bewußt für eine lückenhafte Regelung des Rechts der SE ausgesprochen. Mit der Generalverweisung will er sicherstellen, daß ein vollständiges Aktienrecht zur Verfügung steht, damit sich die SE in allen Rechtsfragen als funktionsfähig erweist. In den zum angelsächsischen Rechtskreis zählenden Mitgliedsstaaten, in denen die Rechtsfortbildung eine erheblich größere Rolle spielt, würden sich anderenfalls erhebliche Lücken ergeben. Ebenso erstreckt sich die Verweisung ins nationale Recht auch auf die dort entwickelten Auslegungsmethoden. Dafür spricht auch, daß anderenfalls den nationalen Gerichten ein Teil ihrer Kompetenz entzogen würde. Denn die zur Lückenfüllung herangezogenen Vorschriften bleiben nationales Recht und unterliegen somit der Auslegung durch die nationalen Gerichte und nicht durch den EuGH.

Für die in Deutschland ansässige SE bedeutet dieses weite Verständnis des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO, daß z. B. auch die Holz Müller-Grundsätze oder die Lehre von der verdeckten Sacheinlage zur Anwendung kommen.

Handelt es sich bei dem in Bezug genommenen nationalen Recht um harmonisiertes Recht, so kann es eine Rückkoppelung ins europäische Recht geben, indem bei der nationalen Norm zu prüfen ist, ob sie richtlinienkonform umgesetzt worden ist bzw. ob die ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, wie die Lehre von der verdeckten Sacheinlage, mit dem europäischen Sekundärrecht kompatibel sind. Besonderheiten daraus, daß der nationalen Norm hier eine Hilfsfunktion für das Europarecht zukommt, ergeben sich nicht. Nur innerhalb dieser Rückkoppelung ist der EuGH an der Auslegung des zur Lückenfüllung herangezogenen nationalen Rechts beteiligt. Soweit nicht harmonisiertes Recht als europäisches Ersatzrecht eingesetzt wird, obliegt dessen Auslegung allein den nationalen Gerichten.

b) Auslegung des in Bezug genommenen nationalen Rechts

Im Grundsatz kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Auslegung des zur Lückenfüllung herangezogenen nationalen Rechts nach der jeweils dort entwickelten Methodik vorzunehmen ist. Es stellt sich allerdings die Frage, ob bei Zweifelsfragen eine europafreundliche Auslegung im Geiste des Statuts erforderlich ist. So wäre es etwa denkbar, unter mehreren Auslegungsalternativen diejenige zu wählen, die der Rechtslage in anderen Mitgliedsstaaten entspricht, um so zu einer stärkeren Einheitlichkeit des Rechts der europäischen Aktiengesellschaft beizutragen. Ein Beispiel mag diese Fragestellung verdeutlichen: Bei der Auslegung des § 242 AktG ist umstritten, ob diese Vorschrift eine materielle Heilungswirkung entfaltet oder nur eine Verfristung der Nichtigkeiteklage bewirkt.⁷⁶ Außer in Österreich (§ 196 öAktG)

⁷⁶ Vgl. eingehend zum Streitstand Hüffer in: MünchKomm. z. AktG, 2001, § 242 Rn 19f; Casper Heilung nichtiger Beschlüsse, 1998, S. 140ff: die h.M. geht zu Recht von einer materiell-rechtlichen Wirkung aus.

ist eine derartige materielle Heilungswirkung in den meisten anderen Rechtsordnungen der EG unbekannt. Mit Blick auf eine größere Rechtseinheit könnte man deshalb fordern, bei § 242 AktG, soweit er zur Ausfüllung des nicht geregelten Beschlußmängelrechts der SE herangezogen wird, die weniger weitgehende Auslegungsalternative zu berücksichtigen, da sie der Rechtslage in den anderen Mitgliedsstaaten näher käme. Einer derartigen gespaltenen Auslegung des nationalen Rechts, je nach dem, ob es auf eine nationale oder eine europäische Aktiengesellschaft Anwendung findet, ist jedoch nachhaltig zu widersprechen. Ein derartiges Vorgehen würde zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen. So müßte der nationale Rechtsanwender überlegen, ob die SE-konforme Auslegungsalternative, wenn schon nicht stets überzeugend, so doch noch tolerabel ist. Mit der Verweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO soll vielmehr das nationale Aktienrecht vollumfänglich in seiner jeweiligen Interpretation durch Rechtsprechung und Wissenschaft herangezogen werden. Für eine SE-spezifische Auslegung ist deshalb nur dort Raum, wo spezielle nationale Vorschriften – wie in einem zu erwartenden SE-Ausführungsgesetz – nur für die SE erlassen worden sind.

c) Auslegung und Lückenfüllung der Satzung

Was die Auslegung der Satzung der jeweiligen SE anbelangt, so könnte man aus der zweifachen Kompetenzzuweisung an den Satzungsgeber in Art. 9 Abs. 1 lit. b und lit. c iii) SE-VO auf den ersten Blick schlußfolgern, daß die Satzung auf der einen Seite mittels einer europarechtlichen Methodik, auf der anderen Seite mit den im nationalen Recht entwickelten Mitteln auszulegen ist, je nach dem, ob die konkrete Satzungsbestimmung von der europäischen oder der nationalen Ermächtigung Gebrauch macht. Dem ist jedoch Dreierlei entgegenzuhalten. Zum einen fehlt es an einer europäischen Methodik zur Auslegung von Satzungen supranationaler Rechtsformen. Zum anderen wäre eine gespaltene Auslegungsmethodik der Rechtssicherheit abträglich und zum dritten ergibt sich aus Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO, daß die Methode zur Auslegung der Satzung dem Gesellschaftsrecht des jeweiligen Domizilstaates zugewiesen ist. Die Auslegung der Satzung der SE und die Ausfüllung darin enthaltener Lücken richtet sich also allein nach nationalem Recht.⁷⁷

⁷⁷ Zum deutschen Recht vgl. etwa Hachenburg/*Ulmer* GmbHG, 8. Aufl. 1989, § 2 Rn 142 ff; K. Schmidt Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 5 I 4, S. 93 ff, 99.

3. Umfang der Satzungsstrenge nach Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO

Der Satzung wird nur dort Gestaltungsspielraum zuerkannt, wo die Verordnung dies ausdrücklich zuläßt. Damit ist die Frage aufgeworfen,⁷⁸ ob die Satzung auch ergänzende Bestimmungen festlegen kann, wenn die SE-VO keine abschließende Regelung enthält, wie dies für das deutsche Aktienrecht in § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zugelassen wird. Eine derartige Kompetenzzuweisung läßt sich dem Statut aus zwei Gründen nicht entnehmen. Zum einen ist die Formulierung in Art. 9 Abs. 1 lit. b SE-VO rigider als diejenige in § 23 Abs. 5 S. 1 AktG. Nach der europäischen Bestimmung ist dem Satzungsgeber die Regelungskompetenz grundsätzlich entzogen und quasi an einen Erlaubnisvorbehalt geknüpft.⁷⁹ Dieser wird aber auf europäischer Ebene nicht erteilt, sondern von einer Regelung im nationalen Recht abhängig gemacht. Es ist weiterhin zu berücksichtigen, daß das SE-Statut in weiten Teilen bewußt lückenhaft ist, da sich die Mitgliedsstaaten nicht einigen konnten. Die Ausfüllung dieser bewußten Regelungslücken ist durch Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO zunächst dem nationalen Recht und nicht dem Satzungsgeber zugewiesen. Folglich kann der Satzungsgeber erst dann tätig werden, wenn das nationale Recht ihm eine Regelungskompetenz zuweist, wie sich explizit aus Art. 9 Abs. 1 lit. c iii) SE-VO ergibt.⁸⁰ Für die in Deutschland ansässige SE bedeutet dies, daß nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ergänzende Regelungen nur dann möglich sind, wenn auch der deutsche Gesetzgeber nicht abschließend tätig geworden ist. Würde der deutsche Gesetzgeber beispielsweise das monistische Verwaltungssystem, das die SE schon aufgrund der Kompetenzzuweisung in Art. 38 lit. b SE-VO wählen kann, nicht weiter ausgestalten,⁸¹ so könnte der Satzungsgeber die hierzu notwendigen Regelungen selbst treffen.⁸²

VII. Fazit

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, daß ein Regelungstorsor wie das SE-Statut mit einer Lückenfüllung durch das nationale Recht zu einer in der praktischen Rechtsanwendung handhabbaren Größe

⁷⁸ Offenlassend *Hommelhoff* AG 2001, 279, 287.

⁷⁹ *Schwarz* Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn 1096.

⁸⁰ Eine Ausnahme bildet Art. 55 Abs. 1, 2. HS SE-VO. Um Kollisionen zu vermeiden, wird man davon ausgehen müssen, daß auch die Satzung keinen niedrigeren Prozentsatz für die Einberufung der Hauptversammlung durch eine Minderheit wie im nationalen Recht des Sitzstaates festsetzen darf.

⁸¹ Wozu man ihm allerdings nicht raten kann; vgl. näher zu verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten durch den Gesetzgeber *Ch. Teichmann* ZGR 2002, 383, 444 ff.

⁸² *Bungert/Beier* EWS 2002, 1, 3.

wird.⁸³ Damit bestätigt sich die Prophezeiung *Ulmers* aus dem Jahre 1972, wonach eine Verzahnung mit dem nationalen Recht selbst bei einer weitgehend europäischen Regelung unumgänglich ist.⁸⁴ Die methodenrechtlichen Konsequenzen aus den vielfachen Rückkoppelungen ins nationale Recht und der damit verbundenen normativen Gemengelage sind bei einem Rumpfstatut jedoch erheblich problematischer und bieten ein Eldorado für die Methodenlehre. Die hier vorgenommenen Überlegungen zur Methodik der Lückenfüllung im SE-Statut konnten nur ein erster Schritt auf dem erforderlichen Weg zu einer noch ausstehenden Methodenlehre des europäischen Gesellschaftsrechts sein.

⁸³ Ob die SE auch ein Erfolg wird, wird sich erst ab Oktober 2004 sagen lassen, wenn die ersten europäischen Aktiengesellschaften gegründet werden können; abstrakter Vergleich zu bisherigen Formen von cross-border-mergers bei *Bungert/Beier* EWS 2002, 1, 8 ff.

⁸⁴ *Ulmer* (Fn 5) S. 267 ff.

§ 130 HGB: Weitere Rechtsfortbildung im Recht der BGB-Gesellschaft?

BARBARA DAUNER-LIEB

Das seit langem heftig und kontrovers diskutierte, im Münchener Kommentar¹ glanzvoll dokumentierte Recht der BGB-Gesellschaft ist bekanntlich durch zwei, sich ergänzende Grundsatzentscheidungen des BGH rechtsfortbildend wesentlich weiterentwickelt worden:² Sowohl der Übergang von der Doppelverpflichtungs- zur Akzessorietätstheorie und die damit verbundene grundsätzliche Unzulässigkeit von statutarischen Haftungsbeschränkungen zugunsten der Gesellschafter (entsprechend § 128 HGB) als auch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft (entsprechend § 124 HGB) bilden Marksteine der Fortbildung des Personengesellschaftsrechts. Schon die neueste problematische Entscheidung des BGH vom 21. 01. 2002³ zeigt freilich, daß ein Abschluß der Entwicklung noch nicht erreicht ist. Es tauchen vielmehr naheliegender Weise Folgeprobleme auf, die zu der Frage führen, ob die vom BGH begonnene Rechtsfortbildung konsequenterweise noch weitergeführt werden kann oder gar muß, oder ob es an der Zeit ist, erst einmal konsolidierend innezuhalten. Darauf eine generelle Antwort geben zu wollen, wäre sicherlich vermessen. Vielmehr erscheint es notwendig, eventuelle weitere Schritte im Einzelfall besonders sorgfältig auf ihre Erforderlichkeit und Zulässigkeit abzuklopfen.

I.

Ein solcher weiterer Schritt der Rechtsfortbildung könnte darin bestehen, nach Anerkennung der Akzessorietätstheorie nunmehr auch die Vorschrift des § 130 HGB, die bekanntlich im Recht der BGB-Gesellschaft kein Pen-

¹ MünchKomm-BGB/*Ulmer*, 1. bis 3. Aufl. 1980 bis 1997.

² BGHZ 142, 315 = DStR 1999, 1704 m. Anm. *Goette* und BGHZ 146, 341 = DStR 2001, 310 m. Anm. *Goette*; dazu aus der kaum noch überschaubaren Literatur *Dauner-Lieb* DStR 1999, 1992; *dies.* DStR 2001, 356; *Habersack* BB 2001, 477; *Hadding* ZGR 2001, 712; *Peifer* NZG 2001, 193, 196; *Reiff* VersR 2001, 515; *K. Schmidt* NJW 2001, 993; *Ulmer* ZGR 2000, 339; *H. P. Westermann* NZG 2001, 289; *Wiedemann* JZ 2001, 661.

³ DStR 2002, 816 m. Anm. *Goette*.

dant hat, auf die (alle?) BGB-Gesellschaften auszudehnen und damit – dies ist Inhalt und Rechtsfolge dieser Vorschrift – die persönliche unbeschränkte Haftung neu eintretender Gesellschafter auf Altschulden zu erstrecken. Der Jubilar, dem diese Überlegungen in freundschaftlicher Verbundenheit und tiefer Bewunderung für einen das Gesellschaftsrecht prägenden Wissenschaftler gewidmet sind, hat diese Frage im Rahmen seiner eindringlichen Analyse der Entscheidung BGHZ 146, 341 aufgegriffen und nachdrücklich mit dem Kernsatz bejaht, § 130 habe sich zu einem zentralen Bestandteil des auf dem Akzessorietätsprinzip beruhenden Haftungsregimes in OHG und KG entwickelt und sei daher auch auf die BGB-Gesellschaft zu übertragen.⁴ Das OLG Hamm ist dieser Auffassung gefolgt;⁵ das OLG Düsseldorf ist ihr entschieden entgegengetreten.⁶ Beide Entscheidungen betrafen Freiberufler-Sozietäten und damit – darauf wird zurückzukommen sein – einen Kernbereich der Weiterentwicklung der BGB-Gesellschaft. Eine Entscheidung des BGH liegt derzeit noch nicht vor; in seinen beiden bereits erwähnten Grundsatzentscheidungen wurde insoweit jeder Hinweis geradezu sorgsam vermieden.⁷ Bemerkenswert ist, daß es im Fall des OLG Hamm um gesetzliche (Bereicherungs-) Verbindlichkeiten, im Fall des OLG Düsseldorf (und des OLG München) dagegen um vertragliche bzw. vertragsähnliche Verbindlichkeiten ging. Im übrigen war im Fall des OLG Düsseldorf letztlich gar nicht über die Anwendbarkeit des § 130 zu entscheiden, da kein Eintritt in eine bereits bestehende Sozietät vorlag; es ging vielmehr um eine Neugründung, die in den Anwendungsbereich des § 28 fällt. Allerdings stellen sich dort ähnliche Probleme; außerdem haben die Gründe des OLG Düsseldorf einen gleich näher zu analysierenden Eigenwert. Sehen wir uns den Streitstand genauer an:

II.

1. Das OLG Hamm referiert zunächst zutreffend die bisher herrschende Lehre, die – im Einklang mit der Grundsatzentscheidung BGHZ 74, 240⁸ – eine persönliche Haftung des neu eintretenden Gesellschafters für Altver-

⁴ *Ulmer* ZIP 2001, 585, 598; zumindest im Ergebnis ebenso *Habersack* (Fn. 2) S. 482 und *K. Schmidt* (Fn. 2) S. 999; eher zögernd *Hadding* (Fn. 2), S. 740; *Peifer* (Fn. 2), 299; *Westermann* (Fn. 2) S. 294 f.; a. A. *Wertenbruch* WuB II J. § 705 BGB 1.01, 820; *Wiedemann* (Fn. 2) S. 664.

⁵ OLG Hamm ZIP 2002, 527; ähnlich auch schon das OLG München NZG 2000, 477.

⁶ OLG Düsseldorf ZIP 2002, 619.

⁷ In der Literatur ist bereits zu recht mehrfach darauf hingewiesen worden, daß der BGH in BGHZ 146, 341, 358 von der akzessorischen Gesellschafterhaftung gemäß „§§ 128 f. HGB“ (nicht: ff.!) gesprochen hat.

⁸ Dazu weitere Nachweise bei MünchKomm-BGB/*Ulmer* 3. Aufl. 1997, § 714, Rn. 65.

bindlichkeiten mit dem Privatvermögen ganz überwiegend ablehnte; trotz auch insoweit fehlender gesetzlicher Regelung wurde im Hinblick auf die sich aus § 736 ZPO ergebende vollstreckungsrechtliche Notwendigkeit lediglich die Haftung mit dem Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen (was immer darunter zu verstehen sein mag⁹) und insoweit die Möglichkeit entsprechend beschränkter Verurteilung bejaht.¹⁰ Dieser bisherigen Auffassung stehe, so ausdrücklich das OLG, nunmehr die Änderung der Rechtsprechung des BGH in der Entscheidung BGHZ 146, 341 vom 29.1.2001 entgegen. Aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft und der damit verbundenen gesetzlichen (akzessorischen) Haftung der Gesellschafter analog § 128 folge („demnach“¹¹) auch die persönliche unbeschränkte Haftung für die vor dem Eintritt eines Gesellschafters bereits begründeten Verbindlichkeiten; für den Ausschluß dieser Haftung sei daher eine besondere Vereinbarung mit dem Gläubiger erforderlich. Dabei stützt sich das OLG vor allem auf die bereits erwähnte Auffassung von *Ulmer*;¹² ergänzt wird diese Argumentation unter Rückgriff auf *Habersack*¹³ damit, daß ein Gesellschaftsgläubiger ohne die Regelung in § 130 damit belastet wäre, die im Zeitpunkt der Begründung seiner Forderung vorhandenen Gesellschafter zu bestimmen, was ihm vielfach kaum oder nur schwer und häufig nur unzuverlässig möglich wäre; er liefe Gefahr, daß der in Anspruch genommene Gesellschafter seine Mitgliedschaft zum fraglichen Zeitpunkt abstreite.¹⁴ Durch die entsprechende Anwendung des § 130 würden demgegenüber verlässliche Haftungsstrukturen im Rechtsverkehr geschaffen; gerade für die außerhalb des Handelsregisters agierende BGB-Gesellschaft komme diesem Aspekt besondere Bedeutung zu. Dies klingt konsequent und eindrucksvoll und ist sicher gut vertretbar. Dennoch bleiben Zweifel:

2. Der erste betrifft bereits die referierte Kernaussage von *Ulmer*, § 130 bilde einen zentralen Bestandteil des auf dem Akzessorietätsprinzip beruhenden Haftungsregimes der Personenhandelsgesellschaften. Man fragt sich sofort, weshalb sich aus der nunmehrigen Begründung der (grundsätzlich unstreitigen) Mithaftung der Gesellschafter neben der Gesellschaft

⁹ Die – schillernde – Formulierung erinnert (irreführend) doch wieder an §§ 725 BGB, 135 HGB; gemeint ist die Haftung (nur) mit dem Gesellschaftsvermögen, an dem der Gesellschafter als Gesamthänder beteiligt ist.

¹⁰ Der neu eintretende Gesellschafter wird nicht zur Zahlung, sondern zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen verklagt und verurteilt, so daß sein Privatvermögen nicht tangiert wird; dazu *Ulmer* AcP 198 (1998), 113, 142 f. m. w. N.

¹¹ OLG Hamm (Fn. 5) S. 529 li. Sp. o.

¹² *Ulmer* (Fn. 4).

¹³ *Habersack* BB 2001, 477, 482; *ders.* Staub, Großkommentar HGB, 4. Aufl. 1997, § 180 Rn. 1 ff.

¹⁴ OLG Hamm (Fn. 5) S. 529 li. Sp. u.

(§ 128) für die *während* der Zugehörigkeit des Gesellschafters zur Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten Folgerungen für *Altverbindlichkeiten* ergeben sollen. Dabei dürfte es sich eher um eine selbstständige Frage handeln, die daher auch unterschiedlich beantwortet werden kann; für ein notwendigerweise einheitliches Haftungsregime – persönliche unbeschränkte Haftung gleichermaßen in *beiden* Fällen – gibt es keine ausreichenden Anhaltspunkte. Dabei spielt m. E. eine entscheidende Rolle, daß es sich im Gegensatz zu § 128, der letztlich nur eine Selbstverständlichkeit ausspricht, bei § 130 im Ergebnis um ein überraschendes Gläubigergeschenk handelt, wird doch die wirtschaftliche Position des Gläubigers, die sich ohnehin schon durch die Einlageleistung des Eintretenden verbessert haben wird, durch die Ermöglichung des Zugriffs auf dessen Privatvermögen auch noch geradezu dramatisch aufgewertet, ohne daß Rechtfertigungen ohne weiteres erkennbar wären. Fraglich ist, ob hier die bereits erwähnte Argumentation von *Habersack* weiterhelfen kann, der meint, § 130 sei erforderlich, um den Kreis der Haftenden einfach und zuverlässig bestimmen zu können. Daran ist sicherlich so viel richtig, daß sich insoweit auch dem Handelsregister letzte Klarheit nicht entnehmen läßt.¹⁵ Zu bedenken ist aber, daß Beweisschwierigkeiten, die ohnehin zum Risikobereich jedes Gläubigers gehören, im Fall wirklicher Notwendigkeit auch einfacher behoben werden könnten als durch die bequeme Anwendung des § 130; man denke nur an die unproblematische Möglichkeit, dem verklagten Gesellschafter die Beweislast dafür aufzuerlegen, daß er im Zeitpunkt der Begründung der Forderung des Gläubigers (noch) nicht Gesellschafter gewesen sei. Der außerordentlich scharfen, unterschiedslos selbst dann greifenden Haftungsausweitung auf das Privatvermögen des Eintretenden, wenn Unklarheiten überhaupt nicht bestehen, bedarf es dafür nicht. Schon von daher begegnet die Auffassung des OLG Hamm erheblichen Bedenken.

3. Das OLG begründet die Auffassung, daß § 130 zum Grundmodell der Haftung in Personenhandelsgesellschaften gehöre und daher Geltung auch gegenüber der BGB-Gesellschaft beanspruche, in Anlehnung an *Timm*¹⁶ allerdings auch noch mit dem Hinweis auf die mit § 130 übereinstimmenden Regelungen in Art. 24 Abs. 1 EWIV-VO sowie in § 8 Abs. 1 S. 2 PartGG.¹⁷ Dieser Hinweis ist also solcher natürlich nicht zu bestreiten; die zitierten Regelungen existieren in der Tat mit den angegebenen Rechtsfolgen. Fraglich ist jedoch ihr Stellenwert, gibt doch die Tatsache, daß in *anderen* Gesellschaftsformen als der BGB-Gesellschaft § 130 oder ähnliches gilt, nichts dafür her, ob dies auch bei der (fortentwickelten) BGB-Gesellschaft so sein

¹⁵ *Habersack* Großkommentar (Fn. 13) Rn. 2.

¹⁶ *Timm* NJW 1995, 3209, 3216.

¹⁷ OLG Hamm (Fn. 5) S. 529 re. Sp.

muß: Zwar vollzieht sich derzeit zweifellos eine erhebliche Annäherung der BGB-Gesellschaft an die OHG; Identität besteht aber deswegen noch lange nicht. Dazu kommt, daß das Gesetz in gewissem Umfang (§ 105 Abs. 2 HGB!) von Wahlmöglichkeiten der Gesellschafter ausgeht, die überflüssig wären, wenn Normen, deren Geltung durch Rechtswahl herbeigeführt werden kann, bereits kraft entsprechender Analogie ohnehin gelten würden. Insofern führt auch der Begründungsansatz von *Timm* nicht recht weiter.

III.

1. Die Waagschale scheint sich daher zugunsten der entgegengesetzten Auffassung des OLG Düsseldorf¹⁸ zu neigen. Sieht man sich dessen Entscheidung genauer an, begegnet freilich auch sie Zweifeln: Das OLG meint zunächst in etwas gewundener, nicht ganz leicht nachvollziehbarer Argumentation, (auch) die akzessorische Haftung setze Vertretungsmacht des handelnden Gesellschafters für die dadurch mitverpflichteten Gesellschafter voraus und daran fehle es notwendigerweise bei einem Gesellschafter, der im Zeitpunkt der Anspruchsbegründung (beim OLG Düsseldorf ging es um vertragliche Ansprüche) noch gar nicht Gesellschafter gewesen sei.¹⁹ Dies ist ebenso richtig wie banal, betrifft aber lediglich § 128, für den die Beschränkung auf die Verpflichtung der vorhandenen Gesellschafter selbstverständlich ist. Für eine Haftungsausdehnung kraft Gesetzes, wie sie § 130 bewirken würde, läßt sich daraus aber nichts entnehmen. Dem OLG könnte allerdings dann zugestimmt werden, wenn es – ganz im Sinne des gegen das OLG Hamm bereits Ausgeführten – daraus hinauswollte, daß sich aus der akzessorischen Haftung gemäß § 128 keine zwingenden Schlußfolgerungen für die Geltung auch des § 130 ableiten lassen; insoweit handelt es sich, wie bereits ausgeführt, in der Tat um je selbständige Fragen.

2. Schweres Geschütz fährt das OLG dann allerdings mit dem Argument auf, die Ausdehnung des § 130 auf BGB-Gesellschaften würde die unzulässige rückwirkende Änderung einer gefestigten Rechtsprechung zur BGB-Gesellschaft darstellen.²⁰ Dies ist deswegen ein heikler Punkt, weil der BGH in seiner neuesten (freilich außerordentlich zweifelhaften, wenn nicht im Gesamtsystem der bisherigen Entscheidungen widersprüchlichen) Urteil vom 21. 1. 2002²¹ ähnliche Skrupel angedeutet hat.²² Es ist auch ohne weiteres

¹⁸ OLG Düsseldorf (Fn. 6).

¹⁹ OLG Düsseldorf (Fn. 6) S. 618 re. Sp.

²⁰ OLG Düsseldorf (Fn. 6) S. 619 li. Sp.

²¹ BGH DStR 2002, 816.

²² BGH (Fn. 21) S. 818 li. Sp. o.

einzuräumen, daß die (nur schwer zu bewältigende) Rückwirkung von Rechtsfortbildung²³ ein ungelöstes Problem darstellt,²⁴ das per se zur Vorsicht bei Rechtsfortbildungen allen Anlaß gibt.²⁵ Das Gericht trennt aber nicht ausreichend zwischen der Problematik der Zulässigkeit der Rechtsfortbildung als solcher und der Anschlußfrage ihrer (eventuellen) Rückwirkung. Beides ist jedoch streng zu unterscheiden: Zunächst geht es um die vorrangige Frage, ob die beabsichtigte Rechtsfortbildung überhaupt zulässig ist. Insoweit ist auf der Basis der beiden Grundlagenentscheidungen des BGH die Frage zu stellen, ob ihre Komplettierung durch entsprechende Anwendung auch des § 130 unter Berücksichtigung der dafür maßgeblichen methodischen Kriterien wirklich erforderlich ist. Erst dann stellt sich die Rückwirkungsfrage. Sie wäre für die vorangehende Zulässigkeitsproblematik nur dann relevant, wenn die Rückwirkung unvermeidbar wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall: So schwer es auch sein mag, die Rückwirkung rechtssicher zu begrenzen, ist dies doch möglich; auch der BGH hat dies in seiner neuesten Entscheidung vom 21. 1. 2002²⁶ (partiell) anerkannt und vollzogen. *Wenn* – dies ist nach wie vor offen – die entsprechende Anwendung auch des § 130 für das Haftungssystem der BGB-Gesellschaft unverzichtbar sein sollte, käme dem Rückwirkungseinwand daher keine eigenständige Bedeutung zu.

3. Etwas gewichtiger ist der auch in der Literatur²⁷ mehrfach artikulierte Gedanke, § 130 sei als handelsrechtliche Sondervorschrift zu verstehen, die sich nicht verallgemeinern lasse.²⁸ Aber auch dieser Gedanke trägt deswegen nicht allzu weit, weil er zum einen die ratio der Vorschrift auch nur im Handelsrecht nicht zu erklären vermag, und weil zum anderen nicht deutlich genug wird, ob die insoweit zu beobachtende weitreichende Annäherung der BGB-Gesellschaft an die OHG nicht letztlich zur ebenso weitgehenden Aufhebung der Abgrenzung zwischen BGB-Gesellschaft einerseits und Personenhandelsgesellschaften andererseits führt, die damit ihre Bedeutung und Rechtfertigung verlieren könnte. Nur am Rande gestreift werden soll der auf *Jauernig*²⁹ zurückgehende Einwand, wenn der BGH seine bisherige Rechtsprechung – keine persönliche Haftung des Eintretenden bei der BGB-Gesellschaft³⁰ – habe aufgeben wollen, hätte er den Großen Senat anrufen

²³ Vgl. dazu aber beispielhaft BGHZ 62, 216.

²⁴ Vgl. dazu *Lieb* Festschrift H. F. Gaul, 1997, 381 ff.

²⁵ Daß diese Vorsicht bei so mancher Rechtsfortbildung der Vergangenheit sträflich außer acht gelassen wurde, dürfte kaum bestreitbar sein; um so größere Aufmerksamkeit ist heute geboten.

²⁶ BGH DSrR 2002, 816.

²⁷ Z. B. von *Wiedemann* JZ 2001, 661, 664.

²⁸ OLG Düsseldorf (Fn. 6) S. 619 li. Sp. o.

²⁹ *Jauernig* NJW 2001, 2231.

³⁰ Nachweise oben in Fn. 8.

müssen; denn die Zahl der Fälle, in denen – aus welchen Gründen auch immer – der Große Senat nicht angerufen, Rechtsänderungen (Rechtsfortbildungen) aber dennoch vollzogen wurden, ist allzu groß. Möglicherweise wird dieser Einwand aber dann doch eine Rolle spielen, wenn der BGH einmal über die entsprechende Anwendung des § 130 auf die fortentwickelte BGB-Gesellschaft sollte entscheiden müssen. Der bekannte horror pleni könnte dann in der Tat zur Verweigerung weiterer Rechtsfortbildung beitragen.

IV.

1. Die bisherigen Ausführungen haben erkennen lassen, daß weder dem pro (Hamm) noch dem contra (Düsseldorf) durchschlagendes Gewicht beizumessen ist. Die Entscheidung der Streitfrage muß daher genereller angelegt werden: Die Anerkennung von Rechtsfähigkeit und akzessorischer Haftung und damit die entsprechende Anwendung der §§ 124 Abs. 1 (und jetzt auch Abs. 2), 128 sind Teil einer sukzessiven Annäherung der BGB-Gesellschaft an die OHG, die vor allem auf Gläubigerschutzaspekten und der sich daraus ergebenden Notwendigkeit einer entsprechenden einheitlichen Haftungsverfassung beruht.³¹ Triebfeder war dabei die vom Gesetzgeber verkannte Tatsache, daß gläubigergefährdende Risiken notwendigerweise mit *jedem* unternehmerischen Handeln verbunden³² und daher entsprechende Vorkehrungen letztlich bei jedem gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluß ohne Kapitalsicherung und damit auch bei der BGB-Gesellschaft jedenfalls dann – auf diese Frage wird noch zurückzukommen sein – erforderlich sind,³³ wenn es sich um eine sog. unternehmenstragende BGB-Gesellschaft handelt. Als problematisch, wenn nicht überholt erweist sich unter diesem Aspekt ganz generell die (historisch überkommene) Zweiteilung zwischen (handels-) gewerblicher und sonstiger unternehmerischer Tätigkeit, auf der auch die Unterscheidung zwischen Handelsgesellschaften und BGB-Gesellschaften (u. a.) beruht. So gesehen ist die Annäherung der rechtlichen Ausgestaltung der BGB-Gesellschaft an die OHG auf Überwindung dieser Zweiteilung angelegt, wobei die Tragweite einer solchen Entwicklung dadurch noch

³¹ Zum Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung siehe nur BGH DStR 1999, 1704, 1705; dazu bereits *Dauner-Lieb* Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 30 ff.

³² Zur haftungsrechtlichen Eigenart unternehmerischer Betätigung *Dauner-Lieb* (Fn. 31) S. 20 ff.; das typische unternehmerische Risiko besteht im Kern darin, daß die angebotene Ware oder Dienstleistung vom Markt überhaupt nicht oder jedenfalls nicht zu mindestens kostendeckenden Preisen angenommen wird und infolgedessen die Erträge die Aufwendungen nicht decken.

³³ *Dauner-Lieb* (Fn. 31) S. 520 ff., 553 ff.

wesentlich größer wird, daß angesichts der Einbeziehung gerade auch von Freiberufersozietäten auch noch die überkommene und bis heute grundsätzlich beibehaltene Differenzierung zwischen Gewerbe und freiem Beruf tendenziell überwunden wird; denn nichts anderes als eine (bisher noch) punktuelle Unterstellung gemeinschaftlicher Ausübung freier Berufe unter ein handelsrechtliches Regime stellt die Anwendung der §§ 124, 128 auch auf Freiberufersozietäten dar. Aufschlußreicherweise betreffen ja beide OLG-Entscheidungen Freiberufler. Damit geht diese Rechtsfortbildung letztlich weit über das bisherige Konzept des Gesetzgebers hinaus, der den Freiberuflern – unter grundsätzlicher Beibehaltung ihrer Sonderstellung – durch das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz die (ungeliebte und daher von den beteiligten Verkehrskreisen kaum angenommene) Partnerschaft zur Verfügung gestellt und damit eine Wahlmöglichkeit eröffnet hat, die durch die ganz anders motivierte Annäherung der BGB-Gesellschaft an die OHG möglicherweise in gewissem Sinn konterkariert wird. Ähnliches gilt für die durch die HGB-Reform eröffnete Wahlmöglichkeit zwischen BGB-Gesellschaften und OHG/KG gemäß § 105 Abs. 2: Auch sie verliert durch die Fortentwicklung der BGB-Gesellschaft jedenfalls für den Übergang von der BGB-Gesellschaft zur OHG an Sinn.

2. Diese, in dem hier zur Verfügung stehenden Rahmen nur angedeuteten allgemeineren Überlegungen lassen erkennen, daß es sich bei der Übertragung der §§ 124, 128 HGB auf die BGB-Gesellschaft nur um ein Teilstück, einen Ausschnitt, aus denkbarer weiterer Rechtsfortbildung handelt. Damit könnten Bedenken gegen die entsprechende Anwendung auch noch des § 130 abgeschwächt werden; der Ausbau der Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft bräuchte – ganz im Sinne von *Ulmer*³⁴ – durch Übernahme des Gesamtkonzepts der §§ 128ff., also einschließlich des § 130, nur noch abgerundet zu werden. Andererseits wäre – dies zu erkennen ist von großer Wichtigkeit – der Rechtsfortbildungsprozeß damit aber noch immer nicht abgeschlossen. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang vielmehr an die heute merkwürdigerweise etwas in Vergessenheit geratenen weiterreichenden Reformvorschläge von *Karsten Schmidt* zur Neuregelung des Rechts der (unternehmenstragenden) BGB-Gesellschaft.³⁵ Sie zeigen, daß es mit der entsprechenden Anwendung der §§ 124, 128 HGB allein nicht getan ist, sondern daß sich weitere drängende Fragen stellen. Genannt seien beispielhaft nur die sich aus Publizitätsgründen de lege ferenda ergebende Erforderlichkeit der Handelsregistereintragung auch der unternehmenstragenden BGB-Gesell-

³⁴ *Ulmer* (Fn. 4).

³⁵ *K. Schmidt* in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Band III, 1983, 413ff.; dazu kritisch und weiterführend *Ulmer ZGR* 1984, 313.

schaft sowie die Frage nach der entsprechenden Anwendung auch des § 126 Abs. 2 HGB. Bereits diese Hinweise dürften für die Erkenntnis genügen, daß die Tendenz der Annäherung der (unternehmenstragenden) BGB-Gesellschaft an die OHG noch viele weitere, ganz grundsätzliche Fragen aufwirft, die alle sukzessive im Wege einer immer weiter vorangetriebenen Rechtsfortbildung zu beantworten, schwerlich angeht, zumal es sich dabei nicht nur um dogmatische Fragen handelt, die noch zur rechtsfortbildenden Kompetenz des Richters gehören könnten, sondern auch um dogmatisch nicht determinierte, rechtspolitische Fragen, die allein in den Verantwortungsbereich des Gesetzgebers fallen. Dazu dürfte auch und gerade § 130 gehören, dessen Tendenz zu überschießendem Gläubigerschutz bedenklich und daher zumindest überprüfungsbedürftig ist. Primär gefordert ist daher der Gesetzgeber, dem nicht allzu schnell rechtsfortbildend vorgegriffen werden sollte.

3. Versucht man, diesen kurzen methodischen Ausflug zusammenzufassen, so ergibt sich daraus das Postulat, die Rechtsfortbildung im Bereich des BGB-Gesellschaftsrechts nicht um geradezu jeden Preis weiter voranzutreiben, sondern auf unabdingbare Notwendigkeiten zu beschränken, deren Einbeziehung zwingend in der Konsequenz der bisherigen Entwicklung liegt. Diesen Kriterien vermag § 130 nicht zu genügen; seine eigene ratio ist zu diffus, um ohne weiteres auf die BGB-Gesellschaft übertragen werden zu können; seine Beschränkung auf die OHG bzw. (§ 173 HGB!) generell auf Personenhandelsgesellschaften bringt kaum Widersprüche im Vergleich zum neuen Haftungsregime der BGB-Gesellschaft mit sich und ist daher erträglich.

V.

1. Bei den Überlegungen zur eventuellen weiteren rechtsfortbildenden Haftungsausdehnung entsprechend § 130 kann nicht außer acht gelassen werden, daß der BGH in seiner bereits mehrfach gestreiften neuesten Entscheidung vom 21. 1. 2002³⁶ merkwürdigerweise plötzlich wieder restriktive Tendenzen hat erkennen lassen. Soweit es dabei um Rückwirkung und deren Zulässigkeit geht, ist dazu schon Stellung genommen worden. Darüber hinaus hat die Entscheidung für geschlossene Immobilienfonds als Ausnahme von den in BGHZ 142, 315 und 146, 341 aufgestellten Regeln aber eine Haftungsprivilegierung auch für zukünftig rechtsgeschäftlich neu begründete Verbindlichkeiten zugelassen. Dies entspricht einer Andeutung von *Ulmer*,³⁷ die hier nicht vertieft werden kann. Solche Ausnahmen (wenn sie sich denn

³⁶ BGH DStR 2002, 816.

³⁷ *Ulmer* (Fn. 4) S. 597f. zu Fn. 114.

stringent begründen lassen sollten) werfen aber die Zusatzfrage auf, ob sie als Einstieg in die Differenzierung zwischen unternehmenstragenden und nicht unternehmenstragenden BGB-Gesellschaften verstanden werden können/sollen. Eine solche Differenzierung würde bekanntlich erhebliche Schwierigkeiten bereiten und ist daher sehr umstritten.³⁸ Als Beispiel diene die Zuordnung von BGB-Gesellschaften, die nicht auf Dauer angelegt, sondern ausschließlich projektbezogen sind. Sie werden offenbar von einigen den nicht unternehmenstragenden Gesellschaften zugeordnet.³⁹ Dies überzeugt nicht, da damit eine Unterscheidung benutzt wird, die die Abgrenzung zwischen Gewerbe und Handelsgewerbe betrifft⁴⁰ und damit für Differenzierungen zwischen verschiedenen Arten von BGB-Gesellschaften nichts taugt. Unter dem Aspekt unternehmerischen Risikos läßt sich ein Unterschied ohnehin nicht feststellen, so daß der Begriff der unternehmenstragenden BGB-Gesellschaft auch von Betätigungen erfüllt sein kann, die nicht auf Dauer angelegt sind. Unter diesem Aspekt lassen sich auch Ausnahmen für Immobilienfonds⁴¹ (und – ebenfalls häufig genannt – Bauherrengemeinschaften⁴²) kaum begründen, da auch dort beträchtliche, gläubigergefährdende Risiken bestehen können, die die bisherige und erst recht die zukünftige Haftungsprivilegierung zweifelhaft erscheinen lassen. Ein wirklich tragfähiges Differenzierungskriterium (jenseits bloß ideeller Zwecksetzung) ist bisher offenbar noch nicht entdeckt worden. Allerdings ist grundsätzlich ohnehin nach wie vor zweifelhaft, ob es der Unterscheidung zwischen unternehmenstragenden und nicht unternehmenstragenden Gesellschaften überhaupt bedarf. Dafür wird vor allem immer wieder vorgebracht, daß insbesondere die neue, rechtsfortbildend entwickelte strenge Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft auf Gesellschaften, die keine unternehmerischen Ziele verfolgten, nicht passe.⁴³ Dieses Postulat ist freilich bis heute nicht wirklich überzeugend begründet worden.⁴⁴ Sollte im übrigen – so das zentrale Begründungselement – der Rechtsverkehr in diesen Fällen tatsächlich nicht von einer persönlichen Haftung der Gesellschafter ausgehen, dann spricht ja auch nichts dagegen, am Erfordernis einer vertraglichen Haftungsbeschränkung festzuhalten, wird sich doch dann der Vertragspartner darauf ohne weiteres einlassen.⁴⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint die schwierige Unterscheidung zwischen unter-

³⁸ Vgl. dazu nur *K. Schmidt* (Fn. 34) S. 501 ff.; *Ulmer* (Fn. 34) S. 323 ff.; *ders.* (Fn. 4) S. 592 ff.; *Habersack* (Fn. 13) S. 478 f.; *Reiff* NZG 2000, 281, 283 ff.

³⁹ Z. B. von *Habersack* (Fn. 38).

⁴⁰ Vgl. dazu nur MünchKomm-BGB/*Ulmer* (Fn. 8) Rn. 30 (Arbeitsgemeinschaften) und 36 (Konsortien) vor § 705.

⁴¹ Dazu BGH (Fn. 21).

⁴² Siehe etwa *Ulmer* (Fn. 4) S. 598, Fn. 114.

⁴³ Siehe nur *Ulmer* ZGR 2000, 339, 343 f.

⁴⁴ Vgl. dazu etwa *Dauner-Lieb* DSStR 2001, 356, 360 f.

⁴⁵ Siehe dazu *Dauner-Lieb* DSStR 2001, 356, 361.

nehmenstragenden und nichtunternehmenstragenden BGB-Gesellschaften daher nicht als drängend.

2. Die Entscheidung des OLG Hamm berührt noch ein Problem, das zunehmend in die Diskussion geraten ist, nämlich die Frage, ob die persönliche Haftung mit dem Privatvermögen gemäß §§ 128, 130 HGB auf vertraglich begründete Verbindlichkeiten begrenzt werden kann (wie dies der BGH für § 176 HGB versucht hat⁴⁶) oder aber auch gesetzliche, insbesondere deliktische Verbindlichkeiten umfaßt. Letzteres war bisher ganz herrschende Meinung,⁴⁷ wird neuerdings aber zunehmend zumindest teilweise in Frage gestellt. Dies beruht wahrscheinlich auf dem auch insoweit haftungsverschärfenden Übergang von der bisher herrschenden Doppelverpflichtungstheorie, die aufgrund ihres konstruktiven Ansatzes eine Gesellschaftserhaftung für gesetzliche Verbindlichkeiten nicht zu begründen vermochte, zur akzessorischen Haftung, die nach bisherigem Verständnis sämtliche Verbindlichkeiten, unabhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage, umfaßt. Dazu kann hier nicht im einzelnen Stellung genommen werden. Wohl aber sei der Hinweis erlaubt, daß eine einheitliche Entscheidung bezüglich aller Arten von gesetzlichen Verbindlichkeiten gesellschaftsrechtlich nicht zwingend ist, so daß die Möglichkeit nicht ausgeschlossen zu werden braucht, nach Art der jeweiligen gesetzlichen Verbindlichkeit zu differenzieren.⁴⁸ Dies ist etwa der Ansatzpunkt derjenigen, die mangels Schutzbedürfnis die Haftung für deliktisch begründete Verbindlichkeiten aus §§ 128, 130 HGB herausnehmen wollen.⁴⁹ Für (vertragsnahe) Bereicherungsansprüche⁵⁰ sind solche Einschränkungen bisher allerdings zu recht nicht gefordert worden, so daß der Entscheidung des OLG Hamm⁵¹ insoweit zugestimmt werden kann.

3. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf⁵² berührt insofern noch eine weitere, hochinteressante Frage, als es, wie bereits erwähnt, bei genauerem Zusehen gar nicht um einen Fall des § 130, sondern um einen solchen des § 28

⁴⁶ BGH NJW 1982, 883.

⁴⁷ Dazu nur *Ulmer* (Fn. 4) S. 597 m.w.N.

⁴⁸ Die Sach- und Rechtslage hat sich insoweit nur umgekehrt: Während unter dem Regime der Doppelverpflichtungstheorie versucht wurde, wenigstens einige gesetzliche Verbindlichkeiten, wie etwa Bereicherungsansprüche, in die Haftung einzubeziehen, geht es nunmehr darum, ob die im Ansatz umfassende akzessorische Haftung in bezug auf bestimmte Verbindlichkeiten eingeschränkt werden kann; zum früheren Rechtszustand *Ulmer* (Fn. 4) S. 597 zu Fn. 109.

⁴⁹ Siehe zur Haftung für deliktische Verbindlichkeiten *Altmeyden* NJW 1996, 1017 sowie die Andeutung von *Ulmer* zu Gefährdungshaftungstatbeständen (Fn. 4) S. 597 zu Fn. 110.

⁵⁰ Dazu *MünchKomm-BGB/Ulmer* (Fn. 8) § 714 Rn. 54 ff.

⁵¹ OLG Hamm (Fn. 5).

⁵² OLG Düsseldorf (Fn. 6).

HGB ging:⁵³ Zu entscheiden war über die Altschuldenhaftung bei Neugründung, nicht bei Eintritt eines Gesellschafters in eine bereits bestehende Gesellschaft. Das OLG verneinte sie lapidar mit dem Hinweis darauf, daß § 28 tatbestandsmäßig nur dann erfüllt sei, wenn es sich um das Geschäft eines Einzelkaufmanns handele; davon könne bei Freiberuflern, die noch nicht einmal ein Gewerbe, geschweige denn ein Handelsgewerbe betrieben, keine Rede sein. Dies ist ebenso richtig wie voreilig, da es – ebenso wie bei § 130 – nicht um die unmittelbare, sondern nur um die entsprechende Anwendung des § 28 geht. Wenn – so könnte man argumentieren – die analoge Anwendung des § 130 auch auf (selbst Freiberufler-) Sozietäten möglich sein sollte, kann für § 28 schwerlich anderes gelten; eine Differenzierung zwischen gewerblich und freiberuflich tätigen BGB-Gesellschaften ist jedenfalls bei der entsprechenden Anwendung der §§ 124, 128 (130) nicht erörtert worden; bei § 28 anders zu entscheiden, geht schwerlich an.

Im übrigen hat das OLG aber nicht berücksichtigt, daß die entsprechende Anwendung des § 28 HGB auf BGB-Gesellschaften unter einem anderen, zusätzlichen Aspekt sehr viel dringender erscheint: Während nämlich die Altschuldenhaftung gemäß § 130, wie dargelegt, zumindest überwiegend als problematisches, weil kaum zu rechtfertigendes Gläubigergeschenk erscheint, ist die Haftungserstreckung des § 28 deswegen unter Gläubigerschutzermägungen geradezu unabdingbar, weil der Gläubiger sonst auf die Pfändung des Anteils des Gesellschafters an der BGB-Gesellschaft als Bestandteil seines Privatvermögens gemäß §§ 725 BGB, 135 HGB beschränkt ist und damit den bei der Berechnung des Abfindungsanspruchs gemäß § 738 BGB vorrangig zu berücksichtigenden Neugläubigern nachsteht.⁵⁴ Der BGH hat zwar neuerdings trotz gewichtiger Stimmen im Schrifttum den sich aufdrängenden Tendenzen zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 28 eine herbe Abfuhr erteilt;⁵⁵ aber zum einen hat er dabei jegliches Problembewußtsein vermissen lassen; zum anderen betraf seine Entscheidung die entsprechende Anwendung des § 28 auf Kapitalgesellschaften, nicht dagegen – wie hier – auf BGB-Personengesellschaften. Gegenüber dem OLG Düsseldorf ist daher nachdrücklich darauf hinzuweisen, daß es für die entsprechende Anwendung des § 28 auch auf (Freiberufler-) Sozietäten dringende, vollstreckungsrechtlich angelegte Gründe gibt, die über diejenigen, die möglicherweise die analoge Anwendung des § 130 rechtfertigten könnten, weit hinausgehen. Damit erweist sich das Verhältnis von BGB-Gesellschaft und OHG auch unter dem Aspekt des § 28, der ohnehin eine gesellschaftsrechtliche und daher im Gesetz falsch platzierte Vorschrift dar-

⁵³ Die entsprechenden Überlegungen des OLG stellen damit nur ein obiter dictum dar.

⁵⁴ Lieb Festschrift Westermann, 1974, 309; nunmehr zustimmend *Canaris Handelsrecht*, 23. Aufl. 2000, 159 m.w.N.; dazu auch MünchKomm-BGB/*Ulmer* (Fn. 8) § 714 Rn. 66.

⁵⁵ BGH JZ 2000, 109 m. krit. Anm. Lieb.

stellt, als dringend regelungsbedürftig. Der Appell an den Gesetzgeber bzw. – als notwendigem Vorbereiter – an die Wissenschaft, hier ein geschlossenes Reformkonzept zu entwickeln, das die dargelegten Streitfragen bewältigen kann, wird daher um so dringender.

VI.

Kehrt man nach all diesen ergänzenden Überlegungen zur Ausgangsfrage nach der Übertragbarkeit auch des § 130 HGB auf die BGB-Gesellschaft zurück, so ist das derzeitige *Ergebnis*, leider entgegen der bisherigen Auffassung des Jubilars, m. E. recht eindeutig: Zum einen ist die eigene ratio des § 130 zu diffus und zu dürftig, um auch noch weiter ausgedehnt werden zu können; zum anderen stellt die Annäherung der BGB-Gesellschaft (auch und gerade der Freiberufersozietäten!) an die Personenhandelsgesellschaften einen so weitreichenden und umfassenden Rechtsfortbildungsprozeß dar, daß er vom (insoweit überforderten und wohl auch nicht mehr „zuständigen“) Richter nicht beliebig weitergeführt, sondern einem neuen *gesetzlichen* Gesamtkonzept überlassen werden sollte. Ausnahmen, die vorgreifende richterliche Rechtsfortbildung rechtfertigen könnten, mag es geben; der Problembereich des § 130 HGB gehört nicht dazu.

Direktkontakte des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft zu dem Vorstand nachgeordneten Mitarbeitern

MEINRAD DREHER

I. Einleitung

Geborener Ansprechpartner des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft ist der Vorstand. Nach § 90 AktG hat daher der Vorstand dem Aufsichtsrat regelmäßig und bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zusätzlich ad hoc zu berichten. Das Aktiengesetz kennt aber auch gekorene Ansprechpartner des Aufsichtsrats, d.h. andere Personen, die als Informationsmittler in Betracht kommen. § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG bestimmt, daß der Aufsichtsrat „Sachverständige und Auskunftspersonen zur Beratung einzelner Gegenstände“ bei seinen Sitzungen hinzuziehen kann. Ebenso regelt § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG, daß der Aufsichtsrat „für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen“ kann.

In der Praxis sind förmliche Informationskontakte des Aufsichtsrats als Organ zu Mitarbeitern, die dem Vorstand nachgeordnet sind, selten. In vielen Gesellschaften kommt es nach Auskunft von Aufsichtsratspraktikern jedoch zu gelegentlichen informellen Direktkontakten. Derartige Gelegenheiten bieten z. B. größere Unternehmensveranstaltungen, Hauptversammlungen oder Präsentationen des Vorstands im Aufsichtsrat. Immer wieder suchen aber auch einzelne Aufsichtsratsmitglieder ganz gezielt mit Wissen des Vorstands und des Aufsichtsratsvorsitzenden das Gespräch mit sachkundigen Unternehmensmitarbeitern oder – im Hinblick auf die Personalentwicklung ohne konkrete Informationsziele – mit Führungskräften der zweiten und dritten Leitungsebene. Derartige Kontakte gehen im Verhältnis zu leitenden Angestellten auf einer höheren Hierarchieebene des Unternehmens in der Regel vom Aufsichtsratsvorsitzenden oder aber von einzelnen, besonders engagierten Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseignerseite aus. Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten treten dagegen eher in Kontakt zu Mitarbeitern nachfolgender Hierarchiestufen. Nicht selten bestehen auch Konstellationen, in denen es zwangsläufig zu Kontakten von Aufsichtsratsmitgliedern mit dem Vorstand nachgeordneten Mitarbeitern kommt, die dann auch zu Zwecken der Information oder der Beobachtung des

Führungskräfte-reservoirs genutzt werden. Dies ist z. B. im Konzern der Fall, wenn ein Vorstandsmitglied und mehrere leitende Angestellte einer Obergesellschaft den Vorstand einer Tochtergesellschaft bilden und Mitglieder des Aufsichtsrats der Obergesellschaft zugleich im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft vertreten sind.

Trotz dieser faktischen Gegebenheiten, die einen gewissen Bedarf der Praxis an gelegentlichem Kontakt mit „der Basis“ signalisieren, geht die aktienrechtlich ganz herrschende Meinung bisher davon aus, direkte Informationskontakte des Aufsichtsrats zu Mitarbeitern, die dem Vorstand nachgeordnet sind, seien im Hinblick auf den Regelungsgehalt des Aktiengesetzes unzulässig. Im folgenden ist vor diesem Hintergrund, daß ein nicht unerhebliches Auseinanderklaffen von Praxis und Lehre zu beobachten ist, zunächst nach den Gründen für die ablehnende Ansicht der bisher herrschenden Meinung (unten II.) und nach der Haltung der neuen Corporate Governance-Ansätze (unten III.) zu Direktkontakten zu fragen. Im folgenden sind dann im einzelnen das Informationsrecht des Aufsichtsrats (unten IV.) und vor allem die bisher in diesem Zusammenhang fast vollständig vernachlässigte Personalkompetenz des Aufsichtsrats (unten V.) als Ansatzpunkte für Direktkontakte des Aufsichtsrats zu Unternehmensmitarbeitern der zweiten und nachfolgender Hierarchieebenen zu prüfen. Mit dem Untersuchungsgegenstand „Aufsichtsrat“ knüpft der Beitrag an ein Thema an, das – neben zahlreichen anderen Fragen aus dem Gesellschaftsrecht sowie etlichen zusätzlichen Rechtsgebieten – schon früh die Aufmerksamkeit des Jubilars gefunden und seither behalten hat.¹ Insoweit darf der vorliegende Beitrag auf sein Interesse hoffen.

II. Die tradierte Ansicht der Unzulässigkeit von Direktkontakten

1. Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats als Ausgangspunkt

Der Aufsichtsrat ist Überwachungs- und Beratungsorgan² im Verhältnis zum Vorstand. Die Ausübung dieser Funktionen setzt voraus, daß der Aufsichtsrat über alle Sachverhalte informiert ist. Ansatzpunkt für Direktkontakte des Aufsichtsrats zu Mitarbeitern, die dem Vorstand nachgeordnet sind, könnte daher sein, daß der Aufsichtsrat über die ihm vom Vorstand gegebenen Informationen hinaus nach Informationen sucht, um seine Aufgaben adäquat erfüllen zu können. Daher überrascht es nicht, daß die wenigen bisherigen aktienrechtlichen Stellungnahmen zu der Frage von Direkt-

¹ Vgl. nur *Ulmer* Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, NJW 1980, 1603 ff.

² Vgl. nur BGHZ 114, 127 und BGHZ 126, 340.

kontakten, die sich zu einer ablehnenden Meinung zusammenfügen, die Rechtsfrage allein ausgehend von § 111 Abs. 1 AktG und im einzelnen sub specie der Gewährleistung ordnungsgemäßer Aufsichtsratsinformation nach §§ 90, 109 Abs. 1 und § 111 Abs. 2 AktG betrachten.

2. Das Informationsvermittlungsmonopol des Vorstands

Zentral für die Ablehnung von Direktkontakten des Aufsichtsrats zu Mitarbeitern der zweiten und nachfolgender Hierarchiestufen ist für die aktienrechtlich herrschende Meinung § 90 AktG. Daraus leitet sie ab, daß der Aufsichtsrat die Informationen, die er für seine Aufgabenerfüllung benötigt, allein vom Vorstand erhalten solle.³ Die Rechtsprechung hatte sich zu der Frage, soweit ersichtlich, bisher nicht zu äußern.⁴

Ausnahmen von dem Informationsvermittlungsmonopol des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat nach § 90 AktG läßt die herrschende Meinung nur zu, wenn zu befürchten ist, daß der Vorstand den Aufsichtsrat nicht oder nicht zutreffend informiert. Die Voraussetzungen, unter denen eine solche Ausnahme gegeben ist, sind dabei umstritten. Nach einer Ansicht sollen bereits Zweifel an der Aufrichtigkeit des Vorstands⁵ oder auf andere Weise nicht erreichbare Klarheit über interne Geschäftsvorfälle⁶ genügen. Nach einer anderen Ansicht müssen schwerwiegende Verdachtsmomente gegen eine ordnungsgemäße Geschäftsführung des Vorstands⁷ vorliegen.

Eine erste Mindermeinung sieht dagegen im Rahmen von § 90 AktG keine Möglichkeiten für den Aufsichtsrat, Berichte direkt von leitenden Angestellten der Gesellschaft zu erhalten. Sie verweist den Aufsichtsrat auf seine

³ Lippert Überwachungspflicht, Informationsrecht und gesamtschuldnerische Haftung des Aufsichtsrats nach dem Aktiengesetz 1965, Diss. Tübingen 1976, S. 83 ff., besprochen durch Ulmer ZHR 142 (1978) 89 ff.; Lutter Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2. Aufl. 1984, S. 98; Steinbeck Überwachungspflicht und Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1992, S. 135.

⁴ Gelegentlich wird hier auf den Beschluß OLG Zweibrücken vom 28.05.1990 AG 1991, 70 = DB 1990, 1401 verwiesen. Dieser hat allerdings einen anderen Sachverhalt zum Gegenstand, nämlich intensive Direktkontakte eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds zu Geschäftspartnern der Gesellschaft mit dem Ziel, die Geschäftsbeziehung zu beeinflussen.

⁵ So Lippert (Fn 3) S. 83.

⁶ So Gefßler in: Gefßler/Hefermehl, Aktiengesetz, § 111 Rn 22; ähnlich Hoffmann/Preu Der Aufsichtsrat, 4. Aufl. 1999, Rn 258.

⁷ So Mertens in: Kölner Kommentar, Aktiengesetz, 2. Aufl., § 90 Rn 44; Hoffmann/Becking in: Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band 4: Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1999, § 29 Rn 24; Hüffer Aktiengesetz, 5. Aufl. 2002, § 90 Rn 11; Kindl Die Teilnahme an der Aufsichtsratssitzung, 1993, S. 45; Wellkamp Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionär, 2. Aufl. 2000, Rn 476; Brandi Ermittlungspflicht des Aufsichtsrats über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens „am Vorstand vorbei“, ZIP 2000, 173, 175.

Rechte aus §§ 111 Abs. 2 und 109 AktG.⁸ Der Angestellte müßte danach als Sachverständiger bestellt, im Rahmen des dann weit verstandenen Einsichts- und Prüfungsrechts angehört oder als Auskunftsperson zur Beratung des Aufsichtsrats hinzugezogen werden. Umgekehrt sieht eine zweite Meinung keine Bedenken, daß leitende Angestellte vom Aufsichtsrat als „Informationsgeber“ herangezogen werden.⁹ Es wird sogar für möglich gehalten, daß einzelne Aufsichtsratsmitglieder, nämlich Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, „um Informationsdefizite auf Arbeitnehmerseite auszugleichen, zusätzlich zu der rechtlichen auf andere Unterrichtungsmöglichkeiten zurückgreifen“. Hierzu sollen gerade auch persönliche Gespräche mit Unternehmensmitarbeitern gehören.¹⁰

III. Die Frage von Direktkontakten im Lichte der Corporate Governance-Bewegung

Die ordnungsgemäße Informationsversorgung des Aufsichtsrats und die Schaffung entsprechender Informationsordnungen sind besonders wichtige Themen der Corporate Governance-Debatte der letzten Jahre.¹¹ Teil dieser Debatte war auch die bessere Informationsversorgung des Aufsichtsrats im Wege von Direktkontakten zu Mitarbeitern der zweiten Hierarchiestufe. So wurde, wenn auch zu Unrecht,¹² gefordert, dem Aufsichtsrat qua lege direkte Auskunftsrechte gegenüber dem Leiter der Buchhaltung und des Controlling zu geben,¹³ oder das Recht des Aufsichtsrats, leitende Angestellte zu Sitzungen hinzuzuziehen, explizit gesetzlich zu regeln.¹⁴ Daher liegt die Frage nahe, ob und gegebenenfalls wie die zahlreichen Kommissionen, die Corporate Governance-Kodizes erstellt haben, den Zugriff des Aufsichtsrats auf Mitarbeiter der zweiten Führungsebene oder weiterer Hierarchiestufen regeln.

Der „German Code of Corporate Governance (GCCG)“ des sog. Berliner Initiativkreises vom 6. Juni 2000 sieht in der Informationsversorgung des

⁸ So *Lutter* (Fn 3) S. 100; *Semler* Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1996, Rn 172 und 174; *von Schenk* in: *Semler* (Hrsg.) ARHdb. 1999 E 134; *Möllers* Professionalisierung des Aufsichtsrats, ZIP 1995, 1725, 1728.

⁹ *Theisen* Grundsätze einer ordnungsmäßigen Information des Aufsichtsrats, 2. Aufl. 1996, S. 10.

¹⁰ *Köstler/Kittner/Zachert* Aufsichtsratspraxis, 6. Aufl. 1999, Rn 430 und 473.

¹¹ Vgl. dazu statt vielen *Dreher* Die Organisation des Aufsichtsrats in: *Feddersen/Hommelhoff/Schneider* (Hrsg.), *Corporate Governance*, 1996, S. 33, 51 ff. mwN.

¹² Vgl. dazu *Dreher* (Fn. 11) S. 55; *Peltzer* Corporate Governance aus der Sicht der deutschen Reformdiskussion in: *Hommelhoff et al.* (Hrsg.), *Max Hachenburg Gedächtnisvorlesung* 1998, veröff. 2000, S. 49, 60.

¹³ Vgl. die Nachweise zu dieser vor allem aus Kreisen der Politik erhobenen Forderung bei *Seibert* Aufsichtsrats-Reform in der 13. Wahlperiode, ZBB 1994, 349, 351 Fn 15.

¹⁴ So z. B. *Baums* Der Aufsichtsrat – Aufgaben und Reformfragen, ZIP 1995, 11, 17.

Aufsichtsrats eine besonders wichtige Frage der Corporate Governance.¹⁵ In diesem Zusammenhang geht er auch auf die Frage der Direktkontakte mit folgender Feststellung ein: „Ein direkter Informationsdurchgriff auf Mitarbeiter am Vorstand vorbei ist auf (schwere) Krisensituationen begrenzt und steht nur dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu.“¹⁶ Zu den „Kernprozessen“ der „erfolgsorientierten Führungsprozesse“ rechnet der Code auch „die personelle Besetzung des Vorstands“. Zur Frage von Direktkontakten führt er in bezug auf diesen „Kernprozess“ folgendes aus: „Um den Mitgliedern des Aufsichtsrats Gelegenheit zu geben, potentielle Kandidaten für ein Vorstandsamt systematisch kennenzulernen, schlägt der Vorstand regelmäßig Personen des engeren Kreises der Nachwuchskräfte für Präsentationen im Aufsichtsrat und seinen Ausschüssen vor.“¹⁷

Der „Code of Best Practice“ der sog. Grundsatzkommission Corporate Governance vom Juli 2000¹⁸ spricht die Frage eines Direktkontaktes weder im Hinblick auf die Informationsversorgung des Aufsichtsrats noch im Hinblick auf die Personalkompetenz des Aufsichtsrats an.

Die Regierungskommission Corporate Governance hat in ihrem im Jahre 2001 vorgelegten Bericht¹⁹ in bezug auf Direktkontakte des Aufsichtsrats lediglich die Frage erörtert, ob der Aufsichtsrat das Recht haben sollte, „bestimmte Gegenstände“ durch Mitarbeiter der internen Revision untersuchen zu lassen. Die Kommission hat die Frage verneint, weil ein Kontakt des Aufsichtsrats zur internen Revision „am Vorstand vorbei zu Loyalitätskonflikten führen könnte“ und die Möglichkeit nach § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG, einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats oder besondere Sachverständige zu beauftragen, zeige, daß „ein Zugriff des Aufsichtsrats auf vom Vorstand weisungsabhängige Arbeitnehmer im Regelfall nicht gestattet“ sei.²⁰

Am 17. Dezember 2001 hat die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex den Entwurf ihres Kodex vorgelegt.²¹ Die Frage von Direktkontakten des Aufsichtsrats behandelt der Entwurf nicht. Unter V. 1.2 weist er lediglich darauf hin, der Aufsichtsrat „soll gemeinsam mit dem Vorstand für eine langfristige Nachfolgeplanung sorgen“. Bei dieser Formulierung ist es unter 5.1.2 der endgültigen Fassung des Kodex vom 26. Februar 2002 geblieben.

¹⁵ Nr. I. 8. Code, abgedr. auch in AG 2001, 6 ff.

¹⁶ Nr. II. 2. 8. Code, abgedr. auch in AG 2001, 6, 9.

¹⁷ Nr. I. 8. i.V.m. Nr. II. 1.6. Code (Fn. 16).

¹⁸ Diese „Corporate Governance-Grundsätze für börsennotierte Gesellschaften“ sind i.d.F. vom Januar 2000 abgedr. in AG 2000, 109 ff. Die Fassung vom Juli 2000 ist auf der Internetseite des Deutschen Aktieninstituts zugänglich unter www.dai.de.

¹⁹ BTDrucks. 14/7515 Rn. 58, auch abgedr. in Baums (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001.

²⁰ Dieser Verweis auf § 111 AktG kann schon deshalb nicht befriedigen, weil die Kommission ihre Empfehlungen im übrigen gerade auch an den Gesetzgeber richtete.

²¹ Abrufbar im Internet unter www.bmj.bund.de.

IV. Das Informationsrecht des Aufsichtsrats als Ansatzpunkt für Direktkontakte

1. *Der Informationsbedarf des Aufsichtsrats und das Verhältnis von Aufsichtsrat zu Vorstand*

Bevor sich die Frage stellt, ob die bisher ablehnende Ansicht zu Direktkontakten von Aufsichtsrat und Mitarbeitern, die dem Vorstand nachgeordnet sind, aktienrechtlich zwingend ist, ist zu klären, ob und woraus sich ein Bedarf für solche unmittelbaren Kontakte im Hinblick auf die Informationsversorgung des Aufsichtsrats ergeben kann. Ausgangspunkt hierfür ist die bereits angeführte Überwachungs- und Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats. Sie erfordert seine ausreichende Informationsversorgung. Notwendig ist daher bei den vom Aufsichtsrat zu behandelnden Fragen „ein Informationsniveau, das demjenigen der Geschäftsleitung entspricht.“²² Nur auf der Basis eines gleichen Informationsstandes kann der Aufsichtsrat Geschäftsführungsvorgänge zutreffend beurteilen. Dies gilt insbesondere für Aufsichtsratsmitglieder, die zwar als solche qualifiziert sind,²³ aber keine besonderen Kenntnisse von dem Unternehmen und seinem Marktumfeld haben. Gerade für solche Aufsichtsratsmitglieder können Direktkontakte zu Unternehmensmitarbeitern notwendig sein, um über Vorstandsvorlagen sachkundig mitberaten zu können. Unabhängig davon kann die Kontrollaufgabe des Aufsichtsrats diesen veranlassen, sich jenseits der Vorstandsvorlagen selbst ein Bild von den tatsächlichen Gegebenheiten zu machen und zusätzliche Informationen einzuholen.²⁴

Hinzu kommt, daß Direktkontakte zu Unternehmensmitarbeitern dem Aufsichtsrat die Gelegenheit geben, Informationen unabhängig vom „Filter“ Vorstand zu erhalten. Unvollständige oder sogar fehlerhafte Informationen, die der Aufsichtsrat besitzt, lassen sich so korrigieren.²⁵ Außerdem erlangt der Aufsichtsrat auf diese Weise Informationen unmittelbar von denjenigen, um deren – oft völlig eigenständiges – Handeln es tatsächlich geht.²⁶ Aus

²² OLG Zweibrücken (Fn 4).

²³ Vgl. dazu *Dreher* Die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder, in: FS Boujong, 1996, S. 71 ff. sowie speziell im Hinblick auf sprachliche Anforderungen *ders.* Die Sprache des Aufsichtsrats, in: FS Lutter, 2000, S. 357 ff.

²⁴ Vgl. dazu für den Aufsichtsrat einer Publikums-KG OLG Düsseldorf ZIP 1984, 825, 828 ff.

²⁵ So auch die allgemeine Ansicht der jeweiligen Autoren, die Direktkontakte nicht oder nur unter besonderen Voraussetzungen zulassen.

²⁶ Vgl. vor allem *Saage* Die Haftung des Aufsichtsrats für wirtschaftliche Fehlentscheidungen des Vorstands nach dem Aktiengesetz, DB 1973, 115, 117, der allerdings zu weit gehend für uneingeschränkte Informationsrechte des Aufsichtsrats gegenüber handelnden Personen eintritt.

Direktkontakten des Aufsichtsrats mit derartigen Personen können sich daher wertvolle zusätzliche Informationen ergeben, die für die Entscheidungen des Aufsichtsrats wichtig sind und es ihm ermöglichen, Beratungsgegenstände weiterführend zu behandeln.

Den Vorteilen einer vollständigen und direkten Information des Aufsichtsrats bei Direktkontakten können Nachteile gegenüberstehen. So wird verbreitet eingewandt, derartige Kontakte würden die Autorität des Vorstands untergraben.²⁷ In den Augen der Mitarbeiter müsse der Vorstand als ungeeignete oder nicht ausreichende Informationsquelle des Aufsichtsrats erscheinen, weil dieser sich – über den Vorstand hinweg –²⁸ direkt an die Mitarbeiter wende. Hinzu komme, daß Direktkontakte nicht nur das Verhältnis des Vorstands zu Mitarbeitern, sondern auch das Verhältnis von Aufsichtsrat zu Vorstand belasteten. Denn auch der Vorstand müsse das Mißtrauen spüren, das darin liege, wenn sich der Aufsichtsrat direkt an Mitarbeiter wende, die dem Vorstand nachgeordnet sind.

Derartige Nachteile von Direktkontakten sind in der Tat denkbar. Allerdings treten sie nicht per se aufgrund von solchen Kontakten, sondern im Einzelfall nur deshalb ein, weil – wie bereits ausgeführt –²⁹ nach bisheriger Praxis offizielle Direktkontakte des Aufsichtsrats zu dem Vorstand nachgeordneten Mitarbeitern eher selten sind. Die Tatsache aber, daß gelegentliche informelle Direktkontakte – auch mit Wissen von Vorständen – durchaus gängiger Praxis entsprechen, zeigt gerade, welche Bedeutung Aufsichtsräte heute schon dieser Art der Informationsgewinnung beimessen und wie wenig derartige Kontakte – sensibel gehandhabt vorausgesetzt – die Vertrauensverhältnisse zwischen den Beteiligten belasten.

In diesem Zusammenhang ist von erheblicher Bedeutung, daß es bei der Frage solcher Kontakte nicht um dauerhafte oder gar institutionalisierte Maßnahmen zur Gewinnung von Informationen „aus der Tiefe des Unternehmens“ geht. Fraglich sind vielmehr ausschließlich gelegentliche Kontakte in vollem Wissen des Vorstands hiervon. Daß diese die Stellung des Vorstands tatsächlich beeinträchtigen, ist kaum zu unterstellen.

Allerdings führen die Vertreter der ablehnenden Ansicht noch weitere Nachteile an, die mit Direktkontakten verbunden seien. Dies gelte zum einen für eine zusätzliche Arbeitsbelastung des Vorstands. Denn dieser müsse unter Umständen seine Sicht der Dinge darlegen, wenn die Information durch nachgeordnete Mitarbeiter aus der Sicht des Vorstands einer Korrektur

²⁷ Vgl. z. B. *Steinbeck* (Fn 3) S. 135; *Wellkamp* (Fn 7) Rn 472 und *Brandi* (Fn 7) 175.

²⁸ Dies gilt unabhängig von der uneinheitlich beantworteten Frage, ob der Aufsichtsrat den Kontakt mit Mitarbeitern des Unternehmens zunächst nur über den Vorstand oder auch ohne diesen aufnehmen kann, vgl. dazu unten IV. 2. c.

²⁹ S. o. I.

bedürfe.³⁰ Außerdem sei der Wert der Informationen, die über Direktkontakte mit Wissen des Vorstands zu erlangen seien, begrenzt. Die Mitarbeiter stehen nämlich in Abhängigkeit vom Vorstand. Sie würden daher keine Informationen weitergeben, die sie in Gegensatz zum Vorstand stellen könnten.³¹

Auch diese Einwände sind durchaus ernst zu nehmen.³² Im Ergebnis belegen sie noch einmal die schon zuvor genannte notwendige Beschränkung der Informationserlangung durch Direktkontakte des Aufsichtsrats auf ausschließlich gelegentliches und sensibel gehandhabtes Vorgehen. Insoweit ist der bisher verbreiteten Ansicht zu Direktkontakten in ihrer Zurückhaltung durchaus zuzustimmen. Wo die Grenzen dieser Zurückhaltung liegen, kann jedoch eine Frage nicht nur der ohnehin subjektiv erfundenen Courtoisie im Verhältnis der Unternehmensorgane zueinander, sondern auch – was in der bisherigen Debatte um Direktkontakte nur eine nachrangige Rolle gespielt hat – der organschaftlichen Rechte des Aufsichtsrats sein.

2. Die gesetzlichen Durchbrechungen des Informationsvermittlungsmonopols des Vorstands zugunsten von Direktkontakten des Aufsichtsrats zu dem Vorstand nachgeordneten Mitarbeitern

a) Mitarbeiter als Sachverständige des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG

Nach § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG kann der Aufsichtsrat „die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände ... einsehen und prüfen“. Im nachfolgenden Satz 2 ist bestimmt, daß der Aufsichtsrat „damit auch einzelne Mitglieder oder für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen“ kann. Als Sachverständige sollen nach einer verbreiteten Ansicht in der Literatur auch „sachverständige Betriebsangehörige“ in Betracht kommen.³³

Diese Ansicht ist nur vor dem Hintergrund eines unkonturierten Sachverständigenbegriffs, wie er der Literatur zugrunde liegt, verständlich. Zwar ist es im Ausgangspunkt zutreffend, daß der Sachverständige sowohl im Sinne von § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG als auch im Sinne von § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht rechtstechnisch zu verstehen ist. Auf die Eigenschaft einer Verteidigung oder öffentlichen Bestellung kann es daher nicht ankommen. Allerdings will die Literatur bei § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG eine besondere Sachkunde hin-

³⁰ So z. B. *Lutter* (Fn 3) S. 98.

³¹ So z. B. *Steinbeck* (Fn 3) S. 136.

³² Vgl. zum Informationswert bei Direktkontakten schon *Dreher* (Fn 11) S. 55.

³³ So *Mertens* (Fn 7) § 90 Rn 44; *Lutter* (Fn 3) S. 100 bei b) aa) a.E.

sichtlich des Beratungsgegenstands genügen lassen.³⁴ Eine solche Sachkunde ist jedoch gerade Anlaß, von einer Person Auskunft zu einem Beratungsgegenstand zu erlangen. Mit dem Kriteriendoppel besondere Sachkunde bei Sachverständigen einerseits und Eignung zur Informationsgewinnung bei Auskunftspersonen andererseits kann es daher kaum gelingen, eine Abgrenzung zwischen Sachverständigen und Auskunftspersonen, die sowohl bei § 109 AktG wegen der Doppelnennung als auch bei § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG wegen der dort nicht genannten Auskunftspersonen erforderlich ist, vorzunehmen. In der Konsequenz wird es daher zum Beispiel als zulässig angesehen, ehemalige Mitglieder des Aufsichtsrats oder des Vorstands als Sachverständige oder als Auskunftspersonen zuzuziehen.³⁵

Ob und welche – gegebenenfalls zum Sachverständigenbegriff des § 109 AktG unterschiedlichen – Kriterien die Sachverständigeneigenschaft bei § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG begründen, bleibt in der Literatur teilweise offen.³⁶ Nach anderer Ansicht soll es in Widerspruch dazu, daß bei § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG für Sachverständige lediglich eine spezifische Sachkunde gefordert wird, bei § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG darauf ankommen, daß der Sachverständige Gewähr für Verschwiegenheit bietet und seine Integrität zweifelsfrei gegeben ist.³⁷

Der Gesetzgeber des AktG 1965 hat die Sachverständigen, die er bei §§ 109, 111 AktG im Blick hatte, nicht näher beschrieben.³⁸ Allerdings hat er in § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG die „Sachverständigen“ den „Auskunftspersonen“ gegenübergestellt. Damit hat er verdeutlicht, daß Sachverständige von Informationsmittlern abzugrenzen sind. Sachverständige müssen sich daher von Auskunftspersonen dahingehend abgrenzen lassen, daß sie als Externe Informationen auf der Grundlage von Objektivität und Neutralität geben. Diese Eigenschaften gründen in der Regel, aber nicht zwingend, auf einer besonderen beruflichen Verpflichtung auf diese Eigenschaften. Auskunftspersonen sind hingegen diejenigen, die ohne diese Anforderungen hinsichtlich Objektivität und Neutralität als Unternehmensexterne oder -interne dem Aufsichtsrat weiterführende Informationen geben können. Auch soweit Unternehmensmitarbeiter – wie wohl aufgrund ihrer beruflichen Befassung mit Aufgaben regelmäßig – in einer bestimmten Frage gemäß dem allgemeinen

³⁴ So z. B. *Geßler* (Fn 6) § 109 Rn 13, der dagegen bei § 111 – aaO Rn 42 – davon ausgeht, daß der Sachverständige „der Gesellschaft fernsteht“ und die Aufgabe hat, „Tatsachen durch Prüfung und Einsicht festzustellen“; *Hüffer* (Fn 7) § 109 Rn 5; *Lippert* (Fn 3) S. 85; ähnlich *Mertens* (Fn 7) § 109 Rn 14: „spezifische Fachkunde“.

³⁵ So *Hüffer* ebenda.

³⁶ So z. B. bei *Geßler* (Fn 6) § 111 Rn 42ff.; *Hüffer* (Fn 7) § 111 Rn 12.

³⁷ So *Mertens* (Fn 7) § 111 Rn 55f.

³⁸ Vgl. die Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens bei *Kropff* AktG 1965, S. 154ff.

Sprachgebrauch „sachverständig“ sind, bleiben sie daher Auskunftspersonen. Sind Angestellte einer Gesellschaft infolge ihrer arbeitsrechtlichen Abhängigkeit vom Vorstand, ihrer Interessengebundenheit³⁹ und, sofern es um leitende Angestellte geht, infolge ihrer persönlichen Nähe zu den Vorstandsmitgliedern doch grundsätzlich nicht geeignet, dem Aufsichtsrat Informationen auf allein objektiver und neutraler Grundlage zu geben.⁴⁰

b) Mitarbeiter als Informationsgeber im Rahmen des Einsichts- und Prüfungsrechts des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG

Nach § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG kann der Aufsichtsrat „die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände ... einsehen und prüfen“. Auch darin soll nach einer Literaturansicht⁴¹ eine Rechtsgrundlage für Direktkontakte zwischen dem Aufsichtsrat und Mitarbeitern, die dem Vorstand nachgeordnet sind, liegen. Denn das Einsichts- und Prüfungsrecht umfasse auch das Recht zur ergänzenden Befragung von Unternehmensmitarbeitern.

Der Wortlaut von § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG spricht nur von einem Einsichts- und Prüfungsrecht. Ein Fragerecht ist nicht explizit geregelt. Die Begründung des RegE AktG 1965 schweigt zu der Frage. Die Rechtsprechung mußte sich mit ihr, soweit ersichtlich, noch nicht auseinandersetzen. Für andere gesellschaftsrechtliche Einsichts- und Informationsrechte ist allerdings anerkannt, daß über den Wortlaut der Regelungen hinaus ein Einsichts- oder Informationsrecht auch ein Auskunftsrecht umfassen kann. Dies gilt jedenfalls für das Einsichts- und Informationsrecht des Komplementärs nach § 118 Abs. 1 HGB⁴² und für das persönliche Unterrichtsrecht sowie Einsichtsrecht des Gesellschafters einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, nach § 716 Abs. 1 BGB.⁴³

³⁹ Dies führt *Lippert* (Fn 3) S. 85 trotz eines weiten Sachverständigenbegriffs zur Ablehnung von Mitarbeitern als Sachverständige i.S.v. § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG; ebenso i.E. *Saage* (Fn 26) 118 und *Steinbeck* (Fn 3) S. 133.

⁴⁰ So im Ergebnis auch *Lippert* (Fn 3) S. 85.

⁴¹ Vgl. *Lutter* (Fn 3) S. 99; *Mertens* (Fn 7) § 111 Rn 21; *Wellkamp* (Fn 7) Rn 478; *Steinbeck* (Fn 3) S. 128.

⁴² Vgl. *Hopt* in: Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl. 2000, § 118 Rn 7; BGH WM 1983, 910, 911; *Koller* in: Koller/Roth/Morck, HGB, 3. Aufl. 2002, § 118 Rn 3; *Ulmer* in: Staub, Großkommentar HGB, 4. Aufl. 1999, § 118 Rn 25; *von Gerkan* in: Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, 2. Aufl. 2001, § 118 Rn 7; *Martens* in: Schlegelberger, HGB, 5. Aufl. 1992, § 118 Rn 14; *Mayen* in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 118 Rn 13; für ein zusätzliches besonderes Auskunftsrecht zur Ausübung von Rechten aus der Gesellschaftstellung vgl. *Ulmer* aaO Rn 24ff.; *Martens* aaO Rn 15; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 47 V. 3.

⁴³ So vor allem BGH WM 1983, 910, 911; *Ulmer* in MünchKomm BGB, 3. Aufl. 1997, § 716 Rn 9; *H. P. Westermann* in: Erman, BGB, 10. Aufl. 2000, § 716 Rn 1; *Hadding* in:

Bei allen diesen Regelungen erfolgt die Ausweitung des Kontrollrechts zum Auskunftsrecht jedoch nicht generell. Voraussetzung ist vielmehr jeweils, daß die Wahrnehmung des gesellschaftsrechtlich im einzelnen bezeichneten Rechts den damit verbundenen Zweck nicht erfüllen würde, sei es, daß keine kontrollfähigen Unterlagen vorhanden sind, oder sei es, daß vorhandene Unterlagen lückenhaft bzw. widersprüchlich sind.

Allein ein Bedarf für ergänzende Auskünfte, den der Inhaber eines auf Einsicht und Prüfung gerichteten Rechts geltend macht, vermag ein zusätzliches Auskunftsrecht daher selbst bei denjenigen gesellschaftsrechtlichen Kontrollrechten nicht zu begründen, bei denen ein zusätzliches ungeschriebenes Auskunftsrecht allgemein bejaht wird. Notwendig ist vielmehr jeweils eine Zweckverfehlung des gesetzlich begründeten Rechts im Falle seiner Geltendmachung. Entsprechendes muß dann auch im Falle des Einsichts- und Prüfungsrechts des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG gelten. Wortlaut wie Funktion der Regelung gebieten eine entsprechende Auslegung: Die im Gesetz vorgesehene Einsicht und Prüfung bezieht sich ausdrücklich nur auf körperliche Gegenstände bzw. auf hierüber vorhandene Unterlagen. Auch dient die Regelung nur der Ergänzung der Überwachung, die der Aufsichtsrat im Wege der Anforderung und Prüfung von Berichten nach § 90 AktG vornimmt. Die Einholung von – unter Umständen ergänzenden – Informationen und Auskünften ist daher regelmäßiger Teil der ordnungsgemäßen Informationsversorgung des Aufsichtsrats nach den dafür bestehenden Regelungen. Auch im Rahmen des speziellen Prüfungs- und Einsichtsrechts nach § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG kann ein ergänzendes Auskunftsrecht des Aufsichtsrats daher nur unter den zuvor genannten, engen Voraussetzungen der Zweckverfehlung des eigentlichen Informationsrechts im Sinne einer ultima ratio-Lösung in Betracht kommen.

c) Mitarbeiter als Auskunftspersonen des Aufsichtsrats
nach § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG

Als generelle Rechtsgrundlage, um Informationen direkt von Mitarbeitern einzuholen, die dem Vorstand nachgeordnet sind, bleibt daher für den Aufsichtsrat nur § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG. Ein solches Vorgehen ist allgemein anerkannt.⁴⁴ Es entspricht schon dem Wortlaut von § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG, der im Hinblick auf den Kreis der Auskunftspersonen⁴⁵ keine Einschränkungen enthält.

Soergel, BGB, 11. Aufl. 1985, § 716 Rn 8; *Sprau* in: Palandt, BGB, 61. Aufl. 2002, § 716 Rn 1; *Keßler* in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1991, § 716 Rn 2; sowie weitergehend *K. Schmidt* (Fn 42) § 59 III 3 c.

⁴⁴ Vgl. z. B. *Steinbeck* (Fn 3) S. 136; *Semler* (Fn 8) S. 99; *Wellkamp* (Fn 7) Rn 477.

⁴⁵ Vgl. zu diesem Begriff oben IV. 2. a).

Voraussetzung für die Einholung von Auskünften ist hier lediglich ein Informationsbedürfnis des Aufsichtsrats und die für möglich gehaltene Eignung des Mitarbeiters, zu einem Beratungsthema sachdienliche Auskünfte zu geben. Eine Abkehr von der Grundkonzeption der gesetzlichen Informationsordnung, nach der der Vorstand der primäre Informationsmittler des Aufsichtsrats ist, ist damit jedoch nicht verbunden. Daraus folgt, daß der Aufsichtsrat auch auf der Grundlage von § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG keine zweite selbständige und dauerhafte Informationsschiene am Vorstand vorbei anlegen darf.

§ 109 Abs. 1 Satz 2 AktG regelt nur das Recht des Aufsichtsrats, Auskunftspersonen hinzuzuziehen. Für eine Pflicht der Mitarbeiter, vor dem Aufsichtsrat zu erscheinen und Auskünfte auf entsprechende Fragen zu geben, bildet § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG dagegen keine Rechtsgrundlage. Eine verbreitete Ansicht verweist auf eine „Ladung“ der Mitarbeiter über den Vorstand. Nur bei einer Weigerung des Vorstands soll ein direktes Vorgehen durch den Aufsichtsrat möglich sein.⁴⁶ Diese Rechtsansicht läßt sich damit begründen, daß Erscheinen und Redepflichten von Mitarbeitern auch gegenüber dem Aufsichtsrat nur aus dem Arbeitsvertrag mit der Aktiengesellschaft abzuleiten sind. Nach §§ 78 Abs. 1, 112 AktG vertritt aber der Vorstand und nicht der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber den Mitarbeitern, die dem Vorstand nachgeordnet sind. Allerdings ist bei § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG ganz überwiegend anerkannt, daß der Aufsichtsrat selbst Vertretungsmacht gegenüber den Sachverständigen besitzt.⁴⁷ Während § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG davon spricht, der Aufsichtsrat könne Sachverständige „beauftragen“, geht § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG davon aus, Auskunftspersonen „können zugezogen werden“. Nach Sinn und Zweck dieser Regelung muß die Entscheidung über die Zuziehung wie diejenige über die Beauftragung beim Aufsichtsrat selbst liegen und muß dieser die Zuziehung wie die Beauftragung dann auch selbst vornehmen können.⁴⁸

Anlaß für eine unterschiedliche Interpretation der Rechte des Aufsichtsrats bei § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG und bei § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG besteht im Ergebnis also nicht. Dies bedeutet, daß der Aufsichtsrat Mitarbeiter, die dem Vorstand nachgeordnet sind, auch direkt zuziehen kann. Ob er von diesem Recht Gebrauch macht oder die Mitarbeiter nur mittelbar zuzieht, indem er zur Vermittlung den Vorstand einschaltet, unterliegt allerdings seinem Ermessen.

⁴⁶ Vgl. z. B. *Lutter* (Fn 3) S. 100f.; *Steinbeck* (Fn 3) S. 136; *Semler* (Fn 8) Rn 172; *Kindl* (Fn 7) S. 44; *Wellkamp* (Fn 7) Rn 477.

⁴⁷ Vgl. nur *Hüffer* (Fn 7) § 111 Rn 12 mwN.

⁴⁸ Für eine Zuziehung durch den Aufsichtsrat selbst, wenn auch ohne Problematisierung, z. B. *Hüffer* (Fn 7) § 109 Rn 5.

V. Die Personalkompetenz des Aufsichtsrats als Ansatzpunkt für Direktkontakte

1. Die notwendige Personalkennntnis des Aufsichtsrats im Hinblick auf die Gewinnung künftiger Vorstandsmitglieder

Der Aufsichtsrat bestellt die Vorstandsmitglieder. Rechtsgrundlage dieser Personalkompetenz des Aufsichtsrats ist § 84 AktG. Um sie ausüben zu können, muß sich der Aufsichtsrat Kenntnis von möglichen Vorstandskandidaten verschaffen. Dies gilt nicht nur ad hoc im Falle einer plötzlich neu zu besetzenden Vorstandsposition. Grundsätzlich hat der Aufsichtsrat nämlich im Hinblick auf seine Personalkompetenz dauerhaft und vorausschauend das Führungskräftereservoir innerhalb⁴⁹ und außerhalb der Gesellschaft in den Blick zu nehmen. Dies gilt erst recht, wenn ein Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG besteht, wonach die Besetzung von Positionen direkt unterhalb des Vorstands der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf. Da dem Gesamtaufsichtsrat die Beobachtung des Führungskräftereservoirs kaum möglich ist, obliegt die Aufgabe – je nach Organisation der Aufsichtsratsstätigkeit – insbesondere dem Aufsichtsratsvorsitzenden, dem Aufsichtsratspräsidium oder dem Personalausschuß des Aufsichtsrats.

Die Beobachtung potentieller Vorstandskandidaten in der eigenen Gesellschaft kann sich nicht auf die Entgegennahme entsprechender Einschätzungen durch den Vorstand beschränken. Personalkenntnisse „aus zweiter Hand“ bilden für sich allein keine geeignete Grundlage bei den weitreichenden Entscheidungen über Vorstandsbesetzungen. Derartige Personalentscheidungen gelten zu Recht mit als die wichtigsten und schwierigsten Aufgaben des Aufsichtsrats.⁵⁰ Der Aufsichtsrat hat sich daher schon frühzeitig um Personalkenntnisse zu bemühen. Dabei ist die dem Vorstand nachgeordnete Führungsebene des Unternehmens schon deshalb mit einzubeziehen,

⁴⁹ Vgl. z.B. von *Brauchitsch* Die Überwachung der Konzern- und Unternehmensführung durch den Aufsichtsrat – Erfahrungen und aktuelle Praxis aus der Sicht des Aufsichtsratsvorsitzenden, in: Theisen (Hrsg.) Der Konzern im Umbruch, 1998, S. 306: „... ein systematisch aufgebautes Bild der zweiten und dritten Leitungsstufe im Unternehmen“; *Lutter* (Fn 3) S. 101: „... breite Personalkennntnis auch und gerade bezüglich der Nachwuchskräfte im Unternehmen selbst“; *Lutter/Krieger* Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 3. Aufl. 1999, Rn 127: „... Verpflichtung, den Markt möglicher Führungskräfte vor allem auch im eigenen Unternehmen laufend genau zu beobachten.“ und aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht unter Berücksichtigung entsprechender Umfragen *Meyer-Lohmann* Der Aufsichtsrat der deutschen Aktiengesellschaft und seine neue Rolle im Prozeß der Unternehmensführung, Diss. St. Gallen, 1997, S. 195 f.

⁵⁰ Vgl. nur *Potthoff/Trescher* Das Aufsichtsratsmitglied, 5. Aufl. 2001, S. 276 ff.; *Lutter/Krieger* (Fn 49) Rn 120.

weil die grundsätzliche Offenheit der Vorstandspositionen auch für bisherige Unternehmensangehörige einen erheblichen Beitrag zur Motivation des Führungsnachwuchses leisten kann.

2. *Direktkontakte des Aufsichtsrats zu Führungskräften als Ausfluß der Personalkompetenz des Aufsichtsrats*

Eine Personalkennntnis des Aufsichtsrats setzt mithin voraus, daß dieser beziehungsweise die für ihn insoweit handelnden Aufsichtsratsmitglieder in Kontakt mit den betreffenden Personen stehen. Diese Kontakte sind zu unterscheiden von den zuvor erörterten⁵¹ Direktkontakten mit dem Ziel der Informationsgewinnung. Sie sind Ausfluß nicht der Informationsrechte des Aufsichtsrats, sondern seiner Personalkompetenz. Rechtsgrundlage der Direktkontakte ist mithin § 84 AktG.⁵² Bemerkenswerterweise ziehen bisher aber selbst diejenigen, die den Aufsichtsrat ausdrücklich für verpflichtet halten, den Führungsnachwuchs im Unternehmen dauerhaft zu beobachten,⁵³ hieraus nicht die Konsequenz, eine Kompetenz des Aufsichtsrats zu Direktkontakten auf der Grundlage von § 84 AktG festzustellen.

Schon ihrer Natur nach liegt es fern, Maßnahmen des Aufsichtsrats in Ausübung der Personalkompetenz an das Handeln des gegenwärtigen Vorstands der Gesellschaft zu knüpfen. Der Vorstand der Gesellschaft kann daher von derartigen Direktkontakten durchaus wissen, er kann sie je nach dem Willen des Aufsichtsrats sogar vermitteln und organisieren, rechtlich zwingend ist dies alles jedoch nicht. Die Personalhoheit mitsamt den hierzu gehörenden vorbereitenden Maßnahmen wie der Beobachtung potentieller Vorstandskandidaten ist originäre und alleinige Aufgabe des Aufsichtsrats. Er ist dabei unabhängig vom Vorstand der Gesellschaft schon deshalb, weil seine Tätigkeit diesen gerade erst konstituiert.

Problematisch erscheint allerdings, daß die Ausübung der Personalkompetenz von der Ausübung des Informationsrechts nur schwer zu trennen ist. Direktkontakte mit dem Ziel der Beobachtung und Beurteilung potentieller Vorstandskandidaten gehen zwangsläufig mit der Gewinnung von Informationen einher. Die Frage, wie Unternehmensmitarbeiter, die unter Umstän-

⁵¹ S. o. III.

⁵² So schon *Dreher* (Fn 11) S. 55.

⁵³ Siehe oben Fn 49; in manchen Stellungnahmen wird lediglich im Sinne von „praktischen Hinweisen“ vorgeschlagen, der Aufsichtsrat solle darauf drängen, daß sich Mitarbeiter der oberen Führungsebenen dem Aufsichtsrat präsentieren, so etwa *Hoffmann-Becking* Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Verbesserung der Arbeit des Aufsichtsrats, in: FS Havermann, 1995, S. 230, 237; *Götz* Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen, AG 1995, 337, 348; German Code of Corporate Governance (Fn. 17).

den für eine Vorstandsposition in Betracht zu ziehen sind, Informationen geben und bewerten, ist nämlich ein wesentlicher Teil der Aufgabe der Personalbeobachtung.

Personalkompetenz und Informationsrecht des Aufsichtsrats stehen grundsätzlich gleichrangig nebeneinander. Keine der beiden Rechtspositionen des Aufsichtsrats ist der anderen vorgelagert. Allein die Tatsache, daß die Ausübung der Personalkompetenz mit einem Informationsfluß verbunden sein kann, schadet daher nicht. Das Gegenteil hiervon müßte allerdings dann gelten, wenn die Wahrnehmung der Personalkompetenz des Aufsichtsrats die Grenzen, die ihm bei der Wahrnehmung des Informationsrechts gezogen sind, unbeachtet ließe. Denn dann würde die Personalkompetenz dem Informationsrecht vorgehen. Die zwei gleichrangigen Rechtspositionen sind daher im Sinne „praktischer Konkordanz“ zum Ausgleich zu bringen. Die gemeinsame Schnittmenge von Personalkompetenz und Informationsrecht sub specie von Direktkontakten bilden die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Kontakte einerseits und ihre Begrenzung auf eine gelegentliche sowie die Interessen aller Beteiligten schonende Wahrnehmung andererseits.

In diesem Rahmen besitzt der Aufsichtsrat daher eine eigene Kompetenz für Direktkontakte zu Mitarbeitern, die dem Vorstand nachgeordnet sind, aus § 84 AktG. Diese Kompetenz geht zunächst rechtlich wesentlich weiter als die in der Literatur in diesem Zusammenhang – soweit ersichtlich – allein angesprochene⁵⁴ Kompetenz des Aufsichtsrats für Direktkontakte nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG im Falle von Zustimmungsvorbehalten für die Besetzung bestimmter Positionen unterhalb des Vorstands. Die Kompetenz zu Direktkontakten aus § 84 AktG unterscheidet sich sodann aber auch wesentlich von der entsprechenden Kompetenz nach § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG. Diese ist in zweifacher Hinsicht eingeschränkt: sowohl sachlich im Hinblick auf die Beratungsgegenstände des Aufsichtsrats als auch zeitlich im Hinblick auf die Dauer der Aufsichtsratssitzung. Beide Begrenzungen haben im Rahmen von § 84 AktG bei der Wahrnehmung von Direktkontakten keine Bedeutung.

VI. Zusammenfassung

1. Die Frage, ob der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft mit Mitarbeitern des Unternehmens, die dem Vorstand nachgeordnet sind, direkt in Kontakt treten darf, wird bisher einseitig sub specie der Überwachungsaufgabe und des Informationsrechts des Aufsichtsrats betrachtet. Ausgeblendet bleibt damit, ob nicht auch die Personalkompetenz des Aufsichtsrats die Befugnis zu derartigen Direktkontakten begründet.

⁵⁴ Und auch das nur in einer einzigen kurzen Stellungnahme, vgl. *Lutter* (Fn 3) S. 101.

2. Im Rahmen von § 90 Aktiengesetz geht die herrschende Meinung davon aus, daß der Aufsichtsrat nur unter eng zu verstehenden Voraussetzungen eine Berichterstattung durch dem Vorstand nachgeordnete Mitarbeiter direkt bewirken kann. Eine Mindermeinung sieht dagegen überhaupt keine Möglichkeit, daß der Aufsichtsrat Informationen direkt von Mitarbeitern bezieht.

3. Die Frage, ob vermehrt Direktkontakte des Aufsichtsrats zu dem Vorstand nachgeordneten Mitarbeitern mit dem Ziel einer besseren Informationsversorgung des Aufsichtsrats oder einer besseren Nachfolgeplanung bei der Besetzung von Vorstandsämtern möglich sein sollen, hat im Rahmen der Corporate Governance-Debatte kaum Beachtung gefunden. Von den Kodizes nähert sich der Frage lediglich der German Code of Corporate Governance des sog. Berliner Initiativkreises und dies mit großer Zurückhaltung.

4. a) Die speziellen Informationsrechte des Aufsichtsrats bieten durchaus Ansatzpunkte zur Aufnahme von Direktkontakten des Aufsichtsrats mit Mitarbeitern, die dem Vorstand nachgeordnet sind. Das grundsätzlich gegebene Informationsvermittlungsmonopol des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat ist nämlich in mehrfacher Weise durch Regelungen durchbrochen, die Direktkontakte des Aufsichtsrats zu Mitarbeitern zulassen. Dies gilt entgegen verbreiteter Ansicht zwar nicht für die Beiziehung von Mitarbeitern als Sachverständigen im Sinne von §§ 111 Abs. 2 Satz 2, 109 Abs. 1 Satz 2 AktG, jedoch allgemein für die Zuziehung von Mitarbeitern als Auskunftspersonen nach § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG und, wenn auch äußerst eingeschränkt, für die Befragung von Mitarbeitern im Rahmen des Einsichts- und Prüfungsrechts des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 Satz 1 AktG. Während hier ein Auskunftsrecht entgegen anderer Ansicht nämlich nur im Sinne einer ultima ratio bei andernfalls gegebener Zweckverfehlung des Informationsrechts besteht, kann der Aufsichtsrat dort Auskünfte bei Unternehmensmitarbeitern – wiederum entgegen einer verbreiteten anderen Ansicht – auch ohne Einschaltung des Vorstands direkt einholen. Eines Rückgriffs auf § 90 AktG bedarf es im Hinblick auf diese Einzelbefugnisse des Aufsichtsrats zu Direktkontakten nicht.

b) Die bisher gegen Direktkontakte des Aufsichtsrats zu Mitarbeitern, die dem Vorstand nachgeordnet sind, im Hinblick auf das Informationsrecht erhobenen Zulässigkeitseinwände, die sich auf das Vertrauensverhältnis zwischen Aufsichtsrat und Vorstand einerseits und auf die Autorität des Vorstands im Verhältnis zu den nachgeordneten Mitarbeitern andererseits beziehen, betreffen lediglich die Frage der Ermessensausübung des Aufsichtsrats bei der rechtlich zulässigen Aufnahme und Durchführung derartiger Direktkontakte nach den genannten Einzelregelungen. In diesem Zusammenhang kommt den Einwänden allerdings durchaus Gewicht zu. Folge hiervon ist zunächst, daß Direktkontakte nicht den Zweck verfolgen dürfen, im Sinne

einer zusätzlichen, quasi institutionalisierten Informationsschiene dauerhaft Informationen „aus der Tiefe des Unternehmens“ zu schöpfen. Weiter sind rechtlich zulässige Direktkontakte nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sensibel im Hinblick auf die Wahrung der Interessen der Beteiligten vorzunehmen.

5. a) Zur Ausübung seiner Personalkompetenz aus § 84 AktG muß der Aufsichtsrat eigene Personalkenntnisse im Hinblick auf die künftige Besetzung von Vorstandsmandaten besitzen. Der Aufsichtsrat hat zu diesem Zweck auch die dem Vorstand nachgeordneten Führungskräfte im Unternehmen vorausschauend zu beobachten. Diese Aufgabe kann zum Beispiel auf den Aufsichtsratsvorsitzenden oder die Mitglieder des Personalausschusses übertragen werden.

b) Die Gewinnung dieser Personalkenntnisse setzt Direktkontakte zu den entsprechenden Personen voraus. Rechtsgrundlage derartiger Kontakte des Aufsichtsrats zu Unternehmensmitarbeitern ist § 84 AktG. Die Tatsache, daß die Ausübung der Personalkompetenz zugleich mit einem Informationsfluß verbunden sein kann, schadet dabei nicht. Allerdings sind Personalkompetenz und Informationsrecht des Aufsichtsrats im Sinne einer „praktischen Konkordanz“ dadurch zum Ausgleich zu bringen, daß auch Direktkontakte auf der Grundlage von § 84 AktG auf lediglich gelegentliche sowie die Interessen aller Beteiligten schonendste Wahrnehmung gerichtet sein müssen. Selbst dann geht die Kompetenz des Aufsichtsrats zu Direktkontakten mit Unternehmensmitarbeitern aus § 84 AktG jedoch wesentlich weiter als die Befugnis des Aufsichtsrats zu entsprechenden Kontakten auf der Grundlage des § 109 Abs. 1 Satz 2 AktG.

Die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht: Viel geschmähtes Relikt aus vergangenen Zeiten oder nützliches Finanzierungsinstrument?

DIETER FEDDERSEN

I. Einleitung

Nach einer Phase relativer Ruhe gegen Mitte der neunziger Jahre ist das Aktienrecht seit einigen Jahren wieder zum Gegenstand reger Aktivität des Gesetzgebers geworden. Zu nennen sind aus jüngster Zeit etwa das Gesetz über die Zulassung von Stückaktien (StückAG), das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG) sowie das Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG).

Die genannten Gesetze haben, auch und gerade in Kernbereichen des Aktienrechts, zu bisweilen tiefgreifenden und für Rechtspraxis und Rechtswissenschaft gleichermaßen bedeutsamen Änderungen geführt. So wurde den Unternehmen beispielsweise durch das StückAG die Option eröffnet, anstelle der bisherigen Nennbetragsaktien sog. unechte nennwertlose Stückaktien auszugeben.¹ Durch das KonTraG wurde – neben einer Vielzahl anderer Änderungen – die bis dahin bestehende Möglichkeit, aufgrund einer ministeriellen Sondererlaubnis Mehrstimmrechtsaktien auszugeben (§ 12 Abs. 2 S. 2 AktG), abgeschafft; darüber hinaus sind nach der ebenfalls durch das KonTraG eingeführten Änderung des § 134 Abs. 1 S. 2 AktG Höchststimmrechte jedenfalls bei börsennotierten Unternehmen künftig unzulässig.² Das NaStraG führte – wiederum neben einer ganzen Reihe weiterer Änderungen – zu einer weitgehenden Gleichstellung von Namensaktien und Inhaberaktien.³ Das TransPuG schließlich diente u. a. der Verzahnung des Deutschen Corporate Governance Codex mit dem Aktienrecht.⁴

¹ BGBl. I 1998, S. 590. Demgegenüber sind „echte“ nennwertlose Aktien, die einen prozentualen Anteil am Gesellschaftsvermögen verkörpern (sog. „Quotenaktien“) auch künftig nicht zulässig.

² BGBl. I 1998, S. 786. Vgl. aber zu beiden Änderungen die Übergangsregelung in § 5 EGAktG.

³ BGBl. I 2001, S. 123.

⁴ BGBl. I 2002, S. 2681.

Den hier herausgestellten Änderungen liegen, wie auch aus den entsprechenden Passagen der Gesetzesbegründungen hervorgeht, im wesentlichen zwei Motive zugrunde. Zum einen soll, etwa durch den Abbau von Stimmrechtsdifferenzierungen (Stichwort: „one share – one vote“), eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung der verschiedenen Aktiengattungen hergestellt werden. Zum anderen soll die Transparenz des Unternehmens für Aktionäre und vor allem potentielle Anleger erhöht werden.

Demgegenüber sind die jüngsten Änderungen an der, in den §§ 139ff. AktG geregelten Vorzugsaktie im wesentlichen spurlos vorübergegangen.⁵ Dies ist deshalb, wenn nicht überraschend,⁶ so doch zumindest bemerkenswert, weil sich das Rechtsinstitut der Vorzugsaktie ohne Stimmrecht in den vergangenen Jahren – und zwar auch und gerade unter den Gesichtspunkten der Gleichbehandlung der Aktionäre und der Transparenz – zunehmender Kritik sowohl in der rechtswissenschaftlichen Literatur als auch von Seiten zahlreicher Analysten ausgesetzt sah,⁷ und auch die praktische Bedeutung dieser Aktiengattung in jüngerer Zeit mehr und mehr zurückgeht.⁸

Vor diesem Hintergrund bietet der vorliegende Beitrag Anlass und Gelegenheit, sich einmal der Frage zuzuwenden, ob die stimmrechtslose Vorzugsaktie heute nur noch ein „Relikt“⁹ aus der Zeit der Entstehung des Aktiengesetzes darstellt, das vor dem Hintergrund der jüngsten Entwicklungen als ein wertpapierrechtliches Auslaufmodell¹⁰ anzusehen ist, oder ob sie – etwa als Finanzierungsinstrument – nach wie vor ihre Berechtigung im Gefüge des deutschen Aktienrechts hat.

Die nachfolgenden Ausführungen werden zeigen, dass bei der Beantwortung dieser Frage auch Gesichtspunkte aus der Corporate Governance-Diskussion zu berücksichtigen sind, die der verehrte Jubilar mit innovativen Vorschlägen begleitet hat.¹¹ In der Hoffnung, dass die folgenden Zeilen die kritisch-freundliche Aufnahme des Jubilars finden, sei diesem daher der nachfolgende Diskussionsbeitrag zugedacht.

⁵ Lediglich § 139 Abs. 2 AktG wurde der Möglichkeit zur Ausgabe von Stückaktien angepasst.

⁶ Von Seiten einiger Analysten wird bereits seit geraumer Zeit die Abschaffung stimmrechtsloser Vorzugsaktien erwartet, vgl. etwa die F.A.Z. vom 28.06.1997 („Merck rechnet mit einer Abschaffung der Vorzugsaktien“).

⁷ Vgl. etwa DWS-Vorstandsmitglied *Strenger* in der Ausgabe 8/1997 der Zeitschrift „Finanzen“, S. 30: „Sie gehören in die Mottenkiste.“

⁸ Hierzu nachfolgend unter II. 2.

⁹ So ausdrücklich die Analysten von HSBC Trinkaus in der F.A.Z. vom 08.04.1998. Ähnlich auch DWS in der F.A.Z. vom 13.11.1997 („Nicht mehr zeitgemäß“).

¹⁰ So etwa die „Welt“ vom 11.07.2000, S. 21.

¹¹ *Ulmer* Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns, ZHR 163 (1999) 290ff.

II. Die Entwicklung der Vorzugsaktie

1. Geschichtlicher Rückblick

Eine gesetzliche Regelung der Vorzugsaktie ohne Stimmrecht findet sich in Deutschland erstmals in den §§ 115 bis 117 des Aktiengesetzes von 1937, das hierbei maßgeblich auf zwei Regierungsentwürfe aus der Weimarer Zeit von 1930 und 1931 zurückgriff.¹² Ihre Einführung ist dann auch vor dem Hintergrund der damaligen wirtschaftlichen Situation Deutschlands nach dem Ende des Ersten Weltkriegs sowie der Weltwirtschaftskrise zu sehen: Stimmrechtslose Vorzugsaktien wurden als notwendiges Instrument zur Unternehmensfinanzierung angesehen, durch das insbesondere auch ausländisches Kapital gewonnen und langfristig in den Unternehmen gebunden werden sollte. Die Vorteile dieser Aktienform wurden insbesondere darin gesehen, dass das Unternehmen anders als etwa bei einer Schuldverschreibung nur dann mit einer Zahlungspflicht belastet wird, wenn ein entsprechender Gewinn erwirtschaftet wurde. Gleichzeitig ermöglichte sie im Gegensatz zur Ausgabe von Stammaktien die Wahrung bestehender Machtverhältnisse und bot somit einen Schutz vor unerwünschter Überfremdung. Interessant ist dabei die Tatsache, dass man sich bei der Ausgestaltung dieser Aktienform offenbar von den in England und den USA bereits damals geläufigen „*preference shares*“ bzw. „*preferred stocks*“ inspirieren ließ.¹³

1965 wurden die Regelungen der §§ 115 bis 117 AktG 1937 dann mit wenigen Änderungen in das neue Aktiengesetz übernommen. Die wohl bedeutendste dieser Änderungen lag in der Anhebung des zulässigen Gesamtnennbetrages der Vorzugsaktien auf die Hälfte des Grundkapitals der ausgebenden Gesellschaft. Seitdem gelten die heutigen §§ 139 bis 141 AktG im Kern nahezu unverändert fort.

2. Wirtschaftliche Bedeutung

Die Ausweitung der Möglichkeit, stimmrechtslose Vorzugsaktien auszugeben durch die Reform des Aktiengesetzes von 1965 wurde überwiegend als Überraschung angesehen,¹⁴ hatte doch diese Aktiengattung unter der Geltung des AktG 1937 nur eine ausgesprochen geringe Bedeutung erlangt. So verfügten im Jahre 1963 in Deutschland gerade einmal 20 börsennotierte Unternehmen über Vorzugsaktien, und noch zu Beginn der achtziger Jahre

¹² Vgl. *Kriebel AG* 1963, 175; *Siebel ZHR* 161 (1997) 629, 637.

¹³ Eingehend zur Geschichte und Entwicklung der Vorzugsaktie *Bezzenger Vorzugsaktien ohne Stimmrecht*, 1991, S. 5 ff., 35 ff.

¹⁴ Vgl. etwa *Kriebel AG* 1963, 175, 176 zu dem entsprechenden Vorschlag des Wirtschaftsausschusses aus dem Jahr 1963.

hatten von den damals gut 450 börsennotierten Unternehmen lediglich knapp 7 % Vorzugsaktien in den Handel gegeben.¹⁵

Gegen Mitte der achtziger Jahre stieg diese Zahl dann jedoch sprunghaft auf das Sechsfache an, so dass bereits im Jahre 1989 gut 17 % aller in Deutschland börsennotierten Gesellschaften zumindest auch Vorzugsaktien an der Börse hatten.¹⁶ Die Bandbreite dieser Gesellschaften reichte dabei von unter der Kontrolle von Gebietskörperschaften stehenden Konzernen (z. B. RWE) bis hin zu mittelständisch geprägten Unternehmen. Es folgte eine Zeit der Blüte, die bis weit in die neunziger Jahre hinein reichte und an deren Ende sieben der Dax-30-Unternehmen und gar 28 der Dax-100-Unternehmen Vorzugsaktien ausgegeben hatten.¹⁷

Eine erneute Kehrtwende in der Haltung gegenüber Vorzugsaktien ist nun wiederum seit einigen Jahren zu verzeichnen. Zahlreiche namhafte Aktiengesellschaften haben ihre Vorzugsaktien in der jüngsten Vergangenheit eingezogen, umgetauscht oder zurückgekauft bzw. planen gegenwärtig derartige Maßnahmen. Hierunter fallen u. a. die Deutsche Babcock, FAG Kugelfischer, Fiellmann, Gerry Weber, GfK, Grohe, Herlitz, Kölnische Rück, Lufthansa, Metro, MLP, Puma, Sixt, RWE und SAP.¹⁸ Insgesamt sind heute von den im Dax-100 gelisteten Unternehmen nur noch 18 über Vorzugsaktien an der Börse vertreten. Mit ihren Vorzugsaktien selber werden im Dax-100 gar nur elf von ihnen notiert.¹⁹ Interessanterweise befinden sich unter diesen Unternehmen drei der „Gewinner“ des Jahres 2000.²⁰

3. Performance

Weniger volatil als die wirtschaftliche Bedeutung der Vorzugsaktie hat sich im Laufe der Jahre das Verhältnis ihres Börsenkurses gegenüber dem der Stammaktien derselben Gesellschaft gezeigt. Allerdings waren auch hier je nach Unternehmen und Beobachtungszeitraum gewisse Schwankungen zu verzeichnen. So lagen die Notierungen von Vorzugsaktien in den Jahren 1982 und 1983 im Durchschnitt leicht über denjenigen der Stammaktien. Bei einigen Unternehmen, zu denen mit der Henkel AG auch das einzige mit Vorzugsaktien im Dax-30 vertretene Unternehmen gehört, wurden die Vorzüge sogar durchweg höher notiert als die entsprechenden Stammaktien.²¹

¹⁵ Kriebel AG 1963, 175, 176; Bezenberger a.a.O., S. 35 ff.

¹⁶ Bezenberger a.a.O., S. 35 ff.

¹⁷ Vgl. F.A.Z. vom 08.04.1998.

¹⁸ Hillebrandt/Schrempfer BB 2001, 533.

¹⁹ Auffällig ist dabei, dass dies nur bei einem Unternehmen (Henkel) aus dem Dax-30 der Fall ist, während im M-Dax immerhin zehn Vorzugswerte vertreten sind.

²⁰ Hierbei handelt es sich um die Aktien der Hugo Boss AG, der RHÖN-KLINIKUM AG und der Wella AG, vgl. „Finanzen“ 01/2001, S. 40.

²¹ Jung/Wachtler AG 2001, 513, 515.

Bei der ganz überwiegenden Mehrzahl der Unternehmen jedoch hat sich im Laufe der Jahre gezeigt, dass Vorzugsaktien je nach Zins- und allgemeinem Börsenniveau durchschnittlich einen um etwa 10–30 %, in Einzelfällen auch bis zu 50 % niedrigeren Börsenkurs als die jeweiligen Stammaktien aufweisen.²² Die Vorzugsdividende wird daher vom Markt ganz offenbar nicht als ein gleichwertiger Ersatz für das fehlende Stimmrecht angesehen.

III. Die Kritik an der Vorzugsaktie

Auf der Suche nach den Gründen für die in den letzten Jahren stark zurückgehende Zahl von Gesellschaften mit Vorzugsaktien stößt man schon bald auf eine Vielzahl von Argumenten, die zum Teil auf die Funktion der Vorzugsaktie als Finanzierungsinstrument abstellen, zum Teil aber auch den mitgliedschaftsrechtlichen Charakter der Aktie in den Vordergrund stellen, und aus denen eine zunehmend kritische Haltung gegenüber dieser Aktienform hervorgeht. Diese Argumente gilt es, zunächst im Einzelnen darzustellen.

1. Finanzierungsfunktion der Vorzugsaktie

Ein wesentliches Argument gegen die Beibehaltung der Vorzugsaktie ergibt sich nach Ansicht vieler Unternehmen aus der zunehmenden Internationalisierung der Kapitalmärkte. Da auf internationaler Ebene keine einheitlichen Vorgaben über die Ausgestaltung von Vorzugsaktien existieren,²³ weichen die mit dieser Aktienform verbundenen Rechte je nach Land und Unternehmen mitunter erheblich voneinander ab. Die damit verbundene mangelnde Transparenz ist geeignet, vor allem internationale Anleger von der Investition in ein Unternehmen, das sowohl Stamm- als auch Vorzugsaktien ausgegeben hat, abzuschrecken, da sie über den genauen Inhalt ihrer Rechte, insbesondere im Verhältnis zu den übrigen Aktionären häufig im Unklaren bleiben werden oder dies jedenfalls befürchten.²⁴

Ein weiteres Argument gegen Vorzugsaktien ergibt sich aus der gewachsenen Bedeutung von indexnachbildenden Fonds, Indexzertifikaten und Indexaktien.²⁵ Die Aufnahme eines Wertes in einen solchen Fonds bzw. Index kann zu einer erheblich verstärkten Nachfrage im Hinblick auf diesen

²² Jung/Wachtler AG 2001, 513, 515; Reckinger AG 1983, 216, 221; Pellens/Hillebrandt AG 2001, 57, 58; Bezzzenberger a.a.O., S. 38.

²³ Vgl. aber Art. 33 Abs. 2 des dritten geänderten Vorschlags einer fünften Richtlinie vom 20. 11. 1991 (sog. „Strukturrichtlinie“), ABl. EG 1991 Nr. C 321, S. 9ff. Danach sollen, was § 139 Abs. 2 AktG bereits vorsieht, Vorzugsaktien nur bis zu einer Höhe von 50 % des gezeichneten Kapitals ausgegeben werden dürfen.

²⁴ Pellens/Hillebrandt AG 2001, 57, 66.

²⁵ Vgl. hierzu Pellens/Hillebrandt AG 2001, 57, 67.

Wert und damit zu einer entsprechenden Kursbeeinflussung führen. Die schon bislang für Dow Jones-Indizes – und seit Juni 2002 auch für die Indizes der Deutschen Börse – geltende Regelung, wonach bei der Auswahl der Werte für einen bestimmten Index jede Aktie eines Unternehmen separat berücksichtigt wird, kann bei einem Unternehmen, das sowohl Stamm- als auch Vorzugsaktien ausgegeben hat, dazu führen, dass das Unternehmen im Fonds bzw. Index nicht berücksichtigt wird, weil die entsprechenden Größenkriterien zwar von allen Aktiengattungen zusammen, nicht aber auch von einer alleine erreicht werden.

Schließlich tragen auch das in den vergangenen Jahren erheblich veränderte Anlageverhalten der Kapitalmarktteilnehmer und die deutlich erhöhte Risikobereitschaft dazu bei, dass den speziellen Merkmalen der Vorzugsaktien weniger Gewicht beigemessen wird: So geht es den Anlegern häufig weniger um eine stetige Rendite als vielmehr um möglichst hohe Kursgewinne. Auch sind im Hinblick auf mögliche Übernahmen insbesondere Großanleger weniger an der Dividendenberechtigung als vielmehr an echten Mitspracherechten interessiert, die nur die Stammaktie vermittelt.

2. Die Vorzugsaktie als Mitgliedschaftsrecht

Abgesehen von den soeben genannten Argumenten, die gegen ihre Eignung als Finanzierungsinstrument vorgebracht werden, sieht sich die Vorzugsaktie aber auch in ihrer Funktion als Mitgliedschaftsrecht Kritik ausgesetzt.

Diese gründet sich zum einen auf die bereits angesprochenen Kursabschläge gegenüber den Stammaktien, die bei einigen Werten 50 % erreichen oder gar überschreiten: Die Rechtfertigung der hiermit verbundenen vermögensmäßigen Schlechterstellung der Vorzugsaktionäre selber wie auch der negativen Auswirkungen auf den Börsenwert des Unternehmens insgesamt seien den Anteilseignern gegenüber kaum noch zu rechtfertigen.²⁶

Kritik ruft zum anderen aber auch das, gemessen an ihrer Kapitalbeteiligung, überhöhte Stimmrecht der Stammaktionäre hervor. Hat etwa eine Gesellschaft Vorzugsaktien in der von § 139 Abs. 2 AktG maximal zugelassenen Höhe von 50 % des Grundkapitals ausgegeben, so reicht bereits eine 25 %ige Kapitalbeteiligung aus, um in der Hauptversammlung sämtliche Beschlüsse fassen zu können, für die Gesetz bzw. Satzung eine einfache Mehrheit vorsehen; satzungsändernde Beschlüsse sind in diesem Fall bereits bei einer Kapitalbeteiligung von 37,5 % möglich. Ein derartiges Übergewicht an Einfluss der Stammaktionäre sei mit dem Gedanken der Aktionärsdemokratie unvereinbar.²⁷

²⁶ Pellens/Hillebrandt AG 2001, 57.

²⁷ So bereits Kriebel AG 1963, 175, 176, im Hinblick auf das gleichgelagerte Problem bei den – inzwischen allerdings abgeschafften – Mehrstimmrechten.

3. Argumente aus der „Corporate Governance“-Diskussion

In ähnlicher Form, wenn auch gleichsam in anderem Gewand, erscheinen einige der oben genannten Kritikpunkte nun in jüngster Zeit noch unter einem anderen Gesichtspunkt, und zwar den Grundsätzen der Corporate Governance.

Angestoßen durch die Kritik insbesondere ausländischer Großinvestoren am Fehlen einheitlicher Regeln über die Corporate Governance deutscher Unternehmen, haben sich in den vergangenen Jahren gleich mehrere Kommissionen für die Erarbeitung entsprechender Modellgrundsätze gebildet.²⁸ Den von ihnen vorgelegten Grundsätzen²⁹ liegen – bei allen Unterschieden in den Einzelheiten – im Kern die bereits in den OECD-Principles of Corporate Governance von 1999 enthaltenen Aussagen zugrunde. Im vorliegenden Zusammenhang sind dabei insbesondere die Forderungen nach einer Gleichbehandlung der Aktionäre („one share – one vote“) und nach Offenheit und Transparenz der Unternehmen von Interesse.³⁰

Vorzugsaktien erscheinen auf den ersten Blick gegenüber all diesen Forderungen in einem weniger günstigen Licht. Weder entsprechen sie vordergründig dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre, ist doch ihr Ziel gerade eine sowohl nach Stimmrecht als auch nach den Vermögensrechten differenzierende Behandlung der Anteilseigner, noch tragen sie zur Offenheit und Transparenz der Unternehmen für Aktionäre und außenstehende Dritte bei, da das Vorhandensein und die konkrete Ausgestaltung verschiedener Aktiengattungen einen erheblichen Informationsaufwand erfordern.³¹ Schließlich stößt unter Corporate Governance-Gesichtspunkten auch die Tatsache auf Kritik, dass die Stammaktionäre infolge der ungleichen Ver-

²⁸ Hierbei handelt es sich von privater Seite um die „Grundsatzkommission Corporate Governance“ und den „Berliner Initiativkreis German Code of Corporate Governance“, von staatlicher Seite um die Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ und die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Codex. Der Verfasser hatte die Ehre, und das Vergnügen, in der Grundsatzkommission Corporate Governance und der OECD-Runde mitwirken zu dürfen.

²⁹ Der Deutsche Corporate Governance Codex wurde am 26. 02. 2002 der Öffentlichkeit vorgestellt, vgl. ZIP 2002, 452. Vgl. aber auch den „Code of Best Practice“ der Grundsatzkommission Corporate Governance, abgedruckt in AG 2000, 106. Die jeweils aktuelle Version ist unter <http://www.corgov.de> abrufbar.

³⁰ Angemerkt sei an dieser Stelle, dass die bislang vorgelegten Grundsätze zur Vorzugsaktie selber keine Aussage enthalten. Gegenstand sind – mit Abweichungen in den Einzelheiten – vielmehr die Themenkreise Leitungsfunktion, Aufsichtsrat, Interessenkonflikte, Transparenz und Rechnungslegung.

³¹ Wenngleich (auch) die Aktionärsstruktur eines Unternehmens für die Investitionsentscheidung von Bedeutung sein kann, darf indes nicht außer Acht gelassen werden, dass der Grundsatz der Transparenz unter Corporate Governance-Gesichtspunkten in erster Linie auf die wirtschaftlichen Grundlagen des Unternehmens bezogen wird.

teilung von Kapitalbeteiligung und Stimmrecht bei Stamm- und Vorzugsaktien nicht die vollen ökonomischen Konsequenzen ihres Handelns tragen müssen.³²

IV. Würdigung

Vor dem Hintergrund dieser vielschichtigen und zum Teil grundsätzlichen Argumente gegen Vorzugsaktien scheint das vollständige Verschwinden dieser Aktiengattung aus der deutschen Aktienlandschaft – sei es aufgrund der Eigeninitiative der betroffenen Unternehmen, sei es aufgrund eines regulativen Eingriffs des Gesetzgebers – auf den ersten Blick nur noch eine Frage der Zeit zu sein. Andererseits hat der Gesetzgeber, der in den vergangenen Jahren gleich mehrfach Gelegenheit gehabt hätte, etwa im Zusammenhang mit der Abschaffung der Mehrstimmrechte auch die Möglichkeit zur Ausgabe von Vorzugsaktien einzuschränken, von einer derartigen Maßnahme offenbar bewußt abgesehen.

Aus diesem Grund soll nachfolgend untersucht werden, ob sich ungeachtet der vorstehend aufgezeigten Argumente gegen die Vorzugsaktie nicht doch auch Gründe finden lassen, die die Beibehaltung dieser Aktienform rechtfertigen.

1. Geeignetes Finanzierungsinstrument?

Soweit es zunächst die gegen die Eignung der Vorzugsaktie als Finanzierungsinstrument vorgebrachten Einwände angeht, sind diese unbestreitbar von erheblichem Gewicht.

Die Internationalisierung der Kapitalmärkte erfordert eine möglichst weitgehende Homogenität der gehandelten Produkte; die Existenz unterschiedlich ausgestalteter Arten von Aktien läuft dem tendenziell zuwider. Auch weisen die Börsenzulassungsvorschriften in den verschiedenen Ländern zum Teil beachtliche Unterschiede auf; erinnert sei in diesem Zusammenhang an die von zahlreichen deutschen Unternehmen vorgenommene Umstellung von Inhaberaktien auf Namensaktien, um den Gepflogenheiten der New York Stock Exchange zu entsprechen, an der ein unmittelbarer Handel von Aktien nur bei sog. „registered shares“ erfolgt. Ebenso ist die Abschaffung von Vorzugsaktien, wenn allein ihre Existenz der Aufnahme der Aktien der betreffenden Gesellschaft in einen der bedeutenden Aktienfonds entgegensteht, nur allzu verständlich, ja möglicherweise sogar ein Gebot unternehmerischer Vernunft. Schließlich entspricht es auch dem allgemeinen

³² Pellens/Hillebrandt AG 2001, 57, 61.

Grundsatz von Angebot und Nachfrage, eine Aktiengattung, die aufgrund eines veränderten Anlageverhaltens der Kapitalmarktteilnehmer nicht oder nur schwach nachgefragt wird, gleichsam „aus dem Sortiment“ zu nehmen.

Ein wenig an Schwung verlieren indes jedenfalls die beiden erstgenannten Argumente, wenn man bedenkt, dass Vorzugsaktien an den beiden zentralen Finanzplätzen in London und vor allem New York, von denen die Internationalisierung ja gerade ausgeht, nach wie vor als bewährtes Finanzierungsinstrument genutzt werden.

Vor allem aber dürften die genannten Erwägungen nicht auf alle Unternehmen gleichermaßen zutreffen: Nicht jedes Unternehmen strebt auf die internationalen Kapitalmärkte oder stellt ein begehrtes Ziel für internationale Anleger dar. Auch kommt bereits aufgrund ihrer jeweiligen Größe die weit überwiegende Mehrzahl aller Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft erst gar nicht für die Aufnahme in einen Fonds oder Aktienindex in Betracht. Insbesondere im Hinblick auf Familiengesellschaften und andere kleine und mittlere Unternehmen, denen die Rechtsform der Aktiengesellschaft durch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts³³ gerade schmackhaft gemacht werden sollte, verlieren die oben dargestellten Bedenken damit erheblich an Gewicht.

Auch das genannte Anlageverhalten – welches im übrigen, jedenfalls soweit es die breite Masse der Privatanleger betrifft, erst seit einiger Zeit festzustellen ist – könnte sich aufgrund der unterschiedlichsten Umstände innerhalb kurzer Zeit wieder grundlegend und nachhaltig ändern. Dabei muss nicht auf so einschneidende Ereignisse wie die Terroranschläge in New York und Washington recurriert werden. Als sehr viel naheliegender und wahrscheinlicher ist beispielsweise die Möglichkeit anzusehen, dass die wachsende Bedeutung von Aktien als ergänzende Anlage zur Alterssicherung ein weniger auf kurzfristige Gewinnmaximierung als vielmehr auf stetigen Wertzuwachs gerichtetes Anlageverhalten nach sich zieht. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang etwa auf die positiven Entwicklungen in den USA, wo Aktien – nicht zuletzt aufgrund einer entsprechenden steuerlichen Förderung – mittlerweile ein wichtiges Element der Altersvorsorge darstellen.³⁴

Die oben dargestellten Argumente gegen Vorzugsaktien als Finanzierungsinstrument treffen daher weder auf alle Unternehmen gleichermaßen zu, noch müssen sie, soweit es das Argument des Anlageverhaltens betrifft, in gleichem Maße wie bisher auch in Zukunft gelten.

³³ BGBl. I 1994, S. 1961.

³⁴ Demgegenüber nehmen sich die Ansätze, Aktien in die Altersversorgung einzubeziehen, in Deutschland (vgl. etwa die Initiative von Bundesarbeitsminister *Riester*, Maßnahmen der privaten Altersvorsorge z.B. durch Aktien staatlich zu fördern) und Europa bislang eher schüchtern aus.

Darüber hinaus kommt der Vorzugsaktie gerade in der ihr ursprünglich zugedachten Funktion als Finanzierungsinstrument im gegenwärtigen wirtschaftlichen Umfeld potentiell wieder eine gewachsene Bedeutung zu, die möglicherweise noch nicht von allen betroffenen Unternehmen in vollem Umfang erkannt worden ist. Die Aktien einer Vielzahl börsennotierter Unternehmen werden derzeit unterhalb ihres echten oder – bei Stückaktien – „fiktiven“ Nennbetrages gehandelt. Auch und gerade diese Unternehmen haben zum Teil akuten Bedarf an einer Zufuhr von Eigenkapital. Da eine Ausgabe von Aktien unter pari nicht möglich ist (§ 9 Abs. 1 AktG) und die Bereitschaft, unter pari notierte Aktien zu einem höheren Emissionspreis zu zeichnen, verständlicherweise gering ist, ist eine Kapitalerhöhung in einer solchen Situation in aller Regel nicht erfolversprechend. Hier lässt sich durch die Ausgabe entsprechend attraktiv ausgestalteter Vorzugsaktien möglicherweise doch noch eine Nachfrage generieren und so die Zufuhr frischen Eigenkapitals erreichen.³⁵

Es kann somit festgehalten werden, dass Vorzugsaktien je nach Größe und wirtschaftlicher Situation des emittierenden Unternehmens einerseits sowie der angesprochenen Zielgruppe andererseits auch heute noch ein durchaus geeignetes und gegenüber Stammaktien unter Umständen sogar vorzugswürdiges Finanzierungsinstrument darstellen können.

2. Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung?

Kritik wird der Vorzugsaktie des weiteren aufgrund der wirtschaftlichen und vor allem aktienrechtlichen Schlechterstellung der Vorzugsaktionäre gegenüber den Stammaktionären derselben Gesellschaft entgegengebracht.

In der Tat stellt insbesondere der Ausschluss des Stimmrechts eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Rechtsposition des Aktionärs dar, hat doch der BGH das Stimmrecht als „*das wichtigste mitgliedschaftsrechtliche Verwaltungsrecht des Aktionärs*“ bezeichnet.³⁶ Auch der bei Vorzugsaktien in aller Regel festzustellende Kursabschlag macht die Bedeutung des Stimmrechts für die Anleger deutlich.

Indes lässt sich allein hieraus die fehlende Berechtigung des Rechtsinstituts der Vorzugsaktie nicht herleiten; insbesondere verbietet sich ein Vergleich mit den im Zusammenhang mit der Abschaffung von Mehrstimmrechtsaktien angestellten Überlegungen. Insoweit ist der Begründung zum Referentenentwurf des KonTraG zuzustimmen, in der es heißt:

„Die Einräumung von Einfluß ohne korrespondierendes Anteilseigentum entspricht [...] nicht den Erwartungen des Kapitalmarktes und schwächt

³⁵ Dabei ist allerdings zu beachten, dass Vorzugsaktien nach dem Regelwerk Neuer Markt in diesem Börsensegment nicht zum Handel zugelassen sind.

³⁶ BGHZ 70, 117, 122.

die Eigentümerkontrolle. Dies ist anders zu beurteilen, wenn dem Markt eine eigene Aktiengattung (stimmrechtsloser Vorzugsaktien) mit gesetzlich umrissenen Rechten angeboten wird, die er auch entsprechend niedriger bewertet.“³⁷

Gerade in dieser Überlegung liegt der Schlüssel für die aktienrechtliche Legitimation der Vorzugsaktien. Die mit ihnen verbundenen Nachteile werden nämlich durch das Faktum überlagert, dass mit ihrem Erwerb kein Überraschungseffekt verbunden ist: Die Erwerber von Stammaktien können vorab ohne Weiteres feststellen, ob die Gesellschaft auch Vorzugsaktien ausgegeben hat und welche vermögensrechtlichen Rechte diese gewähren. Ebenso weiß der Zeichner von Vorzugsaktien, worauf er sich bei ihrem Erwerb einlässt. Er ist nicht gezwungen, diese anstelle der Stammaktien zu zeichnen. Wenn er sich aber in Kenntnis der Tatsache, dass ihm seine Anteile keinen entsprechenden Stimmrechtseinfluss vermitteln, für die Vorzugsaktie entscheidet, dann ist kein Grund ersichtlich, hierin einen Verstoß gegen die Aktionärsdemokratie zu sehen, zumal ein wesentliches Element der Demokratie eben auch die Freiheit ist, von seinen Rechten keinen Gebrauch zu machen oder auf sie zu verzichten, und dem Vorzugsaktionär im Gegenzug ja auch eine gesonderte finanzielle Leistung gewährt wird.

Im Gegenteil: Die bereits bei der Einführung der Vorzugsaktie angestellte Überlegung, zwischen sog. „Verwaltungsaktionären“, die an den Entscheidungen der Gesellschaft teilnehmen wollen, und sog. „Finanzaktionären“, deren Interesse in erster Linie finanzieller Art ist, zu unterscheiden, erscheint angesichts von zum Teil ausgesprochen unbefriedigenden Hauptversammlungspräsenzen heute aktueller denn je.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen erweist sich die Vorzugsaktie keineswegs als ein undemokratisches, die Vorzugsaktionäre in ungerechtfertigter Weise benachteiligendes Instrument.

3. Verstoß gegen „Corporate Governance“?

Die unter dem Gesichtspunkt von Corporate Governance gegenüber Vorzugsaktien bestehenden Bedenken lassen sich allein mit diesen Überlegungen indes noch nicht vollständig ausräumen. Zwar ist auch hier ein wesentliches Motiv die Gleichbehandlung der Aktionäre, der mit dem Argument der autonomen Entscheidung des Zeichners Rechnung getragen werden könnte. Indes ist diese Forderung im Rahmen der Corporate Governance-Diskussion gleichsam eingebettet in die allgemeinere Forderung nach Transparenz und Offenheit der Unternehmen, die zwar – auch – im Interesse des einzelnen Aktionärs, darüber hinaus aber auch im Interesse des Rechtsverkehrs im

³⁷ S. 27 der Begründung.

Allgemeinen erhoben wird. Dabei darf die insoweit geübte Kritik an der Vorzugsaktie allerdings nicht vordergründig so stark gewichtet werden wie andere Folgen schlechter Corporate Governance. Hierher rechnen etwa die z.T. schwerwiegenden Mängel von Emissionen am Neuen Markt, die noch nicht völlig aufgeklärten Ursachen des ENRON-Zusammenbruchs³⁸ und andere negative Entwicklungen, von denen einige im Übrigen, zumal wenn sie auf schwerwiegenden Verstößen oder gar strafbaren Handlungen der geschäftsführenden Organe beruhen, auch bei Beachtung der Corporate Governance-Regeln über Unternehmenskontrolle eintreten können.

Indes existiert auch insoweit eine Vielzahl denkbarer Möglichkeiten, um diese Interessen auch ohne die Abschaffung der Vorzugsaktien hinreichend zu berücksichtigen. So ließe sich etwa an Informations- und Berichtspflichten der Verwaltung bezüglich der Ausgabe bzw. Beibehaltung von Vorzugsaktien im Rahmen der jährlichen Hauptversammlung denken, die im übrigen auch heute schon durch das Fragerecht der Aktionäre zumindest faktisch abgesichert werden. Institutionelle Anleger haben ohnehin über entsprechende Informationssysteme, jedenfalls aber über die Satzung, die Möglichkeit, sich ein Bild über die Zusammensetzung des Aktienkapitals eines Unternehmens zu verschaffen.

Der Grundsatz der Transparenz lässt sich, wenn man ihn dann durch die Existenz von Vorzugsaktien überhaupt gefährdet sieht, durch entsprechende Informationen und Berichte, deren Erteilung ggf. rechtlich abgesichert werden könnte, ohne Weiteres gewährleisten.

4. Weitere Argumente

Über die bereits genannten Argumente hinaus lässt sich aber noch ein weiterer Grund finden, der für die Beibehaltung des Rechtsinstituts der Vorzugsaktie spricht. Hierbei ist in erster Linie ihre ebenfalls schon bei ihrer Einführung hervorgehobene Funktion als Instrument zum Schutz vor Überfremdung zu nennen.

Dieser Gesichtspunkt hat insbesondere für Familiengesellschaften, in denen alle maßgeblichen Entscheidungen einem eng begrenzten Personenkreis vorbehalten bleiben sollen, nach wie vor unverändertes Gewicht.

Darüber hinaus hat dieser Gedanke in jüngster Zeit – wenn auch in einer gegenüber seiner historischen Bedeutung leicht abgewandelten Form, unter dem Eindruck feindlicher Übernahmen erheblich an Aktualität gewonnen. So würde in dem bereits oben genannten – zugegebenermaßen wenig prak-

³⁸ Diese Entwicklung ist umso bedauerlicher, als sie die oben genannten, positiven Erfahrungen mit Aktien als Instrument der Altersversorgung in erheblicher Weise negativ beeinflusst.

tischen – Fall einer Gesellschaft, deren Aktienbestand sich je zur Hälfte aus Stammaktien und Vorzugsaktien zusammensetzt, bereits eine Kapitalbeteiligung von 12,6 %, die sich in den Händen eines dem Unternehmen nahestehenden Großaktionärs befindet, ausreichen, um zu verhindern, dass der Erwerbsinteressent die angestrebte satzungsändernde Mehrheit erlangt. Aber auch in dem schon realistischeren Fall, dass der Anteil an Vorzugsaktien nur 20 % beträgt, wird die entsprechende Sperrminorität bereits bei einer Kapitalbeteiligung von 20,01 % erreicht.

Zwar hat sich im Zusammenhang mit der neuen Initiative der EU-Kommission zur Schaffung einheitlicher Regelungen für Unternehmensübernahmen erst jüngst eine Expertengruppe dafür ausgesprochen, dass die Hauptversammlung über Übernahmeangebote nach dem Prinzip „one share – one vote“ entscheiden sollte, so dass insoweit auch Vorzugsaktionären ein Stimmrecht zustehen würde.³⁹

Ob und inwieweit diese Vorschläge letztlich Gesetz werden, bleibt indes abzuwarten,⁴⁰ zumal nach den jüngsten Entscheidungen des EuGH zur Frage der Zulässigkeit sog. „Golden Shares“ davon auszugehen sein dürfte, dass die §§ 139ff. AktG nicht in Widerspruch zu den Grundfreiheiten des EG-Vertrages stehen.⁴¹

V. Schlussbetrachtung und Ausblick

Das weitere Schicksal der Vorzugsaktie in Deutschland wird in maßgeblicher Weise von der weiteren Entwicklung der Kapitalmärkte und den Vorgaben insbesondere im Zusammenhang mit der Übernahmegesetzgebung abhängen.

Es hat sich aber gezeigt, dass die gegen die Vorzugsaktie als Finanzierungsinstrument vorgebrachten Einwände nur im Hinblick auf einen Teil der Unternehmen verfangen, wobei es sich insbesondere um Großunternehmen handelt, die auf die internationalen Kapitalmärkte streben. Bei einer Vielzahl von insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen, die vor-

³⁹ Vgl. den Bericht in der F.A.Z. vom 16. 01. 2002 (S. 23).

⁴⁰ So wurde bereits wenige Wochen nach Veröffentlichung der Expertenvorschläge von internen Überlegungen der EU-Kommission berichtet, nationale Sonderregelungen, die die Übernahme von Unternehmen erschweren können, in bestimmtem Umfang auch künftig zuzulassen, vgl. die F.A.Z. vom 16. 02. 2002 (S. 40).

⁴¹ Vgl. EuZW 2002, 429ff. Anders als in den vom EuGH entschiedenen Fällen ergibt sich die dargestellte Machtposition der Vorzugsaktionäre nämlich nicht aus besonderen, zusätzlichen Rechten, über die nur ihre Aktiengattung verfügt. Sie beruht vielmehr allein darauf, dass satzungsändernde Beschlüsse erst ab einer bestimmten Beteiligungsschwelle möglich sind. Insoweit unterscheidet sich die Wirkungsweise der Vorzugsaktien daher nicht von derjenigen der Stammaktien.

wiegend den nationalen Aktienmarkt im Blick haben, verbleibt der Vorzugsaktie in ihrer Funktion als Finanzierungsinstrument hingegen je nach Lage des Falles nach wie vor ein eigenständiger und sinnvoller Anwendungsbereich. Auch die Benachteiligung der Vorzugsaktionäre in ihrer mitgliedschaftsrechtlichen Position erscheint vor dem Hintergrund, dass jeder Aktionär in der Entscheidung darüber, für welche Aktiengattung er sich entscheidet, frei ist, wohl nicht als ausreichend gewichtiger Grund für die bisweilen geforderte Abschaffung dieser Aktienform.

Den – berechtigten – Forderungen nach einer möglichst weitgehenden Transparenz der Unternehmen für nationale und internationale Akteure kann durch vielfältige Maßnahmen, von denen hier nur einige angesprochen werden konnten, hinreichend Rechnung getragen werden. Sofern aber der Grundsatz der Transparenz gewahrt ist, spricht nichts dagegen, viele Blumen im Garten wachsen zu lassen. Sie müssen nicht alle dem vorgeschriebenen Rot oder Blau entsprechen, sofern der Aktionär ausreichend aufgeklärt wird über die mit der Wahl der Vorzugsaktie verbundenen Vor- und Nachteile.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Inhaberin von Kennzeichenrechten

KARL-HEINZ FEZER

I. Die Regelung der Markenrechtsfähigkeit im nationalen und europäischen Markenrecht

1. Die Inhaberschaft an nationalen Marken nach § 7 MarkenG

Die Fähigkeit, Inhaber eines Markenrechts zu sein, war im Warenzeichengesetz (WZG)¹ nicht geregelt und wurde aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet.² Im Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (MarkenG)³ wird die Inhaberschaft an Marken erstmals normiert. Die Markenrechtsfähigkeit wird in der Vorschrift des § 7 MarkenG geregelt. Markenrechtsfähigkeit ist die rechtliche Fähigkeit eines Anmelders, Inhaber einer Marke zu sein.

Die Vorschrift regelt die Markenrechtsfähigkeit nur hinsichtlich des durch die Eintragung eines Zeichens als Marke in das Markenregister entstehenden Markenschutzes (§ 4 Nr. 1 MarkenG). Die Markenrechtsfähigkeit hinsichtlich einer durch Benutzung und den Erwerb von Verkehrsgeltung entstehenden Marke (§ 4 Nr. 2 MarkenG), sowie einer durch notorische Bekanntheit entstehenden Marke (§ 4 Nr. 3 MarkenG) regelt das MarkenG nicht ausdrücklich. Die Regelung des § 7 Nr. 1 bis 3 MarkenG bedeutet grundsätzlich keine inhaltliche Änderung der Markeninhaberschaft. Inhaber einer angemeldeten oder eingetragenen Marke können natürliche und juristische Personen sowie mit Rechtserwerbsfähigkeit ausgestattete Personengesellschaften sein. Folge der Nichtakzessorietät der Marke im MarkenG ist es, dass zur Markenrechtsfähigkeit weder das Vorhandensein eines bestimmten Unternehmens des Markeninhabers noch eine allgemeine Unternehmenseigen-

¹ Warenzeichengesetz vom 5. Mai 1936 (RGBl. II, S. 134), das das Gesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 (RGBl. S. 441) ablöste, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 1968 (BGBl. I, S. 29).

² S. zur Markeninhaberschaft *Baumbach/Hefermehl* Warenzeichengesetz, 12. Auflage, 1985, § 1 WZG, Rn. 3 und zur Anmeldefähigkeit § 2 WZG, Rn. 4ff.

³ Gesetz vom 25. Oktober 1994 (BGBl. I, S. 3082), das am 1. Januar 1995 in Kraft getreten ist.

schaft des Markeninhabers gehört.⁴ Hinsichtlich der Markenrechtsfähigkeit ausländischer Personen und Personenvereinigungen verzichtet das MarkenG anders als noch das Warenzeichenrecht in § 35 Abs. 3 WZG auf die Voraussetzung der Gegenseitigkeit.

2. Keine Regelung in der Ersten Markenrichtlinie

Die Erste Markenrichtlinie (MRL)⁵ enthält keine verbindlichen Vorgaben für die Markenrechtsfähigkeit. Eine extensive Auslegung des § 7 Nr. 3 MarkenG, nach der etwa die Markenrechtsfähigkeit der GbR anzuerkennen ist, ist mit der MRL vereinbar.

3. Die Rechtsfähigkeit der Inhaber von Gemeinschaftsmarken nach Art. 5 GMV

Gegenstand der Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMV)⁶ ist das europäische Markenrecht, und zwar der Rechtsschutz der eingetragenen Gemeinschaftsmarken. Art. 5 GMV regelt die Inhaberschaft an Gemeinschaftsmarken. Nach dieser Vorschrift können Inhaber von Gemeinschaftsmarken natürliche oder juristische Personen einschließlich der Körperschaften des öffentlichen Rechts sein. Die Markenrechtsfähigkeit von Personengesellschaften ist nicht ausdrücklich geregelt. Die Vorschrift regelt im Einzelnen die Nationalität des Inhabers einer Gemeinschaftsmarke; das sind Angehörige eines Mitgliedstaates, Angehörige anderer Verbandsländer der PVÜ, Angehörige von Staaten, die nicht Verbandsländer der PVÜ sind, gleichgestellte Angehörige anderer Staaten und Staatenlose.

II. Abgrenzungen zur Markenrechtsfähigkeit

1. Kennzeichenrechtsfähigkeit

Regelungsgegenstand des MarkenG ist nach § 1 MarkenG das gesamte Kennzeichenrecht. Das MarkenG regelt den Kennzeichenschutz der Marken (§ 1 Nr. 1 MarkenG), den Kennzeichenschutz der geschäftlichen Bezeich-

⁴ S. dazu näher Fezer Markenrecht, 3. Auflage, 2001, § 3 MarkenG, Rn. 66.

⁵ Erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (89/104/EWG) vom 21. Dezember 1988 (ABl. EG Nr. L 40 vom 11. Februar 1989, S. 1; berichtigt am 10. Juni 1989 ABl. Nr. L 159 S. 60).

⁶ Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke vom 20. Dezember 1993 (ABl. EG Nr. L 11 vom 14. Januar 1994, S. 1; geändert durch Verordnung (EG) Nr. 3288/94 vom 22. Dezember 1994, ABl. EG Nr. L 349 vom 31. Dezember 1994, S. 83).

nungen (§ 1 Nr. 2 MarkenG) und den Kennzeichenschutz geographischer Herkunftsangaben (§ 1 Nr. 3 MarkenG). Die Kennzeichenrechtsfähigkeit als die Fähigkeit, Inhaber eines Kennzeichens zu sein, ist im MarkenG nicht geregelt. Anders als bei der Rechtsinhaberschaft an den drei nach der Entstehung des Markenschutzes zu unterscheidenden Kategorien der Registermarke (§ 4 Nr. 1 MarkenG), der Benutzungsmarke (§ 4 Nr. 2 MarkenG) und der Notorietätsmarke (§ 4 Nr. 3 MarkenG), kann die Kennzeichenrechtsfähigkeit nicht mit der Markenrechtsfähigkeit im Sinne des § 7 MarkenG gleichgesetzt werden. Die Rechtsinhaberschaft nach § 7 MarkenG gilt aber insoweit analog für alle geschützten Kennzeichen nach § 1 MarkenG, als nur markenrechtsfähige Rechtssubjekte im Sinne des § 7 MarkenG Rechtsinhaber von Kennzeichen im Sinne des § 1 MarkenG sein können.

Die Markenrechtsfähigkeit ist Mindestvoraussetzung der Kennzeichenrechtsfähigkeit. Aus den die einzelnen Kennzeichenrechte regelnden Gesetzen können sich aber weitere und besondere Voraussetzungen der Kennzeichenrechtsfähigkeit ergeben. So kann etwa Rechtsinhaber einer Firma, die der Name ist, unter dem ein Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt (§ 17 Abs. 1 HGB) und die nach den §§ 1 Nr. 2; 5 Abs. 2 Satz 1; 15 MarkenG als Unternehmenskennzeichen den Kennzeichenschutz einer geschäftlichen Bezeichnung genießt, nur ein Kaufmann nach den §§ 1 bis 7 HGB sein.

2. Markenverfügungsbefugnis und Markenverwaltungsbefugnis

Die Markenverfügungsbefugnis und Markenverwaltungsbefugnis steht grundsätzlich dem Markeninhaber als dem markenrechtsfähigen Rechtssubjekt zu. Die Markenverfügungsbefugnis und Markenverwaltungsbefugnis steht dann einem anderen als dem Markeninhaber zu, wenn der Markeninhaber die Verfügungsmacht über das Vermögen, zu dem das Markenrecht gehört, fehlt. So steht die Markenverfügungsbefugnis und Markenverwaltungsbefugnis über ein zur Insolvenzmasse gehörendes Markenrecht nicht dem Schuldner, der Rechtsinhaber des zur Insolvenzmasse gehörenden Markenrechts bleibt, sondern dem Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO zu.⁷ Auch dem Testamentsvollstrecker, der im Interesse des Erben die Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis für den Erben ausübt, steht die Markenverfügungsbefugnis und Markenverwaltungsbefugnis über ein zum Nachlass gehörendes Markenrecht zu.⁸ Bei der Treuhand, bei der zwischen Sicherungstreuhand und Verwaltungstreuhand zu unterscheiden ist, bestimmt sich die Markenverfügungsbefugnis und Markenverwaltungsbefugnis nach den Regelungen in dem Treuhandvertrag.⁹

⁷ S. dazu Fezer Markenrecht, 3. Auflage, 2001, § 7 MarkenG, Rn. 44f.

⁸ S. dazu Fezer Markenrecht, 3. Auflage, 2001, § 7 MarkenG, Rn. 17f.

⁹ S. dazu Fezer Markenrecht, 3. Auflage, 2001, § 7 MarkenG, Rn. 21.

3. Markenanmeldefähigkeit

Von der Markenrechtsfähigkeit als der Fähigkeit, Rechtsinhaber einer Marke zu sein, ist die Anmeldefähigkeit als die Fähigkeit zu unterscheiden, die Anmeldung zur Eintragung einer Marke in das Markenregister beim Patentamt wirksam einreichen zu können. Die Markenanmeldefähigkeit verlangt Geschäftsfähigkeit des Anmelders als Wirksamkeitsvoraussetzung der Anmeldung.¹⁰

III. Die Markenrechtsfähigkeit der Personengesellschaften und anderer Gesamthandsgemeinschaften

1. Die Regelung des § 7 Nr. 3 MarkenG

Nach § 7 Nr. 3 MarkenG soll nur solchen Personengesellschaften die Markenrechtsfähigkeit zukommen, die mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Diese die Rechtsfähigkeit einer markenrechtsfähigen Personengesellschaft umschreibende Formulierung ist an der Regelung der Rechtsfähigkeit nach § 124 Abs. 1 HGB ausgerichtet. Der Gesetzgeber ging offenkundig von der Vorstellung aus, nur den Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG), sowie den Personengesellschaften, die das Gesetz den Personenhandelsgesellschaften gleichstellt (PartG; EWIV), komme Markenrechtsfähigkeit im Sinne des § 7 Nr. 3 MarkenG zu. So heißt es in der Gesetzesbegründung,¹¹ es könnten nur die einzelnen Gesellschafter zusammen, nicht aber könne die GbR als solche Rechtsinhaber eines Markenrechts sein. Fortschrittlicher erwies sich der Gesetzgeber der InsO, der die Insolvenzfähigkeit der GbR nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO anerkannte.

Nach der Rechtslage im WZG war die Markenrechtsfähigkeit der GbR nicht anerkannt. Die GbR als solche konnte keine Marke erwerben. Inhaber einer Marke konnten nur alle Gesellschafter gemeinsam als natürliche Personen sein, da ein Markenrecht nicht nur einem Rechtssubjekt, sondern zugleich mehreren Rechtssubjekten zustehen kann.¹²

2. Personenhandelsgesellschaften und gesetzlich gleichgestellte Gesellschaften

Die OHG und die KG sind nach § 7 Nr. 3 MarkenG markenrechtsfähig. Die Personenhandelsgesellschaften sind zwar keine juristischen Personen, sie sind aber nach § 124 HGB insoweit mit Rechtsfähigkeit ausgestattet, als sie

¹⁰ S. dazu im Einzelnen Fezer Markenrecht, 3. Auflage, 2001, § 32 MarkenG, Rn. 3.

¹¹ Begründung zum MarkenG, BT-Drucks. 12/6581 vom 14. Januar 1994, S. 69.

¹² S. dazu Fezer Markenrecht, 3. Auflage, 2001, § 7 MarkenG, Rn. 46.

unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können. Auch die PartG, in der sich Angehörige freier Berufe, die kein Handelsgewerbe ausüben, zur Ausübung ihrer Berufe zusammenschließen (§ 1 Abs. 1 PartGG), ist markenrechtsfähig. Auf die PartG ist nach § 7 Abs. 2 PartGG die Vorschrift § 124 HGB entsprechend anzuwenden. Auch die Partenrederei als eine besondere Gesellschaftsform des Seehandelsrechts ist markenrechtsfähig. Zwar ist die Rechtsnatur der Partenrederei umstritten;¹³ die Partenrederei kann aber nach fast einhelliger Auffassung Trägerin von Rechten und Pflichten sein.¹⁴ Die stille Gesellschaft (stG), die ihrer Rechtsnatur nach eine Personengesellschaft in Gestalt einer Innengesellschaft ist, ist nicht markenrechtsfähig, da die stG als Innengesellschaft nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Da der Inhaber des Handelsgeschäfts als natürliche Person nach § 7 Nr. 1 MarkenG markenrechtsfähig ist, besteht auch kein Bedürfnis an der Markenrechtsfähigkeit einer stG.

3. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

a) Ablehnung der Markenrechtsfähigkeit der GbR in der Rechtsprechung des BGH

In seiner Grundsatzentscheidung „Ballermann“ vom 24. Februar 2000 lehnte der Wettbewerbssenat des BGH die Markenrechtsfähigkeit der GbR ab. Eine GbR könne als solche nicht Inhaberin einer eingetragenen Marke sein.¹⁵ Der BGH sah sich an den Gesetzeswortlaut und die Gesetzesbegründung gebunden, obwohl die herrschende Dogmatik im Gesellschaftsrecht dieses überkommene Verständnis von der Rechtsnatur der GbR überwunden hatte und die Anerkennung der Rechtsträgerschaft der GbR in verschiedenen Rechtsbereichen längst fortgeschritten war. Der BGH wird seine Rechtsprechung im Hinblick auf die jüngere Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtssenats des BGH nicht aufrecht erhalten können. In seinem Grundsatzurteil vom 29. Januar 2001 anerkannte der Gesellschaftsrechtssenat die Rechtsfähigkeit der GbR als Außengesellschaft.¹⁶ Es ist davon auszugehen, dass der „Ballermann“-Entscheidung nur eine kurze Geltungsdauer zukommen wird, und der BGH bei der nächsten sich ihm bietenden Gelegenheit die Markenrechtsfähigkeit der GbR anerkennen wird.

¹³ S. dazu K. Schmidt Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, 2001, § 64, I 3, S. 1418f.

¹⁴ Hans-OLG Hamburg OLGE 23, 91.

¹⁵ BGH GRUR 2000, 1028, 1030 – Ballermann; siehe dazu die Anmerkungen von Westermann LM Nr. 1 zu § 7 MarkenG; Ann Mitt. 2000, 503.

¹⁶ BGH NJW 2001, 1056; bestätigt mit Urteil vom 18. Februar 2002 – Az.: II ZR 331/00; noch offengelassen, aber erkennbar in diese Richtung schon das Urteil vom 27. September 1999, BGHZ 142, 315.

b) Die Markenrechtsfähigkeit einer organisatorisch verselbstständigten GbR-Außengesellschaft

Die Ablehnung der Markenrechtsfähigkeit einer GbR als solcher in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anachronistisch und wird einem Reformgesetz zum Markenrecht nicht gerecht. Die Markenrechtsfähigkeit der GbR folgt schon zwingend aus der Dogmatik zur Rechtsnatur der GbR als einem gesamthänderischen Rechtssubjekt sowie aus der fortschreitenden Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR in anderen Rechtsgebieten. Zu verweisen ist auch auf die Europäisierung der Unternehmensgesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit wie der EWIV, die markenrechtsfähig ist. Schon aus Gründen der Praktikabilität von Unternehmensgesellschaften in Form der GbR mit einer Vielzahl von Gesellschaftern und einem ständig wechselnden Gesellschafterbestand erscheint die Anerkennung der Markenrechtsfähigkeit der GbR geboten.

Namentlich aus der Sicht eines europäischen Rechtsvergleichs und dem Gebot einer Rechtsvereinheitlichung, die eindeutig zur Anerkennung der Rechtspersönlichkeit der Personengesellschaften tendiert,¹⁷ erscheint die Anerkennung der Markenrechtsfähigkeit der GbR zwingend. Im europäischen Gesellschaftsrecht verstärkt sich die Tendenz, die Rechtspersönlichkeit der Personengesellschaft allgemein anzuerkennen. So billigt bereits das französische wie auch das spanische Gesellschaftsrecht den der GbR entsprechenden Personengesellschaften Rechtspersönlichkeit zu.¹⁸ Das schottische Recht behandelt die GbR als juristische Person.¹⁹ Das italienische Recht anerkennt dagegen die Rechtsfähigkeit der GbR (*società semplice*), wie aber auch allgemein der Personenhandelsgesellschaften nicht;²⁰ dieser Zustand wird jedoch namentlich in der italienischen Rechtsprechung zum Teil nicht für interessengerecht erachtet. So wurde zumindest der OHG (*società in nome collettivo*) die partielle Rechtsfähigkeit zuerkannt.²¹

Eine Anerkennung der Markenrechtsfähigkeit der GbR ist auch im Hinblick auf die Inhaberschaft an einer Gemeinschaftsmarke geboten. Nach Art. 5 GMV werden den markenrechtsfähigen juristischen Personen solche Gesellschaften und andere juristische Einheiten, die nach ihrem Heimatrecht die Fähigkeit haben, im eigenen Namen Träger von Rechten und Pflichten jeder Art zu sein, Verträge zu schließen oder andere Rechtshandlungen vorzunehmen und vor Gericht zu stehen, gleichgestellt. Folge einer Nicht-

¹⁷ S. dazu aus rechtspolitischer Sicht schon *Ahrens* Die Warenzeicheninhaberschaft der BGB-Gesellschaft – eine rechtspolitische Skizze, in: Festschrift für Nirk, 1992, S. 1 ff.

¹⁸ S. dazu Art. 1842 Abs. 1 CC – *société civile*; *Xavier O'Callaghan Muñoz* Compendio de derecho civil Tomo II, 1991, 252f. – *sociedad*.

¹⁹ S. dazu Partnership Act 1890 (c 39), section 4 (2) – *partnership*.

²⁰ S. dazu *Trabucchi* Istituzioni di Diritto Civile, XXXVI, 1995, S. 352f.

²¹ S. dazu Cass., 24 luglio 1989, n. 3498.

anerkenntnis der Markenrechtsfähigkeit der GbR ist es, dass eine GbR nicht Inhaberin einer Gemeinschaftsmarke sein kann. Diese Rechtslage würde sich als eine Benachteiligung deutscher Markeninhaber in der Markenrechtspraxis der EU und als ein strategischer Standortnachteil des nationalen Markenregimes auswirken.

Die als Folge des neuen Kaufmannsrechts mit Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes am 1. Juli 1998 eingetretene Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) gegenüber der GbR entschärfte die rechtstatsächliche Problematik, die nunmehr zwar von geringerer Bedeutung ist, aber weiterhin besteht. In der Markenrechtspraxis und namentlich in der Eintragungspraxis des Patentamtes sowie in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung sollte schon gegenwärtig von der Markenrechtsfähigkeit der GbR ausgegangen werden.²²

Es erscheint aber zu weitgehend, jeder GbR als solcher die Markenrechtsfähigkeit unabhängig von ihrer organisationsrechtlichen Verselbständigung zuzuerkennen. Die Markenrechtsfähigkeit einer Gelegenheitsgesellschaft etwa im ursprünglichen Sinne des Art. 266ff. ADHGB ist weder rechtsdogmatisch zwingend noch rechtspraktisch geboten. Auch die Rechts- und Parteifähigkeit einer GbR allgemein wird zu Recht von einer Identitätsausstattung der GbR abhängig gemacht.²³ Die Markenrechtsfähigkeit ist nur einer solchen GbR als Außengesellschaft zuzuerkennen, die als eine organisatorische Einheit verselbständigt ist. Organisationsrechtliche Verselbständigung oder Identitätsausstattung der GbR sind vergleichbare Vokabeln für die die Rechtsfähigkeit der GbR legitimierende Personifikation.

Als GbR markenrechtsfähig sind etwa Anwaltssozietäten, Ärztgemeinschaften, Bau-Arbeitsgemeinschaften (Arge) oder Einkaufsgemeinschaften. Die gemeinsame Anmeldung einer Marke zur Eintragung in das Markenregister durch mehrere Personen begründet zwar aufgrund eines gemeinsamen Zwecks, die Marke etwa einem Dritten zum Erwerb anzubieten, eine GbR, rechtfertigt aber als solche noch nicht die Annahme deren Markenrechtsfähigkeit.

²² So auch *Starck* Zur aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Markenrecht, MarkenR 2001, 89, 90; *Wertenbruch* Die Markenrechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, DB 2001, 419; *Habersack* Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH, BB 2001, 477, 479; *Schmieder* Die Entwicklung des Markenrechts seit März 1999, NJW 2001, 2134; *K. Schmidt* Anmerkung zu BGH 24.02.2002 – IZR 168/97, JuS 2001, 507; zweifelnd wegen fehlender Registerfähigkeit der GbR *Ann Mitt.* 2001, 181.

²³ So zutreffend *P. Ulmer* Die höchststrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 585, 594.

4. Vorgesellschaft und Vorgründungsgesellschaft

Unter Vorgesellschaft (VorG) ist das Gesellschaftsverhältnis der Gründerorganisation einer juristischen Person zu verstehen, das zwischen der Errichtung der Gesellschaft und der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister besteht (Vor-GmbH, Vor-AG, Vor-Verein). Die Vorgesellschaft, die eine Gesellschaft *sui generis* darstellt,²⁴ ist im Sinne des § 4 Nr. 3 MarkenG mit der Fähigkeit ausgestattet, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Eine VorG ist markenrechtsfähig. Der BGH hat die Namens- und Firmenrechtsfähigkeit der VorG anerkannt.²⁵

In der Eintragungspraxis des Patentamtes wird die Markenrechtsfähigkeit der VorG wie namentlich der Vor-GmbH nach wie vor nicht anerkannt. Das Patentamt verlangt die Anmeldung und Eintragung aller Gründergesellschafter als Markeninhaber. Diese mit der Rechtsnatur der VorG unvereinbare Eintragungspraxis sollte zumindest nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit allgemein und insbesondere der Markenrechtsfähigkeit der GbR geändert werden.

Unter einer Vorgründungsgesellschaft ist das Gesellschaftsverhältnis zwischen den Gründergesellschaftern, die sich zur Gründung einer Gesellschaft als juristische Person verpflichten, vor der Errichtung der Gesellschaft zu verstehen (Gesellschaftsvorvertrag). Eine Vorgründungsgesellschaft ist markenrechtsfähig, und zwar in der Regel als GbR oder als Personenhandelsgesellschaft (OHG, KG) entsprechend den Vorschriften der §§ 1 ff. HGB.

4. Erbengemeinschaft

Die Erbengemeinschaft ist nach § 2032 BGB eine Gesamthandsgemeinschaft. Als Gesamthandsgemeinschaft ist die Erbengemeinschaft nicht anders als die GbR markenrechtsfähig.²⁶ Zwar besteht ein wirtschaftliches Bedürfnis an der Markenrechtsfähigkeit bei der Erbengemeinschaft nicht in gleichem Maße wie bei der GbR, da der Mitgliederbestand bei der Erbengemeinschaft regelmäßig konstant und nicht wie bei der GbR als Unternehmensgesellschaft nicht selten einem häufigen Gesellschafterwechsel unterworfen ist. Die Markenrechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft erleichtert aber vor allem bei solchen Erbengemeinschaften, die aus einer Vielzahl von Erben bestehen und über einen längeren Zeitraum ein Unternehmen betreiben, den Erwerb eines Markenrechts. Es erscheint zudem sachgerecht, alle Gesamthandsgemeinschaften hinsichtlich der Markenrechtsfähigkeit gleich zu behandeln. Wenn

²⁴ S. zur Vor-GmbH BGHZ 80, 129.

²⁵ BGH GRUR 1993, 404 – Columbus.

²⁶ Zustimmend *Ann Mitt.* 2000, Nr. 503, 504.

eine Testamentsvollstreckung über den Nachlass angeordnet ist, dann bleibt die Markenrechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft bestehen; dem Testamentsvollstrecker steht die Markenanmeldefähigkeit, die Markenverfügungsbefugnis und die Markenverwaltungsbefugnis zu.