

Satzungsstrenge

Die Zulässigkeit von Ergänzungen zum Aktiengesetz in der Satzung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Universität zu Köln

vorgelegt von

Johannes Wiehe

aus Bonn

Referentin: Professorin Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Korreferentin: Professorin Dr. Barbara Grunewald

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Mai 2026

Vorwort

Herzlich danken möchte ich zuallererst meiner Frau für ihre Geduld und Unterstützung während der Entstehung dieser Arbeit.

Großer Dank gilt zudem meiner Doktormutter Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner Lieb, ohne deren Unterstützung dieses Projekt keinen Abschluss gefunden hätte.

Ich widme diese Arbeit meinen Kindern.

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
A. Untersuchungsgegenstand	1
B. Rechtspolitischer Diskurs	3
I. Kritik an der Satzungsstrenge	3
II. Bedeutung der Börsennotierung	5
III. Beibehaltung der Satzungsstrenge	8
§ 2 Begriffsbestimmung	10
A. Satzung	10
I. Organisationsrechtlicher Charakter	11
II. Verhältnis zu schuldrechtlichen Nebenabreden	12
B. Satzungsstrenge	13
I. Begriff der Satzungsstrenge	14
II. Zweck der Satzungsstrenge	14
III. Tatbestand des § 23 Abs. 5 AktG	16
1. Gesetz im Sinne des § 23 Abs. 5 AktG	16
2. Kategorisierung von Satzungsbestimmungen	18
3. Abweichung oder Ergänzung	19
a. Abweichung	20
aa. Geschriebene Regelung	21
bb. Ausdrückliche Zulassung	22
cc. Reichweite der Zulassung	23
dd. Zwingende Regelungsbereiche	24
ee. Zusammenfassung	26
b. Ergänzung	27
aa. Regelungslücke	27
1) Schweigen des Gesetzes	28
2) Ausdrücklich zugelassene Ergänzungen	30
α) Aussage von Öffnungsklauseln	30
β) Einordnung der Öffnungsklauseln	33
bb. Ergänzende Satzungsbestimmungen	33
1) Allgemeine Gesetze	34
2) Ungeschriebene Prinzipien des Aktiengesetzes	35
α) Beispiele aktienrechtlicher Prinzipien	35
β) Bewertung	36

γ) Berücksichtigung durch gesetzliche Anknüpfung	37
3) Problem der abschließenden Regelung	38
C. Zusammenfassung der Definitionen.....	39
§ 3 Ausgangslage	40
A. Allgemeiner Befund	40
B. Anerkannte Aspekte zur Bestimmung der abschließenden Regelung.....	41
I. Gesetzliche Zulassung.....	41
II. Begründungserfordernis	42
C. Meinungsstand.....	42
I. Einzelfallbestimmung	43
II. Auslegung.....	46
1. Gegenstand der Auslegung.....	46
2. Auslegungsmethoden	48
III. Prinzipien des Aktiengesetzes	50
IV. Zuständigkeits- und Kompetenzordnung	53
1. Zuständigkeit oder Kompetenz.....	55
a. Synonymie der Begriffe	55
b. Unterscheidung als Merkmal für zwingendes Recht.....	58
2. Schlussfolgerung zwingenden Rechts	58
a. Stellenwert der Kompetenz	59
b. Intensität des Eingriffs	59
c. Ermessens- und Entscheidungsfreiheit.....	60
aa. Volle Entscheidungsfreiheit	60
bb. Ermessensbeschränkung	62
cc. Relative Wirkung von Satzungsbestimmung	64
V. Rechtsfolgen in der Satzung.....	66
1. Rechtsfolgenregelungen als Ergänzungen	66
2. Fehlende Benennung der Rechtsfolgen im Aktiengesetz	67
VI. Relevanz der Börsennotierung	68
1. Restriktive Auslegung.....	68
2. Teleologische Reduktion	69
a. Anwendung nur auf nicht börsennotierte Gesellschaften	70
b. Eingeschränkte Anwendung in Einzelfällen	71
D. Fazit	71
§ 4 Bestimmung von abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes	73
A. Prüfungsauftrag aus dem Meinungsstand	73

I. Einzelfallbestimmung	74
II. Allgemeine Auslegung	75
III. Prinzipien des Aktiengesetzes	76
IV. Rechtsfolgen als Zulässigkeitskriterium	78
V. Relevanz der Börsennotierung	79
VI. Zwischenfazit	80
B. Der Begriff „abschließende Regelung“	81
I. Numerus Clausus abschließender Gesetzesbestimmungen	81
II. Der Normzusammenhang der Satzungsstrenge	83
1. Stellung im Aktiengesetz	83
2. Vergleichbare Vorschriften anderer Gesetze	84
III. Entstehung der Satzungsstrenge	86
1. Entwicklung des Grundsatzes der Satzungsstrenge	86
a. Einführung der Satzungsstrenge in das Gesetz	86
b. Rechtsprechung des Reichsgerichts	87
aa. RGZ 49, 77	87
bb. RGZ 65, 91	88
cc. RGZ 120, 177	88
dd. Eingang der Rechtsprechung in die Gesetzgebung	90
c. Die herrschende Lehre bis 1965	91
2. Grundaussagen der Gesetzesentwicklung	92
a. Unterscheidung nach Art des satzungsmäßigen Eingriffs	93
b. Betroffenheit von Anlegern und Gläubigern	94
c. Wesen der Aktiengesellschaft	94
3. Zum Begriff der abschließenden Regelung	95
a. Interessenabwägung	96
b. Zuständigkeits- und Kompetenzordnung	97
c. Funktionskreise des Aktiengesetzes	98
aa. Gesetzesbegründung von 1965	99
bb. Übereinstimmung mit der damals herrschenden Lehre	101
cc. Verhältnis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts	103
dd. Ableitungen aus der Entstehungsgeschichte der Satzungsstrenge	104
IV. Funktionskreise des Aktiengesetzes unter Zweckgesichtspunkten	104
1. Telos der Satzungsstrenge	105
a. Verkehrsfähigkeit	105
aa. Standardisierung	106

bb. Kapitalsammelfunktion.....	107
b. Anlegerschutz	108
aa. Anlegerrisiken	108
bb. Präventiver Anlegerschutz.....	110
cc. Ex post Anlegerschutz	112
c. Gesellschafterschutz	113
d. Gläubigerschutz	114
2. Zweckmäßigkeit von Ansätzen zur Bestimmung abschließender Regelungen	115
a. Interessenabwägung	115
b. Zuständigkeits- und Kompetenzordnung	116
aa. Trennung von Leitung und Eigentümern	116
bb. Umfassende Berücksichtigung des Anlegerschutzes.....	117
cc. Gesellschafterschutz	117
dd. Gläubigerschutz	118
ee. Zwischenfazit	119
c. Verkehrsfähigkeit als maßgeblicher Zweck.....	119
d. Funktionskreise des Aktiengesetzes.....	121
aa. Mittel zur Sicherung der Verkehrsfähigkeit.....	122
1) Standardisierung	122
2) Informationsasymmetrie	125
3) Liquiditätsrisiko	126
bb. Anlegerschutzgesichtspunkte	126
1) Struktur der Gesellschaft.....	126
2) Substanzerhaltungs- und Ertragsrisiko	129
3) Kapitalgeberfunktion.....	131
cc. Gesellschafterschutz	131
1) Eigentümerfunktion	131
2) Mehrheiten und Minderheiten	132
3) Willensbildung in der Hauptversammlung.....	133
4) Relevanz formeller Eingriffe	133
dd. Gläubigerschutz	134
1) Funktionskreis der Gläubiger	134
2) Verwirklichung des Gläubigerschutzes	135
3) Funktionskreise innerhalb des Binnengefüges der Aktiengesellschaft.....	135
V. Fazit	136
C. Die Funktionskreise des Aktiengesetzes	139
I. Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft.....	139

II. Begriff des Funktionskreises	142
1. Rechte und Befugnisse des Aktiengesetzes	142
2. Pflichten des Aktiengesetzes	143
a. Einzelne Sonderpflichten	144
b. Überlagernde Pflichten	144
3. Funktionskreisbestimmung kraft Interessenzusammenhang	146
4. Gesetzgeberische Eingriffe in die Funktionskreise	146
a. Zulassung von Abweichungen	147
b. Zulassung von Ergänzungen	147
III. Darstellung der Funktionskreise des Aktiengesetzes	148
1. Aktionäre	148
a. Eigentümerfunktion	149
b. Kapitalgeberfunktion	151
c. Umfassende Rechte	152
2. Hauptversammlung	153
a. Prozess der Willensbildung	153
b. Beschlüsse der Hauptversammlung	154
3. Vorstand	157
a. Leitung und Geschäftsführung	157
b. Unbeschränkbare Vertretungsbefugnis	159
4. Aufsichtsrat	160
a. Befugnisse gegenüber dem Vorstand	161
b. Informationsrechte	162
c. Zustimmungserfordernisse	163
5. Weitere Funktionsträger des Aktiengesetzes	164
a. Abschluss-, Sonder- und Gründungsprüfer	165
b. Besonderer Vertreter	166
c. Verbundene Unternehmen	167
IV. Satzungsmäßiger Eingriff in die Funktionskreise	168
1. Materieller Eingriff	169
2. Formeller Eingriff	169
V. Zusammenfassung	171
D. Zulässigkeit statuarischer Ergänzungen zum Aktiengesetz	171
I. Feststellung einer Ergänzung	172
II. Zulässigkeit der Satzungsbestimmung	172
III. Definition der abschließenden Regelung	173

§ 5 Zulässigkeit ausgewählter Satzungsbestimmungen	174
A. Schiedsklauseln	174
I. Meinungsstand	175
1. Schranken der allgemeinen Gesetze	176
a. Die Regeln der Zivilprozessordnung	177
aa. Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten	177
bb. Formerfordernisse	178
b. Die Schranke des § 138 BGB	179
aa. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.....	179
bb. Übertragbarkeit auf die Aktiengesellschaft.....	180
2. Erfordernis eines freiwilligen Unterwerfungsaktes	182
3. Aktienrechtliche Schranken	183
a. Beschlussmängelstreitigkeiten.....	184
b. Besetzungstreitigkeiten	186
c. Haftungstreitigkeiten.....	187
d. Klageerzwingungsverfahren.....	188
II. Streitentscheid	189
1. Freiwilliger Unterwerfungsakt	189
2. Aktienrechtliche Schranken	190
a. Gesetz im Sinne des § 23 Abs. 5 AktG.....	190
b. Abweichungen.....	191
c. Ergänzungen	192
aa. Beschlussmängelstreitigkeiten	192
1) Regelungslücke.....	192
2) Allgemeine Gesetze	193
3) Abschließende Regelungen	196
bb. Besetzungstreitigkeiten.....	197
1) Regelungslücke.....	198
2) Allgemeine Gesetze	199
3) Abschließende Regelung	201
cc. Klageerzwingungsverfahren.....	202
1) Regelungslücke.....	202
2) Abschließende Regelung	202
III. Ergebnis	203
B. Gerichtsstandsklauseln	204
I. Klassifizierung als Ergänzung	205

II. Meinungsstand	206
1. Schranke der allgemeinen Gesetze	206
2. Aktienrechtliche Zulässigkeit	207
III. Streitentscheid	207
1. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Zivilprozessordnung	208
2. Abschließende Regelung des Aktiengesetzes	209
IV. Ergebnis	210
C. Vorstandshaftung	210
I. Meinungsstand	212
1. Unumstrittene Zulässigkeitschranken.....	213
2. Zulässigkeit von Haftungshöchstsummen in der Satzung	214
3. Argumente der herrschenden Lehre	215
II. Streitentscheid	216
1. Ergänzung statt Abweichung.....	217
a. Ergänzung zu § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	217
b. Ergänzung zu § 93 Abs. 4 S. 3 AktG	218
2. Zulässigkeit einer Satzungsbestimmung.....	219
a. Betroffenheit der Rechte Dritter	219
b. Keine funktionelle Betroffenheit des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG.....	219
c. Materieller Eingriff in § 93 Abs. 2 S. 1 AktG.....	220
III. Ergebnis	222
D. Mehrheiten im Aufsichtsrat	222
I. Mehrheitserfordernisse durch Satzungsbestimmungen.....	223
1. Meinungsstand	223
a. Unzulässigkeit bei gesetzlich vorgesehenen Beschlussgegenständen	224
b. Sonderfall des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG	225
2. Streitentscheid	226
a. Abgrenzung zwischen Abweichung und Ergänzung.....	227
b. Abschließende Regelung	228
aa. Kapitalgeber- und Eigentümerfunktion der Aktionäre.....	228
bb. Überwachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrates	228
3. Fazit.....	230
II. Stimmwert von Enthaltungen	230
1. Meinungsstand	230
2. Streitentscheid anhand der Funktionskreise	231
III. Ergebnis	232

E. Vorerwerbsrechte	232
I. Meinungsstand	233
1. Vinkulierung von Namensaktien	233
2. Vorerwerbsrechte als Nebenleistungspflichten	235
3. Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Aktien	236
II. Stellungnahme.....	237
1. Klassifizierung als Ergänzung	237
2. Abschließende Regelung	238
a. Betroffenheit Dritter	239
b. Öffnungsklausel des Gesetzes	239
c. Kapitalgeberfunktion der Aktionäre	240
d. Eigentümerfunktion der Aktionäre	241
III. Ergebnis	242
§ 6 Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Satzungsstrenge	243
A. Meinungsstand	243
I. Generelle Nichtigkeit.....	244
II. Verstoß gegen das Wesen der Aktiengesellschaft	245
III. Grundsatz der Anfechtbarkeit	247
B. Stellungnahme	247
I. Keine Anfechtbarkeit von satzungsändernden Beschlüssen	247
II. Nichtigkeitsfolge.....	248
1. Nichtigkeit der Satzungsbestimmung	249
2. Nichtigkeit des satzungsändernden Hauptversammlungsbeschlusses	249
a. Die Satzungsstrenge als Wesensmerkmal	249
b. Schutz künftiger Aktionäre	250
c. Beibehaltung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses	250
C. Fazit	251
§ 7 Im Gesetz ausgewiesene Gestaltungsspielräume	253
A. Beschränkung des Frage- und Rederechts	253
I. Relevanz der Unterscheidung zwischen Frage- und Rederecht.....	254
II. Meinungsstand	256
1. Beschränkung nur durch den Versammlungsleiter	256
2. Minderheitenschutz	258
3. Einzelne Gesichtspunkte der Angemessenheit.....	258
4. Einführbarkeit von Abwägungsrichtlinien in der Satzung	259
III. Stellungnahme.....	260

1. Betrachtung der Funktionskreise.....	261
2. Grenzen abstrakter Bestimmungen in der Satzung	262
a. Abstrakte Satzungsbestimmungen	263
b. Informationsbedürfnis der Aktionäre	264
IV. Fazit	265
B. Zustimmungserfordernisse.....	266
I. Meinungsstand	266
1. Zustimmungserfordernisse nach §§ 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG	268
2. Übertragbarkeit auf § 133 Abs. 1 AktG	269
II. Stellungnahme.....	270
1. Zulassung einer Abweichung oder einer Ergänzung	271
2. Blickwinkel Funktionskreise.....	272
3. Intention des Gesetzgebers	273
III. Ergebnis	274
C. Öffnung durch Ausweitung des Unternehmensgegenstandes.....	274
I. Allgemeines zur Problematik des Unternehmensgegenstandes.....	275
1. Der Unternehmensgegenstand	275
a. Begriff	275
b. Abgrenzung zum Unternehmenszweck	277
aa. Reichweite des Unternehmenszwecks	277
bb. Exkurs: Satzungsbestimmung zum Shareholder Value	278
2. Meinungsstand zur Konkretisierung des Unternehmensgegenstandes.....	280
a. Unabhängigkeit des Vorstandes	281
b. Das Verbandsinteresse	282
c. Einzelstimmen	283
3. Reichweite der Begrenzungsfunktion	285
a. Aktionärsschutz	285
b. checks and balances.....	286
c. Effizienzprinzip	287
d. Schlussfolgerungen.....	288
II. Beispiel: Börsennotierung als Teil des Unternehmensgegenstandes	289
1. Meinungsstand	290
a. Die Börsennotierung als Unternehmensgegenstand	290
b. Die Entscheidung zur Börsennotierung als Geschäftsführungsmaßnahme	291
2. Stellungnahme.....	292
a. Unternehmensgegenstand oder -zweck	292
b. Subtypus börsennotierte Aktiengesellschaft	293

c. Delisting als Geschäftsführungsmaßnahme	294
III. Fazit.....	296
D. Übertragbarkeit des funktionellen Ansatzes	297
I. Zulassung von Abweichungen zum Gesetz	297
II. Bestimmung der Art der Öffnungsklausel.....	297
III. Notwendige Satzungsbestimmungen.....	298
IV. Bewertung der Ergebnisse	298
§ 8 Zusammenfassung	300

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Frauke*: Offene Fragen zu Schiedsfähigkeit II, in: NZG 2010, 486.
- Angerer, Lutz*: Die Beschränkung des Rede- und Fragerechts des Aktionärs in der Hauptversammlung, in: ZGR 2011, 27.
- Arnold, Michael*: Mitwirkungsbefugnisse der Aktionäre nach Gelatine und Macrotron, in: ZIP 2005, 1573.
- Arnold, Michael/Carl, Peter Steffen/Götze, Cornelius*: Aktuelle Fragen bei der Durchführung der Hauptversammlung, in: AG 2011, 349.
- Arnold, Michael/Gärtner, Matthias*: Beschränkungen des Frage- und Rederechts der Aktionäre - Ist eine Anpassung der Satzung wirklich sinnvoll?, in: GWR 2010, 288.
- Assmann, Heinz-Dieter*: Konzeptionelle Grundlagen des Anlegerschutzes, in: ZBB 1989, 49.
- Bachmann, Gregor*: AktG 2065: Zukunfts- und Reformfragen des deutschen Aktienrechts, in: NZG 2025, 1171.
- Bachmann, Gregor*: Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag in Hannover 2014, München 2014.
- Bachmann, Gregor*: Haftung des AG-Vorstandes wegen eines mangelhaften Compliance-Systems ("Siemens"), in: ZIP 2014, 579.
- Bastuck, Burkhardt*: Enthftung des Managements: Corporate indemnification im amerikanischen und deutschen Recht, Köln, 1986.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian/Kramer, Nadine*: Schiedsvereinbarungen mit Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern, in: AG 2014, 677.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Krets, Jérôme*: Gesellschaftsrechtliche Sonderregeln bei der Beendigung von Vorstands- und Geschäftsführerverträgen, in: DB 2003, 811.
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*: Aktiengesetz, Kommentar, 13. Auflage, München 1964.
- Baums, Theodor*: Der Aufsichtsrat - Aufgaben und Reformfragen, in: ZIP 1995, 11.
- Bayer, Walter*: Heilung nichtiger Satzungsbestimmungen im Aktien- und GmbH-Recht, in: NZG 2025, 1059.
- Bayer, Walter*: Empfehlen sich besondere Regelungen für börsennotiert und für nichtbörsennotierte Gesellschaften?, Gutachten E für den 67. Deutschen Juristentag in Erfurt 2008, München 2008.

- Bayer, Walter/Lieder, Jan*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20. September 2004 - II ZR 288/02, in: LMK 2004, 224.
- Bayer, Walter/Rauch, Fritz Philemon*: Sonderrechte in der Aktiengesellschaft, (Teil 2) Individuelle Aktionärs-Sonderrechte, in: AG 2024, 757.
- Bayer, Walter/Scholz, Philipp*: Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung, in: NZG 2014, 926.
- Becker, Michael*: Der Ausschluß aus der Aktiengesellschaft, in: ZGR 1986, 383.
- Behme, Caspar/Zwickgraf, Peter*: Rechtspflichten des Aufsichtsrats bei der Auswahl geeigneter Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat, in: AG 2015, 841.
- Bendfeld, Heiner*: Die Satzungsstrenge im Aktienrecht und ihre Bedeutung für die Rechtssicherheit, Frankfurt am Main 1999.
- Heuermann, Bernd/Brandis, Peter*: Ertragssteuerrecht, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, Körperschaftssteuergesetz, Gewerbesteuerrecht, Außensteuergesetz, Investmentsteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz und Nebengesetze, 177. Ergänzungslieferung, München 2025.
- Bonin, Gregor von*: Die Leitung der Aktiengesellschaft zwischen Shareholder-Value und Stakeholder-Interessen, Baden-Baden 2004.
- Bork, Reinhard*: Rezensionenabhandlung, Zur Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten, BGH, Ur. v. 29. März 1996 – II ZR 124/95, in: ZHR Band 160 (1996), 374.
- Bork, Reinhard*: Gerichtsstandsklausel in Satzungen von Kapitalgesellschaften, in: ZHR Band 157 (1993), 48.
- Borris, Christian*: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten in der Schiedspraxis, in: SchiedsVZ 2018, 242.
- Borris, Christian*: Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten in der Aktiengesellschaft, in: NZG 2010, 481.
- Borris, Christian/Schenk-Buch, Thea*: BGH zur Rechtswirksamkeit von Schiedsvereinbarungen in Personengesellschaftsverträgen: „Schiedsfähigkeit IV“, in: NZG 2022, 259.
- Brandner, Hans Erich*: Geschäftsführungsbefugnis, Unternehmensgegenstand und Unternehmenszweck, in: Festschrift für Heinz Rowedder zum 75. Geburtstag, München 1994, 41.
- Braun, Reiner/Eidenmüller, Horst/Engert, Andreas/Hornuf, Lars*: Unternehmensgründungen unter dem Einfluss des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte, in: ZHR Band 177 (2013), 131.

- Breithaupt, Joachim/Ottersbach, Jörg H.:* Kompendium Gesellschaftsrecht, München 2010.
- Brellochs, Michael:* Der Rückzug von der Börse nach "Frosta", in: AG 2014, 633.
- Brodmann, Erich:* Nichtig und anfechtbare Generalversammlungsbeschlüsse im Entwurf, in: JW 1931, 775.
- Brommer, Andreas:* Die Beschränkung der Rechtsfolgen der Vorstandsinnenhaftung, Berlin 2016.
- Brommer, Andreas:* Folgen einer reformierten Aktionärsklage für die Vorstandsinnenhaftung, in: AG 2013, 121.
- Bundesministerium der Finanzen: Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich 2024, Ausgabe 2021, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/steuern-im-internationalen-vergleich-2024.pdf?__blob=publicationFile&v=8, zuletzt besucht am 19. Oktober 2025.
- Bürgers, Tobias/Lieder, Jan:* Aktiengesetz, Kommentar, 6. Auflage, Heidelberg 2024.
- Cahn, Andreas:* Aufsichtsrat und Business Judgement Rule, in: WM 2013, 1293.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias:* EUV/AUEV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 6. Auflage, München 2022.
- Cremers, Christian:* Die Zulässigkeit statutarischer Zwangsabtretungsklauseln im Aktienrecht, in: NZG 2023, 723.
- Caspar, Matthias:* Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?, in: ZHR 176 (2012), 617.
- Claussen, Carsten:* Aktienrechtsreform 1997, in: AG 1996, 481.
- Däubler, Wolfgang:* Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten (Theorie und Praxis der Gewerkschaften), Frankfurt am Main 1973.
- Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten:* Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, München 2022.
- Drinhausen, Florian/Eckstein, Hans-Martin:* Beck'sches Handbuch der AG, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Börsengang, 3. Auflage, 2018.
- Drygala, Tim:* Stammkapital heute – Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen, in: ZGR 2006, 587.

- Drygala, Tim/Staake, Marco/Szalai, Stephan*: Kapitalgesellschaftsrecht, mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, Heidelberg 2012.
- Ebbing, Frank*: Schiedsklausel in Vereinssatzung, Anmerkung BGH, Urteil vom 3.4.2000 – II ZR 373/98, in: NZG 2000, 898.
- Ebbing, Frank*: Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen, in: NZG 1998, 281.
- Eidenmüller, Horst*: Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004.
- Eidenmüller, Horst*: Kapitalgesellschaften im Spiegel der ökonomischen Theorie, in: JZ 2001, 1041.
- Emmerich, Volker/Habersack, Mathias/Schürmbrand, Jan*: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Auflage, München 2022.
- Engert, Andreas/Eidenmüller, Horst*: Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht, in: GmbHR 2005, 433.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian*: Beck'scher Online-Kommentar GG, 62. Edition, München 2025.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Gallner, Inken/Schmidt, Ingrid*: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Auflage, München 2025.
- Fabricius, Fritz*: Erweiterung der Arbeitnehmer-Beteiligung im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft gem. § BetrVG 1952 auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, München 1983, 155.
- Fehrenbach, Markus*: Beschränkte Vorstandshaftung?, in: AG 2015, 761.
- Feldmann, Reinhard*: Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen zur Beschlußfähigkeit des mitbestimmten Aufsichtsrats, in: DB 1986, 29.
- Fest, Timo*: Sustainable Shareholder Activism Anliegen, Hemmnisse und Reformperspektiven, in: AG 2024, 269.
- Fischer, Robert*: Das Entsendungs- und Weisungsrecht öffentlich-rechtlicher Körperschaften beim Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, in: AG 1982, 85.
- Fischer, Nicolai*: Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata), Berlin 2018.
- Fleischer, Holger*: Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, in: ZIP 2014, 1305.
- Fleischer, Holger*: Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht, in: ZHR 168 (2004), 673.

- Fleischer, Holger*: Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: ZGR 2001, 1.
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf*: Münchener Kommentar zum GmbHG, Band 1, 5. Auflage, München 2025, Band 2, 4. Auflage, München 2023.
- Fleischer, Holger/Hülse, Philipp*: Klimaschutz und aktienrechtliche Kompetenzverteilung: Zum Für und Wider eines „Say on Climate“, in: DB 2023, 44.
- Fleischer, Holger/Maas, Jannik L.*: Satzungsgestaltung in den DAX-Unternehmen, in: AG 2020, 761.
- Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Zweiter Teil Die juristische Person, Berlin, Heidelberg, 1983.
- Frerk, Peter*: Praktische Gedanken zur Optimierung der Kontrollfunktion des Aufsichtsrates, in: AG 1995, 212.
- Fritzsche, Michael*: Bücherschau, Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Ulrich Eckhardt, Bruno Kropf, Aktiengesetz, in: WM 1984, 1243.
- Frodermann, Jürgen/Jannot, Dirk*: Handbuch des Aktienrechts, 9. Auflage, Heidelberg 2017.
- Fuhrmann, Ben/Röseler, Sandra*: VW und die Leitungsautonomie – legitime Schranke für ESG-Aktivismus in Deutschland?, in: AG 2022, R153.
- Gaugler, Eduard/Heimbürger, Wolfgang*: Beiräte mittelständischer Unternehmen, Aufgaben - Kompetenzen - Arbeitsweise - Vergütungen, Freiburg 1985.
- Gaul, Felix*: Regressansprüche bei Kartellbußen im Lichte der Rechtsprechung und der aktuellen Debatte über die Reform der Organhaftung, in: AG 2015, 109.
- Geßler, Ernst*: Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und Satzungsbestimmungen, in: ZGR 1980, 427.
- Geßler, Ernst*: Bedeutung und Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG, in: Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag am 13. Juli 1976, München 1976, 69.
- Geßler, Ernst*: Besprechung zum Aktiengesetz Großkommentar, 3. Auflage, in: BB 1971, 1015.
- Giedinghagen, Jan*: Aktienrechtliche Zulässigkeit eines statutarischen Vorerwerbsrechts? Komm. zu LG München I v. 27.2.2017 – 5HK O 14748/16, AG 2017, 591, in: AG 2017, R243-R244.
- Godin, Reinhard Freiherr von/Wilhelmi, Hans*: Aktiengesetz vom 06. September 1965, Band 1, 4. Auflage, Berlin, New York 1971.
- Goetz, Axel*: Fragwürdige Neuregelung des Börsenrückzugs, in: BB 2015, 2691.

- Goette, Wulf*: Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln u.a. 2000, 123.
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias*: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 5. Auflage München 2019, Band 2, 6. Auflage, München 2023, Band 3, 6. Auflage, München 2024, Band 4, 5. Auflage, München 2021; Band 5, 5. Auflage 2020.
- Goldschmit, Friedrich*: Anmerkung zum Urteil vom 17. Februar 1928; 275/27 II. - Hamburg, in: JW 1928, 2618.
- Göz, Philipp/Peitsmeyer, Philip*: Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelklagen bei der GmbH, in: DB 2009, 1915.
- Graf von Westphalen, Friedrich*: Unwirksame Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern – notwendiger Schutz von Vorständen und Geschäftsführern, in: ZIP 2013, 2184.
- Grigoleit, Hans Christoph*: Aktiengesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2020.
- Groh, Manfred*: Shareholder Value und Aktienrecht, in: DB 2000, 2153.
- Groß, Wolfgang*: Kapitalmarktrecht, Kommentar zum Börsengesetz, zur Börsenzulassungs-Verordnung und zum Wertpapierprospektgesetz, 8. Auflage, München 2022.
- Groß, Wolfgang*: Die Neuregelung des Anlegerschutzes beim Delisting, in: AG 2015, 812.
- Groß, Wolfgang*: Rechtsprobleme des Delisting, in: ZHR 165 (2001), 141.
- Grundmann, Stefan/Möslein, Florian*: ECLR, Die Goldene Aktie, Staatskontrollrechte in Europarecht und wirtschaftspolitischer Bewertung, in: ZGR 2003, 317.
- Grunewald, Barbara*: Haftungsvereinbarungen zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitgliedern, in: AG 2013, 813.
- Grunewald, Barbara*: Satzungsfreiheit für das Beschlussmängelrecht, in: NZG 2009, 967.
- Haarmann, Wilhelm/Weiß, Michael*: Reformbedarf bei der aktienrechtlichen Organhaftung, in: BB 2014, 2115.
- Haas, Ulrich*: Zur Einführung von Schiedsklauseln durch Satzungsänderungen in Vereinen, in: ZGR 2001, 325.
- Habersack, Mathias*: Enthftung des Vorstandsmitglieds qua Anstellungsvertrag?, Kritische Bemerkungen zu Seibt, NZG 2015, 1097, in: NZG 2015, 1297.

- Habersack, Mathias*: Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, in: ZHR Band 177 (2013), 782.
- Habersack, Mathias*: Wandlungen des Aktienrechts, in: AG 2009, 1.
- Habersack, Mathias*: Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macrotron und Gelatine, in: AG 2005, 137.
- Habersack, Mathias*: Die Personengesellschaft und ihre Mitglieder in der Schiedspraxis, in: SchiedsVZ 2003, 241.
- Habersack, Mathias/Henssler, Martin*, Mitbestimmungsrecht, Kommentierung des MitbestG, des DrittelbG, des SEBG und des MgVG, 5. Auflage, München 2025.
- Habersack, Mathias/Vetter, Jochen*: Vorschläge für eine große Aktienrechtsreform, in: AG 2024, 377.
- Habersack, Mathias/Wasserbäch, Elena*: Organhandeln vor Schiedsgerichten, in: AG 2016, 2.
- Hamm, Christoph*: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 12. Auflage, München 2022.
- Happ, Wilhelm/Groß, Wolfgang*: Aktienrecht, Handbuch – Mustertexte – Kommentar, Band 1, 5. Auflage, Köln 2019.
- Harnos, Rafael*: Aktionärsschutz beim Delisting, in: ZHR Band 179 (2015), 750.
- Häsemeyer, Ludwig*: Der interne Rechtsschutz zwischen Organen, Organmitgliedern und Mitgliedern der Kapitalgesellschaft als Problem der Prozeßführungsbefugnis, in: ZHR 144 (1980), 265.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman*: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 75. Edition, München 2025.
- Hauschild, Armin/Böttcher, Leif*: Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen, in: DNotZ 2012, 577.
- Heidel, Thomas*: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Henseler, Natascha*: Beiräte in Familienunternehmen: eine kritische Betrachtung der Ausgestaltung der Beiratsarbeit, Bielefeld 2006.
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz*: Gesellschaftsrecht, Kommentar, 5. Auflage, München 2021.
- Henze, Hartwig*: Leitungsverantwortung des Vorstandes – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, in: BB 2000, 209.

- Henze, Hartwig*: Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft, Die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofes, in: NJW 1998, 3309.
- Herresthal, Carsten*: Die Wirksamkeit von Schiedsabreden mit Vorständen und Geschäftsführern bei Organhaftungsstreitigkeiten, in: ZIP 2014, 345.
- Herrler, Sebastian*: Generelle Beschränkung der Frage- und Redezeit durch den Versammlungsleiter – erweiterte Befugnisse durch eine Regelung i.S. von § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG, - Zugleich Anmerkung zum Urt. des BGH v. 8.2.2010 - II ZR 94/08, in: DNotZ 2010, 331.
- Hey, Felix*: Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, München 2004.
- Heyers, Johannes*: Gestaltungsperspektiven aktienrechtlicher Organhaftung am Beispiel der Regressansprüche der Gesellschaft infolge von Kartellordnungswidrigkeiten, Eine rechtsökonomische und wertungsjuristische Analyse, in: WM 2016, 581.
- Hippeli, Michael*: Berichterstattung über klimawandelbezogene Lobbyaktivitäten und Satzungsstrenge, in: jurisPR-HaGesR 9/2023 Anm. 6.
- Hirte, Heribert*: Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimation versus Gestaltungsfreiheit, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland Europa und USA. 11. ZGR-Symposium "25 Jahre ZGR", Berlin 1998, 61.
- Hirte, Heribert/Mülbert, Peter O./Roth, Markus*: Aktiengesetz: Großkommentar, Band 1, 5. Auflage, Berlin, Boston 2017, 2. Auflage, Berlin 1961; Band 2/1, 5. Auflage, Berlin, Boston 2016, Band 3/2, 5. Auflage, Berlin, Boston 2018, Band 4/1, 5. Auflage, Berlin, Boston 2015, Band 5, 5. Auflage, Berlin 2019; Band 7/2, 5. Auflage, Berlin, Boston 2020; Band 7/3, 5. Auflage 2021; Band 9, 5. Auflage, Berlin, Boston 2024.
- Hoffmann, Gunter M.*: Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten?, in: NJW 2012, 1393.
- Hoffmann-Becking, Michael*: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4: Aktiengesellschaft, 6. Auflage, München 2024; 4. Auflage, München 2015.
- Holle, Philipp Maximilian/Schwarz, Lara*: Horizon Boards in deutschen Aktiengesellschaften, in: AG 2024, 17.
- Hölters, Wolfgang/Weber, Markus*: Aktiengesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 2025.

- Hommelhoff, Peter*: „Kleine Aktiengesellschaften“ im System des deutschen Rechts, in: AG 1995, 529.
- Hommelhoff, Peter*: Der aktienrechtliche Organstreit, Vorüberlegungen zu den Organkompetenzen und ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit, in: ZHR Band 143 (1979), 288.
- Hommelhoff, Peter*: Satzungsmäßige Eignungsvoraussetzungen für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, in: BB 1977, 322.
- Hopt, Klaus J.*: Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, in: ZIP 2013, 1793.
- Hopt, Klaus J.*: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa, Generalbericht, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 123.
- Hopt, Klaus J.*: Handelsgesetzbuch, 44. Auflage, München 2025.
- Huber, Ulrich*: Entstehungsgeschichte und aktuelle Auslegungsprobleme des § 241 Nr. 3 AktG, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band 2, München 1982, 167.
- Hueck, Götz*: Erwerbsvorrechte im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, 749.
- Hüffer, Uwe*: Die Leitungsverantwortung des Vorstands in der Managementholding, in: Liber amicorum Wilhelm Happ zum 70. Geburtstag am 30. April 2006, Köln, u.a. 2006, 93.
- Hüffer, Uwe*: Die leitungsbezogene Verantwortung des Aufsichtsrats, in: NZG 2007, 47.
- Humrich, Henrik*: Die (vermeintlichen) Informationsrechte des besonderen Vertreters nach § 147 II AktG, in: NZG 2014, 441.
- Janzen, Dietmar*: Vorzeitige Beendigung von Vorstandsamt und -vertrag, in: NZG 2003, 468.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 18. Auflage München 2024.
- Jercynski, Marco*: Beschränkungen des Frage- und Rederechts der Aktionäre in der Hauptversammlung, in: NJW 2010, 1566.
- Joost, Detlev/Strohn, Lutz/Poelzig, Dörte/Sander, Volker*: Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, München 2024
- Jürgenmeyer, Michael*: Satzungsklauseln über qualifizierte Beschlussmehrheiten im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, in: ZGR 2007, 112.

- Kallmeyer, Harald (Begr.):* Umwandlungsgesetz, Kommentar, 7. Auflage, Köln 2020.
- Kalss, Susanne/Fleischer, Holger:* Neues zur Lockerung der Satzungsstrenge bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, in: AG 2013, 693.
- Kalss, Susanne/Schauer, Martin:* Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht, in: Verhandlungen des Sechzehnten Österreichischen Juristentages, Graz 2006, Zivilrecht, Wien 2006.
- Kastl, Stephanie:* Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse: Ein Beitrag zur Rechtsprechungshistorie und zur Gesetzesentwicklung des Delistings, Baden-Baden 2016.
- Kersting, Christian:* Eine Niederlage für Berufskläger? - Zur Zulässigkeit inhaltlicher Beschränkungen des Frage- und Rederechts der Aktionäre gem. § 131 II 2 AktG, Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 8-2-2010 - II ZR 94/08 - Redezeitbeschränkung, in: NZG 2010, 446.
- Kleindiek, Detlef:* Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz, in: ZGR 2006, 335.
- Kling, Michael:* Der besondere Vertreter im Aktienrecht, in: ZGR 2009, 190.
- Klöhn, Lars:* Kann die Satzung den Vorstand zur Berichterstattung über Klimalobbyismus verpflichten? Zugleich Bespr. von AG Braunschweig Beschl. v. 16.3.2023 – 118 AR 13/22, in: NZG 2023, 659.
- Koch, Jens:* Aktiengesetz, Kommentar, 16. Auflage, München 2022.
- Koch, Jens:* Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit?, in: ZHR 182 (2018), 378.
- Koch, Jens:* Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, in: 50 Jahre Aktiengesetz, Berlin 2016, 65.
- Koch, Jens:* Höherrangiges Satzungsrecht vs. schuldrechtliche Satzungsüberlagerung, in: AG 2015, 213.
- Koch, Jens:* Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – eine Sammelreplik, in: AG 2014, 513.
- Koch, Jens:* Grenzen des informationsbasierten Anlegerschutzes, Die Gratwanderung zwischen angemessener Aufklärung und information overload, in: BKR 2012, 485.
- Koch, Jens:* Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, in: AG 2012, 429.
- Koch, Jens:* Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, in: Liber amicorum für Martin Winter, Köln 2011, 327.

- Koch, Jens/Harnos, Rafael*: Die Neuregelung des Delistings zwischen Anleger- und Aktionärsschutz, in: NZG 2015, 729.
- Koller, Ingo*: Wertpapierberatung und Verkauf im Licht des WpHG, in: ZBB 2011, 361.
- Konzen, Horst*: Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co KG, in: NJW 1989, 2977.
- KPMG: Corporate tax rates table, Stand: 2025, <https://kpmg.com/dk/en/services/tax/corporate-tax/corporate-tax-rates-table.html>, zuletzt besucht am 19. Oktober 2025.
- Krause, Nils*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08. Februar 2010 - II ZR 94/08, in: BB 2010, 852.
- Kremer, Thomas*: Zur Praxis der Hauptversammlungsleitung, in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, 697.
- Krieger, Gerd/Schneider, Uwe H.*: Handbuch Managerhaftung, Vorstand Geschäftsführer Aufsichtsrat. Pflichten und Haftungsfolgen. Typische Risikobereiche, 3. Auflage, Köln 2017.
- Kropff, Bruno*: Aktiengesetz, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfes, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Verweisungen und Sachverzeichnis, Düsseldorf 1965.
- Kübler, Friedrich*: Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, in: AG 1994, 141.
- Kübler, Friedrich*: Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld überlieferter Rechtsformen und moderner Regelungsprobleme, in: NJW 1984, 1857.
- Kuntz, Thilo*: Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang, Venture Capital in Deutschland und den USA, Tübingen 2016.
- Leuering, Dieter*: Organhaftung und Schiedsverfahren, in: NJW 2014, 657.
- Liebscher, Thomas*: Konzernbildungskontrolle, rechtsformspezifische und rechtsformunabhängige Aspekte der Problematik eines konzernrechtlichen Präventivschutzes im Rahmen des Konzernierungsprozesses, Berlin 1995.
- Lieder, Jan*: Unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats, in: ZGR 2018, 523.
- Lippert, Hans-Dieter*: Zulässigkeit und Aufgaben von Beiräten in Aktiengesellschaften – LG Köln, Die AG 1976, 329, in: JuS 1978, 90.
- Lotze, Andreas*: Haftung von Vorständen und Geschäftsführern für gegen Unternehmen verhängte Kartellbußgelder, in: NZKart 2014, 162.

- Lüke, Wolfgang/Blenske, Holger*: Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten, in: ZGR 1998, 253.
- Luther, Martin*: § 23 Abs. (5) AktG im Spannungsfeld von Gesetz, Satzung und Einzelentscheidungen der Organe der Aktiengesellschaft, in: Freundesgabe für Hans Hengeler zum 70. Geburtstag am 1. Februar 1972, Berlin u.a. 1972, 167.
- Lutter, Marcus*: Gesetzliches Garantiekapital als Probleme europäischer und deutscher Rechtspolitik, AG 1998, 375.
- Lutter, Marcus*: Die entscheidungsschwache Hauptversammlung, in: Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, Köln, New York 1991, 301.
- Lutter, Marcus*: Ehrenämter im Aktien- und GmbH-Recht, in: ZIP 1984, 645.
- Lutter, Marcus/Krieger, Gerd/Verse, Dirk*: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Auflage, Köln 2014.
- Mack, Kristina*: Die Regresshaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, Voraussetzungen und Möglichkeiten ihrer Begrenzung, Frankfurt am Main 2015.
- Martens, Klaus-Peter*: Aktienrechtliche Probleme eines Ausstiegs aus der Kernenergie, in: Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, Berlin, New York 1991, 271.
- Marsch-Barner, Reinhard*: Vorteilsausgleich bei der Schadensersatzhaftung nach § 93 AktG, in: ZHR 173 (2009), 723.
- Marsch-Barner, Reinhard/Schäfer, Frank A.*: Handbuch börsennotierte AG, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Köln 2022.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.)*: Grundgesetz Kommentar, 95. Ergänzungslieferung, München 2021.
- Mertens, Gerald*: Satzungs- und Organisationsautonomie im Aktien- und Konzernrecht, in: ZGR 1994, 426.
- Mertens, Hans-Joachim*: Unternehmensgegenstand und Mitgesellschafterrecht, in: AG 1978, 309.
- Mertens, Hans-Joachim*: Politisches Programm in der Satzung der Aktiengesellschaft?, in: NJW 1970, 1718.
- Mock, Sebastian*: Schiedsvereinbarungen im Rahmen von Sonderprüfungen und der Geltendmachung von Ersatzansprüchen, in: Festschrift für Wienand Meilicke, Baden-Baden 2010, 489.

- Mock, Sebastian*: Die Entdeckung des besonderen Vertreters, in: DB 2008, 393.
- Mohamed, Jean*: Delisting reloaded (?) – Eine Bestandsaufnahme der rechtspolitischen Diskussion, in: ZIP 2023, 1975.
- Mohamed, Jean/Nitschmann, Lasse*: Der Ehrenvorsitz im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, in: ZIP 2024, 2673
- Möllers, Thomas M. J./Kernchen, Eva*: Information Overload am Kapitalmarkt, in: ZGR 2011, 1.
- Mormann, Felix*: Satzungsmäßige Gerichtsstandsklauseln für informationsbedingte Kapitalanlegerklagen im europäischen Zuständigkeitsregime, in: AG 2011, 10.
- Mülbert, Peter O.*: Marktwertmaximierung als Unternehmensziel der Aktiengesellschaft, in: Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, Köln 2005, 421.
- Mülbert, Peter O.*: Gerichtsstandsklauseln als materielle Satzungsbestandteile, in: ZZP Band 118 (2005), 313.
- Mülbert, Peter O.*: Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Auflage, München 1996.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang*: Zivilprozessordnung, Kommentar, 22. Auflage, München 2025.
- Netter, Oscar*: Zur Frage der Richtigkeit befristeter Kapitalerhöhungsbeschlüsse einer Aktiengesellschaft, in: JW 1930, 3692.
- Nicolussi, Julia*: Die Satzungsstrenge im Aktienrecht, Reichweite und Grenzen der Gestaltungsfreiheit de lege lata, Wien 2018.
- Noack, Ulrich*: Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1994.
- Noack, Ulrich/Servatius, Wolfgang/Haas, Ulrich*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kurzkommentar, 24. Auflage, München 2025.
- Nodoushani, Manuel*: Weniger Satzungsstrenge für geschlossene Gesellschaften?, in: NZG 2008, 452.
- Nord, Walther*: Anmerkung zum Urteil vom 17. Februar 1928; 275/27 II. - Hamburg, in: JW 1928, 2617.
- Oetker, Hartmut*: Beschlußfähigkeit des mitbestimmten Aufsichtsrats und Satzungsautonomie, Anmerkung zu OLG Hamburg, Beschluß vom 4.4.1984 – 2 W 25/80, in: BB 1984, 1766.

- Oltmanns, Martin*: Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen, Die Business Judgment Rule im deutschen und im amerikanischen Recht, Frankfurt am Main 2001.
- Patzina, Reinhard/Bank, Stefan/Schimmer, Dieter/Simon-Widmann, Michael*: Haftung von Unternehmensorganen, 2. Auflage, München 2010.
- Paefgen, Walter G.*: Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, in: AG 2014, 554.
- Paefgen, Walter G.*: Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Köln 2002.
- Papmehl, Markus A.*: Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, Frankfurt am Main, u.a. 2001.
- Pellens, Bernhard/Ahlich, Katrin/Schmidt, André*: Verhalten und Präferenzen deutsche Aktionäre 2018, Eine Befragung von privaten und institutionellen Anlegern zum Informationsverhalten, zur Dividendenpräferenz und zur Stimmrechtsnutzung, 1. Auflage 2019, abrufbar unter https://www.dai.de/fileadmin/dokumente/Studien/2019-07-10_Studie_Aktionaersverhalten_2018.pdf, zuletzt abgerufen am 19. Oktober 2025.
- Peltzer, Martin*: Mehr Ausgewogenheit bei der Vorstandshaftung, in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, 861.
- Petrikowski, Moritz*: Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit im Recht der "deutschen" AG und SE, Bielefeld 2009.
- Pinner, Albert*: Anmerkung zu RG, Beschl. v. 06. März 1930, 1 b X 6/30, in: JW 1930, 2712.
- Pinner, Heinz*: Anmerkung zum Urteil vom 17. Februar 1928; 275/27 II. - Hamburg, in: JW 1928, 1556.
- Pleißke, Claudia*: Die Satzungsstrenge im Aktienrecht: Mehr Gestaltungsfreiheit für die kapitalmarktferne Aktiengesellschaft, Frankfurt am Main, u.a. 2007.
- Pöhlmann, Peter/Fandirch, Andreas/Bloehs, Joachim*: Genossenschaftsgesetz, Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nebst umwandlungsrechtlichen Vorschriften für Genossenschaften, 4. Auflage, München 2012.
- Priester, Hans-Joachim*: Satzungs Vorgaben zum Vorstandshandeln - Satzungsautonomie contra Leitungsautonomie -, in: Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, 777.
- Priester, Hans-Joachim*: Die kleine AG – ein neuer Star unter den Rechtsformen?, in: BB 1996, 333.

- Priester, Hans-Joachim*: Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung, Voraussetzungen und Grenzen satzungsdurchbrechender Beschlüsse, in: ZHR 151 (1987), 40.
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*: Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Auflage, München 2015.
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang*: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, 7. Auflage, München 2025, Band 3, 6. Auflage, München 2022.
- Rechenberg, Wolf-Georg von*: Die Hauptversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft, Heidelberg 1986.
- Reichert, Jochem*: Reformbedarf im Aktienrecht, in: AG 2016, 677.
- Reichert, Jochem*: Existenzgefährdung bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen, in: ZHR Band 177 (2013), 756.
- Reichert, Jochem*: Beschlussmängelstreitigkeiten und Schiedsgerichtsbarkeit, Gestaltungs- und Reaktionsmöglichkeiten, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, Berlin 2003, 511.
- Reichert, Jochem/Groh, Jakob*: (Noch) keine Klimapolitik über § 122 II AktG, zugleich Bespr. von OLG Braunschweig Beschl. v. 8.5.2023 – 2 W 25/23, in: NZG 2023, 1500.
- Reichert, Jochem/Harbarth, Stephan*: Statutarische Schiedsklauseln, Einführung, Aufhebung und umwandlungsrechtliche Behandlung, in: NZG 2003, 379.
- Richter, Andrä*: Begrenzung der Geschäftsführung durch die Satzung der AG, Zielformulierungen als Satzungsinhalt, Frankfurt am Main 1975.
- Riegger, Bodo/Wilske, Stephan*: Auf dem Weg zu einer allgemeinen Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten?, in: ZGR 2010, 733.
- Ritter, Carl*: Aktiengesetz, Kommentar, Berlin München 1939.
- Rodloff, Frank*: Einbeziehung und Ausgestaltung von Schiedsabreden im Gesellschaftsrecht, in: DStR 1997, 1408.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter*: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 77. Edition, München 2025.
- Roth, Markus*: Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, Handlungsspielräume und Haftungsrisiken insbesondere in der wirtschaftlichen Krise, München 2001.
- Sachs, Michael*: Grundgesetz, Kommentar, 9. Auflage, München 2021.

- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina/Schubert, Claudia*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 9. Auflage, München 2023, Band 8, 9. Auflage, München 2023.
- Saenger, Ingo*: Zivilprozessordnung, Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht, Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2023.
- Schäfer, Carsten*: Besondere Regelungen für börsennotierte und für nichtbörsennotierte Gesellschaften?, in: NJW 2008, 2536.
- Backhaus, Richard/Tielmann, Jörgen*: Der Aufsichtsrat, Kommentar, 2. Auflage, München 2023.
- Schlegelberger, Franz/Quassowski, Leo*: Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, 3. Auflage, Berlin 1939.
- Schlüter, Maximilian*: Schiedsbindung von Organmitgliedern, Entstehung und Reichweite von Schiedsanordnungen und Schiedsvereinbarungen in GmbH, AG und SE, Berlin 2017.
- Schmidt, Karsten*: Schiedsklauseln und Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht als prozessuale Legitimationsprobleme – Ein Beitrag zur Verzahnung von Gesellschafts- und Prozessrecht, in: BB 2001, 1857.
- Schmidt, Karsten*: Schiedsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Ein Beitrag zum Innenrecht der „kleinen AG“, in: AG 1995, 551.
- Schmidt, Karsten*: Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen – Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften –, in: ZGR 1988, 523.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus*: Aktiengesetz, Kommentar, Band 1, Band 2, 5. Auflage, Köln 2024.
- Schmidt, Reinhard H./Spindler, Gerald*: Shareholder-Value zwischen Ökonomie und Recht, in: Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1997, 515.
- Schmitt, Joachim/Hörtnagel, Robert*: Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 10. Auflage, München 2024.
- Schmolke, Klaus Ulrich*: Organwalterhaftung für Eigenschäden von Kapitalgesellschaftern, Köln u.a. 2004.
- Schneider, Uwe H.*: Haftungsmilderung für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer bei fehlerhafter Unternehmensleitung?, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, Berlin u.a. 1984, 795.

- Schockenhoff, Martin*: Delisting – Karlsruhe locuta, causa finita?, in: ZIP 2013, 2429.
- Scholz, Phillip*: Zurück ins "Macrotron"-Zeitalter durch Satzungsregelung?, in: BB 2015, 2248.
- Scholz, Phillip*: Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, eine Untersuchung der Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Beschränkung der Vorstandshaftung im geltenden und künftigen Recht, Jena 2014.
- Scholz, Philipp/Weiß, Christian*: Schiedsverfahren zur Vermeidung der Vorstandshaftung?, in: AG 2015, 523.
- Schön, Wolfgang*: Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand: - Gesellschaftsrechtliche Analyse -, in: ZGR 1996, 429.
- Schöne, Torsten/Petersen, Sabrina*: Regressansprüche gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder - quo vadis?, in: AG 2012, 700.
- Schröder, Matthias*: Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlußmängelklagen, Köln, u.a. 1999.
- Schulze, Reiner/Janssen, André/Kadelbach, Stefan*, Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Schüppen, Matthias/Schaub, Bernhard*: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 4. Auflage, München 2024.
- Schütze, Rolf A./Gebauer, Martin*: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Band 1, 5. Auflage, Berlin Boston 2020; Band 1, 1. Teilband, 3. Auflage, Berlin New York 1994.
- Seebach, Daniel*: Kontrollpflicht und Flexibilität – Zu den Möglichkeiten des Aufsichtsrats bei der Ausgestaltung und Handhabung von Zustimmungsvorbehalten, AG 2012, 70.
- Seibert, Ulrich*: UMAG und Hauptversammlung – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), in: WM 2005, 157.
- Seibt, Christoph H.*: "Halbvermögensschutzklausel" als Instrument zur Vermeidung existenzgefährdender Binnenregressansprüche in Fällen grober Disproportionalität, in: NZG 2016, 361.
- Seibt, Christoph H.*: 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im Lichte des reformierten Kapitalmarktsanktionsrechts, in: NZG 2015, 1097.
- Seidel, Andreas*: Die Renaissance der Mehrstimmrechtsaktie, in: NZG 2023, 1205.

- Semler, Johannes*: Aufgaben und Funktionen des aktienrechtlichen Aufsichtsrats in der Unternehmenskrise, in: AG 1983, 141.
- Spindler, Gerald*: Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, in: AG 2013, 889.
- Spindler, Gerald*: Regeln für börsennotierte vs Regeln für geschlossene Gesellschaften – Vollendung des Begonnenen?, in: AG 2008, 598.
- Spindler, Gerald*: Die Entwicklung der Satzungsfreiheit und Satzungsstrenge im deutschen Aktienrecht, in: Aktienrecht im Wandel, Band 2, Grundsatzfragen des Aktienrechts, Tübingen 2007, 995.
- Spindler, Gerald*: Die Reform der Hauptversammlung und der Anfechtungsklage durch das UMAG, in: NZG 2005, 825.
- Spindler, Gerald*: Deregulierung des Aktienrechts?, in: AG 1998, 53.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian*: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 4. Auflage, München 2019.
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard*: Kommentar zum Aktiengesetz Band 1 §§ 1-132 AktG, 5. Auflage, München 2022.
- Stilz, Eberhard/Veil, Rüdiger*: beck.online Großkommentar AktG, Stand 01.06.2025, München 2025.
- Stupp, Matthias*: Anforderungen an die Vinkulierungsklausel bei Namensaktien, in: NZG 2005, 205.
- Teichmann, Christoph*: Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht, in: NJW 2006, 2444.
- Teichmann, Robert/Köhler, Walter*: Aktiengesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin 1939.
- Thole, Christoph*: Managerhaftung für Gesetzesverstöße, in: ZHR Band 173 (2009), 504.
- Thümmel, Roderich C.*: Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Haftungsrisiken bei Managementfehlern, Risikobegrenzung und D&O-Versicherung, 5. Auflage, Stuttgart 2016.
- Thümmel, Roderich C.*: Organhaftung und D&O-Versicherung in der schiedsgerichtlichen Praxis, in: Ars aequi et boni in mundo, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, München 2014, 633.
- Thümmel, Roderich C.*: Managerhaftung vor Schiedsgerichten, in: Einheit und Vielfalt des Rechts, Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, 1331.

- Tieves, Johannes*: Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, Köln 1998.
- Timm, Wolfram*: Die Mitwirkung des Aufsichtsrates bei unternehmensstrukturellen Entscheidungen, Grenzen der Aufsichtsrats- und Verwaltungszuständigkeiten in der Aktiengesellschaft, in: DB 1980, 1201.
- Ulmer, Peter*: Aktienrecht im Wandel, Entwicklungslinien und Diskussionsschwerpunkte, in: AcP Band 202 (2002), 143.
- Ulmer, Peter*: Die Anpassung von AG-Satzungen an das Mitbestimmungsgesetz – eine Zwischenbilanz, in: ZHR Band 141 (1977), 490.
- Umbeck, Elke*: Managerhaftung als Gegenstand schiedsgerichtlicher Verfahren, in: SchiedsVZ 2009, 143.
- Verse, Dirk*: Berichterstattung über klimawandelbezogene Lobbyaktivitäten und Satzungsstrenge, Kommentar zu OLG Braunschweig v. 8.5.2023 - 2 W 25/23, in: AG 2023, 578.
- Vetter, Eberhard*: Der Aufsichtsrat – Spagat zwischen gesetzlichen Vorgaben und wachsenden Herausforderungen, in: 50 Jahre Aktiengesetz, Berlin 2016, 103.
- Vetter, Eberhard*: Aktienrechtliche Organhaftung und Satzungsautonomie, Überlegungen de lege ferenda, in: NZG 2014, 921.
- Vollmer, Lothar*: Unternehmensverfassungsrechtliche Schiedsgerichte, in: ZGR 1982, 15.
- Vollmer, Lothar/Grupp, Alexander*: Der Schutz der Aktionäre beim Börseneintritt und Börsenaustritt, in: ZGR 1995, 459.
- von der Linden, Klaus*: Kann die Satzung eine Börsennotierung vorschreiben?, in: NZG 2015, 176.
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian*: BeckOK ZPO, 58. Edition, Stand 01.09.2025, München 2025.
- Wachter, Thomas*: Aktiengesetz, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2022.
- Wachter, Thomas*: Beschränkung des Frage- und Rederechts von Aktionären, in: DB 2010, 829.
- Waclawik, Erich*: Zulässigkeit und Regelungsmacht satzungsmäßiger Treuepflicht- und Gerichtsstandregeln bei der Aktiengesellschaft, in: DB 2005, 1151.
- Wasmann, Dirk/Jana Glock*: Die FRoSTA-Entscheidung des BGH – Das Ende der Macrotron-Grundsätze zum Delisting, Zugleich Besprechung des BGH-Beschlusses vom 08.10.2013 - II ZB 26/12, DB 2013, S. 2672, in: DB 2014, 105.

- Weißhaupt, Frank*: Informationsmängel in der Hauptversammlung: Die Neuregelungen des UMAG, in: ZIP 2005, 1766.
- Wellkamp, Ludger*: Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionär, 2. Auflage, Bonn 2000.
- Werner, Rüdiger*, Die Organhaftung, das Schiedsverfahren und die Streitverkündung, in: NZG 2023, 458 (459)
- Werner, Winfried*: Die Beschlußfassung der Inhaber von stimmrechtslosen Vorzugsaktien, in: AG 1971, 69.
- Werner, Winfried*: Zum Erscheinen der 13. Auflage des Kommentars von Baumbach-Hueck zum Aktiengesetz, in: AG 1968, 181.
- Westermann, Harm Peter*: Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Fragen, in: Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten, Köln u.a. 1996, 31.
- Westermann, Harry*: Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht, in: Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, Köln, u.a. 1973, 517.
- Wiedemann, Herbert*: Grundfragen der Unternehmensverfassung, in: ZGR 1975, 385.
- Wilm, Daniel*: Gerichtsstandsvereinbarungen für die Satzung von Kapitalgesellschaften, in: WiB 1994, 253.
- Winkler, Karl*: Nichtgewerbliche, ideale insbesondere politische Zielsetzungen als Inhalt von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, in: NJW 1970, 449.
- Wirth, Gerhard/Arnold, Michael*: Anlegerschutz beim Delisting von Aktiengesellschaften, in: ZIP 2000, 111.
- Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten/Pöschke, Moritz*: BeckOK GmbHG, 65. Edition, Stand 01.08.2025, München 2025.
- Zöller, Richard*: Zivilprozessordnung, 36. Auflage, Köln 2025.
- Zöllner, Wolfgang*: Zur Problematik der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, in: AG 2000, 145.
- Zöllner, Wolfgang*: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, Berlin 1963.
- Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich*: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 3. Auflage, Köln 2011; 2. Auflage, Köln 1988, Band 2/2, 3. Auflage, Köln 2013; Band 2, 2. Auflage, Köln 1996, Band 2, 1. Auflage, Köln 1985; Band 3, 3. Auflage, Köln 2016; Band 4, 4. Auflage, Köln 2022, Band 4/1, 3. Auflage, Köln

2020; Band 4, 2. Auflage, Köln 1991; Band 7, 4. Auflage, Köln 2023; Band 9/3, 4. Auflage, Köln 2023.

Zöllner-Petzoldt, Irka/Jursch, Barbara: Shareholders' Agreements bei Aktiengesellschaften, in: NZG 2025, 824.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
Art.	Artikel
	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30. Juli
ARUG	2009
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayOLG	Bayrisches Oberlandesgericht
BB	Betriebsberater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht
BörsG	Börsengesetz
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
D&O	Directors and Officers
DB	Der Betrieb
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f.	folgend
ff.	folgende
FG	Freundesgabe
FS	Festschrift
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GroKo	Großkommentar
GS	Gedenkschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
Kap.	Kapitel
KapGesR	Kapitalgesellschaftsrecht
KG	Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK-AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 01. Mai 1998
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
lit.	litera
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MAH	Münchener Anwaltshandbuch

MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MüHdB GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
OLG	Oberlandesgericht
RegBegr	Regierungsbegründung
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Satz
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SE	Societas Europaea
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
TKG	Telekommunikationsgesetz
u.a.	und andere
	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des An-
UMAG	fechtungsrecht vom 22. September 2005
Urt.	Urteil
USA	United States of America
v.	von
vgl.	vergleiche
vs.	versus
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

§ 1 Einleitung

Die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht beschäftigt die Wissenschaft schon seit jeher. Immer wieder werden in der Praxis neue Gestaltungsvarianten für die Satzung entwickelt, die sich an den gesetzgeberischen Grenzen der Gestaltungsfreiheit messen lassen müssen. Als Folge werden immer wieder umfassende Abhandlungen veröffentlicht, die sich mit der Frage nach der Zulässigkeit einzelner Satzungsbestimmungen befassen.¹ Während die Freiräume der Kautelarpraxis im Personengesellschaftsrecht dabei nahezu grenzenlos zu sein scheinen, sind die Satzungsgeber im Kapitalgesellschaftsrecht stärker limitiert. Die Privatautonomie wird jedoch in keiner Gesellschaftsform stärker eingegrenzt als bei der Aktiengesellschaft. Grund dafür ist der in § 23 Abs. 5 AktG verankerte Grundsatz der Satzungsstrenge, der Folgendes besagt: Die Satzung kann von den Vorschriften des Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, dass das Gesetz eine abschließende Regelung enthält. Entwickelt in erster Linie zur Vermeidung von missbräuchlichen Satzungsbestimmungen in dem damals noch wenig regulierten Aktienrecht, hat die Satzungsstrenge schon aufgrund der inzwischen höheren Regelungsdichte des Aktiengesetzes immer mehr an Bedeutung gewonnen. Heute ist sie eines der prägendsten Prinzipien des Aktienrechts, welches der Aktiengesellschaft ein sehr enges Korsett anlegt und die freie Gestaltung nahezu ausschließt. Umso wichtiger und interessanter ist es, Gestaltungsräume im Aktiengesetz aufzudecken, ihre Grenzen zu bestimmen und der Kautelarpraxis so die Möglichkeit zu geben, auf die Interessen der Satzungsgeber eingehen zu können.

A. Untersuchungsgegenstand

Wie stark die Gestaltungsfreiheit bei der Aktiengesellschaft tatsächlich eingegrenzt ist, entbehrt bis heute einer abschließenden Klärung. Zwar existieren gebräuchliche Definitionen der Begriffe Abweichung und Ergänzung, und auch was unter „Gesetz“ oder ausdrückliche Zulassung im Sinne des § 23 Abs. 5 AktG zu verstehen ist, wird weitgehend einheitlich beurteilt. Die Frage, wann eine abschließende Regelung des Aktiengesetzes vorliegt, wurde bisher jedoch nicht hinreichend beantwortet. Dabei werden in der Literatur zwar verschiedene Anhaltspunkte gegeben, die bei der Auslegung als abschließende Regelung Berücksichtigung finden

¹ So beispielsweise die Abhandlungen von *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung; *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen und *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern.

könnten. Ob bei dieser Auslegung eine Abwägung aller Umstände im Einzelfall erfolgen muss, es eine Hierarchie der verschiedenen Auslegungskriterien gibt oder die Auslegung maßgeblich an einem einzelnen Kriterium festzumachen ist, blieb bisher indessen völlig offen. Die daraus resultierenden Unsicherheiten sollen im Laufe dieser Abhandlung ausgeräumt werden.

Damit würde für die Kautelarpraxis ein erheblicher Mehrwert generiert, stellt sich doch vor der Gründung jeder Aktiengesellschaft und bei jedem satzungsändernden Beschluss die Frage: Steht diese Satzungsbestimmung im Einklang mit dem Grundsatz der Satzungsstrenge? Wenn diese Frage nicht klar beantwortet werden kann, gebietet es der Grundsatz anwaltlicher Vorsicht, die in Rede stehende Satzungsbestimmung nicht aufzunehmen. Klare Strukturen bei der Bestimmung zulässiger Ergänzungen in der Satzung können dazu führen, dass die Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis weiter ausgeschöpft werden und dadurch Satzungen stärker den Interessen der Satzungsgeber entsprechen. Die Herausarbeitung der dazu erforderlichen Definition der abschließenden Regelung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ist das übergeordnete Ziel dieser Abhandlung.

Sowohl die Anzahl der potentiell abschließenden Regelungen als auch die denkbaren Satzungsgestaltungen sind so zahlreich, dass sie nicht im Rahmen einer einzigen Arbeit umfassend abgehandelt werden können. Der Schwerpunkt der hiesigen Untersuchung liegt daher auf einer höheren Abstraktionsebene, die von der Norm des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG gebildet wird. Obwohl ein durchdringendes Verständnis dieser Norm nicht ohne einen Blick auf die Satzungsstrenge in ihrer Gesamtheit erreicht werden kann, sollen Fragen zu Abweichungen zum Aktiengesetz vorrangig zum Zwecke der Abgrenzung zu statuarischen Ergänzungen thematisiert werden. Ergänzungen zum Aktiengesetz sollen demgegenüber möglichst umfassend beleuchtet werden, wobei auch die Zulässigkeit einzelner ausgewählter Satzungsbestimmungen zu erörtern sein wird. Ebenso ist eine Befassung mit der Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Satzungsstrenge Teil dieses umfassenden Bildes. Insgesamt sollen so klare Definition der Begriffe des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG, die bisher weder in Rechtsprechung noch Literatur existieren, erarbeitet werden. Die Bestimmung der Zulässigkeit einzelner Ergänzungen zum Aktiengesetz muss jedoch Gegenstand der weiterführenden Rechtsanwendung bleiben. In einem letzten Schritt soll versucht werden, die Strukturen, die sich bei der Bestimmung von abschließenden Regelungen herauskristallisiert haben, auf jene Fälle zu übertragen, in denen der Gesetzgeber ausdrücklich Gestaltungsspielräume für den Satzungsgeber eröffnet hat. Denn auch in diesen Fällen ist unter Umständen nur schwer bestimmbar, wie weitreichende Spielräume der Gesetzgeber tatsächlich eröffnete.

B. Rechtspolitischer Diskurs

Es mag verwundern, dass der Anwendungsbereich eines der prägenden Prinzipien des deutschen Aktienrechts auch nach inzwischen mehr als einem halben Jahrhundert seines Bestehens nicht abschließend umrissen ist. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass sich die Literatur weniger mit der Anwendung der Satzungsstrenge als mit ihrer Existenzberechtigung beschäftigte. So wurde immer wieder Kritik gegen eine derart starke Begrenzung der Privatautonomie geäußert, die an dieser Stelle nicht übergangen werden soll.²

I. Kritik an der Satzungsstrenge

Gegen die Satzungsstrenge wurde unter anderem vorgebracht, dass das Regelungsgefüge des heutigen Aktiengesetzes in seiner Dichte nicht mehr mit dem Aktiengesetz von 1965 übereinstimme. Vielmehr sei die Aktiengesellschaft inzwischen durch das Aktiengesetz deutlich stärker reguliert, weshalb die Satzungsstrenge als immer stärker werdender Eingriff in die Privatautonomie³ überholt und nicht mehr gerechtfertigt sei.⁴ Ein stringentes gesetzgeberisches Konzept hin zu mehr Regulierung habe es nicht gegeben.⁵ Die Schlussfolgerung, der Gesetzge-

² *Eidenmüller*, JZ 2001, 1041; *Fabricius*, in: FS Hilger und Stumpf 1983, 155 (160); *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317 (362); *Grunewald*, NZG 2009, 967 (969); *Spindler*, AG 1998, 53 (55 ff.); *Spindler*, in: Aktienrecht im Wandel, Kap. 22 Rn. 46 f. Zu verfassungsrechtlichen wie auch europarechtlichen Bedenken vgl. *Bayer*, Gutachten 67. DJT, E 32; *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673 (687 ff.); *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 28 ff. Im Ergebnis wird man hier jedoch annehmen müssen, dass die Satzungsstrenge im Rahmen des zulässigen Spielraums liegt, den der Gesetzgeber zur Ausgestaltung privatrechtlicher Vereinigungen auch laut des Bundesverfassungsgerichtes und des EuGHs hat. Vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 01. März 1979, Az. 1 BvR 532/77; 1 BvR 533/77; 1 BvR 419/78; 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 355 ff. Zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers auch *Cornils*, in: BeckOK GG, Art. 9 Rn. 2 ff.; *Höfling*, in: Sachs GG, Art. 9 Rn. 11, 26, 38; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth GG, Art. 9 Rn. 3, 13; *Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Art. 9 Rn. 9 ff. Zum europarechtlich gewährten gesetzgeberischen Spielraum, vgl. EuGH, Urteil vom 27. September 1988, Az. 81/87, Slg. 1988, 5483 = NJW 1989, 2186. Zusammenfassend auch *Habersack/Vetter*, AG 2024, 377 (383 f.).

³ Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Satzungsautonomie vgl. *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 31 ff.

⁴ *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (169); vgl. auch *Bayer*, Gutachten 67. DJT, E 31, E 36. In diesem Sinne wohl auch *Mertens*, ZGR 1994, 426 (432). Einen groben Überblick, über die Entwicklung des Aktiengesetzes findet sich bei *Spindler*, in: Aktienrecht im Wandel, Kap. 22 Rn. 19, 26 f., 33.

⁵ *Kübler*, AG 1994, 141 (143); *Spindler*, in: Aktienrecht im Wandel, Kap. 22 Rn. 45.

ber sei sich des Ausmaßes der Einführung der Satzungsstrenge nicht bewusst gewesen, liege deshalb nahe.⁶ Auch die Schutzzwecke der Satzungsstrenge rechtfertigten einen derartigen gesetzgeberischen Eingriff nicht.⁷ Ausreichende Information sei als Schutz ausreichend, um das Informationsgefälle zwischen Anleger und Aktiengesellschaft auszugleichen.⁸ Zudem sei gestalterische Freiheit im Gesellschaftsrecht ökonomisch sinnvoll und wünschenswert.⁹

Diese Schutzzwecke werden für die Beibehaltung der Satzungsstrenge angeführt.¹⁰ Anleger und Gesellschafter seien durch die Satzungsstrenge vorrangig vor Entscheidungen der Leitungsorgane oder aber vor Beschlüssen der Mehrheit geschützt.¹¹ Zudem schütze der weitgehend zwingende Charakter des Aktienrechts die Gläubiger der Aktiengesellschaft,¹² womit auch die Seriosität der Aktiengesellschaft gesteigert werde.¹³ Denn die geschützten Gruppen müssen keine für sie nachteiligen Satzungsregelungen befürchten.¹⁴ Die Satzungsstrenge bewirke fer-

⁶ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 436.

⁷ *Fabricius*, in: FS Hilger und Stumpf 1983, 155 (160).

⁸ *Grunewald*, NZG 2009, 967 (969); *Spindler*, AG 1998, 53 (60 f.). *Fabricius* nimmt insbesondere an, ein verständiger Anleger werde sich ohnehin auch über die Satzungsbestimmungen informieren, *Fabricius*, in: FS Hilger und Stumpf 1983, 155 (160).

⁹ *Bachmann*, NZG 2025, 1171 (1173 f.); *Eidenmüller*, JZ 2001, 1041 (1046). Da nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 09. März 1999, Az. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027; Urteil vom 05. November 2002, Az. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 = NJW 2002, 3614; Urteil vom 30. September 2003, Az. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3331) in der EU ein Wettbewerb der Gesellschaftsrechte ausgebrochen ist, könnte gegen die Beibehaltung der Satzungsstrenge die starke Limitierung der Privatautonomie als rechtlicher Standortnachteil für Deutschland sprechen, vgl. *Braun/Eidenmüller/Engert/Hornuf*, ZHR 177 (2013), 131 (132, 147), die dies bezüglich der Mindestkapitalanforderungen bejahen. Viel relevanter sind diesbezüglich jedoch Nachteile für den Marktstandort Deutschland, wie die Arbeitnehmerbeteiligung (dazu *Rehberg*, in: *Eidenmüller* Ausländische Kapitalgesellschaften, § 6 Rn. 175 ff.) und die hohe Steuerbelastung (vgl. Bundesministerium der Finanzen, Die wichtigsten Steuern im internationalen Vergleich, 13; KPMG, Corporate tax rates; *Wernsmann*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* Europarecht, § 31 Rn. 166).

¹⁰ *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317 (362); *Habersack*, AG 2009, 1 (7 ff.); *Vetter*, in: *Henssler/Strohn* GesR, § 23 AktG Rn. 22. Dass die Schutzzwecke der Satzungsstrenge ihre Beibehaltung dementsgegen nicht trügen, will *Hey* mit einem Vergleich zum Vereinsrecht belegen, *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 170 f.

¹¹ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 518.

¹² *Pleißke*, Satzungsstrenge, 54.

¹³ *Nodoushani*, NZG 2008, 452 (453). In diesem Sinne wohl auch *Hommelhoff*, AG 1995, 529 (533).

¹⁴ *Braunfels*, in: *Heidel* Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *König*, in: *Bürgers/Lieder* AktG, § 23 Rn. 42; *Pleißke*, Satzungsstrenge, 48; *Röhricht/Schall*, in: *GroKo* AktG, § 23 Rn. 174; *Solveen*, in: *Hölter/Weber* AktG, § 23 Rn. 29. Ob jedoch die Auflockerung der Satzungsstrenge überhaupt zu

ner vorrangig mittels Standardisierung einen geringeren Aufwand bei Transaktionen, da das Produkt Aktie in seiner rechtlichen Beschaffenheit in weiten Teilen bekannt sei.¹⁵ Negative Auswirkungen der Satzung seien für Anleger damit nicht zu befürchten, wodurch die Verkehrsfähigkeit gesichert sei.¹⁶ Ohne die Satzungsstrenge müsse nämlich durch Auslegung jeder einzelnen Vorschrift des Aktiengesetzes bestimmt werden, ob sie dispositiv sei.¹⁷ Der Informationsaufwand, bevor eine wohl überlegte Investition getätigt werden könne, sei durch die Satzungsstrenge geringer, da Anleger regelmäßig nicht zusätzlich die Satzung, sondern nur Kennzahlen wie Kurs- oder Dividendenerwartung zum Kern ihrer Anlageentscheidung machten,¹⁸ was auch dem Anleger auf Veräußererseite zugutekomme.¹⁹ Für eine Beibehaltung der Satzungsstrenge spreche zudem der geringere Gründungsaufwand bei der Errichtung der Gesellschaft.²⁰ Er sei nämlich bei dem standardisierten Produkt Aktien im Bereich der Rechtsberatung insoweit geringer, als über weniger Gestaltungsmöglichkeiten beraten werden müsse.²¹

II. Bedeutung der Börsennotierung

Die Kritikpunkte an der Satzungsstrenge betreffen kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften deutlich mehr als kleine Aktiengesellschaften²². Aus diesem Grund gibt es eine starke Literaturmeinung, welche die börsennotierte Aktiengesellschaft wegen des Standardisierungserfordernisses an der Börse weiterhin uneinge-

einer Verringerung des Gläubigerschutzes führt, ist fraglich. Denn auch ein Blick auf beispielsweise die GmbH – namentlich § 45 Abs. 1 GmbHG – zeigt, dass auch hier Gläubigerschutz Vorschriften nicht dispositiv sind. Vgl. dazu Eidenmüller, JZ 2001, 1041 (1046).

¹⁵ *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (65); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 34; *Kübler*, AG 1994, 141 (144); *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 36.

¹⁶ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 29; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 36. Zum Teil wird sogar angenommen, die Verkehrsfähigkeit an der Börse sei ohne die Satzungsstrenge nahezu aufgehoben, *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158.

¹⁷ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174.

¹⁸ *Bayer*, Gutachten 67. DJT, E 37; *Koch*, AG 2015, 213 (213); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 34; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 76; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

¹⁹ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 1.

²⁰ *Braun/Eidenmüller/Engert/Hornuf*, ZHR 177 (2013), 131 (147).

²¹ *Braun/Eidenmüller/Engert/Hornuf*, ZHR 177 (2013), 131 (147). Vgl. hierzu auch *Hommelhoff*, AG 1995, 529 (530 f.).

²² Zum Begriff der kleinen Aktiengesellschaft siehe *Hoffmann-Becking*, ZIP 1995, 1; *Hommelhoff*, AG 1995, 529.

schränkt der Satzungsstrenge unterwerfen möchte, während die nicht börsennotierte Aktiengesellschaft Erleichterungen erführe.²³ Dies sei zweckmäßig, da die Aktiengesellschaft größere Verbreitung im Mittelstand erfahren könne, wo die Bedeutung der Kapitalaufnahme über den Kapitalmarkt geringer als bei der börsennotierten Aktiengesellschaft sei.²⁴ Hiergegen wird eingewandt, dass auch bei der börsennotierten Aktiengesellschaft die Satzungsstrenge abgeschafft werden könne, da das Kapitalmarktrecht ausreichend Schutzmechanismen bereithalte, um die Schutzzwecke der Satzungsstrenge zu verwirklichen.²⁵ Dies ergebe sich aus der Natur der Aktiengesellschaft als Kapitalsammelstelle.²⁶ Das Kapitalmarktrecht könne mittels des Informationsmodells ausreichend Schutz bieten, der gesellschaftsrechtlich durch die Treuepflichten abgesichert sei.²⁷ Durch ausreichend qualifizierte Informationsintermediäre sei auch eine ausreichende Vorselektierung der Informationen für die Anleger gewährleistet.²⁸ Ohnehin trete auch ohne die Satzungsstrenge Standardisierung durch den Wettbewerb um Kapital ein.²⁹ Um

²³ *Bayer*, Gutachten 67. DJT, E 81; *Grunewald*, NZG 2009, 967 (969); *Schäfer*, NJW 2008, 2536 (2539 ff.); *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53; *Spindler*, AG 1998, 53 (58 ff.). In diesem Sinne auch *Spindler*, in: Aktienrecht im Wandel, Kap. 22 Rn. 46 f. In eine entgegengesetzte Richtung argumentiert *Bachmann*, NZG 2025, 1171 (1173 f.). Für weitergehende Differenzierungen zwischen börsennotierter und kleiner AG, *Hommelhoff*, AG 1995, 529 (529 ff.). Siehe auch zum österreichischen Recht Nicolussi, die ein Standardisierungserfordernis ebenfalls nur für die kapitalmarktorientierte Gesellschaft für sinnvoll hält, Nicolussi, Satzungsstrenge, 23 ff. Zu berücksichtigen ist aber, dass in Österreich die Satzungsstrenge nach einer Entscheidung des OGH aus dem Jahre 2013 gerade nicht mehr uneingeschränkt für die nicht börsennotierte Gesellschaft gilt, OGH Österreich, Urteil vom 08. Mai 2013, Az. 6 Ob 28/13f, GesRZ 2013, 212. Vgl. dazu auch *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693.

²⁴ *Bayer*, Gutachten 67. DJT, E 21 f.; *Hommelhoff*, AG 1995, 529 (530 f.); *Hopt*, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 123 (141); *Pleßke*, Satzungsstrenge, 55 f. Anders *Zetzsche*, der argumentiert bei der börsennotierten Aktiengesellschaft gäbe es bessere Methoden um das Ziel des Idealzustands einer Harmonisierung ohne Satzungsstrenge herbeizuführen, während bei der börsenfernen Aktiengesellschaft ein Mehr an zwingenden Regeln wünschenswert sei, *Zetzsche*, in: KK-AktG § 179 Rn. 137 f.

²⁵ *Fabricius*, in: FS Hilger und Stumpf 1983, 155 (160); *Grunewald*, NZG 2009, 967 (969); *Hopt*, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 123 (143 f.); *Mertens*, ZGR 1994, 426 (427 ff.); *Spindler*, AG 1998, 53 (57 ff.; 73).

²⁶ *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (779). Vgl. auch *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40.

²⁷ *Spindler*, AG 1998, 53 (69). Vgl. dazu auch Kübler, AG 1994, 141 (144).

²⁸ *Grunewald*, NZG 2009, 967 (969); *Spindler*, AG 1998, 53 (60 f.). Dies ablehnend *Habersack* AG 2009, 1 (8). Dieser Ansatz wird in Zweifel gezogen, da das Kapitalmarktrecht weniger systematisch stringent entwickelt worden sei und dadurch ein lückenhafter Schutz bestünde, *Bayer*, Gutachten 67. DJT, E 60. Zu Problemen des „Börsengesellschaftsrechts“, vgl. *Schäfer*, NJW 2008, 2536 (2540).

²⁹ *Petrikowski* untersucht diesen Aspekt ausführlich, mit dem Ergebnis, dass der Markt nicht in gleicher Weise geeignet ist, die Zwecke der Satzungsstrenge zu realisieren. Dies lege insbesondere an der zumindest fraglich bleibenden Informationseffizienz des deutschen Kapitalmarktes, sowie

dies zu belegen wird auf einen internationalen Vergleich vorrangig zu den USA abgestellt.³⁰ Hier gilt ein der Satzungsstrenge vergleichbarer Grundsatz nicht.³¹ Der Gesetzgeber werde lediglich punktuell regulierend tätig.³² Denn der Wettbewerb der Unternehmen werde auf günstige Satzungsbestimmungen ausgedehnt, so dass sich abweichende Satzungsbestimmungen preislich niederschlagen.³³

Dagegen wird angeführt, dass bei einem Vertrauen auf den Markt der Einzelfall eines „Trittbrettfahrertums“ nicht ausgeschlossen werden könne.³⁴ Darüber hinaus müsse bedacht werden, dass der zwingende Charakter des Aktienrechts nicht grundlos, sondern vielmehr als Reaktion auf Missbrauchsfälle entstanden sei.³⁵ So leide durch die Lockerung der Satzungsstrenge die Struktur und das Renommee der Aktiengesellschaft.³⁶ Darüber hinaus dürften die Differenzierungen nicht so stark ausfallen, dass faktisch eine dritte Kapitalgesellschaftsform geschaffen würde, welche nur durch einen Quasi-Formwechsel zu einer börsennotierten Aktiengesellschaft werden könne.³⁷ Der Wechsel zur börsennotierten Aktiengesellschaft solle nicht unnötig erschwert werden.³⁸

an den mit der Einpreisung der Satzungsregelung verbunden zusätzlichen Kosten, vgl. *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 120 ff.

³⁰ Vgl. *Grunewald*, NZG 2009, 967 (969); *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 350 ff.; 360 f., 381; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53. Grundlegend gegen diesen Vergleich *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 49 f.

³¹ Vgl. *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 349 ff.

³² *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 351 f.; *Spindler*, AG 1998, 53 (57). *Petrikowski* nimmt an, dass auch dieser regulierende Effekt nicht zu vernachlässigen sei, *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 83 f.

³³ *Grunewald*, NZG 2009, 967 (969); *Spindler*, AG 1998, 53 (59). In diesem Sinne auch *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (74 ff.). *Nicolussi* sieht es demgegenüber als belegt an, dass rechtliche Unterschiede – zumindest bezogen auf die österreichischen Kapitalmärkte – nicht durch den Preis abgebildet werden können, *Nicolussi*, Satzungsstrenge, 26 f.

³⁴ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 372. Derartige Gefahren sieht auch *Spindler*, AG 1998, 53 (60, 64). Vgl. auch *Kübler*, NJW 1984, 1857 (1862).

³⁵ *Bayer*, Gutachten 67. DJT, E 82.

³⁶ *Schäfer*, NJW 2008, 2536 (2539). In diesem Sinne auch *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 53 f.; *Hommelhoff*, AG 1995, 529 (533).

³⁷ *Schäfer*, NJW 2008, 2536 (2539). Dafür plädierend *Hommelhoff*, AG 1995, 529 (532 f.).

³⁸ *Habersack*, AG 2009, 1 (7); *Schäfer*, NJW 2008, 2536 (2538 f.).

III. Beibehaltung der Satzungsstrenge

Trotz der dargestellten Bedenken an der Berechtigung der Satzungsstrenge hat sich der 67. DJT zurecht dafür ausgesprochen, die Satzungsstrenge beizubehalten.³⁹ Forderungen nach einer Abschaffung sind seitdem verstummt. Der Grund dafür ist neben der mittels Satzungsstrenge erreichten Rechtssicherheit⁴⁰ zum einen in den Vorteilen für Anlegerschutz und Verkehrsfähigkeit durch Standardisierung zu sehen.⁴¹ Dabei hat gerade der gesellschaftsrechtliche Schutz teilweise andere Schutzziele als der bloße Anlegerschutz, da er die mitgliedschaftlichen Rechte stärker im Blick hat.⁴² Zum anderen ist nicht zu vernachlässigen, dass Öffnungsklauseln im Gesetz stets möglich sind.⁴³ Es ist somit auch weiterhin der Gesetzgeber, der eine Deregulierung durch punktuelle Neuregelung ohne einen Verzicht auf die Satzungsstrenge erreichen kann.⁴⁴ Dies hat den Vorteil, dass eine punktuelle Neuregelung nahezu ohne Verlust an Rechtssicherheit möglich ist.⁴⁵ Darüber hinaus kann deutlich zielgerichteter reagiert werden, was wiederum gesetzestechnisch leichter und schneller umsetzbar ist.⁴⁶ Dies gilt sowohl für die börsennotierte als auch die nicht börsennotierte Aktiengesellschaft.

Hinzu kommt, dass das kapitalmarktrechtliche Informationsmodell letztlich hinter dem gesellschaftsrechtlichen Schutz der Satzungsstrenge zurückbleibt. Denn das

³⁹ Beschlüsse Nr. 4a, 4b 67. DJT.

⁴⁰ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 133; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 50. Belegt auch durch die geringe Zahl gerichtlich ausgetragener Satzungsstreitigkeiten *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174.

⁴¹ *Habersack*, AG 2009, 1 (8); *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50.

⁴² Ebenso *Habersack*, AG 2009, 1 (8).

⁴³ So wurde beispielsweise bei der Aktienrechtsnovelle 2016 ein neuer § 139 Abs. 1 S. 3 AktG eingeführt, durch den eine Nachzahlungspflicht von Vorabdividenden durch die Satzung ausgeschlossen werden kann. Ebenso wurde in § 58 Abs. 4 S. 2 AktG ein Bestimmungsrecht der Fälligkeit der Dividende durch die Satzung eingeführt. Ferner wurde im Rahmen des ARUG beispielsweise in § 118 Abs. 1 AktG die Möglichkeit geschaffen, durch die satzungsmäßige Zulassung die mitgliedschaftlichen Rechte auch ohne die Anwesenheit bei der Hauptversammlung ausüben zu können.

⁴⁴ So auch *Bayer*, Gutachten 67. DJT, E 96; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 52 f.; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 175. Vgl. dazu auch *Habersack*, AG 2009, 1 (9 f.).

⁴⁵ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 139; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174 f.. Belegt auch durch die geringe Zahl gerichtlich ausgetragener Satzungsstreitigkeiten *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174.

⁴⁶ *Bayer*, Gutachten 67. DJT, E 97.

Informationsmodell findet seine Grenze in dem Problem des sogenannten Information Overload.⁴⁷ Sobald der Aktionär mit zu vielen Informationen versorgt wird, führt dies dazu, dass die einzelnen Informationen untergehen und wertlos werden.⁴⁸ Wenn nun zu den ohnehin schon so zahlreichen Informationen von Finanzanlagen noch weitere, im Einzelnen unter Umständen äußerst komplexe Informationen über die Satzungsregelungen hinzukämen, kann hierin kein Vorteil gegenüber dem einheitlichen Befund, den die Satzungsstrenge liefert, gesehen werden.

In Bezug auf die Zwecke des Anlegerschutzes und der Verbesserung der Verkehrsfähigkeit ist die Satzungsstrenge ein geeignetes Mittel. Sie dient dem ursprünglichen Leitbild der Aktiengesellschaft als Kapitalsammelstelle.⁴⁹ Fehlende Flexibilität kann auch mittels schuldrechtlichen Nebenabreden verwirklicht werden.⁵⁰ Im Übrigen stehen dem Mittelstand mit der GmbH und der KGaA flexiblere Rechtsformen zur Verfügung.⁵¹ Es ist daher folgerichtig, in einer Abwägung der Zwecke der Satzungsstrenge mit der damit verbundenen Einschränkung der Privatautonomie, der Satzungsstrenge den Vorrang zu gewähren. Die Satzungsstrenge ist somit auch in Zukunft und berechtigterweise als prägender Grundsatz des deutschen Aktienrechts zu sehen.

⁴⁷ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 457. In diese Richtung auch *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 82 f.; Hiergegen *Spindler*, AG 1998, 53 (66 f.), der die Kapitalmarktinformationseffizienz jedenfalls im Jahr 1998 als gegeben sieht.

⁴⁸ Vgl. hierzu *Koch*, BKR 2012, 485.

⁴⁹ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Claussen*, AG 1996, 481 (493 f.). Vgl. *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40.

⁵⁰ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 45, 47; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 53 f.; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 64; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 36; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 29.

⁵¹ *Claussen*, AG 1996, 481 (493 f.). Es sei zudem angemerkt, dass die Aktiengesellschaft schon jetzt nicht ausschließlich für kapitalmarktorientierte Unternehmen attraktiv ist. So gibt es bedeutend mehr nicht börsennotierte Aktiengesellschaften als börsennotierte, wenngleich die Zahl der Aktiengesellschaften im Vergleich zur Verbreitung der GmbH – namentlich aufgrund der größeren Verbreitung der GmbH im Mittelstand – verschwindend gering ist, vgl. *Fastrich*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, Einleitung Rn. 16 f, 16; *Marsch-Barner*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 1 Rn. 1.

§ 2 Begriffsbestimmung

Bereits in der Einleitung fielen einige Begrifflichkeiten, die es zu definieren gilt, um die Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen in Anbetracht der Satzungsstrenge vollständig zu erfassen. Überlagernd muss zunächst geklärt werden, was unter Satzung im Sinne des § 23 Abs. 5 AktG zu verstehen ist und ob diese umfassend oder gegebenenfalls mit Ausnahmen von der Satzungsstrenge erfasst wird. Sodann hat die Satzungsstrenge mit § 23 Abs. 5 S. 1 und 2 AktG zwei Varianten mit unterschiedlichen Regelungsanordnungen, die im Einzelnen zu beleuchten sind. Deshalb sollen vorab die Begriffe, die diese Vorschrift verwendet, bestimmt werden und damit die Problemstellung dieser Abhandlung eingeleitet werden.

A. Satzung

Die Satzung stellt nach § 2 AktG als Gesellschaftsvertrag die Grundnorm der Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft neben dem Gesetz dar.⁵² Sie ist ein Gebilde von Rechtsnormen, das als Verfassung von Verbänden funktioniert und sich mit der Privatautonomie der Parteien begründen lässt.⁵³ Sie ist damit die Summe der rechtsgeschäftlich aufgestellten Normen, welche die körperschaftlichen Rechtsverhältnisse der Gesellschaft regeln und damit die Gesellschaft gegenüber den anderen Aktiengesellschaften individualisieren.⁵⁴ In § 23 Abs. 3, 4 AktG werden die inhaltlichen Mindestanforderungen an die Satzung dargelegt. Diese sind als notwendiger Satzungsinhalt zwingend und können auch nicht durch Satzungsänderung gestrichen werden.⁵⁵

Die Rechtsnatur der Satzung ist umstritten. Die vorzugswürdige herrschende Meinung geht davon aus, dass sie bei ihrem Entstehen als Vertrag zu qualifizieren ist.

⁵² Koch, in: Koch AktG, § 23 Rn. 2; Solveen, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 3; Vetter, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 1.

⁵³ Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 10; Pleßke, Satzungsstrenge, 13; Solveen, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 19.

⁵⁴ Limmer, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 6.

⁵⁵ Arnold, in: KK-AktG § 23 Rn. 141; Braunfels, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 18 ff.; Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 64; Pühler, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.2.

Sobald sie jedoch Wirkung entfaltet, ist sie als objektives Recht zu behandeln. Damit stellt sie einen Vertrag sui generis dar.⁵⁶ Dies gilt jedenfalls für die Satzungsbestimmungen, die organisationsrechtlichen Charakter haben und daher über einen gewöhnlichen schuldrechtlichen Vertrag hinausgehen.⁵⁷

I. Organisationsrechtlicher Charakter

Die Regelungen der Satzung der Aktiengesellschaft können in materielle und formelle Bestimmungen unterteilt werden. Formelle Regelungen stellen kein Organisationsrecht dar und regeln deshalb nicht die Grundlage der Gesellschaft, sondern lediglich die Beziehungen der Gründungsgesellschafter.⁵⁸ Sie sind regelmäßig schuldrechtlicher Art und nur äußerlich in die Satzungsurkunde aufgenommen.⁵⁹ Aufgrund ihres schuldrechtlichen Charakters könnten sie grundsätzlich auch außerhalb der Satzung vereinbart werden und unterliegen deshalb nicht der Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG.⁶⁰ Ihre Wirkung ist damit nicht mitgliedschaftlich und geht nicht auf den Erwerber von Aktien über.⁶¹ Für diese Arbeit haben formelle Satzungsbestimmungen damit eine deutlich untergeordnete Rolle.

Materielle und damit korporative Satzungsklauseln sind jene, die über den derzeitigen Gesellschafterbestand hinaus wirken und die von den Mitgliedern losgelöste Organisation der Gesellschaft bestimmen. Sie haben damit organisationsrechtlichen Charakter. Die Abgrenzung zu formellen Satzungsbestimmungen bestimmt sich danach, ob die Satzungsbestimmung für einen unbestimmten Personenkreis Geltung beansprucht, zu dem sowohl gegenwärtige als auch künftige Gesellschafter oder Gläubiger der Gesellschaft gehören.⁶² Hierbei ist entscheidend, ob die

⁵⁶ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 6; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 38; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 6, 11; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 3; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 1.

⁵⁷ Dazu sogleich. Vgl. auch *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 6; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 38; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 1.

⁵⁸ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 7; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 40 ff.; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 20; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 5.

⁵⁹ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 4; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 7; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 7.

⁶⁰ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 25; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 4; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 4; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158.

⁶¹ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 7; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 4.

⁶² BGH, Urteil vom 11. Oktober 1993, Az. II ZR 155/92, NJW 1994, 51 (52); *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 8 f.; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 3; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 7; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 40.

Regelung den korporativen Organisationsinhalt der Gesellschaft darstellen soll oder lediglich eine Einzelfallregelung ist.⁶³

Da materielle Satzungsbestandteile anders als gewöhnliche Verträge nicht lediglich zwischen denjenigen Parteien Geltung beanspruchen, die den Vertrag abschließen, sondern auch für künftige Gesellschafter und von den Gründungsgesellschaftern losgelöst wirken, ist eine objektive Auslegung zwingend.⁶⁴ Nur dadurch kann den Interessen zukünftiger Gesellschafter ausreichend Rechnung getragen werden. Dass materielle Satzungsbestimmungen als objektives Recht objektiv ausgelegt werden,⁶⁵ kann im Rahmen dieser Arbeit dann von Relevanz sein, wenn mittels Auslegung im Rahmen der Prüfung des § 23 Abs. 5 AktG die Reichweite einzelner Satzungsbestimmungen zu ermitteln ist, um ihr Verhältnis zum Gesetz definieren zu können.

Zu den materiellen Satzungsbestandteilen zählen insbesondere die bereits erwähnten notwendigen Satzungsbestimmungen nach § 23 Abs. 3, 4 AktG, sowie Satzungsbestimmungen, durch welche die Satzung von den in § 23 Abs. 5 AktG gewährten Freiräumen Gebrauch macht.⁶⁶ Ob dabei von dem in § 23 Abs. 5 S. 2 AktG gewährten Gestaltungsfreiraum Gebrauch gemacht wurde oder ob eine formelle Satzungsbestimmung vorliegt, die nicht an § 23 Abs. 5 AktG zu messen ist, ist unter Umständen durch Auslegung zu ermitteln.⁶⁷ Jedenfalls aber Abweichungen nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG stellen materielle Satzungsbestimmungen dar.⁶⁸

II. Verhältnis zu schuldrechtlichen Nebenabreden

Abzugrenzen sind die Satzungsbestimmungen von schuldrechtlichen Nebenabreden. Dabei handelt es sich um Abreden vornehmlich zwischen den Gesellschaftern.

⁶³ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 7.

⁶⁴ BGH, Urteil vom 11. Oktober 1993, Az. II ZR 155/92, NJW 1994, 51 (52); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 7; *Pleißke*, Satzungsstrenge, 13; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 2; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 4; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 5.

⁶⁵ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 11; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 39; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 7; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 50; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 7.

⁶⁶ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 9; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 7; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 4; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 5; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 5.

⁶⁷ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 5; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 39 f.

⁶⁸ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 9; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 4; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 7; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 40; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 5.

tern, die neben der Satzung vereinbart werden. Sie sind grundsätzlich in Wirksamkeit, Auslegung und Treuebindung von der Satzung unabhängig.⁶⁹ Ihre grundsätzliche Zulässigkeit ist unbestritten.⁷⁰ Anders als der Satzung fehlt Ihnen der organisationsvertragliche Charakter. Als Folge dessen ist zu ihrer Änderung die Zustimmung aller Vertragsparteien der schuldrechtlichen Abrede erforderlich.⁷¹ Die Bindung an diese Abrede ist nicht zwingend an die Aktionärsstellung gebunden.⁷²

Entscheidend ist, dass wegen des schuldrechtlichen Charakters der Nebenabreden § 23 Abs. 5 AktG keine Anwendung findet.⁷³ Ergänzungen und Abweichungen zum Aktiengesetz sind somit in weitaus größerem Maße möglich, als dies in der Satzung selbst der Fall ist. Ferner zeigt sich darin, dass sie nicht Gegenstand dieser Abhandlung sein können. Denn durch sie kann in unstreitig zulässiger Weise gerade die Bindung an § 23 Abs. 5 AktG umgangen werden.

B. Satzungsstrenge

Eng mit dem Begriff der Satzung verbunden ist auch der Grundsatz der Satzungsstrenge. Die Satzungsstrenge meint die in § 23 Abs. 5 AktG festgelegte Begrenzung der Satzungsautonomie. Sie gilt trotz einiger Kritik gleichermaßen für alle Aktiengesellschaften, ob börsennotiert oder nicht.⁷⁴

⁶⁹ Koch, in: Koch AktG, § 23 Rn. 45, 47; König, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 54; Limmer, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 65 f.; Solveen, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 41. Inwieweit Überlagerungen möglich und zulässig sind, soll hier nicht Thema sein. Vgl. dazu Koch, in: Koch AktG, § 23 Rn. 47.

⁷⁰ Braunfels, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 55; Koch, in: Koch AktG, § 23 Rn. 45; König, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 56; Limmer, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 64; Vetter, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 29.

⁷¹ Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 198; Röhrich/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 329 f.; Seibt, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 66.

⁷² Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 198; Röhrich/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 329; Solveen, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 40

⁷³ Braunfels, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 57; Koch, in: Koch AktG, § 23 Rn. 45; Seibt, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 65.

⁷⁴ Gemäß §§ 108 Abs. 2, 140 Abs. 2 KAGB ist die Satzungsstrenge jedoch weder auf die Investment-Aktiengesellschaft mit veränderlichen noch auf die Investment-Aktiengesellschaft mit fixem Kapital anzuwenden. Vgl. dazu Zetzsche, in: KK-AktG, § 179 Rn. 139 ff.

I. Begriff der Satzungsstrenge

Als Satzungsstrenge wird insgesamt die Anordnung des § 23 Abs. 5 AktG verstanden.⁷⁵ Dieser lautet:

„Die Satzung kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, dass dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält.“

Diese gesetzliche Regelung stellt klar, dass grundsätzlich alle Bestimmungen des Aktiengesetzes zwingendes Recht darstellen.⁷⁶ Dadurch wird der Vorrang des Gesetzes gegenüber der Satzung gesichert.⁷⁷ Aus diesem zentralen Strukturmerkmal folgt weiter, dass die Gesellschafter anders als in den meisten Gesellschaftsformen und im Gesellschaftsrecht insgesamt nur begrenzt Herr ihrer Verfassung sind.⁷⁸ Das Innenrecht ist der Privatautonomie in weiten Teilen entzogen, wodurch die Träger des Verbandes Aktiengesellschaft diesen nicht durch die von ihnen in eigenverantwortlicher Selbstbestimmung festgelegte Satzung gestalten können, sondern das durch staatliche Gesetzgebung festgelegte Organisationsschema hinnehmen müssen.⁷⁹

II. Zweck der Satzungsstrenge

Dieser gravierende Eingriff in die Verbandsautonomie der Aktiengesellschaft erfolgt aus gleich mehreren Zwecken.⁸⁰ Er begründet sich vorrangig darin, dass die Satzungsstrenge als Grundlage für die Verkehrsfähigkeit der Aktie dienen soll, indem durch die Standardisierung der Satzung der Informationsaufwand und mit ihm

⁷⁵ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 6; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 1.

⁷⁶ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 51; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 173; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 29.

⁷⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Oktober 1973, Az. U 131/72, AG 1974, 51 (53); *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (76); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 173; *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 217.

⁷⁸ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Pleißke*, Satzungsstrenge, 15.

⁷⁹ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 173.

⁸⁰ Dazu ausführlich unten Seiten 105 ff.

die Transaktionskosten für Anleger gesenkt werden und die Handelbarkeit der Aktie erhöht wird.⁸¹ Dies führt mittelbar zu einem Funktionenschutz des Kapitalmarkts und des Börsenhandels.⁸²

Darüber hinaus bezweckt die Satzungsstrenge den Schutz verschiedener Personengruppen. Zuvorderst werden die aktuellen und potentiellen Anleger geschützt,⁸³ indem sie davor bewahrt werden, dass sie sich unerwarteten und für sie nachteiligen Satzungsbestimmungen gegenübersehen. Das Vertrauen in das Produkt Aktie wird gestärkt.⁸⁴ Durch die Sicherung der Verkehrsfähigkeit der Aktie und des Anlegerschutzes wird zudem die Funktion der Aktiengesellschaft als Kapitalsammelbecken gestärkt.⁸⁵ Durch dieselben Mechanismen sollen die Gesellschafter⁸⁶ geschützt werden, was insbesondere durch die Gewährleistung der Effizienz von Minderheitsrechten verwirklicht wird.⁸⁷ Ferner werden die Gläubiger durch den zwingenden Charakter des Aktiengesetzes geschützt.⁸⁸

⁸¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 133; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 34; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 2; *Spindler*, AG 2008, 598 (600); *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 36. Zu den Kriterien der Investitionsentscheidung siehe *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174.

⁸² *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 38; *Pleßke*, Satzungsstrenge, 48.

⁸³ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 34; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 42; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158; *Pleßke*, Satzungsstrenge, 48; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 37.

⁸⁴ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174. Vgl. auch *Pleßke*, Satzungsstrenge, 48.

⁸⁵ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 38. Vgl. auch *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174 und *Pleßke*, Satzungsstrenge, 52 f.

⁸⁶ Gemeint sind damit Aktionäre mit vorrangig mitgliedschaftlichen Interessen. Eine klare Abgrenzung ist hier kaum durchführbar, da der Anlegerschutz auf kapitalmarktrechtlichen Schutzzwecken, der Aktionärsschutz hingegen vorwiegend auf gesellschaftsrechtlichen Schutzbedürfnissen beruht; vgl. dazu *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (730 f.). Im Ergebnis befindet man sich in der äußerst problematischen Frage nach der Grenze zwischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, vgl. dazu *Groß*, Kapitalmarktrecht, § 39 BörsG Rn. 21.

⁸⁷ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 450 f. Vgl. auch *Drygala*, KapGesR, § 1 Rn. 8; *Fleischer/Weller*, in: MüKo GmbHG, Einleitung Rn. 31 f.; *Wilhelm*, KapGesR, Rn. 2.

⁸⁸ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 37 f.; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 29.

Die Satzungsstrenge erfüllt schließlich eine sozialschützende Funktion.⁸⁹ Denn die private Altersvorsorge durch Aktien wird gesichert und der staatliche soziale Auftrag verwirklicht, im Alter eine Absicherung zu gewährleisten.⁹⁰ Diese Zwecke sind bei der Auslegung und Anwendung der Satzungsstrenge stets zu berücksichtigen.

III. Tatbestand des § 23 Abs. 5 AktG

Die Satzungsstrenge gliedert sich entsprechend des Wortlauts des § 23 Abs. 5 AktG zunächst in zwei Sätze mit jeweils unterschiedlichen Regelungsgegenständen. Gemein haben beide Sätze, dass sie sich auf „dieses Gesetz“ beziehen.⁹¹ Satz 1 legt dabei fest, dass Abweichungen⁹² von eben diesem Gesetz nur möglich sind, wenn dies „ausdrücklich zugelassen“ ist. Satz 2 hingegen bestimmt, dass Ergänzungen⁹³ zulässig sind, wenn nicht das Gesetz eine „abschließende Regelung“ enthält. Damit ist zunächst zu bestimmen, welches Gesetz gemeint ist. Sodann bedürfen die Begriffe der Abweichung und der Ergänzung einer Definition. Für die Zulässigkeit entscheidend sind die auf zweiter Ebene der Prüfung relevanten Begrifflichkeiten der ausdrücklichen Zulassung und der abschließenden Regelung.

1. Gesetz im Sinne des § 23 Abs. 5 AktG

Der Terminus „Gesetz“ in § 23 Abs. 5 AktG betrifft beide Sätze des § 23 Abs. 5 AktG und ist eng zu verstehen.⁹⁴ Gemeint sind ausschließlich die Vorschriften des Aktiengesetzes,⁹⁵ was sich schon aus dem Wortlaut „dieses Gesetz“ ergibt.⁹⁶ Somit sind beispielsweise Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes nicht von der

⁸⁹ *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (65); *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53. Vgl. auch *Bendfeld*, der dies insbesondere mittels eines Verweises auf § 396 Abs. 1 AktG begründet, der eine Auflösung der Aktiengesellschaft zum Gemeinwohl vorsieht, *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 45.

⁹⁰ *Pleißke*, Satzungsstrenge, 50; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174. In diesem Sinne auch *Assmann*, ZBB 1989, 49 (52).

⁹¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 140, 153; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 34; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 51; *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (171); *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 156.

⁹² Dieser Begriff wird dem Wortlaut des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG „abweichen“ entnommen.

⁹³ Dieser Begriff wird dem Wortlaut des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG „ergänzende Bestimmung“ entnommen.

⁹⁴ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 56.

⁹⁵ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 140; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 41; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 43; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 51; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 156; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 29.

⁹⁶ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 56; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 156.

Satzungsstrenge umfasst.⁹⁷ Eine Analogie zu § 23 Abs. 5 AktG verbietet sich mangels planwidriger Regelungslücke, da sich die zwingende oder abschließende Wirkung anderer Gesetze unmittelbar aus diesen ergeben kann.⁹⁸ So sind beispielsweise das Verhältnis aus Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern nach § 7 Abs. 1 MitbestG und die Mehrheitserfordernisse bei der Wahl zum Aufsichtsratsvorsitzenden gemäß § 27 MitbestG zwingend.⁹⁹ Folglich können Vorschriften außerhalb des Aktiengesetzes bei der Herausarbeitung klarer Konturen der Reichweite des § 23 Abs. 5 AktG außer Betracht bleiben.

Eine andere Frage ist, ob die Satzungsstrenge Anwendung findet, wenn eine Vorschrift des Aktiengesetzes nur analog angewendet wird.¹⁰⁰ Dies wird aus dem Grund bejaht, dass die Anwendung der Satzungsstrenge auch in diesem Fall ihrem Telos entspreche, dass die Aktionäre vor der Investition keinen erhöhten Informationsaufwand haben sollten.¹⁰¹ Dem ist zuzustimmen. Denn zum einen entspricht es dem Wortlaut des § 23 Abs. 5 AktG, da auch bei analoger Anwendung des Aktiengesetzes Vorschriften „dieses Gesetzes“ angewendet werden. Zum anderen werden Analogien gerade dort erforderlich, wo der Gesetzgeber hätte einschreiten müssen, dies aber unbewusst nicht tat. Ein solches gesetzgeberisches Versäumnis darf nicht dadurch verstärkt werden, dass mit der Satzungsstrenge gerade die Vorschrift nicht angewendet wird, die Vertrauen in die umfassende Regelung durch den Gesetzgeber schaffen soll. Vielmehr muss das Vertrauen der Anleger in einen lückenlosen Schutz durch das Aktiengesetz durch die Anwendung der Satzungsstrenge auf analog geltende Vorschriften ebenfalls verwirklicht werden.

⁹⁷ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 140; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 51; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 156; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 29. Vgl. auch *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (125). A.A., die inzwischen so wohl nicht mehr vertreten wird, *Geßler*, ZGR 1980, 427 (441); *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 329.

⁹⁸ *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 43; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 51; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 156; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 180 f.; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 29.

⁹⁹ *Henssler*, in: Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht, § 7 MitbestG Rn. 17; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 51. Vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az. II ZR 123/81, NJW 1982, 1525 (1527).

¹⁰⁰ Befürwortend *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 205 mit Verweis auf *K. Schmidt*, BB 2001, 1857 (1861).

¹⁰¹ *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 205.

2. Kategorisierung von Satzungsbestimmungen

Von besonderer Bedeutung für die Beurteilung, ob eine Satzungsklausel gegen den Grundsatz der Satzungsstrenge verstößt, ist ihre Einordnung unter die Begriffe Abweichung oder Ergänzung. Dies ergibt sich in erster Linie daraus, dass § 23 Abs. 5 S. 1 AktG Abweichungen für unzulässig erklärt, wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich zulässt. Der Spielraum, eine vom Gesetz abweichenden Satzungsklausel zu ermöglichen, liegt damit ausschließlich beim Gesetzgeber.¹⁰² Muss die Satzungsklausel daher als Abweichung klassifiziert werden und kann eine ausdrückliche Zulassung nicht gefunden werden, ist sie stets unzulässig.¹⁰³

Anders verhält es sich dagegen bei Ergänzungen. Hier ist die Grenze zwischen Zulässigkeit und Unzulässigkeit deutlich fließender und bisher nicht klar abgesteckt. Aus der Formulierung „es sei denn“ in § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ergibt sich, dass hier nicht die Unzulässigkeit, sondern die Öffnung des Aktiengesetzes die Regel sein soll.¹⁰⁴ Maßgeblich soll es darauf ankommen, ob die ergänzte Vorschrift abschließenden Charakter hat. Damit behält sich der Gesetzgeber zwar im Ergebnis die Entscheidung über die Zulässigkeit einzelner Klauseln im Rahmen von Ergänzungen vor, gewährt aber einen deutlich weiteren Spielraum – zum einen durch die negative Formulierung des Satzes 2 und zum anderen durch die Möglichkeit, eine Subsumtion unter den Begriff der abschließenden Regelung im Einzelfall vornehmen zu können.

Neben den beiden Kategorien, die § 23 Abs. 5 AktG aufstellt, existiert noch eine dritte Gruppe von Satzungsbestimmungen, die sogenannten gesetzesausfüllenden, notwendigen Satzungsbestimmungen.¹⁰⁵ Unter diese fallen die durch § 23 Abs. 3 und 4 AktG gewährten Gestaltungsspielräume, die der Satzungsgeber ausfüllen muss, um die Aktiengesellschaft errichten zu können. Sie sind unerlässlich für die Grundordnung des Verbandes. Die Spielräume sind insbesondere deshalb gewährt, weil das Gesetz die entsprechenden Regelungen sinnvollerweise nicht

¹⁰² Zu möglicherweise in engen Grenzen bestehenden Ausnahmen, vgl. *Röhrich/Schall*, in: *GroKo AktG*, § 23 Rn. 182.

¹⁰³ *König*, in: *Bürgers/Lieder AktG*, § 23 Rn. 44; *Pentz*, in: *MüKo AktG*, § 23 Rn. 161; *Röhrich/Schall*, in: *GroKo AktG*, § 23 Rn. 177 f.

¹⁰⁴ *Arnold*, in: *KK-AktG*, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: *Heidel Aktienrecht*, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: *Koch AktG*, § 23 Rn. 37; *König*, in: *Bürgers/Lieder AktG*, § 23 Rn. 45; *Pentz*, in: *MüKo AktG*, § 23 Rn. 161; *Pühler*, in: *Happ Aktienrecht*, 1.01 Rn. 1.9; *Röhrich/Schall*, in: *GroKo AktG*, § 23 Rn. 245; *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter AktG*, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: *Hölters/Weber AktG*, § 23 Rn. 31.

¹⁰⁵ *Pentz*, in: *MüKo AktG*, § 23 Rn. 157; *Zöllner*, in: *KK-AktG*, 2. Auflage, § 179 Rn. 65, 75.

treffen kann.¹⁰⁶ Im Bereich dieser Satzungsbestimmungen wird lediglich der gesetzlich vorgegebene Rahmen ausgefüllt. Es handelt sich weder um eine Abweichung noch eine Ergänzung.¹⁰⁷ Wenn eine Satzungsbestimmung im Bereich gesetzesausfüllender, notwendiger Satzungsbestimmungen liegt, findet § 23 Abs. 5 AktG daher keine Anwendung. Die Frage nach der Zulässigkeit der Satzungsbestimmung verschiebt sich vielmehr auf die Frage, ob der satzungsmäßige Regelungsgehalt tatsächlich von § 23 Abs. 3 und 4 AktG gedeckt ist. Geht er darüber hinaus, liegt wiederum keine gesetzesausfüllende, notwendige Satzungsbestimmung vor und § 23 Abs. 5 AktG ist anzuwenden.¹⁰⁸

3. Abweichung oder Ergänzung

Im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen nach der Satzungsstrenge ist es notwendig, zwischen Abweichung und Ergänzung abzugrenzen. Die klare Einordnung der Satzungsbestimmung unter diese Begriffe ist stets der erste Schritt. Eine generell „flüssige“ Grenze zwischen diesen beiden Begrifflichkeiten in dem Sinne, dass nicht immer klar feststellbar ist, ob eine Satzungsbestimmung eine Abweichung oder eine Ergänzung darstellt, besteht nicht.¹⁰⁹ Dagegen wird eingewendet, dass es nicht erforderlich sei, eine Satzungsbestimmung klar zuzuordnen, weil der Gesetzgeber mit beiden Sätzen des § 23 Abs. 5 AktG lediglich zwingendes Recht schaffen wollte. Eine klare Grenze bestehe deshalb nicht.¹¹⁰ Allerdings gibt das Gesetz verschiedene Maßstäbe vor, wann eine Abweichung und wann eine Ergänzung zulässig sind, was gerade eine Abgrenzung erforderlich macht.¹¹¹ Es werden verschiedene Anforderungen für zwingendes Recht geschaffen, die es einzuhalten gilt.

Obgleich sich Schwierigkeiten bei der Einordnung als Abweichung oder Ergänzung aus dem Grund ergeben können, dass der Regelungsbereich der betroffenen Vorschrift des Aktiengesetzes unterschiedlich ausgelegt wird, ist eine ab-

¹⁰⁶ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 141; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 157; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 21; *Zöllner*, in: KK-AktG, 2. Auflage, § 179 Rn. 65, 75.

¹⁰⁷ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 141; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 157; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 21; *Zöllner*, in: KK-AktG, 2. Auflage, § 179 Rn. 65, 75. A.A. *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 26.

¹⁰⁸ Vgl. dazu noch Verweis Unternehmensgegenstand.

¹⁰⁹ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (73); *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 22. A.A. *Zetzsche*, in: KK-AktG, § 179 Rn. 118.

¹¹⁰ *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 134.

¹¹¹ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (73); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 176.

schließende Beurteilung stets notwendig. Dennoch gilt: Wird der Regelungsbe-
reich einer Vorschrift des Aktiengesetzes eng ausgelegt, wird dadurch zugleich
der unregelmäßige Bereich größer, was Raum für Ergänzungen schafft. Wird indes-
sen der Vorschrift durch Auslegung ein weiterer Regelungsbereich zugemessen,
werden die Spielräume für Satzungsbestimmungen kleiner.

a. Abweichung

Bei der Ermittlung, ob eine Abweichung oder eine Ergänzung vorliegt, sollte erster
Ansatzpunkt stets die Frage sein, ob es sich bei einer Satzungsbestimmung um
eine Abweichung vom Gesetz handelt. Dies ist allgemein dann der Fall, wenn die
gesetzliche Regelung durch eine Satzungsklausel ersetzt wurde.¹¹² Maßgeblich
für die Feststellung einer Abweichung ist die Grenze des gesetzlich gesetzten
Rahmens. Die Satzungsbestimmung weicht nur vom Gesetz ab, wenn sie über
eine bloße Ersetzung des Wortlautes bei gleichbleibender Bedeutung hinaus-
geht.¹¹³ Die Auslegung von Gesetz und Satzungsklausel muss demnach ergeben,
dass beide Vorschriften denselben Regelungsbereich betreffen, eine Anwendung
beider Normen jedoch zu widersprüchlichen Ergebnissen führen würde.¹¹⁴ Be-
stimmte Fragen werden durch die Satzung anders geregelt als durch das Aktien-
gesetz.¹¹⁵ Betroffen sind hiervon oftmals Fragen der inneren Organisation und Zu-
sammensetzung der Aktiengesellschaft.¹¹⁶

Einzig Bendfeld will bei der Bestimmung einer Abweichung die Auslegung auf die
Wortlautauslegung beschränken, um einfacher Ergebnisse zu erzielen.¹¹⁷ Er be-
hauptet, dies sei eine geeignete Methode, um die Abweichung von der Ergänzung
unterscheiden zu können. Er benennt dabei jedoch keine dogmatische Begrün-
dung für die Abkehr von der allgemeinen Methodenlehre, sondern verweist
schlicht auf das gewonnene Mehr an Rechtssicherheit.¹¹⁸ Dem ist nicht zu folgen.
Stattdessen sind bei der Bestimmung einer Abweichung alle Auslegungsmethoden
heranzuziehen. Denn zum einen kann weder in dem Wortlaut des § 23 Abs. 5

¹¹² *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 141; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 35; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 52; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 160; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 54; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 30.

¹¹³ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 141; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 41.

¹¹⁴ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 41; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 160; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 176; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 54.

¹¹⁵ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 52.

¹¹⁶ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 55. Vgl. auch *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40.

¹¹⁷ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 89 ff.

¹¹⁸ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 89, 98.

AktG noch in dessen Begründung¹¹⁹ ein Hinweis auf ein derartiges Vorgehen gefunden werden. Zum anderen vermag einzig die Tatsache, dass eine Abgrenzung unter Umständen schwer vorzunehmen ist, die Abkehr von der Methodenlehre nicht zu begründen. Ein solcher Systembruch kann nicht völlig ohne gesetzgeberischen Hinweis erfolgen. Bei der Bestimmung einer Abweichung bestehen daher keine methodischen Grenzen.

aa. Geschriebene Regelung

Es muss nach den obigen Ausführungen stets eine gesetzliche Regelung geben, von der abgewichen wird. Dies ist unproblematisch, soweit es sich dabei um eine geschriebene Bestimmung des Aktiengesetzes handelt.¹²⁰ Fraglich ist, ob darüber hinaus das bewusste Schweigen des Gesetzes eine gesetzliche Bestimmung darstellen kann. Dies wurde insbesondere in der älteren Literatur vertreten.¹²¹ So wurde angenommen, das Gesetz kenne ein „beredetes Schweigen“, durch das es die Entscheidung deutlich mache, dass zwingendes Recht vorliege. Auch von dieser gesetzgeberischen Wertung könne abgewichen werden, was mangels Zulassung zur Unzulässigkeit der entsprechenden Satzungsbestimmungen führe.¹²²

Die herrschende Lehre fordert indessen die Abweichung von einer geschriebenen Regelung.¹²³ Dabei wird argumentiert, dass die Annahme einer Abweichung von dem Schweigen des Gesetzes nicht mit dem Wortlaut des § 23 Abs. 5 AktG in Bezug auf „dieses Gesetz“ und „ausdrücklich“ vereinbar sei.¹²⁴ Dieser fordere einen gesetzlichen Bezugsrahmen.¹²⁵ Systematisch sei es zudem zwingend, dass die ausdrückliche Zulassung einer Satzungsbestimmung nur möglich sei, wenn sie sich auf eine Norm des Aktiengesetzes beziehe. Eine gesetzliche Ausnahme von einem ungeschriebenen Grundsatz lasse sich nicht einführen, weshalb schon eine Abweichung von einem ungeschriebenen Grundsatz nicht existieren dürfe.¹²⁶ Zudem sei das Schweigen des Gesetzes gerade kein Problem der Feststellung einer

¹¹⁹ Kropff, RegBegr, 44.

¹²⁰ Braunfels, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 41; Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 160; Röhrich/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 176; Seibt, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 54.

¹²¹ Mertens, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 11.

¹²² Mertens, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 11.

¹²³ Arnold, in: KK-AktG § 23 Rn. 141; Bendfeld, Satzungsstrenge, 60; Geßler, in: FS Luther 1976, 69 (74); Jürgenmeyer, ZGR 2007, 112 (126); Luther, in: FG Hengeler 1972, 167 (171); Röhrich/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 179; Zetzsche, in: KK-AktG, § 179 Rn. 113.

¹²⁴ Jürgenmeyer, ZGR 2007, 112 (126).

¹²⁵ Röhrich/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 179.

¹²⁶ Geßler, in: FS Luther 1976, 69 (74); Luther, in: FG Hengeler 1972, 167 (171).

Abweichung, sondern der Frage nach einem durch eine Ergänzung ausfüllungsfähigen Rahmen.¹²⁷

Die herrschende Lehre ist hier vorzugswürdig. Denn folgte man der Gegenansicht, würde dies dazu führen, dass die Zulassung von Abweichungen von ungeschriebenen Grundsätzen durch den Gesetzgeber faktisch nicht eingeführt werden könnte. Denn es gäbe keine gesetzliche Regelung, in der eine solche Öffnungsklausel zu verankern wäre. Zudem müsste die gesetzliche Zulassung zunächst selbst beschreiben, auf welchen Grundsatz sie sich bezieht. Das ist gesetzestech-nisch nicht handhabbar. Daher läuft die Annahme einer Abweichung von einem ungeschriebenen Grundsatz der Systematik des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG zuwider und stellt einen Einschnitt in die Privatautonomie dar, der nicht gesetzlich legiti-miert ist. Folglich sind nur Abweichungen von gesetzlichen Vorschriften anzuneh-men.

bb. Ausdrückliche Zulassung

Vom Gesetz abweichende Satzungsbestimmungen können dennoch zulässig sein, wenn das Gesetz sie ausdrücklich zulässt.¹²⁸ Entscheidend ist hier der Wort-laut des Gesetzes, was in der Forderung nach einer „ausdrücklichen“¹²⁹ Zulassung deutlich wird.¹³⁰ Dabei besteht zwar die Möglichkeit die Zulassung einer Satzungs-bestimmung durch Auslegung zu ermitteln.¹³¹ Sie muss sich aber am Wortlaut der Vorschrift orientieren, wodurch eine bloß sinn-gemäße Auslegung nicht mehr statt-haft ist.¹³² Die Zulassung muss sich demnach aus der klaren Aussage des Geset-zes eindeutig ergeben.¹³³ Der Auslegung bedarf es indessen regelmäßig nicht, da die gesetzlichen Formulierungen für die Satzungsbestimmungen klar formuliert

¹²⁷ Geßler, in: FS Luther 1976, 69 (74).

¹²⁸ Gessler, BB 1971, 1015 (1016); Koch, in: Koch AktG, § 23 Rn. 35; Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 160; Seibt, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 54; Solveen, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30.

¹²⁹ § 23 Abs. 5 S. 1 AktG.

¹³⁰ Arnold, in: KK-AktG, § 23 Rn. 141 f.; Braunfels, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 41; Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 161; Röhrich/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 177; Vetter, in: Henss-ler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 23.

¹³¹ Limmer, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 52; Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 161; Pühler, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.6; Solveen, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; Vetter, in: Henss-ler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 23.

¹³² Röhrich/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 176.

¹³³ Arnold, in: KK-AktG, § 23 Rn. 142; Bendfeld, Satzungsstrenge, 104; Pühler, in: Happ Aktien-recht, 1.01 Rn. 1.6.

ist.¹³⁴ Häufig zeigen sich Öffnungsklauseln in Formulierungen wie „wenn die Satzung nichts anderes bestimmt“ oder „die Satzung kann bestimmen“.¹³⁵ Bloßes Schweigen des Gesetzes kann eine Abweichungsbefugnis nicht begründen.¹³⁶ Denn nur durch Beschränkung auf den ausdrücklich im Gesetz erklärten Rahmen kann dem Anliegen der Rechtssicherheit, das durch die Satzungsstrenge verwirklicht werden soll, ausreichend Rechnung getragen werden.¹³⁷

Beispiele¹³⁸ für solche ausdrücklichen Zulassungen von Abweichungen in der Satzung finden sich unter anderem in § 68 Abs. 2 AktG, der es erlaubt, bei der Übertragung von Namensaktien ein Zustimmungserfordernis einzuführen, § 77 Abs. 1 S. 2 AktG, der es erlaubt, vom Grundsatz der Gesamtvertretung abzuweichen oder § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, der es ermöglicht, in der Satzung einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates einzuführen. Diese Beispiele zeigen, dass der Rahmen für Abweichungen oftmals schon durch die gesetzliche Zulassung eng gesteckt ist. Teilweise werden dem Satzungsgeber aber auch nicht klar abgesteckte Spielräume eingeräumt. So beispielsweise erfolgt in §§ 133 Abs. 1, 135a Abs. 3, 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG durch die Ermächtigung, „weitere Erfordernisse“ in Bezug auf Hauptversammlungsbeschlüsse einzuführen.¹³⁹ Ferner können Regelungswahlrechte auch außerhalb des Aktiengesetzes gewährt werden wie beispielsweise in §§ 33a, 33b WpÜG oder § 43 WpHG.¹⁴⁰

cc. Reichweite der Zulassung

Unabhängig davon, wie umfassend die Satzungsermächtigung ausfällt, stellt sich stets die Frage nach ihrer Reichweite. Deshalb muss nach der Feststellung einer

¹³⁴ *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 44; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 184.

¹³⁵ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 142; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 163; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.6; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 43.

¹³⁶ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 35; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 44; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 52; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.6; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 178; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 37; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 23; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 39. A.A. wohl *Bendfeld*, der annimmt, dass eine gesetzliche Zulassung in Ausnahmefällen entbehrlich sein könne, wenn das Fehlen eines Grundes für zwingendes Recht evident fehle, *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 106.

¹³⁷ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 161.

¹³⁸ Umfassende Auflistungen finden sich bei *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 143 ff.; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 52; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 185 ff.

¹³⁹ Vgl. dazu unten Seiten 267 ff.

¹⁴⁰ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38. Vgl. dazu ausführlicher *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.11 ff.

möglicherweise zugelassenen Abweichung ermittelt werden, wie weit die gesetzliche Zulassung im Einzelfall geht.¹⁴¹ Eine klare Grenze bilden andere Vorschriften des Aktiengesetzes, welche sich mangels Öffnungsklausel ihrerseits als zwingend verstehen.¹⁴² In weniger eindeutigen Fällen ist die Reichweite der gesetzlichen Zulassung durch Auslegung zu ermitteln. Maßgeblich hierfür ist neben dem Wortlaut vorrangig der Normzweck.¹⁴³ Hierbei ist anders als bei der Frage nach dem „Ob“ hinsichtlich der Zulässigkeit der Abweichung, eine umfassende Auslegung auch in der Praxis tatsächlich erforderlich. Denn klare Grenzen sind durch den Wortlaut der Vorschrift nur selten abgesteckt. Es ist anhand der Wertung der Norm, von der abgewichen wird, und der Wertung der dazugehörigen Öffnungsklausel, sowie allen anderen Normen, auf welche die Abweichung ausstrahlt, zu ermitteln, ob das Gesetz die konkrete Art der Abweichung zulassen will.¹⁴⁴ Wegen der vielen hier zu berücksichtigenden Faktoren kann es trotz des Ausdrücklichkeitserfordernisses im Einzelnen zu weiten Meinungsspektren bezüglich der Zulassung von abweichenden Satzungsklauseln kommen.¹⁴⁵ Dennoch bilden die Öffnungsklauseln des Aktiengesetzes wichtige Lockerungen der Satzungsstrenge, mittels derer die Kautelarpraxis das Innenrecht der Aktiengesellschaft an zahlreichen Stellen individuell anpassen kann. Welche Bereiche davon betroffen sind, entscheidet jedoch ausschließlich der Gesetzgeber.

dd. Zwingende Regelungsbereiche

Obwohl der Fokus bisher auf den einzelnen Vorschriften des Aktiengesetzes und den geschriebenen Regelungen lag, gibt es weitere Ansätze für die Beurteilung unzulässiger Satzungsbestimmungen. So werden vielfach im Zusammenhang zu Abweichungen gewisse Bereiche der Aktiengesellschaft oder des Aktiengesetzes als zwingend angesehen.¹⁴⁶ Zwingend sei daher die Zusammensetzung und innere Organisation der Verwaltungsorgane. Dies gelte namentlich auch für deren

¹⁴¹ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 52; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 40.

¹⁴² *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (75); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 179.

¹⁴³ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 41; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 52; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 162; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30.

¹⁴⁴ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 52; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 162.

¹⁴⁵ Vgl. dazu noch Seiten 243 ff.

¹⁴⁶ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 152; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 164; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 23; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.7; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 55; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 46. Anders *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41, der diese Grundsätze bei Ergänzungen einordnet.

Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflichten.¹⁴⁷ Zudem seien die den Aufbau der Gesellschaft bestimmenden Normen keinen Abweichungen zugänglich und damit zwingendes Recht, womit auch die gesetzlich vorgesehene Zuständigkeits- und Kompetenzverteilung zwingend sei.¹⁴⁸ Dies gelte insbesondere auch für die Minderheitsrechte,¹⁴⁹ sowohl zugunsten als auch zulasten der Minderheiten.¹⁵⁰ Interessant ist dabei, dass die entsprechenden Normen, von denen abgewichen würde, in Teilen nicht genannt werden.¹⁵¹ Lediglich Pentz verweist darauf, dass es keine ausdrücklichen Zulassungen gebe.¹⁵² Anders als bei den übrigen Autoren ordnet Vedder die oben benannten Grundsätze mit nahezu gleichlautenden Formulierungen bei Ergänzungen zum Aktiengesetz ein und erklärt sie als zwingend.¹⁵³

Hierbei stellt sich die Frage, wie diese Grundsätze zu bewerten und einzuordnen sind. Denn richtigerweise verbietet sich im Bereich von Abweichungen die Frage danach, ob eine Vorschrift zwingendes Aktienrecht verkörpert oder nicht, sofern keine ausdrückliche gesetzliche Zulassung vorliegt.¹⁵⁴ Ebenso ist eine Abweichung von ungeschriebenen Grundsätzen des Aktiengesetzes aufgrund des Schweigens des Gesetzes nicht anzuerkennen.¹⁵⁵ Dennoch ist den Autoren in Teilen beizupflichten. So sind beispielsweise die Sorgfalts- oder Verschwiegenheits-

¹⁴⁷ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 152; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 164; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 23; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 46.

¹⁴⁸ OLG Braunschweig, Beschluss vom 8. Mai 2023, Az. 2 W 25/23, NZG 2023, 1504 (1506); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 23; *Reichert/Groh*, NZG 2023, 1500 (1502); *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Verse*, AG 2023, 578 (582); *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 46.

¹⁴⁹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 152; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 79; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 46.

¹⁵⁰ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 164. Eine Ausnahme hierzu sei in § 122 Abs. 1 S. 2 AktG zu sehen, *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 164.

¹⁵¹ Eine Ausnahme bildet die Aussage, die Rechte der Vorzugsaktionäre aus § 141 Abs. 1 AktG seien unantastbar, *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 164. Vgl. auch *Werner*, AG 1971, 69 (70).

¹⁵² *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 164.

¹⁵³ *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41.

¹⁵⁴ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (70 f.); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 177.

¹⁵⁵ Dazu oben Seiten 36 ff.

pflichten zwingend, da § 93 Abs. 1 AktG und § 116 AktG keine ausdrücklichen Zulassungen enthalten.¹⁵⁶ Anders ist dies hinsichtlich des Aufbaus der Aktiengesellschaft, ihrer Organe und dem Zuständigkeits- und Kompetenzgefüge zu bewerten. In Bezug auf Abweichungen, sind diese Bereiche nicht uneingeschränkt dem Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers entzogen. Dies zeigt sich bereits an den ausdrücklichen gesetzlichen Zulassungen in § 76 Abs. 2 S. 2 2. Halbsatz AktG, durch den von der Zahl der Vorstandsmitglieder in § 76 Abs. 2 S. 2 1. Halbsatz AktG abgewichen werden kann, oder § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, wodurch von der uneingeschränkten Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes nach §§ 76 Abs. 1, 77 AktG in flexiblem Ausmaß abgewichen werden kann.¹⁵⁷ Ferner sind Minderheitsrechte zum Teil flexibel ausgestaltet. Beispielhaft ist § 122 Abs. 1 S. 2 AktG zu nennen, der dem Satzungsgeber für die Einberufung der Hauptversammlung durch eine Minderheit der Aktionäre hinsichtlich der Form des Einberufungsverlangens und der Höhe der Beteiligung der Minderheit Gestaltungsmöglichkeiten gibt.¹⁵⁸ Abweichungen sind daher auch im Bereich des Aufbaus der Organe und damit der Aktiengesellschaft, wie auch bei der Zuständigkeits- und Kompetenzverteilung und auch im Bereich der Minderheitsrechte möglich. Es muss daher dabei bleiben, dass sich im Bereich von Abweichungen generelle Aussagen zu zwingendem Recht verbieten. Erforderlich ist stets eine Betrachtung einzelner Öffnungsklauseln sofern eine Abweichung festgestellt wurde. Geht man jedoch wie Vedder¹⁵⁹ davon aus, dass diese Grundsätze der Zulässigkeit von Ergänzungen entgegenstehen können, gilt das oben Gesagte nicht. Denn ausdrückliche Zulassungen sind nur im Bereich von Abweichungen zwingend erforderlich. Ob diese Überlegungen jedoch auf Ergänzungen übertragbar sind, wird noch zu prüfen sein.¹⁶⁰

ee. Zusammenfassung

Eine Abweichung liegt damit vor, wenn die Auslegung von Gesetz und Satzungsklausel ergibt, dass beide Vorschriften denselben Regelungsbereich betreffen, eine Anwendung beider Normen jedoch zu widersprüchlichen Ergebnissen führen

¹⁵⁶ So auch *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (66); *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 46.

¹⁵⁷ Dies erkennt – mit anderen Beispielen – auch *Pühler*, *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.7.

¹⁵⁸ Benannt bei *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 164; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.7; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 46.

¹⁵⁹ *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41.

¹⁶⁰ Siehe dazu Seiten 35 ff.

würde. Unter Gesetz sind ausschließlich geschriebene Regelungen des Aktiengesetzes zu fassen. Zulässig ist eine Abweichung, wenn sie ausdrücklich zugelassen ist. Die Reichweite der Zulassung bestimmt sich im Einzelfall. Auch hier können ohne Blick auf das geschriebene Recht keine Aussagen getroffen werden.

b. Ergänzung

Weniger klar als der Begriff der Abweichung ist der Begriff der Ergänzung. Denn bei der Bewertung von Abweichungen ist der Maßstab stets das geschriebene Recht. Im Rahmen von Ergänzungen hingegen stellt sich die Frage, welche Bereiche gerade nicht von den gesetzlichen Regelungen gedeckt sind. Es findet also eine Bewertung des nicht ausdrücklich Benannten statt. Allgemein soll eine Ergänzung vorliegen, wenn das Gesetz die der Satzungsbestimmung entsprechende Regelung nicht enthält oder eine gesetzliche Regelung durch die Satzungsbestimmung dem Gedanken nach weitergeführt wird, im Grundsatz jedoch unberührt bleibt.¹⁶¹ Es werden damit bestimmten Regelungen entweder weitere Rechtsfolgen beigelegt, die gesetzliche Vorschrift konkretisiert oder aber völlig offen gelassene Regelungsfreiräume ausgefüllt.¹⁶² Eine Ergänzung zum Aktiengesetz ist daher nur dann gegeben, wenn die Satzungsbestimmung im Bereich einer gesetzlichen Regelungslücke liegt. Ist dies der Fall, beurteilt sich in einem zweiten Schritt die Zulässigkeit dieser Ergänzung vorrangig daran, ob die ergänzte Vorschrift eine „abschließende Regelung“¹⁶³ ist.

aa. Regelungslücke

Maßgebliches Kriterium für das Vorliegen einer Ergänzung ist demnach die Frage nach einer Regelungslücke im Gesetz.¹⁶⁴ Dies ist, ähnlich wie die Reichweite des Regelungsrahmens bei der Abweichung, im Wege der Auslegung vorrangig anhand von Sinn und Zweck der Norm zu ermitteln.¹⁶⁵ Die Norm, auf die es bei der Ermittlung der Regelungslücke ankommt, ist die jeweils ergänzte Norm und nicht

¹⁶¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 42; *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (74); *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (701); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 165; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 242; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

¹⁶² *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 52; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 242. In diesem Sinne auch *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 166.

¹⁶³ § 23 Abs. 5 S. 2 2. Halbsatz AktG.

¹⁶⁴ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57.

¹⁶⁵ *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 24.

§ 23 Abs. 5 AktG. Denn es geht in dieser vorgelagerten Frage noch nicht um die Zulässigkeit an sich. Der Zweck der Satzungsstrenge nach zwingendem Recht ist insoweit zunächst zweitrangig. Vielmehr ist der Regelungskomplex des Aktiengesetzes zu betrachten, in dem die Satzungsregelung eine Lücke füllt. Zu bestimmen ist die Reichweite der jeweiligen Vorschrift des Aktiengesetzes. Die Prüfung ist dabei nicht auf eine einzelne Vorschrift beschränkt. Es ist denkbar, dass zahlreiche Vorschriften betroffen sind, die jeweils separat betrachtet werden müssen.¹⁶⁶

1) Schweigen des Gesetzes

In den Bereichen des Gesetzes, in denen das Gesetz zu bestimmten Themen schweigt, stellt sich die Frage, ob jedes Schweigen des Gesetzes als Regelungslücke aufgefasst werden kann.

So wird zum Teil vertreten, dass eine Regelungslücke im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG nur dann vorläge, wenn das Aktiengesetz Regelungen bereithalte, die durch die Satzungsbestimmung weitergeführt werden. Ein Schweigen des Gesetzes hinsichtlich des gesamten Regelungskomplexes, um den sich die Satzungsbestimmung dreht, sei nicht ausfüllungsfähig.¹⁶⁷ Denn der Wortlaut „ergänzende Bestimmungen“ gebiete, dass es eine zugehörige gesetzliche Vorschrift gebe, die tatsächlich ergänzt werden könne. Wenn eine solche nicht existiert, weil das Gesetz vollständig schweigt, könne bei den Satzungsbestimmungen auch nicht von Ergänzungen gesprochen werden.¹⁶⁸ Zudem führe nur dieses Verständnis des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG dazu, dass der Norm ein über Selbstverständlichkeiten hinausgehender Regelungsgehalt zukäme.¹⁶⁹

Dem tritt die herrschende Meinung entgegen, nach der jedes Schweigen des Gesetzes für das Vorliegen einer Regelungslücke ausreicht.¹⁷⁰ Zwar sei anzuerkennen, dass sich der zwingende Charakter von Gesetzesrecht auch aus einem weiteren Regelungszusammenhang ergeben könne. Insoweit seien das Aktiengesetz in seiner Gesamtheit sowie die dahinterstehenden gesetzgeberischen Ordnungsvorstellungen und Leitgedanken zu beachten. Allerdings sei diesbezüglich Zurückhaltung geboten, da davon auszugehen ist, dass diese Grundsätze nur insoweit

¹⁶⁶ In diesem Sinne auch *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245.

¹⁶⁷ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 12.

¹⁶⁸ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 12.

¹⁶⁹ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 12.

¹⁷⁰ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 154; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 66; *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (76); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (172 f.); *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 166; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 26; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 243, 248; *Zöllner*, in: KK-AktG, 2. Auflage, § 179 Rn. 70.

Eingang in das Gesetz gefunden haben, wie sie dort nachweisbar notfalls mittels Auslegung zu finden seien.¹⁷¹ Dementsprechend könnten Leitgedanken durch den gesetzgeberischen Willen bei der Auslegung berücksichtigt werden. Zusätzlich ungeschriebenes zwingendes Recht anzunehmen, schränke indessen die ohnehin marginale Verbandsautonomie durch überhaupt nicht bestehende gesetzliche Vorschriften zu stark ein.¹⁷² Es sei schlicht nicht möglich, dass ein Gesetz eine Aussage über etwas treffe, was es nicht regelt.¹⁷³ Ferner liege der Zweck des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG gerade darin, Raum für Ergänzungen zu schaffen.¹⁷⁴ Bezweckt werde insoweit lediglich die Klarstellung des Vorranges des Gesetzes, nicht aber, dass möglicherweise regelbare Punkte nur deshalb nicht geregelt werden dürfen, weil das Gesetz nicht im Ansatz eine Regelung dazu enthält.¹⁷⁵ Es sollte „Selbstverständliches“ geregelt werden. Dies sei nur dann der Fall, wenn Satzungsfreiheit in dem Sinne bestehe, dass außerhalb der abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes im Grundsatz jede zusätzliche Regelung zulässig sei.¹⁷⁶ Zudem spreche gegen die Ansicht, dass das Konstruieren eines gesetzlichen Rahmens für Satzungsbestimmungen derart abstrakt sei, dass eine Argumentation allenfalls formelhaft sei.¹⁷⁷ Dem Gesetzgeber müsse ferner die Möglichkeit gegeben werden, Regelungsbereiche der Praxis zu überlassen.¹⁷⁸

Der herrschenden Lehre ist zu folgen. Denn das Wortlautargument der ersten Ansicht kann nicht durchgreifen. Vom Wortsinn der „ergänzende(n) Bestimmungen“ ergänzt jede Satzungsbestimmung, die die Aktiengesellschaft betrifft, das Aktiengesetz in seinem Regelungsgehalt. Darüber hinaus ist aus der gesetzlichen Formulierung „es sei denn“ zu entnehmen,¹⁷⁹ dass im Grundsatz Ergänzungen zulässig sein sollten. Forderte man einen gesetzlichen Rahmen für Ergänzungen,

¹⁷¹ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 248.

¹⁷² *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 154; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 248.

¹⁷³ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 66; *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (172 f.).

¹⁷⁴ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (76).

¹⁷⁵ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (76). Vgl. auch *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 248.

¹⁷⁶ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 166; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 26.

¹⁷⁷ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 166.

¹⁷⁸ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 26.

¹⁷⁹ Vgl. dazu *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 161; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

würde dadurch die Beschränkung der Verbandsautonomie über die gesetzliche Anordnung hinaus begrenzt. Der Wortlaut der des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG wäre überstrapaziert. Daher besteht eine ergänzungsfähige Regelungslücke bei jedem Schweigen des Gesetzes. Ergänzungen können da eingesetzt werden, wo gesetzliche Regelungen und Wertungen fortgeführt werden, aber auch dann, wenn eine gesetzliche Regelung insgesamt nicht besteht. Letzteres ist jedoch aufgrund der hohen Regelungsdichte des Aktiengesetzes ohnehin wohl der Ausnahmefall. Regelmäßig kann ein Bezug zu gesetzlichen Vorschriften hergestellt werden.¹⁸⁰ Dennoch ist jede Art der Regelungslücke für die Annahme einer Ergänzung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ausreichend.

2) *Ausdrücklich zugelassene Ergänzungen*

Neben den Fällen, in denen sich die Frage nach der Aussage des Schweigens des Gesetzes stellt, gibt es Fälle in denen das Gesetz gerade ausdrücklich eine Satzungsbestimmung ermöglicht. Zugelassen werden dabei zum einen Abweichungen.¹⁸¹ Zum anderen ist denkbar, dass der Gesetzgeber Spielräume für Ergänzungen aufzeigt.¹⁸² Dabei wird wohl einhellig angenommen, aufgrund der gesetzlichen Öffnungsklauseln sei eine Ergänzung zulässig.¹⁸³ Als Grund dafür wird angeführt, dass der Gesetzgeber durch die gesetzliche Zulassung die Normen des Aktiengesetzes in dem entsprechenden Bereich für nicht abschließend erklärt.¹⁸⁴

a) *Aussage von Öffnungsklauseln*

Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Schluss auf die Zulässigkeit einer Satzungsbestimmung voreilig ist. Denn die ausdrückliche gesetzliche Zulassung einer Ergänzung ist anders als bei der Abweichung gerade kein Zulässigkeitsersfordernis. Die Zulassungen könnten insoweit lediglich als gesetzliche Markierung einer Regelungslücke gewertet werden, die keinerlei Aussage über die abschließende Wirkung einer Vorschrift oder möglicherweise tangierender Vorschriften trifft.¹⁸⁵ Eine

¹⁸⁰ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 65; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 24; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 243.

¹⁸¹ Dazu oben Seiten 20 ff.

¹⁸² *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 244.

¹⁸³ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 244.

¹⁸⁴ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 244.

¹⁸⁵ Zum Teil wird formuliert, es werde ein „Regelungsfreiraum“ aufgezeigt, *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53.

andere denkbare Interpretation wäre es, die gesetzliche Öffnungsklausel als gesetzgeberische Antwort auf die Frage nach dem Vorliegen von abschließenden Regelungen zu sehen. Bei Bestehen einer Öffnungsklausel wäre eine Ergänzung dann zulässig, weil der Gesetzgeber sowohl die Regelungslücke markiert, als auch explizit vorgibt, dass es bezüglich der zugelassenen Satzungsbestimmung keine abschließende Regelung gebe.¹⁸⁶ Ein drittes und vorzugswürdiges Verständnis wäre es, dass die gesetzliche Erwähnung von Ergänzungsmöglichkeiten durch die Satzung zum einen eine Regelungslücke markiert und zugleich vorgibt, dass die Vorschrift, in der sich die Öffnungsklausel findet, keine abschließende Regelung darstellt. Andere Vorschriften des Aktiengesetzes können hingegen hinsichtlich der Satzungsbestimmung abschließend sein. Die Folge dessen wäre, dass eine Satzungsbestimmung zwar stets möglich ist. In ihrer Gestaltung ist sie jedoch nicht schrankenlos, sondern wird von anderen abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes limitiert.

Hierzu kann das folgende Beispiel angeführt werden. In § 63 Abs. 3 AktG werden statuarische Vertragsstrafen für den Fall zugelassen, dass die Einlage der Aktionäre nicht rechtzeitig gezahlt wird. Dies stellt die Öffnungsklausel hinsichtlich einer Ergänzung dar.¹⁸⁷ Durch diese gesetzliche Bestimmung wird der Satzungsgeber jedoch nicht dazu ermächtigt, Vertragsstrafen ohne weitere Bindung an das Aktiengesetz einzuführen. § 63 Abs. 3 AktG trifft lediglich die Aussage, dass hinsichtlich Vertragsstrafen eine Regelungslücke besteht, deren Ausfüllung § 63 AktG nicht als abschließende Regelung entgegensteht. Begrenzt wird der Satzungsgeber aber nach allgemeiner Meinung durch die abschließende Regelung des § 64 AktG. Deshalb ist der Entzug der Mitgliedschaft als Vertragsstrafe trotz der Öffnungsklausel in § 63 Abs. 3 AktG nicht zulässig.¹⁸⁸ Darin zeigt sich, dass eine Öffnungsklausel keine Aussage über die abschließende Wirkung jeder betroffenen Vorschrift des Aktiengesetzes trifft.

Ein weiteres Beispiel bildet die in § 100 Abs. 4 AktG gesetzlich vorgesehene Möglichkeit durch Satzungsbestimmungen persönliche Voraussetzungen für Aufsichts-

¹⁸⁶ In diesem Sinne *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 244 und *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

¹⁸⁷ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 244; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

¹⁸⁸ *Bayer*, in: MüKo AktG, § 63 Rn. 56; *Cahn*, in: BeckOGK AktG, § 63 Rn. 25; *Drygala*, in: KK-AktG, § 63 Rn. 34; *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 63 Rn. 25; *Koch*, in: Koch AktG, § 63 Rn. 9; *Kraft/Rieckers*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 16 Rn. 13.

ratsmitglieder zu fordern. Sie stellt nach wohl einhelliger Meinung die Öffnungsklausel hinsichtlich einer satzungsmäßigen Ergänzung dar.¹⁸⁹ Die Reichweite dieser gesetzlichen Zulassung ist jedoch insbesondere hinsichtlich der satzungsmäßigen Festschreibung einer Familienzugehörigkeit der Aufsichtsratsmitglieder umstritten. Zum Teil wird dies mit Verweis auf die Öffnungsklausel des § 100 Abs. 4 AktG für zulässig erachtet.¹⁹⁰ Ein Großteil der Literatur lehnt hingegen die Forderung nach der Familienzugehörigkeit ab.¹⁹¹ Grund hierfür sei, dass durch die Zulassung des § 100 Abs. 4 AktG nicht die Anforderungen an ein statuarisches Entsenderecht nach § 101 Abs. 2 S. 1 AktG unterlaufen werden dürfe. Denn eine Familienbindung laufe meist auf ein verkapptes Entsendungsrecht hinaus.¹⁹² Zudem dürfe der Hauptversammlung nicht die Auswahlmöglichkeit genommen werden. Auch insoweit seien statuarische Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder nur begrenzt einführbar.¹⁹³ Hier verdient die zweite Ansicht den Vorzug. Denn erneut kann eine offen formulierte Öffnungsklausel nicht dazu führen, dass der Satzungsgeber unbegrenzten Gestaltungsspielraum erhält. Stattdessen ist es erforderlich, alle betroffenen Vorschriften des Aktiengesetzes zu ermitteln und die Frage zu stellen, ob diese einer Satzungsbestimmung entgegenstehen. In diesem Fall findet die Ergänzung des § 100 AktG ihre Schranke in § 101 AktG der Abweichungen nur unter den Voraussetzungen des § 101 Abs. 2 S. 1 AktG zulässt. Wird die Wahlmöglichkeit zu stark begrenzt, liegt faktisch ein Entsenderecht vor. Dies ist bei der Bestimmung der Familienbindung der Fall, sodass die entsprechende Satzungsbestimmung eine nicht zugelassene Abweichung ist. Erneut zeigt sich also, dass nicht jede Öffnungsklausel, die eine Ergänzung betrifft zwingend zur Zulässigkeit der Ergänzung führt. Vielmehr ist auch in diesen Fällen eine genaue Prü-

¹⁸⁹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 25; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 244; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

¹⁹⁰ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 156; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246.

¹⁹¹ *Behme/Zwickgraf*, AG 2015, 841 (854); *Habersack*, in: MüKo AktG, § 100 Rn. 59; *Koch*, in: Koch AktG, § 100 Rn. 20; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, § 1 Rn. 24; *Spindler*, in: BeckOGK AktG, § 100 Rn. 52; differenzierter *Simons*, in: Hölters/Weber AktG, § 100 Rn. 59; unentschlossen insoweit *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 51; *Vedder*, in: GRI-goleit AktG, § 23 Rn. 39.

¹⁹² *Habersack*, in: MüKo AktG, § 100 Rn. 59; *Koch*, in: Koch AktG, § 100 Rn. 20; *Spindler*, in: BeckOGK AktG, § 100 Rn. 52. So auch *Behme/Zwickgraf*, AG 2015, 841 (854). Dagegen *Zetzsche*, der gerade in größeren Familiengesellschaften mit zahlreichen Familienmitgliedern keine Vergleichbarkeit zum Entsenderecht sieht, *Zetzsche*, in: KK-AktG, § 179 Rn. 127.

¹⁹³ *Habersack*, in: MüKo AktG, § 100 Rn. 59; *Simons*, in: Hölters/Weber AktG, § 100 Rn. 59.

fung hinsichtlich der zwingenden und abschließenden Wirkung des Aktiengesetzes erforderlich. Die Zulässigkeit darf daher nicht vorschnell angenommen werden. Letztlich kann nur mit Sicherheit angenommen werden, dass eine Regelungslücke besteht und die mit der Öffnungsklausel versehene Vorschrift nicht abschließend ist. Über die übrigen Vorschriften des Aktiengesetzes wird keine Aussage getroffen.¹⁹⁴

β) Einordnung der Öffnungsklauseln

Diese Argumentation trägt jedoch nur dann, wenn es sich bei der Öffnungsklausel tatsächlich um die gesetzliche Bestimmung einer Regelungslücke und nicht um die Zulassung einer Abweichung handelt. Zwar stellt sich in beiden Fällen die Frage nach der Reichweite des statuarischen Gestaltungsspielraums. Deren Beurteilung ist jedoch nicht zwingend dieselbe.¹⁹⁵ Eine entsprechende Einordnung muss daher unabhängig davon erfolgen, dass eine Öffnungsklausel besteht.¹⁹⁶ Auch dabei bestehen Unterschiede. So ordnet Braunfels beispielsweise die oben als Abweichung bezeichnete Möglichkeit der Vinkulierung von Namensaktien nach § 68 Abs. 2 AktG als ausdrücklich zugelassene Ergänzung ein.¹⁹⁷ Sicherlich spricht generell viel dafür, dass bei einer ausdrücklichen Zulassung eine Abweichung zugelassen wird, da nur in diesem Fall der gesetzlichen Anordnung des § 23 Abs. 5 AktG entsprochen wird. Indessen werden Ergänzungen oftmals vorliegen, wenn Aufzählungen im Gesetz als nicht abschließend erklärt werden, wie es beispielsweise in §§ 119 Abs. 1 oder 121 Abs. 2 AktG der Fall ist.¹⁹⁸ Jedenfalls sind Öffnungsklauseln für Ergänzungen aber selten. Im Regelfall wird es daher dabei bleiben, dass eine Regelungslücke durch Auslegung ermittelt werden muss.

bb. Ergänzende Satzungsbestimmungen

Satzungsbestimmungen sind nur dann zulässig, wenn die gefundene Regelungslücke einen ausfüllungsfähigen Freiraum darstellt. Dabei werden in der Literatur drei verschiedene Schranken der Zulässigkeit von Ergänzungen vorgeschlagen. Zum einen sollen die allgemeinen Gesetze eine Schranke von satzungsmäßigen Ergänzungen bilden.¹⁹⁹ Darüber hinaus gebe es ungeschriebene Prinzipien des

¹⁹⁴ Ähnlich nur *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 111.

¹⁹⁵ Dazu unten Seiten 146 ff.

¹⁹⁶ A.A. *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 183, 244.

¹⁹⁷ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43.

¹⁹⁸ Vgl. auch *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 244.

¹⁹⁹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 154; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

Aktienrechts, welche die Möglichkeit beschränken, satzungsmäßige Ergänzungen vorzusehen.²⁰⁰ Und schließlich findet sich in § 23 Abs. 5 S. 2 AktG eine Schranke für Ergänzungen. Sie sind unzulässig, wenn das Aktiengesetz eine abschließende Regelung bezüglich der Regelungslücke trifft.²⁰¹ Zwar sind diese Beschränkungen auf derselben Stufe zu sehen.²⁰² Da jede für sich genommen aber auf völlig unterschiedlichen Grundsätzen beruht, muss jede dieser Beschränkungen einzeln betrachtet werden.

1) Allgemeine Gesetze

Die benannte Schranke der allgemeinen Gesetze ist eine Begrenzung für die Zulässigkeit satzungsmäßiger Ergänzungen außerhalb des Aktiengesetzes. Damit gemeint sind die für jedermann geltenden Rechtsgrundsätze, die selbstverständlich weder vom Aktiengesetz, noch der Satzung verdrängt werden.²⁰³ Diese Vorschriften statuieren für sich genommen, also ohne Rückgriff auf § 23 Abs. 5 AktG, zwingendes Recht.²⁰⁴ Klassische Beispiele solcher Gesetze sind §§ 134, 138 BGB oder das AGG.²⁰⁵ Als allgemeine Gesetze sind aber auch die Vorschriften zu Schiedsvereinbarungen der §§ 1025 ff. ZPO²⁰⁶ oder die europäischen Verordnungen betreffend den Gerichtsstand²⁰⁷ zu sehen. Es kommt dabei nicht darauf an, dass diese Vorschriften abschließend sind. Denn eines Rückgriffs auf § 23 Abs. 5 S. 2 AktG bedarf es gerade nicht. Vielmehr ist die Frage zu stellen, ob die allgemeinen Vorschriften für sich genommen zwingendes Recht darstellen. Dies ist im

²⁰⁰ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 248. Vgl. auch Koch und Solveen, die anstelle von Prinzipien des Aktiengesetzes „Vorschriften des Aktiengesetzes“ nennen, *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

²⁰¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Gätsch*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 4 Rn. 28; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 165; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 243; *Sailer-Coceani*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 6 Rn. 11; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 31; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 38; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 24.

²⁰² So insbesondere *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167.

²⁰³ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167.

²⁰⁴ BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az. II ZR 123/81, NJW 1982, 1525 (1527); *Henssler*, in: Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht, § 7 MitbestG Rn. 17; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 51.

²⁰⁵ Zu § 138 BGB vgl. *Grunewald*, AG 2013, 813 (817). Zum AGG, vgl. *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169.

²⁰⁶ Dazu unten Seiten 177 ff.

²⁰⁷ Dazu unten Seiten 207 ff.

Einzelfall zu ermitteln und lässt sich aufgrund der unüberschaubaren Menge allgemeiner gesetzlicher Vorschriften nicht pauschal beantworten.

2) Ungeschriebene Prinzipien des Aktiengesetzes

Neben den allgemeinen Gesetzen wird vertreten, auch die ungeschriebenen Prinzipien des Aktiengesetzes schränken die Satzungsautonomie hinsichtlich Ergänzungen ein.²⁰⁸ Gemeint sei damit, dass zwingendes Gesetzesrecht nicht nur aus dem ausdrücklichen Wortlaut der einzelnen gesetzlichen Norm folgen muss, sondern aus einem größeren Regelungszusammenhang, sowie den hinter dem Aktiengesetz in seiner Gesamtheit stehenden gesetzgeberischen Ordnungsvorstellungen und Leitgedanken.²⁰⁹ Obwohl teilweise zusammen abgehandelt,²¹⁰ ist dies von der Frage zu trennen, ob dem Schweigen des Aktiengesetzes Regelungsgehalt zukommt.²¹¹ Es geht vielmehr um die Frage, ob es Grundstrukturen innerhalb des Aktiengesetzes geben kann, die zwingendes Recht verkörpern. Uneinheitlich wird insoweit beurteilt, ob diese Grundprinzipien für sich genommen zwingendes Recht darstellen²¹² oder ob Strukturen des Aktiengesetzes als abschließende Regelung anerkannt werden können und so in Verbindung mit § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zwingend sind.²¹³

a) Beispiele aktienrechtlicher Prinzipien

Unabhängig von der dogmatischen Einordnung der Prinzipien gehört nach verbreiteter Ansicht unter anderem die Kompetenzverteilung unter den Organen der Aktiengesellschaft zu den zwingenden Prinzipien.²¹⁴ Ferner werden die bereits im Rahmen von Abweichungen für zwingend befundenen Bereiche des Aktiengeset-

²⁰⁸ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 248.

²⁰⁹ *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 248.

²¹⁰ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 154; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 248.

²¹¹ Dazu oben Seiten 35 ff.

²¹² So *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167. Wohl auch *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53.

²¹³ *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 248. Wohl auch *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43. Auch *Limmer* scheint diesen Gedanken anzuerkennen, *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53.

²¹⁴ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167. Mit Bezug auf den „Kernbereich“ der Kompetenzen, siehe OLG Braunschweig, Beschluss vom 8. Mai 2023, Az. 2 W 25/23, NZG 2023, 1504 (1506). Zustimmung *Verse*, AG 2023, 578 (582).

zes teilweise als zwingende Grundsätze ohne Bezug zu abschließenden Regelungen gesehen.²¹⁵ Und auch der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien sei ohne Bezug zu einer Norm des Aktiengesetzes und ohne Verweis auf § 23 Abs. 5 AktG ein ungeschriebener zwingender Grundsatz.²¹⁶ Insbesondere Jürgenmeyer²¹⁷ scheint die Prämisse ungeschriebener und zwingender Grundsätze des Aktiengesetzes zu akzeptieren und denkt zum einen die Kapitalmarktfähigkeit der Aktie als einen solchen an. Er lehnt dessen zwingenden Charakter dann aber aus dem Grund ab, dass für die Kapitalmarktfähigkeit die Einführung bestimmter Satzungsklauseln nicht derart zwingende Folgen habe, dass eine Legitimationsgrundlage für die Beschneidung der Satzungsautonomie daraus folge.²¹⁸ Zum anderen erwägt er die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft im Ganzen als ungeschriebenen zwingenden Grundsatz, lehnt diesen aber erneut ab, indem er klarstellt, dass das Aktiengesetz ausreichend Vorschriften bereithalte, um die Funktionsfähigkeit der Aktiengesellschaft zu gewährleisten. Ungeschriebener Grundsätze bedürfe es daher gerade nicht.²¹⁹ Es zeigt sich ein Bild, bei dem eine Vielzahl vermeintlicher Grundsätze ohne gesetzliche Anknüpfung für die über § 23 Abs. 5 AktG hinausgehende Beschränkung der Verbandsautonomie herangezogen werden.

β) Bewertung

Bei einem Blick auf die genannten Grundsätze mag bezweifelt werden, ob es sich bei den benannten Prinzipien tatsächlich um ungeschriebenes Aktienrecht handelt. Diesbezüglich wird teilweise ohnehin gefordert, dass Prinzipien und Leitgedanken zur Begründung zwingenden Rechts nur herangezogen werden dürfen, wenn sie nachweisbar Eingang in konkrete gesetzliche Vorschriften gefunden haben.²²⁰ Dies wird man für alle oben als zwingend benannten Grundätze bejahen können. So sind die Kompetenzen der Organe qua Gesetz dem jeweiligen Organ zugewiesen. Ohne alle Kompetenzen der Organe nennen zu können, erhält der Vorstand seine Leitungs- und Geschäftsführungskompetenz aus den §§ 76 Abs. 1,

²¹⁵ So *Vedder*, in: *Grigoleit AktG*, § 23 Rn. 41.

²¹⁶ *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (224); *Röhrich/Schall*, in: *GroKo AktG*, § 23 Rn. 196. Dies wird auch von der Rechtsprechung vertreten, die diesen Grundsatz im Zusammenhang von § 241 Nr. 3 AktG als Grundprinzip des Aktienrechts ansieht, der die Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen begründen kann, BGH, Urteil vom 20. September 2004, Az. II ZR 288/02, NJW 2004, 3561 (3562). A.A. *Liebscher*, Konzernbildungskontrolle, 387.

²¹⁷ *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112.

²¹⁸ *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (130).

²¹⁹ *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (131 ff.).

²²⁰ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 26 f.; *Röhrich/Schall*, in: *GroKo AktG*, § 23 Rn. 248. In diesem Sinne auch *Arnold*, in: *KK-AktG*, § 23 Rn. 154.

77 Abs. 1 AktG. Der Aufsichtsrat erhält seine Überwachungskompetenzen vorrangig aus § 111 AktG. Der Hauptversammlung werden die Beschlussgegenstände aus § 119 Abs. 1 AktG zugewiesen. Schon an dieser groben Skizzierung der Kompetenzen wird deutlich, dass sie stets gesetzlich angeknüpft werden können. Der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien ist in § 68 AktG verankert, der lediglich eine Vinkulierungsmöglichkeit für Namensaktien vorsieht. Damit ist belegt, dass es sich gerade nicht um ungeschriebene Prinzipien handelt, sondern um Strukturen des Aktiengesetzes, die aus konkreten Normen ableitbar sind.

Wenn man diese Grundsätze entgegen der hier vertretenen Ansicht als ungeschrieben ansehen möchte, sind sie nicht anzuerkennen. Denn gegen die Anerkennung von ungeschriebenen zwingenden Prinzipien des Aktiengesetzes – sofern sie denn existieren – spricht, dass die Verbandsautonomie durch § 23 Abs. 5 AktG in erheblichem Maße eingeschränkt wird. Und schon in dieser Vorschrift kommt durch die Formulierung „es sei denn“ in § 23 Abs. 5 S. 2 AktG der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, abseits von Abweichungen grundsätzlich Privatautonomie zu gewährleisten.²²¹ Diese gesetzgeberische Wertung zeigt, dass abseits von abschließenden Regelungen und allgemeinen Gesetzen kein Raum für weitere Einschränkungen des Satzungsgebers ist. Insoweit gilt dasselbe wie beim Regelungsgehalt des Schweigens des Gesetzes. Und auch unter anderen Gesichtspunkten spricht nichts für die Anerkennung solcher Grundsätze. Denn wie gezeigt können alle Schutzbelange oder Interessen der Betroffenen ausreichend durch die Anwendung der zur Verfügung stehenden Normen berücksichtigt werden.

γ) Berücksichtigung durch gesetzliche Anknüpfung

Folglich bedarf es zur Berücksichtigung der Prinzipien des Aktiengesetzes keiner ungeschriebenen Grundsätze. Das Aktiengesetz ist insoweit jeweils ausführlich genug, um durch Anwendung der geschriebenen Regelungen identische Ergebnisse zu erzielen. Die Wertungen des Aktiengesetzes können somit gleichermaßen berücksichtigt werden. Ungeschriebene Grundsätze sind daher zwar nicht als von sich aus zwingend anzuerkennen. Dessen bedarf es aber ohnehin nicht. Denn die vorgeschlagenen Grundsätze lassen sich jeweils gesetzlich anknüpfen und stellen daher im Ergebnis gerade keine ungeschriebenen Prinzipien dar.

²²¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 161; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

3) Problem der abschließenden Regelung

Die sicher weitreichendste Schranke für satzungsmäßige Ergänzungen bildet diejenige der abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes. Gleichzeitig ist sie jedoch die Grenze, deren Bestimmung die größten Probleme bereitet. Eine einheitliche Herangehensweise zur Bestimmung der abschließenden Regelung hat sich bisher nicht herausgebildet.

Dies wird zum einen daran liegen, dass die Anzahl denkbarer Satzungsbestimmungen nicht endlich ist. Dementsprechend muss jede Satzungsbestimmung hinsichtlich ihrer konkreten Auswirkungen beleuchtet werden. Selbst wenn daher verschiedene Satzungsbestimmungen in dieselbe Regelungslücke fallen und denselben Regelungsgegenstand haben, kann ihre Zulässigkeit uneinheitlich beurteilt werden – je nachdem wie umfassend sie formuliert sind und welche weiteren Regelungskomplexe des Aktiengesetzes sie berühren. Auf Seiten der Satzung ist die Schaffung eines einheitlichen Bildes daher ausgeschlossen.

Zum anderen ist auf Seiten des Gesetzes eine Untersuchung im konkreten Einzelfall im Lichte jedweder möglichen Ausstrahlungswirkung beliebiger Vorschriften des Aktiengesetzes erforderlich.²²² Je weitreichender eine Satzungsbestimmung dabei formuliert ist, desto wahrscheinlicher wird es, dass sie nicht nur eine einzelne, sondern gleich mehrere Vorschriften ergänzt. Deshalb stellt sich die Frage nach der Reichweite möglicherweise entgegenstehender weiterer Regelungen des Aktiengesetzes.²²³ Dabei muss beachtet werden, dass eine Satzungsklausel nur solange ergänzenden Charakter hat, wie angrenzende Regelungskomplexe, von denen abgewichen werden kann oder die sich als abschließend verstehen, nicht konterkariert werden.²²⁴ Die Reichweite einer Ergänzung muss daher im Lichte der Auslegung anderer Vorschriften und dem Zusammenspiel mit weiteren gesetzlich angeknüpften Grundsätzen des Aktiengesetzes gesehen werden und darf nicht als ein Konstrukt zwischen einer Satzungsklausel und einer einzelnen Norm des Aktiengesetzes verstanden werden.

Die Komplexität der Frage nach der Zulassung von Ergänzungen ergibt sich somit daraus, dass die gesetzlichen Regelungen umfassend ausgelegt werden müssen, um festzustellen, auf welche gesetzlichen Vorschriften die Satzungsregelung Einfluss nimmt. Jede Satzungsregelung ist dabei anhand des gesamten Aktiengesetzes als Regelungskomplex zu überprüfen. Des Öfteren stellt sich daher nicht die

²²² *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 25; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

²²³ *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

²²⁴ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 247.

Frage, ob eine, sondern ob gleich mehrere Normen des Aktiengesetzes abschließend sind. Wann das der Fall ist, kann bisher nicht einheitlich beantwortet werden. Denn eine Definition des Begriffes abschließende Regelung existiert nicht. Neben den oben dargestellten Begrifflichkeiten ist die Kernfrage zum Thema „Die Zulässigkeit von Ergänzungen zum Aktiengesetz in der Satzung“, die es zu klären gilt: Wann liegt eine abschließende Regelung des Aktiengesetzes vor?

C. Zusammenfassung der Definitionen

Die für diese Arbeit entscheidenden Begrifflichkeiten lassen sich zusammenfassend und vereinfacht wie folgt definieren. Die Satzung als Gesellschaftsvertrag für den im Rahmen der Satzungsstrenge relevanten Bereich sind alle materiellen Satzungsbestimmungen. Satzungsstrenge meint die Anordnung des § 23 Abs. 5 AktG. Das Gesetz im Sinne dieser Vorschrift ist nur das Aktiengesetz. Neben den notwendigen gesetzesausfüllenden Satzungsbestimmungen lassen sich Satzungsbestimmungen in Abweichungen und Ergänzungen unterteilen. Abweichungen liegen vor, wenn die gesetzliche Regelung durch eine Satzungsklausel ersetzt wurde. Diese sind nur zulässig, wenn sie ausdrücklich durch Benennung im Wortlaut der Norm des Aktiengesetzes zugelassen sind. Eine Ergänzung liegt vor, wenn das Gesetz eine der Satzungsbestimmung entsprechende Regelung nicht enthält oder eine gesetzliche Regelung durch die Satzungsbestimmung dem Gedanken nach weitergeführt wird, im Grundsatz jedoch unberührt bleibt. Erforderlich ist damit, dass eine Regelungslücke besteht, die entweder ausdrücklich benannt werden kann oder durch jedwedes Schweigen des Gesetzes markiert wird. Grenzen solcher Ergänzungen werden zum einen durch die allgemeinen Gesetze und zum anderen durch die abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes bestimmt. Wann eine abschließende Regelung vorliegt, wird bisher nicht einheitlich beurteilt und muss daher noch definiert werden.

§ 3 Ausgangslage

Von den Begrifflichkeiten, die § 23 Abs. 5 AktG verwendet, ist – wie die obigen Ausführungen bereits andeuten – keiner derart unbestimmt geblieben wie der Begriff der abschließenden Regelung. Dies mag daran liegen, dass es nahezu keine gerichtlichen Entscheidungen zur abschließenden Regelung gab, die eine Diskussion hätten ankurbeln können. Dennoch verwundert es, dass in über 55 Jahren Satzungsstrenge eine Definition des Begriffes abschließende Regelung nicht erarbeitet wurde. Dies wäre erforderlich, um das tatsächlich Ausmaß der die Privatautonomie beschränkenden Wirkung bestimmen zu können. Vielfach wurde vorrangig die Frage gestellt, ob das Aktiengesetz zwingend ist und daraus abgeleitet, eine Bestimmung des Aktiengesetzes sei dementsprechend abschließend. Welche Bedeutung die Aussage des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG dabei spielt und wie dies Eingang in die Literatur gefunden hat, soll im Folgenden beleuchtet werden.

A. Allgemeiner Befund

Betrachtet man Rechtsprechung und Literatur zum Begriff der abschließenden Regelung überblicksartig, fällt zunächst auf, dass abgesehen von einzelnen wenigen Gerichtsentscheidungen Stellungnahmen der Gerichte zur abschließenden Regelung nahezu überhaupt nicht existieren.²²⁵ Dies ist schon deshalb erstaunlich, weil der Grundsatz der Satzungsstrenge seit nunmehr über einem halben Jahrhundert existiert. Nur wenige Entscheidungen kommen auf den Begriff der abschließenden Regelung überhaupt zu sprechen, schließen aber vorrangig aus dem zwingenden Charakter einer Vorschrift, dass eine abschließende Regelung vorliegen müsse. Eine Definition der abschließenden Regelung wird nicht angeboten.²²⁶ Vereinzelt

²²⁵ Siehe nur BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az. II ZR 123/81, NJW 1982, 1525; OLG Braunschweig, Beschluss vom 8. Mai 2023, Az. 2 W 25/23, NZG 2023, 1504; OLG Braunschweig, Beschluss vom 27. August 2013, Az. 2 W 142/12, BeckRS 2014, 20216 Rn. 21; OLG Hamburg, Beschluss vom 07. Mai 1993, Az. 2 Wx 55/91, AG 1993, 384; OLG Stuttgart, Beschluss vom 28. Mai 1990, Az. 8 W 203/90, AG 1991, 69; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Oktober 1973, Az. U 131/72, AG 1974, 51.

²²⁶ BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az. II ZR 123/81, NJW 1982, 1525; OLG Braunschweig, Beschluss vom 27. August 2013, Az. 2 W 142/12, BeckRS 2014, 20216 Rn. 21; OLG Hamburg, Beschluss vom 07. Mai 1993, Az. 2 Wx 55/91, AG 1993, 384; OLG Stuttgart, Beschluss vom 28. Mai 1990, Az. 8 W 203/90, AG 1991, 69; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Oktober 1973, Az. U 131/72, AG 1974, 51.

argumentiert die Judikatur zudem mit der Satzungsstrenge, ohne dabei eine genaue Zitierung der Varianten des § 23 Abs. 5 AktG vorzunehmen.²²⁷ Am häufigsten erscheinen jedoch gerade in der höchstinstanzlichen Rechtsprechung Entscheidungen, die sich zwar mit der Wirksamkeit von Satzungsbestimmungen befassen, in denen die Satzungsstrenge aber keine Rolle spielt. Zwingendes Aktienrecht wird stattdessen aus anderen Grundsätzen hergeleitet.²²⁸

Auch in der Literatur existiert kein umfassendes Meinungsbild, das sich mit einer Definition der abschließenden Regelung befasst. Vielmehr ist der Meinungsstand zum Begriff der abschließenden Regelung aus den Stellungnahmen zur Zulässigkeit einzelner Satzungsbestimmungen zu entnehmen. Daraus ergibt sich das folgende Bild.

B. Anerkannte Aspekte zur Bestimmung der abschließenden Regelung

Es besteht Einigkeit über Teilaspekte bei der Bestimmung von abschließenden Regelungen, die auch hier nicht in Abrede gestellt werden sollen. Sie zielen jedoch weniger auf eine Definition der abschließenden Regelung ab und geben nur eingeschränkt Auskunft darüber, ob eine solche tatsächlich vorliegt.

I. Gesetzliche Zulassung

Der erste Aspekt befasst sich mit dem eher seltenen Ausnahmefall, dass nicht eine Abweichung, sondern eine Ergänzung zum Aktiengesetz ausdrücklich zugelassen ist. Sofern eine ausdrückliche gesetzliche Zulassung vorliegt, ist eine wie auch immer geartete Satzungsbestimmung zulässig.²²⁹ Dabei kann entscheidend sein, wie genau das Gesetz selber den zulässigen Regelungsfreiraum festlegt.²³⁰ Da aber im Rahmen von Ergänzungen oftmals nicht nur eine einzige in Frage stehende Norm auf ihren abschließenden Charakter hin überprüft werden muss, ist

²²⁷ BGH, Urteil vom 08. Februar 2010, Az. II ZR 94/08, NZG 2010, 423; KG Berlin, Urteil vom 31. Januar 1996, Az. 23 U 3989/94, AG 1996, 421; LG Frankfurt, Urteil vom 28. November 2006, Az. 3-5 O 93/06, ZIP 2007, 1861.

²²⁸ BGH, Urteil vom 20. September 2004, Az. II ZR 288/02, NJW 2004, 3561; Urteil vom 08. November 1993, Az. II ZR 26/93, NJW 1994, 320; Urteil vom 11. Oktober 1993, Az. II ZR 155/92, NJW 1994, 51; Urteil vom 05. Juni 1975, Az. II ZR 156/73, NJW 1975, 1412; BayOLG, Beschluss vom 24. November 1988, Az. BReg 3 Z 111/88, NJW-RR 1989, 687; LG München, Beschluss vom 27. Februar 2017, Az. 5 HK O 14748/16, AG 2917, 591.

²²⁹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 244; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

²³⁰ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 247.

auch der Erkenntnisgewinn aus der Feststellung ausdrücklicher Zulassungen begrenzt.

II. Begründungserfordernis

Ein weiterer Aspekt bei der Bestimmung von abschließenden Regelungen, über den Einigkeit besteht, ist die Aussage der gesetzgeberischen Formulierung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG. So stellt die Formulierung „es sei denn“ keine Beweislastregel dar.²³¹ Sie hat die Bedeutung, dass eine Regelung des Aktiengesetzes im Zweifel nicht abschließend ist. Der abschließende Charakter von Bestimmungen des Aktiengesetzes ist somit positiv zu begründen.²³² Die abschließende Wirkung einer gesetzlichen Vorschrift bildet daher den Ausnahmefall.²³³ Es handelt sich insoweit um eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt.²³⁴ Dieses Regel-Ausnahmeverhältnis entbindet indessen nicht von einer umfassenden Prüfung des Gesetzes mit Blick auf seine abschließende Wirkung.²³⁵ Sie macht lediglich deutlich, dass der Gesetzgeber grundsätzlich im Bereich von Ergänzungen der Gestaltungsfreiheit mehr Raum lassen wollte. Wegen des dennoch bestehenden Prüfungserfordernisses ist der Erkenntnisgewinn wiederum gering. Denn selbst wenn im Zweifel die Zulässigkeit einer Satzungsbestimmung angenommen werden kann, ist eine Auseinandersetzung mit dem Gesetz und dessen abschließender Wirkung unumgänglich. Die hier besprochene Maßgabe kann daher nur dann greifen, wenn eine Prüfung des Gesetzes vollständig unergiebig geblieben ist. Dies ist nur schwer vorstellbar. Es bleibt daher dabei, dass eine Definition des Begriffes „abschließende Regelung“ notwendig erscheint.

C. Meinungsstand

Eine allgemein verwendete Definition, im Sinne von „eine abschließende Regelung liegt vor, wenn ...“, die in jedem Fall der Prüfung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zur Anwendung kommen kann, wurde bisher nicht versucht. Deshalb ist auch der folgende Meinungsstand in weiten Teilen nicht als Meinung und Gegenmeinung zu

²³¹ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245.

²³² *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 64; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 165; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57.

²³³ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 165; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

²³⁴ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 64.

²³⁵ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45.

verstehen. Stattdessen gibt es verschiedene Ansätze zu der Frage, wann eine abschließende Regelung vorliegt, ohne dass dabei ausgeschlossen wäre, dass auch aus anderen Gründen eine Vorschrift des Aktiengesetzes abschließend sein könnte. Was folgt, ist somit in erster Linie eine Sammlung von in der Literatur vertretenen Herangehensweisen zur Bestimmung einer abschließenden Regelung und Aspekte, die eine Regelung abschließend machen können.

Problematisch an diesem Meinungsstand ist zudem, dass zumeist nur argumentiert wird, ob zwingendes Aktienrecht vorliegt. Auf den Tatbestand des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG wird häufig ebenso wenig eingegangen wie auf den Begriff der abschließenden Regelung. So bemerkte schon Bendfeld, dass die Anwendung des § 23 Abs. 5 AktG häufig ungenau erfolgt und ein Satz der Vorschrift meist nicht zitiert wird.²³⁶ Dabei kommt es sogar vor, dass die Satzungsstrenge bei der Bestimmung von zwingendem Aktienrecht überhaupt keine Erwähnung findet. Da im Rahmen von Ergänzungen zwingendes Aktienrecht aber nur dann vorliegen kann, wenn eine Regelung des Aktiengesetzes abschließende Wirkung hat, sind die Ansätze der Literatur für zwingendes Recht Teil des Meinungsspektrums für das Vorliegen einer abschließenden Regelung.

I. Einzelfallbestimmung

Die wohl vorherrschende Meinung ist, dass die Bestimmung einer abschließenden Regelung nur im Rahmen einer Einzelfallbestimmung erfolgen könne.²³⁷ Dabei werden regelmäßig keine Kriterien genannt, an denen sich diese Einzelfallbestimmung orientieren könnte. Stattdessen finden sich in der Kommentarliteratur beispielhafte Aufzählungen verschiedener Satzungsbestimmungen. Folgende Einzelfälle werden benannt.

Satzungsbestimmungen, die überwiegend jedenfalls unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen dem Grunde nach für zulässig befunden werden, sind Gerichtsstandsklauseln,²³⁸ Schiedsklauseln abseits ausdrücklich bestimmter Fälle der

²³⁶ Bendfeld, Satzungsstrenge, 86, 88.

²³⁷ Bendfeld, Satzungsstrenge, 63; Fritzsche, WM 1984, 1243 (1244); Limmer, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 165; Petrikowski, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 25; Seibt, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; Vetter, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 24.

²³⁸ Arnold, in: KK-AktG, § 23 Rn. 156; Braunfels, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; Koch, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; König, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 43; Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; Pühler, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; Röhrich/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; Seibt, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; Vedder, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 39.

staatlichen Gerichtsbarkeit,²³⁹ Bestimmungen hinsichtlich der Veröffentlichung des Geschäftsberichts,²⁴⁰ der Erweiterung des Auskunftsrechts der Aktionäre,²⁴¹ der Aufstellung persönlicher Voraussetzungen für Vorstandsmitglieder,²⁴² der Einrichtung der Funktion eines Vorstandspräfers,²⁴³ der Schaffung fakultativer Gremien,²⁴⁴ der Bestellung eines Ehrenvorsitzenden des Aufsichtsrates,²⁴⁵ sowie der Befugnis des Aufsichtsrates zur Fassungsänderung der Satzung.²⁴⁶ Überwiegend

²³⁹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 156; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 39.

²⁴⁰ *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57.

²⁴¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 156; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 39.

²⁴² Grundsätzlich zulässig nach *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 155; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 31. Ohne Stellungnahme *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 40.

²⁴³ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 39.

²⁴⁴ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 155; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Fleischer/Maas*, AG 2020, 761 (770); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 39.

²⁴⁵ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 156; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246.

²⁴⁶ Grundsätzlich zulässig nach *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 31. Ohne Stellungnahme *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 40.

abgelehnt werden Satzungsbestimmungen, die eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes,²⁴⁷ die Statuierung eines Wettbewerbsverbotes²⁴⁸ oder die Veröffentlichung eines Abhängigkeitsberichts²⁴⁹ vorsehen.

Uneinheitlich beurteilt in Bezug auf ihre Zulässigkeit werden beispielsweise Satzungsbestimmungen zur Beschränkung der Person des Stimmrechtsvertreters in der Hauptversammlung²⁵⁰ oder zu Beschränkungen der Übertragbarkeit der Aktien abseits von § 68 Abs. 2 AktG.²⁵¹ Nach einer Entscheidung des OLG Braunschweig²⁵² wurde zuletzt prominenter diskutiert, ob die Satzung einer AG den Vorstand dazu verpflichten kann, in der nichtfinanziellen Berichterstattung (§§ 289b, 315b HGB) offenzulegen, welche auf das Thema Klimawandel bezogenen Lobbyaktivitäten die Konzerngesellschaften verfolgen und inwiefern diese Aktivitäten der Verringerung von Risiken aus dem Klimawandel dienen und wie sie zur Erfüllung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens beitragen.²⁵³

Beispiele für abschließende oder nicht abschließende gesetzliche Regelungen werden nur vereinzelt genannt. Namentlich §§ 241, 275 und 130 Abs. 4 S. 1 AktG²⁵⁴ sowie § 107 Abs. 3 S. 1 AktG²⁵⁵ seien abschließend. In Bezug auf die

²⁴⁷ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 155; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Zetzsche*, in: KK-AktG, § 179 Rn. 129. A.A. *Sailer-Coceani*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 6 Rn. 11.

²⁴⁸ *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10.

²⁴⁹ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10.

²⁵⁰ Grundsätzlich zulässig nach *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57. Grundsätzlich unzulässig nach *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10, 1.04 Rn. 19.2; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 134 Rn. 58. Ohne Stellungnahme *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 40. Vgl. aber *Koch*, in: Koch AktG, § 134 Rn. 25; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246. Hier wird richtigerweise angenommen, die Unzulässigkeit derartiger Satzungsbestimmungen stünde aufgrund von Art. 10 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 1 der Aktionärsrechterichtlinie (Richtlinie 2007/36/EG geändert durch Richtlinie (EU) 2017/828) inzwischen fest. Der entsprechende Meinungsstreit hat sich somit erledigt. Eine Satzungsbestimmung zu Anforderungen des Stimmrechtsvertreters ist unzulässig. Zum damaligen Meinungsstand vgl. *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 80.

²⁵¹ Grundsätzlich zulässig nach *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57. Zum ausführlichen Meinungsstand siehe unten Seiten 233 ff.

²⁵² OLG Braunschweig, Beschluss vom 8. Mai 2023, Az. 2 W 25/23, NZG 2023, 1504.

²⁵³ Siehe *Fest*, AG 2024, 269 (274); *Fuhrmann/Röseler*, AG 2022, R153, (R154); *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 9/2023 Anm. 6; *Klöhn*, NZG 2023, 645 (648 ff.); *Reichert/Groh*, NZG 2023, 1500 (1502); *Verse*, AG 2023, 578 (580 ff.). Rechtspolitisch dazu *Fleischer/Hülse*, DB 2023, 44.

²⁵⁴ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41.

²⁵⁵ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38.

soeben benannte Satzungsbestimmung zur Stimmrechtsvertretung wird inzwischen § 134 Abs. 3 AktG allgemein als abschließende Regelung benannt.²⁵⁶ Eine Begründung zur Einordnung dieser Einzelfälle findet jedoch regelmäßig nicht oder nur sporadisch statt.

II. Auslegung

Weit verbreitet ist die Ansicht, dass die Frage, ob eine abschließende Regelung des Aktiengesetzes vorliegt, im Wege der Auslegung zu beantworten sei.²⁵⁷ Dabei sei weniger entscheidend, ob sich eine Regelung insgesamt als abschließend verstehe, sondern inwieweit sie sich abschließende Geltung beimessen wolle.²⁵⁸ Unterschiede bestehen in Bezug darauf, welche Vorschriften Gegenstand der Auslegung sind. Wenn es darum geht, an welchem Maßstab eine Auslegung vorzunehmen ist und welche Auslegungsmethoden anzuwenden sind, ergänzen sich die verschiedenen Ansätze.

1. Gegenstand der Auslegung

Weit überwiegend wird angenommen, der Gegenstand der Auslegung seien die von der Satzungsbestimmung betroffenen Vorschriften, das heißt die Vorschriften, die durch die Satzungsbestimmung ergänzt werden.²⁵⁹ Dadurch beschränke sich die Auslegung nicht auf eine einzelne Norm. Vielmehr seien alle unmittelbar oder mittelbar betroffenen und damit ergänzten Vorschriften sowie das gesamte Normenstruktursystem zu analysieren, um die abschließende Wirkung festzustellen.²⁶⁰ Daraus ergebe sich auch, dass die äußere Schranke für Satzungsbestimmungen dadurch gezogen werde, dass sie nicht in Widerspruch zu anderen Vorschriften des Aktiengesetzes stehen dürften, wodurch sie wiederum vorrangig als

²⁵⁶ Koch, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; Röhricht/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246.

²⁵⁷ Arnold, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; Bendfeld, Satzungsstrenge, 63; Koch, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 165; Petrikowski, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 25; Pühler, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; Röhricht/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245; Seibt, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; Solveen, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 31; Zetzsche, in: KK-AktG, § 179 Rn. 121.

²⁵⁸ Röhricht/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 247.

²⁵⁹ Siehe Grunewald, AG 2013, 813 (815 f.); Kuntz, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 603 ff.; Schröder, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 134 ff.; Seibt, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; Werner, AG 1971, 69 (70).

²⁶⁰ Jürgenmeyer, ZGR 2007, 112 (124); Limmer, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; Petrikowski, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 25; Röhricht/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245.

Abweichung zum Gesetz zu klassifizieren seien.²⁶¹ Werde dabei deutlich, dass die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen zur Thematik keinen Raum für zusätzliche Regelungen lassen wollen, seien die Satzungsgeber zu einer privatautonomen Ergänzung nicht befugt.²⁶²

Bei der Auslegung müssten die benachbarten Vorschriften, die kraft Sachzusammenhangs eine Auswirkung auf die ergänzten Vorschriften haben, bei der Beurteilung herangezogen werden.²⁶³ Die Prüfungskriterien entsprächen dabei denen für Abweichungen nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG.²⁶⁴ Erst wenn alle Auslegungsmethoden zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt haben, sei es zulässig, auf die Begründungsbedürftigkeit der abschließenden Wirkung abzustellen und deshalb im Zweifel die Zulässigkeit einer Satzungsbestimmung anzunehmen.²⁶⁵

Ein Unterfall der Auslegung der ergänzten Vorschrift liegt vor, wenn eine der ergänzten Vorschriften eine Öffnungsklausel hinsichtlich der zu prüfenden Satzungsbestimmungen enthält. Hier wird angenommen, die Öffnungsklausel könne hinsichtlich ihrer Reichweite ausgelegt werden.²⁶⁶ Dabei könne insbesondere historisch mit der Intention des Gesetzgebers bei Einführung der entsprechenden Öffnungsklausel argumentiert werden.²⁶⁷ In dem entgegengesetzten Fall, dass keine Öffnungsklausel hinsichtlich einer Ergänzung existiert, wurde bereits vertreten, dass das Fehlen einer Öffnungsklausel gegen die Zulässigkeit von Ergänzungen und für das Vorliegen einer abschließenden Wirkung spreche.²⁶⁸ Dem wird entgegengehalten, dass ausdrückliche Zulassungen gerade nur im Rahmen von Abweichungen gesetzlich gefordert würden, weshalb deren Fehlen nicht als Kriterium für die Bestimmung einer abschließenden Regelung herangezogen werden dürfe.²⁶⁹

²⁶¹ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 247. Dieser Aspekt wird jedoch regelmäßig schon bei der vorgelagerten Prüfung, ob eine Ergänzung oder eine Abweichung vorliegt, Berücksichtigung finden.

²⁶² *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53.

²⁶³ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 247.

²⁶⁴ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 247.

²⁶⁵ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43.

²⁶⁶ So bei *Timm*, DB 1980, 1201 (1204).

²⁶⁷ *Timm*, DB 1980, 1201 (1204).

²⁶⁸ OLG Stuttgart, Beschluss vom 28. Mai 1990, Az. 8 W 203/90, AG 1991, 69 (69). Zustimmend OLG Braunschweig, Beschluss vom 27. August 2013, Az. 2 W 142/12, BeckRS 2014, 20216 Rn. 21.

²⁶⁹ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 86 f.; *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (323).

Eher vereinzelt finden sich Autoren, die bei der Auslegung ergänzend auf den Zweck der Satzungsstrenge abstellen, und damit eine Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG vornehmen.²⁷⁰ Dabei wird allerdings nicht die Frage gestellt, was „abschließend“ im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG meint. Stattdessen wird mittels § 23 Abs. 5 AktG auf den zwingenden Charakter der ergänzten Vorschrift geschlossen.²⁷¹ Dass der Zweck der Satzungsstrenge unter anderem darin liege, das Aktiengesetz zu zwingendem Recht zu machen, könne jedoch nicht als Kriterium bei der Auslegung herangezogen werden. Denn es gebe durchaus Gestaltungsmöglichkeiten in der Satzung, die es gerade auszuloten gelte.²⁷² Für die Auslegung relevant sei hingegen der Zweck der Satzungsstrenge, die Fungibilität der Aktie zu sichern.²⁷³ Die Standardisierungsfunktion der Satzungsstrenge mit Blick auf den Anleger- und Minderheitenschutz könne ebenfalls als Argument herangezogen werden. Satzungsbestimmungen seien deshalb unzulässig, wenn die Satzung etwas vorsehe, was anders als das Gesetz und nachteilig für den Anleger sei.²⁷⁴

2. Auslegungsmethoden

Anders als bei der Auslegung der ausdrücklichen Zulassung von Abweichungen, die durch die Wortlautauslegung begrenzt wird, stellen die meisten Autoren im Rahmen von Ergänzungen schlicht auf das Erfordernis einer Auslegung der ergänzten Vorschriften ab. Diese Auslegung müsse sich vorrangig und maßgeblich am Sinn und Zweck der Vorschrift orientieren.²⁷⁵ Letztlich könne aber auf alle nach allgemeinem Recht für zulässig erachtete Auslegungskriterien zurückgegriffen werden, da eine Beschränkung wie unter § 23 Abs. 5 S. 1 AktG auf den Wortlaut nicht bestehe.²⁷⁶ Dies schließe eine grammatikalische Auslegung umgekehrt nicht

²⁷⁰ So bei *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (225); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 204, 212.

²⁷¹ *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (225); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 204 f. Schröder stellt sogar die Behauptung auf, selbst eine Unterscheidung zwischen § 23 Abs. 5 S. 1 AktG und § 23 Abs. 5 S. 2 AktG sei nicht erforderlich, da es letztlich nur um die Frage gehe, ob zwingendes Recht vorliege, *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 134.

²⁷² *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (123).

²⁷³ *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (225).

²⁷⁴ *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 204, 212.

²⁷⁵ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (74); *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 165; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 24; *Wachter*, in: Wachter AktG, § 23 Rn. 63; *Zetzsche*, in: KK-AktG, § 179 Rn. 121.

²⁷⁶ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 63; *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (124); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245; *Timm*, DB 1980, 1201 (1204); *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41. Vgl.

aus,²⁷⁷ wobei aber dem Fehlen einer Öffnungsklausel keine Bedeutung beigemessen werde dürfe, da diese gerade nur bei Abweichungen gefordert werde.²⁷⁸

Als systematisches Argument könne nutzbar gemacht werden, dass der Gesetzgeber in einem ähnlichen Fall wie dem der ergänzenden Satzungsbestimmung eine gesetzliche Öffnungsklausel eingeführt habe. Denn daraus könne man ableiten, dass sich der Gesetzgeber der Möglichkeit von Satzungsbestimmungen in diesem Regelungszusammenhang zwar bewusst gewesen sei, davon aber im zu prüfenden Fall abgesehen habe.²⁷⁹

Auch die historische Auslegung der ergänzten Vorschrift sei in Betracht zu ziehen. Schwierig und unter Umständen unergiebig sei sie jedoch namentlich dann, wenn die ergänzte Vorschrift vor der Satzungsstrenge eingeführt wurde und die Möglichkeit ihrer Ergänzung bei der Entstehung nicht thematisiert wurde.²⁸⁰ Nicht ausgeschlossen sei indessen, dass schon bei der Gesetzesentstehung vor der Einführung der Satzungsstrenge über den zwingenden Charakter einer Norm entschieden wurde. Denn die Einführung der Satzungsstrenge sei klarstellenden Charakters gewesen und habe die Gesetzesanwendung in Bezug auf zwingendes Recht nicht ändern sollen.²⁸¹

Bei der Auslegung nach Sinn und Zweck der – zumeist ergänzten – Vorschriften, wird unabhängig von der in der Diskussion stehenden Satzungsbestimmung auf die jeweiligen Schutzzwecke der Normen abgestellt.²⁸² Ähnlich wie bei der Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG ist der Aktionärsschutz oftmals das Kernargument.²⁸³ Dabei komme es insbesondere darauf an, inwieweit die Aktionäre und ihre Rechte betroffen seien.²⁸⁴ Die Minderung der Aktionärsrechte sei nicht ohne gesetzliche

auch *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 134 ff.

²⁷⁷ Eine solche nehmen unter anderem vor: *Grunewald*, AG 2013, 813 (815); *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (323); *Werner*, AG 1971, 69 (70).

²⁷⁸ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 86 f.; *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (323).

²⁷⁹ *Werner*, AG 1971, 69 (70). Ähnlich OLG Stuttgart, Beschluss vom 28. Mai 1990, Az. 8 W 203/90, AG 1991, 69 (69); OLG Braunschweig, Beschluss vom 27. August 2013, Az. 2 W 142/12, BeckRS 2014, 20216 Rn. 21.

²⁸⁰ *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (323). Ähnlich *Lutter*, ZIP 1984, 645 (647).

²⁸¹ Vgl. *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (83).

²⁸² Vgl. *Giedinghagen*, AG 2017, R243 (R244); *Grunewald*, AG 2013, 813 (816); *Werner*, AG 1971, 69 (70).

²⁸³ So beispielsweise bei *Giedinghagen*, AG 2017, R243 (R244); *Werner*, AG 1971, 69 (70).

²⁸⁴ *Werner*, AG 1971, 69 (70).

Ermächtigung möglich. Dies gelte umso mehr, wenn ein anderes Organ zur Beschränkung der Aktionärsrechte erst ermächtigt würde, da hier der Eingriff dadurch intensiver werde, dass die tatsächliche Rechtsminderung nicht von dem betroffenen Organ entschieden werde.²⁸⁵ Aber auch der Gläubigerschutz spielt insoweit eine Rolle, als er dazu führen könne, dass Vorschriften als zwingend eingeordnet werden.²⁸⁶

Sofern eine Auslegung der Satzungsstrenge selbst vorgenommen wird, findet sich ebenfalls keine Beschränkung auf bestimmte Auslegungsmethoden oder Kriterien. Erneut steht der Zweck des § 23 Abs. 5 AktG im Vordergrund. Namentlich die Verkehrsfähigkeit der Aktie und die Auswirkungen der ergänzenden Satzungsbestimmung hierauf werden als Argument nutzbar gemacht.²⁸⁷ Namentlich Hommelhoff stellt bei der Auslegung allgemeine Erwägungen zur Satzung an und geht davon aus, dass eine Einschränkung der Wahlfreiheiten der Aktionäre durch die Satzung im Sinne einer vorweggenommenen Selbstbindung eher möglich sein müsse als die vorweggenommene Fremdbindung der anderen Organe. Einen direkten Bezug zu der Terminologie des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG stellt er jedoch nicht dar.²⁸⁸ Auch Hirte legt die Satzungsstrenge unter konkretem Bezug auf § 23 Abs. 5 AktG aus, um die Reichweite zwingenden Rechts zu bestimmen. Er nimmt jedoch an, dass die Vorschrift nahezu ausschließlich dem Anlegerschutz diene. Deshalb statuiere die Satzungsstrenge nur einen Mindeststandard für die Aktionäre, der durch die Satzung jederzeit aufgehoben werden könne.²⁸⁹

III. Prinzipien des Aktiengesetzes

Neben der allgemeinen Auslegung der betroffenen Vorschriften soll sich der abschließende Charakter einer Norm aus verschiedenen Prinzipien des Aktiengesetzes ergeben können.²⁹⁰ Damit ist nicht gemeint, dass ungeschriebene Prinzipien des Aktiengesetzes für sich genommen eine abschließende Regelung darstellen.²⁹¹ Die Vertreter dieses Ansatzes nehmen vielmehr an, dass es der einzelnen Vorschrift übergeordnete Leitgedanken des Aktiengesetzes gebe, die derart

²⁸⁵ *Werner*, AG 1971, 69 (70).

²⁸⁶ So bei *Grunewald*, AG 2013, 813 (816).

²⁸⁷ *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (323).

²⁸⁸ *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (323).

²⁸⁹ *Hirte*, in: *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht* 1998, 61 (86).

²⁹⁰ *Braunfels*, in: *Heidel Aktienrecht*, § 23 AktG Rn. 43; *König*, in: *Bürgers/Lieder AktG*, § 23 Rn. 45; *Limmer*, in: *BeckOGK AktG*, § 23 Rn. 53; *Pühler*, in: *Happ Aktienrecht*, 1.01 Rn. 1.9.

²⁹¹ Dies wäre unzulässig, dazu oben Seiten 36 ff.

grundsätzlich sind, dass sie stets Beachtung bei der Bestimmung zwingenden Rechts finden müssten.²⁹² Der abschließende Charakter einer Vorschrift wird folglich aus einem größeren Regelungszusammenhang des Aktiengesetzes in seiner Gesamtheit und den gesetzgeberischen Ordnungsvorstellungen und Leitgedanken abgeleitet. Prinzipien des Aktiengesetzes müssten allerdings in den gesetzlichen Vorschriften Niederschlag gefunden haben und könnten dann als hinter der konkreten Regelung stehende gesetzgeberische Leit- oder Ordnungsgedanken im Rahmen der Auslegung des geschriebenen Gesetzesrechts nutzbar gemacht werden. Sie seien insoweit Ausdruck des gesetzgeberischen, unvollkommen zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers.²⁹³ Erforderlich sei dementsprechend eine Gesamtanalyse des Normenstruktursystems.²⁹⁴

Unter die grundsätzlichen Regelungsbereiche des Aktiengesetzes fasst Vedder die bereits im Rahmen von Abweichungen als zwingend dargestellten Regelungsbereiche.²⁹⁵ Die Zusammensetzung der Organe und ihre innere Organisation einschließlich der Arbeitnehmerbeteiligung seien ebenso wie die gesetzlichen Minderheitsrechte zwingend.²⁹⁶ Insoweit werden breite Oberbegriffe genannt, denen zahlreiche Vorschriften des Aktiengesetzes zugeordnet werden können, sodass ein gesetzlicher Niederschlag vorliegt. Es wird dabei ein Bogen zwischen der abschließenden Regelung und zugelassenen Abweichungen gespannt, indem angenommen wird, dass bei der Bestimmung von abschließenden Regelungen dieselben Maßstäbe gelten, die auch bei der Zulässigkeit von Abweichungen heranzuziehen seien.²⁹⁷ Deshalb gelten die Ausführungen jener Autoren, die die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung im Rahmen von Abweichungen pauschal als

²⁹² *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.09. Zum Teil werden diese geschriebenen Grundsätze ohne Nennung der Vorschriften als zwingendes Recht bezeichnet. So bei *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41. Bei Abweichungen eingeordnet bei *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30.

²⁹³ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 26; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 248.

²⁹⁴ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53.

²⁹⁵ *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41. Von der Mehrzahl der Autoren werden diese Regelungsbereiche hingegen schon im Rahmen von Abweichungen als zwingend aufgefasst, *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 152; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 164; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 23; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.7; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 55; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 46.

²⁹⁶ *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41.

²⁹⁷ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 247.

zwingend darstellen, ohne dass dabei ein Bezug zu konkreten Normen²⁹⁸ des Aktiengesetzes oder dem Begriff der abschließenden Regelung hergestellt würde, auch im Bereich von Ergänzungen.²⁹⁹ Ähnliches gilt für die Ansicht, dass die Organisation der Aktiengesellschaft abschließend sei.³⁰⁰ Aus dem abschließenden Charakter der Organisation der Aktiengesellschaft folge, dass auch das dualistische Führungssystem der Aktiengesellschaft zwingend sei.³⁰¹ Besonders weitreichend nimmt Schröder an, dass ein zu berücksichtigender Leitgedanke des Aktiengesetzes das Leitbild der Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft sei.³⁰² Er leitet dies aus zahlreichen Normen des Aktiengesetzes ab, durch die die Interessen von außenstehenden Dritten gesichert werden. Ein Verstoß hiergegen könne ebenfalls einen Verstoß gegen zwingendes Recht bedeuten.³⁰³

Es gebe darüber hinaus Leitgedanken des Aktiengesetzes, die durch einzelne Vorschriften abgebildet werden. So werden Prinzipien des Aktiengesetzes zur Argumentation im Rahmen von abschließenden Regelungen herangezogen, die durch eine einzelne Vorschrift des Aktiengesetzes ausgedrückt werden. Sie sollen bei der Ergänzung des Gesetzes berücksichtigt werden. Zu diesen Vorschriften gehören beispielsweise der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 53a AktG,³⁰⁴ so-

²⁹⁸ Vgl. allenfalls *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 55.

²⁹⁹ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.07; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30.

³⁰⁰ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169.

³⁰¹ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 77.

³⁰² *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 164.

³⁰³ *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 162 ff. Dabei nimmt Schröder zwar an, dass dieses Leitbild in der Gesamtheit der Normen des Aktiengesetzes niedergelegt und damit nicht ungeschrieben sei. Er prüft jedoch zunächst pauschal, ob sich daraus zwingendes Recht ergebe, und verneint dann eine Abweichung vom Leitbild der Aktiengesellschaft nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG, *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 162 ff. Er geht jedoch auch davon aus, dass eine Differenzierung zwischen den beiden Sätzen des § 23 Abs. 5 AktG nicht stattfinden müsse, da es letztlich stets um die Frage nach zwingendem Recht gehe. Das Leitbild der Publikumsgesellschaft macht nach Schröder damit gleichsam Ergänzungen unzulässig, *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 134.

³⁰⁴ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 156; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57.

wie die Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 3 AktG und die Sorgfaltpflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG.³⁰⁵ Laut BGH ist in § 107 Abs. 3, 4 AktG die eigenverantwortliche Organisation des Aufsichtsrates bezüglich seiner gesetzlichen Zuständigkeiten insbesondere hinsichtlich der Arbeit in Ausschüssen geregelt.³⁰⁶ Deshalb entfalte § 107 Abs. 4 S. 1 AktG abschließende Wirkung, soweit in diese eigenverantwortliche Organisation eingegriffen werde. Dies sei der Fall, wenn der Aufsichtsrat durch Satzungsbestimmung daran gehindert würde, selbst zu entscheiden, in welcher personellen Besetzung seine Aufgaben wahrgenommen würden.³⁰⁷ Werde hingegen die Arbeit des Aufsichtsrates nicht negativ beeinträchtigt, sondern beispielsweise Pattsituationen bei Abstimmungen geregelt, komme § 107 Abs. 3 S. 1 AktG keine abschließende Wirkung zu und die Satzungsbestimmung sei als ergänzende Bestimmung zulässig.³⁰⁸ Auch der BGH liest somit übergeordnete Leitgedanken in Bestimmungen des Aktiengesetzes hinein, knüpft diese aber normativ an.

IV. Zuständigkeits- und Kompetenzordnung

Als Prinzip des Aktiengesetzes am ausführlichsten bei der Bestimmung von abschließenden Regelungen diskutiert wird die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung.³⁰⁹ Dabei wird nicht angenommen, dass nur dann, wenn diese Ordnung betroffen ist, eine abschließende Regelung vorliegt. Jedenfalls wenn sie betroffen

³⁰⁵ *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41. Braunfels sieht dies ähnlich, jedoch mit der Einschränkung, dass die Verschwiegenheitspflicht im unmittelbaren Zusammenhang mit einer Investitionsentscheidung eingeschränkt werden könne, sofern sie nicht der Ausforschung diene, *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44.

³⁰⁶ BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az. II ZR 123/81, NJW 1982, 1525 (1526).

³⁰⁷ BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az. II ZR 123/81, NJW 1982, 1525 (1527).

³⁰⁸ BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az. II ZR 123/81, NJW 1982, 1525 (1527 f.).

³⁰⁹ OLG Braunschweig, Beschluss vom 8. Mai 2023, Az. 2 W 25/23, NZG 2023, 1504; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 91, *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 10; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41. Nicht im Zusammenhang der abschließenden Regelung aber als zwingendes Recht benannt bei *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 152; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 164; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 23; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.7; *Sailer-Coceani*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 6 Rn. 10; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 55; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Timm*, DB 1980, 1201 (1204).

sei, wäre das Aktiengesetz jedoch zwingend.³¹⁰ Die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen müsse dementsprechend beachtet werde.³¹¹

Im Rahmen dieser Überlegungen wird in der Literatur uneinheitlich beurteilt, wie die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung dogmatisch einzuordnen ist. Zum Teil wird angenommen, es handele sich um ein ungeschriebenes Prinzip des Aktienrechts.³¹² Andererseits wird von Autoren, die die Zuständigkeits- und Kompetenzverteilung zur Bestimmung von abschließenden Regelungen heranziehen, angenommen, dass abseits absoluter Ausnahmefälle gesetzlich verankerte Strukturprinzipien des Aktiengesetzes bei der Beurteilung des § 23 Abs. 5 AktG herangezogen werden dürfen.³¹³ Zum Teil wird auch von der „gesetzlich“ angeordneten Zuständigkeitsverteilung gesprochen, womit eine gesetzliche Verankerung gefordert wird.³¹⁴

Den zwingenden Charakter des Kompetenzgefüges nimmt auch Petrikowski an und spricht davon, dass die entsprechenden „Bestimmungen des Aktiengesetzes“ zwingend ausgestaltet seien.³¹⁵ Er benennt §§ 76 Abs. 1, 111 Abs. 1, 4 und 119 Abs. 1 AktG als die entscheidenden Kompetenznormen und macht damit deutlich, dass es sich gerade nicht um einen ungeschriebenen Grundsatz handelt.³¹⁶ Die Kompetenzordnung wird beschrieben, indem er die jeweiligen Hauptfunktionen der einzelnen Organe als Kern dieser Ordnung benennt. So habe der Vorstand die Gesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung zu leiten. Damit seien Aufsichtsrat und Hauptversammlung von dieser Funktion ausgeschlossen. Der Vorstand werde in eigener Verantwortung und auch in eigener Initiative tätig. Die Geschäftsführung sei vom Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 1 AktG zu überwachen, wobei § 111 Abs. 1 S. 1 AktG sicherstelle, dass ihm keine Geschäftsführungsaufgaben insbesondere durch die Satzung übertragen werden. Die Hauptversammlung sei in dieser Ordnung das Willensbildungsorgan der Gesellschaft,

³¹⁰ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Holle/Schwarz*, AG 2024, 17 (19); *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41.

³¹¹ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41.

³¹² *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167. Zustimmend *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 154.

³¹³ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 26; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 248.

³¹⁴ *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41.

³¹⁵ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 77 f.

³¹⁶ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 77 f.; Ähnlich *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719). Ähnlich auch OLG Braunschweig, Beschluss vom 8. Mai 2023, Az. 2 W 25/23, NZG 2023, 1504 (1505 f.).

was durch ihre Beschlusskompetenz in § 119 AktG gesichert werde. Wegen der zwingenden gesetzlichen Kompetenzzuordnung zwischen den einzelnen Organen bestehe dabei für statuarische Beschlusskompetenzen nach § 119 Abs. 1 AktG kaum ein Regelungsspielraum.³¹⁷ Zur Kompetenzordnung gehörten namentlich auch die Minderheitsrechte, wie die Einberufungsmöglichkeit der Hauptversammlung, sowie in Bezug auf den einzelnen Aktionär sein Frage- und Stimmrecht.³¹⁸

Diese überblicksartig skizzierte Zuständigkeits- und Kompetenzordnung wird demnach zwar verbreitet als geschriebener Grundsatz zur Bestimmung zwingenden Rechts und damit von abschließenden Regelungen herangezogen, im Einzelnen bestehen aber große Unterschiede dahingehend, wie genau die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung zur Bestimmung von abschließenden Regelungen nutzbar gemacht wird.

1. Zuständigkeit oder Kompetenz

Unterschiede bestehen zunächst hinsichtlich der Frage, wie die Begriffe Zuständigkeit und Kompetenz verwendet werden und welche Bedeutung der Einordnung dieser Begriffe in Bezug auf die Feststellung zwingenden Rechts zukommt.

a. Synonymie der Begriffe

Es bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob Zuständigkeit und Kompetenz letztlich dieselben Befugnisse innerhalb des Aktiengesetzes meinen. Timm verwendet die Begriffe Kompetenz und Zuständigkeit synonym.³¹⁹ Er nimmt an, dass die Kompetenzen nicht nur des Vorstandes, sondern aller Organe – also auch der Hauptversammlung und des Aufsichtsrates – zwingend zugewiesene Entscheidungsbereiche bedeuten. Diese Ordnung der Aktiengesellschaft, die auf Entscheidungszentren angelegt sei, werde durch § 23 Abs. 5 AktG als zwingendes Recht im Sinne einer gesetzlichen Zuständigkeitsordnung festgeschrieben.³²⁰ Unabhängig von den verwendeten Begriffen gehe es somit darum, die Entscheidungsgewalt der Organe zu sichern, indem die Satzung hierin in keiner Variante des § 23 Abs. 5 AktG eingreifen dürfe.

Abseits dieser offen synonymen Verwendung werden die Begriffe Zuständigkeitsordnung und Kompetenzordnung zur Begründung der Grenzen ein und derselben

³¹⁷ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 77 f.

³¹⁸ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 79.

³¹⁹ *Timm*, DB 1980, 1201 (1204).

³²⁰ *Timm*, DB 1980, 1201 (1204).

Satzungsbestimmung mit identischen Ergebnissen von verschiedenen Autoren synonym verwendet.³²¹ Ohne weitere Ausführungen wird angenommen, dass die Kompetenzverteilung der Organe die Schranke der Zulässigkeit von Ergänzungen sei.³²² In denselben Zusammenhängen wird auch angenommen, dass die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen beachtet werden müsse.³²³ Ein Streit hinsichtlich der Bedeutung der verschiedenen Begrifflichkeiten existiert nicht.

Besonders deutlich wird diese synonyme Verwendung beider Begriffe am Beispiel der Beurteilung der Zulässigkeit statuarisch eingesetzter fakultativer Gremien wie einem Beirat³²⁴ in der Aktiengesellschaft. Sie werden neben den bereits bestehenden Organen der Aktiengesellschaft etabliert, um Funktionen wie die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung, sowie die Nutzung externen Wissens zu erfüllen und dadurch eine Verminderung von Fehlentscheidungen der Geschäftsleitung zu erreichen.³²⁵ Wie aufgrund der weiten Verbreitung nicht anders zu erwarten, ist die Einsetzung derartiger Gremien in der Literatur anerkannt.³²⁶ Dies ergebe sich schon daraus, dass mit der Einführung des § 160 Abs. 3 Nr. 8

³²¹ So bei der Begründung der Zulässigkeit fakultativer Gremien. Vgl. schon *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 155; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Holle/Schwarz*, AG 2024, 17 (19); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38, § 76 Rn. 6; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10, 35.1; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57.

³²² *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 154; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43, 44; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57.

³²³ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 155; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46.

³²⁴ Der Beirat kann sowohl vom Aufsichtsrat als auch von der Hauptversammlung gewählt werden, obgleich es dem Vorstand obliegt, ihn zu bestellen, da es sich um eine Geschäftsführungsmaßnahme handelt und er gegenüber dem Beirat zur Vertretung der Aktiengesellschaft berufen ist. Andernfalls ginge damit eine zu starke Beschränkung der Leitungsmacht einher, *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 35.1; *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 18. Bei der Informationsversorgung des Beirates gilt die Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG unverändert, wodurch es im Unternehmensinteresse liegen muss, dass der Beirat über möglicherweise sensible Themen informiert wird. Dies wird bei der Beratung des Vorstandes zur Fehlervermeidung in der Regel der Fall sein, ist jedoch nicht zwingend, vgl. *Hoffmann-Becking*, in: MÜHdB GesR, Band 4, § 29 Rn. 27.

³²⁵ *Henseler*, Beiräte in Familienunternehmen, 120 ff. Vgl. dazu auch die Statistik bei *Gaugler/Heimbürger*, Beiräte mittelständischer Unternehmen, 44 ff.

³²⁶ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 155; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (66); *Hoffmann-Becking*, in: MÜHdB GesR, Band 4, § 29 Rn. 24; *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 95 Rn. 52; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38, § 76 Rn. 6; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Kort*, in: GroKo AktG, § 76 Rn. 18; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (177); *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10, 35.1; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 59.

AktG a.F. – heute § 285 Nr. 9 HGB – die Bildung eines Beirates auch von gesetzgeberischer Seite akzeptiert sei.³²⁷ Einhellige Auffassung ist dabei, dass die Funktionen der Beiräte so ausgestaltet werden müssen, dass die Zuständigkeits- beziehungsweise Kompetenzregelungen zwischen den Organen unangetastet bleiben.³²⁸ Obwohl manche Autoren von Kompetenzen, andere von Zuständigkeiten sprechen, ist die Ausgestaltung des Beirates unbestritten. Der Aufsichtsrat muss, obwohl er ebenso wie der Beirat eine beratende Funktion einnimmt, seine Aufgaben in gleichem Maße wahrnehmen, wie es ohne einen Beirat der Fall wäre.³²⁹ Dementsprechend muss der Aufsichtsrat die Kontrolle der Geschäftsführung an erster Stelle vornehmen und darf nicht verdrängt werden.³³⁰ Auch Entscheidungsbefugnisse der anderen Organe dürfen dem Beirat nicht übertragen werden.³³¹ Er darf den Aufsichtsrat im Rahmen seiner Sitzungen nicht beraten, da die Ausübung der Aufgaben des Aufsichtsrates nach § 111 Abs. 6 AktG höchstpersönlich wahrzunehmen ist.³³² Aufgrund dieser Stellung sind derartige Beiräte keine Organe, sondern schlicht durch Auftrag oder Dienstvertrag mit der Gesellschaft verbundene Gremien.³³³ Ungeachtet dessen, ob nun die zu wahrende Ordnung Zuständigkeitsordnung oder Kompetenzordnung genannt wird, ist die Argumentation dieselbe. Weder Entscheidungsbefugnisse des Vorstandes noch des Aufsichtsrates dürfen den Beiräten übertragen werden. Denn ein Verstoß gegen diese Ordnung würde, sofern die konkrete Satzungsbestimmung eine Ergänzung darstellt, nach einhelliger Auffassung gegen den abschließenden Charakter der jeweils ergänzten Vorschrift verstoßen.

³²⁷ *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 29 Rn. 24; *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 95 Rn. 52.

³²⁸ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 155; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38, § 76 Rn. 6; *Kort*, in: GroKo AktG, § 76 Rn. 18; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Lippert*, JuS 1978, 90; *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. 76 Rn. 18; *Patzina*, in: Patzina/Bank/Schimmer/Simon-Widmann, Haftung von Unternehmensorganen, Kap. 7 Rn. 84; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 35.2; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 59. Vgl. auch *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 95 Rn. 53 f. Ähnliches gilt für Ehrenpositionen. Dazu ausführlich *Lutter*, ZIP 1984, 645.

³²⁹ *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 35.2.

³³⁰ *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 95 Rn. 54 f.

³³¹ *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 18; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 35.2.

³³² *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 29 Rn. 26; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 35.2. Insbesondere in Bezug auf die ständige Beratung, welche zu einer Verlagerung der Aufgaben des Aufsichtsrates führt, die von der Höchstpersönlichkeit abweicht, vgl. *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 95 Rn. 54 f.

³³³ *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 18.

b. Unterscheidung als Merkmal für zwingendes Recht

Eine andere Ansicht sieht gerade in der Unterscheidung zwischen Zuständigkeit und Kompetenz eine Antwort auf die Frage, welche Satzungsbestimmung zulässig und welche unzulässig ist.³³⁴ Inwieweit Entscheidungsspielräume von Organen der Aktiengesellschaft durch Bestimmungen der Satzung eingeengt werden können, entscheide sich deshalb gerade danach, ob eine Kompetenz oder eine Zuständigkeit des Organs vorliege. Welche Art dieser Zuweisungen vorliege, sei dann wieder durch Auslegung der jeweils zu bestimmenden zuständigkeits- oder kompetenzzuweisenden Norm zu ermitteln.³³⁵ Dies erfolge in der Regel anhand des Entscheidungsspielraumes des die Kompetenz innehabenden Organs. Sofern dem Organ ein eigenverantwortlicher Entscheidungsbereich zustehe, sei davon auszugehen, dass es sich um eine Kompetenz handele.³³⁶ Beispiel dafür sei die Geschäftsführungskompetenz des Vorstandes. Diese sei in keiner Weise – auch nicht durch materielle Richtlinien oder Managementgrundsätze – zu regeln.³³⁷ Wenn dem Organ also ein freies Ermessen zugebilligt werde, müsse von einer fehlenden Einschränkung der Kompetenz durch die Satzung ausgegangen werden.³³⁸ In dem entgegengesetzten Fall einer gebundenen Entscheidung sei von einer Zuständigkeit auszugehen. Erneut sei bei der Auslegung in Bezug auf das Vorliegen dieser Zuständigkeit vorrangig der Zweck der Vorschrift heranzuziehen. Insbesondere wenn die Befugnis eines Organs durch die parallele Kompetenz eines anderen Organs beschränkt werde, müsse die zugehörige Vorschrift regelmäßig so ausgelegt werden, dass es sich um eine beschränkbare Zuständigkeit handele.³³⁹ Bedeutung erlange diese Einordnung somit dadurch, dass eine umfassende Kompetenzzuweisung eine abschließende Regelung enthalte, während eine bloße Zuständigkeitsregel nicht abschließend sei.³⁴⁰

2. Schlussfolgerung zwingenden Rechts

Der Stellenwert des Merkmals der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung wird ebenfalls uneinheitlich beurteilt. Zum Teil wird die Ordnung pauschal als zwingend

³³⁴ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 249. Ablehnend *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719); *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 10.

³³⁵ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79 f.); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 249.

³³⁶ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 249.

³³⁷ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 250; *Zetzsche*, in: KK-AktG, § 179 Rn. 129. In diesem Sinne auch *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (80).

³³⁸ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79 f.).

³³⁹ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79).

³⁴⁰ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 249.

angesehen.³⁴¹ Noch weiter geht Lutter, der die „Organordnung“ als zwingend ansieht.³⁴² Hierunter seien nicht nur die Zuständigkeiten oder Kompetenzen der Organe, sondern unter anderem ihr Bestand, ihre Rechte und Pflichten, sowie ihre Besetzung zu fassen. Auch dies sei kein ungeschriebener Grundsatz, sondern ein minutiös geregelter Bereich, mit dem Satzungsbestimmungen nicht konfliktieren dürften.³⁴³ Wann genau ein solcher Konflikt vorliegt, wird jedoch nicht geklärt. Neben diesen pauschalen Ansätzen existieren jedoch auch vermittelnde Ansichten zur Begrenzung von Kompetenzen.

a. Stellenwert der Kompetenz

Ein Ansatz ist es, die Frage der Beschränkung von Kompetenzen durch Satzungsbestimmungen anhand der Bestimmung des Stellenwertes der jeweiligen Kompetenz im Gesamtgefüge der Aktiengesellschaft zu beantworten. Dabei seien zunächst die möglichen tatsächlichen Auswirkungen der Begrenzung von Kompetenzen auf den Erfolg des Unternehmens in Trägerschaft der Aktiengesellschaft zu beachten.³⁴⁴ Selbst zentrale Aufgaben eines Organs, obwohl regelmäßig satzungsmäßigem Einfluss entzogen, seien nicht stets unantastbar, sondern müssten sich nach einem Blick auf das Gesamtbild der Aufgaben des Organs und den damit verbundenen Befugnissen als zwingendes Recht darstellen.³⁴⁵ Dagegen wird auch vertreten, dass im Falle einer Zuständigkeitsregelung der zwingende Charakter durch Auslegung zu ermitteln sei. Für den Fall, dass das Aktiengesetz die Zuständigkeit gleich mehrerer Organe vorsehe, handele es sich beispielsweise um beschränkbare Zuständigkeiten.³⁴⁶

b. Intensität des Eingriffs

Eine weitere Ansicht sieht eine abschließende Wirkung nicht bei jeder Relevanz für die Kompetenzordnung, sondern erst, wenn der satzungsmäßige Eingriff in diese Ordnung eine entsprechende Qualität erreiche.³⁴⁷ Originär satzungsmäßig begründete Zuständigkeiten seien deshalb nur dort möglich, wo § 23 Abs. 5 AktG

³⁴¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 152; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.7; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 55; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41.

³⁴² *Lutter*, ZIP 1984, 645 (647).

³⁴³ *Lutter*, ZIP 1984, 645 (647).

³⁴⁴ *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (324).

³⁴⁵ *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (324).

³⁴⁶ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (78 f.).

³⁴⁷ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 77 f.

dies ausdrücklich zulasse.³⁴⁸ Ebenso seien Kompetenzverschiebungen durch die Satzungsstrenge verboten.³⁴⁹ Folglich sei die Verlagerung von gesetzlichen Kompetenzen des Vorstandes oder des Aufsichtsrates auf die Hauptversammlung qua Satzungsanordnung völlig ausgeschlossen, und zwar auch in mittelbarer Form wie durch Bindung bestimmter Geschäftsführungsmaßnahmen an die Zustimmung der Hauptversammlung.³⁵⁰ Immer wenn ein solcher Eingriff vorliege, sei die Kompetenzordnung unabhängig von der Variante des § 23 Abs. 5 AktG zwingend. Im Rahmen des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG hätte die entsprechende Norm damit aufgrund der Relevanz für die Kompetenzordnung abschließende Wirkung.³⁵¹

c. Ermessens- und Entscheidungsfreiheit

Das im Rahmen der Kompetenzordnung am weitesten verbreitete Abgrenzungskriterium zwischen zwingendem und nachgiebigem Recht ist die Beurteilung des Ermessens- und Entscheidungsspielraumes, der mit der Kompetenzzuweisung einhergeht. Unterschiede bestehen darin, was die Einräumung von Ermessen für das zwingende Recht bedeutet.

aa. Volle Entscheidungsfreiheit

Nach einer Ansicht sind Kompetenzen schon dann nicht mehr einschränkbar, wenn dem Organ freies Ermessen zugebilligt werde.³⁵² Es gelte volle Ermessensfreiheit, weil sonst das Kräfteverhältnis innerhalb der Aktiengesellschaft verschoben sei.³⁵³ Dies könne ihr gefährlich werden, wenn Anpassungsmöglichkeiten durch die Satzungsbestimmung wegen der Einschränkung der Auswahlmöglichkeiten verwehrt seien. Deshalb gelte volle Ermessensfreiheit nicht nur für Kompetenzzuweisungen zugunsten einzelner Organe, sondern auch für bloße Zuständigkeitsverteilungen, da auch diese der wirtschaftlich erforderlichen Flexibilität der

³⁴⁸ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 77.

³⁴⁹ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 160.

³⁵⁰ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 77.

³⁵¹ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79). A.A. *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 17 ff.

³⁵² *Behme/Zwickgraf*, AG 2015, 841 (846 f.); *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (78 f.); *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (325); *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, § 7 Rn. 341; *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719); *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 10. *Behme/Zwickgraf* ebenso wie *Lutter/Krieger/Verse* halten entsprechende Satzungsbestimmungen jedoch nicht umfassend für unwirksam.

³⁵³ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719); *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 10.

Aktiengesellschaft dienen.³⁵⁴ Problematisch könne die Feststellung des freien Ermessens sein. Bei Wahlen beispielsweise sei ein freies Ermessen anzunehmen.³⁵⁵ Besonders schwierig sei eine Beurteilung bei den globalen Kompetenzen wie der Geschäftsführungsbefugnis nach § 76 Abs. 1 AktG oder der Kontrollaufgabe des Aufsichtsrates nach § 111 AktG.³⁵⁶ Ob im Zweifel angenommen werden müsse, dass ein voller Ermessensspielraum gewährleistet werden müsse³⁵⁷ oder dies im Einzelfall durch Auslegung stets abschließend beantwortet werden müsse³⁵⁸, wird uneinheitlich beurteilt.

Jedenfalls sei in einer Kompetenzzuweisung regelmäßig das Verbot satzungsmäßiger Ermessenbindung zu sehen.³⁵⁹ Schon die Gefahr organfremder Einflüsse auf die Entscheidung des Organs sei auszuschließen.³⁶⁰ Denn durch ermessensbeschränkende Satzungsbestimmungen würden die Aktionäre in die Rechtsmacht der anderen Organe eingreifen und diese entgegen der gesetzlichen Konzeption beschränken.³⁶¹ Zudem sei unerheblich, welches Organ die entsprechende Kompetenz innehabe. Auch die Hauptversammlung habe insoweit einen Ermessensspielraum der nicht einschränkbar sei, sodass sich die Hauptversammlung selbst nicht durch Satzungsbestimmungen über die Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit aus § 119 AktG hinwegsetzen dürfe.³⁶² Es gehe bei der zwingenden Ausgestaltung der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung darum, die „Macht-Zentren“ der Organe verbindlich zu machen.³⁶³ Insoweit müsse das unternehmerische Ermessen dem Organ vorbehalten bleiben, das es per gesetzlicher Zuweisung erhalten habe.³⁶⁴ Namentlich das Gewichtsverhältnis zwischen Vorstand und Auf-

³⁵⁴ *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 10. Vgl. auch schon *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 17 ff. A.A. *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79).

³⁵⁵ Vgl. *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79); *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1720).

³⁵⁶ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79). Für beide Bestände jedoch letztlich freier Ermessensspielraum, da die Aufgabenwahrnehmung andernfalls gefährdet sei, *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (80).

³⁵⁷ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 17.

³⁵⁸ So *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (80).

³⁵⁹ *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 13.

³⁶⁰ *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (325).

³⁶¹ *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (325 f.).

³⁶² *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 160; *Timm*, DB 1980, 1201 (1204); *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 56.

³⁶³ *Timm*, DB 1980, 1201 (1204).

³⁶⁴ *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 160.

sichtsrat sei vom Gesetz abschließend geregelt, da nur so die optimale Anpassung der Aktiengesellschaft an die inneren und äußeren Umstände im Einzelfall gewährleistet sei.³⁶⁵

Zwingende Kompetenzzuweisungen im Sinne voller Entscheidungsfreiräume und eine Minimierung der Organisationsautonomie durch die Satzung sei zudem die notwendige Konsequenz aus der institutionellen Trennung von Leitung und Eigentum in der Aktiengesellschaft.³⁶⁶ Diese Trennung erfordere die strikte Beibehaltung der ausbalancierten Gewaltenteilung innerhalb der Gesellschaft. Denn die Leitungsmacht des Vorstandes sei nicht mehr durch die Kapitaleigner legitimiert, was bedeute, dass Bindungen der Verwaltung auf andere Weise gesichert werden müssen. Solche Bindungen würden namentlich durch zwingendes Recht hergestellt, das durch § 23 Abs. 5 AktG geschaffen wird.³⁶⁷ Eine unzulässige Ermessensbindung liege aber nicht bei jeder Relevanz für die Entscheidungskompetenzen der Organe vor. Im Rahmen der Entscheidungen der Hauptversammlung bestünden hinsichtlich der Durchführung durchaus Freiräume für die Satzung.³⁶⁸ Entscheidend sei, ob das Ermessen tatsächlich eingeengt werde. Dies ist beispielsweise nach herrschender Meinung nicht der Fall, wenn unternehmerische Entscheidungen durch ein Schiedsgericht anstelle der staatlichen Gerichtsbarkeit überprüft werden,³⁶⁹ da das Schiedsgericht selbst kein unternehmerisches Ermessen ausübe.³⁷⁰ Eine Ausnahme bilde hingegen die Möglichkeit des Schiedsgerichts nach Billigkeit zu entscheiden. Denn eine Billigkeitsentscheidung sei Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten unterworfen, die gerade Teil der Unternehmensführung sein müsste.³⁷¹

bb. Ermessensbeschränkung

Vielfach erfolgt ein Verweis auf das Kompetenzgefüge nur mittelbar, indem einzelne Klauseln für zulässig erklärt werden, soweit einem bestimmten Organ der

³⁶⁵ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719); *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 10.

³⁶⁶ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719).

³⁶⁷ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719).

³⁶⁸ *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 56.

³⁶⁹ Dazu ausführlich Seiten 184 ff.

³⁷⁰ *Spindler*, in: MüKo AktG, § 84 Rn. 187; *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (11); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 203. A.A. *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288 (312 f.).

³⁷¹ *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 160.

Aktiengesellschaft weiterhin ein Auswahl- oder Ermessensverbleibe.³⁷² Nur insoweit gehöre ein Auswahlermessen zu den grundlegenden Mechanismen des Aktienrechts, die es stets zu berücksichtigen gelte.³⁷³ Dennoch sei ein gesteigerter Einfluss der Aktionäre aufgrund von Satzungsbestimmungen auf Organzuständigkeiten nicht stets ein Eingriff in die zwingende gesetzlich vorgegebene Gesellschaftsstruktur. Denn es läge noch keine gesetzeswidrige Zuständigkeitsverlagerung vor. Die Unabhängigkeit könne weiter gewahrt sein.³⁷⁴

Beispielhaft nimmt Zetzsche an, dass die Einengung vorhandener oder die Eröffnung zusätzlicher Handlungsspielräume für die Gesellschaftsorgane und ihre Mitglieder oder für die Aktionäre regelmäßig Gegenstand von ergänzenden Satzungsbestimmungen seien.³⁷⁵ Dennoch seien die Entscheidungsspielräume der Organe nicht völlig frei durch satzungsmäßige Vorgaben einschränkbar. Den Organen könnten nicht derart weitreichende Vorgaben in der Satzung gemacht werden, dass sie ihren konkreten Aufgaben im Gesellschaftsinteresse nicht mehr nachgehen könnten.³⁷⁶ Sachbezogene Einschränkungen der Entscheidungsfreiheit seien jedoch zulässig, soweit sie bei sachgemäßer Berücksichtigung des Gesellschaftsinteresses und im Lichte der Realstruktur, sowie der Gesellschaftskultur gerechtfertigt seien.³⁷⁷

Das prominenteste Beispiel für ergänzende Satzungsbestimmungen ist Aufstellung persönlicher Voraussetzungen für Vorstandsmitglieder, die zwar das Ermessen eines Organs – hier das Wahlermessen des Aufsichtsrates nach § 84 Abs. 1 AktG – einschränken, nach herrschender Ansicht aber nur zulässig sind, soweit dem Aufsichtsrat ein ausreichendes Auswahlermessen verbleibt.³⁷⁸ § 76 Abs. 3

³⁷² *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 9/2023 Anm. 6; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246.

³⁷³ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53.

³⁷⁴ *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (135 f.).

³⁷⁵ *Zetzsche*, in: KK-AktG, § 179 Rn. 120.

³⁷⁶ *Zetzsche*, in: KK-AktG, § 179 Rn. 125 f.

³⁷⁷ *Zetzsche*, in: KK-AktG, § 179 Rn. 125 f.

³⁷⁸ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 155; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Fritzsche*, WM 1984, 1243 (1244); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (178); *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 49; *Weber*, in: Hölters/Weber AktG, § 76 Rn. 76. A.A. *Behme/Zwickgraf*, AG 2015, 841 (846 f.); *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (324 ff.); *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, § 7 Rn. 333, 341; *Cahn*, in:

AktG sei nicht abschließend in Bezug auf persönliche Voraussetzungen, da er lediglich Hinderungsgründe bereithalte.³⁷⁹ Allerdings gewährleiste § 84 Abs. 1 AktG eine Kompetenz des Aufsichtsrates, die grundsätzlich freies Ermessen gewährleiste.³⁸⁰ Deshalb müsse ein echtes Auswahlermessen hinsichtlich der Personen des Vorstandes bestehen. Andernfalls wäre der abschließende Regelungsbereich des § 84 Abs. 1 AktG betroffen.³⁸¹ Auch soweit deshalb Autoren annehmen, die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung sei zu beachten,³⁸² wird nicht angenommen, das Ermessen könne in keiner Weise eingeschränkt werden. Vielmehr wird angenommen, ein Kernbereich an Entscheidungsspielraum müsse gewährleistet bleiben. Dann liege eine abschließende Regelung des Aktiengesetzes nicht vor.

cc. Relative Wirkung von Satzungsbestimmung

Eine vermittelnde Ansicht, die vorrangig im Zusammenhang von Satzungsbestimmungen zu persönlichen Voraussetzungen des Vorstandes entstanden ist, nimmt zwar an, dass eine volle Ermessensfreiheit im Rahmen von Kompetenzen gewährleistet sei. Allerdings seien beschränkende Satzungsbestimmungen deshalb nicht absolut, sondern lediglich relativ unwirksam.³⁸³ Satzungsmäßige Einschränkungen des Auswahlermessens hätten lediglich den Charakter einer Sollvorschrift, die zwar zu berücksichtigen seien, über die sich das entscheidende Organ nach pflichtgemäßem Ermessen aber hinwegsetzen könne.³⁸⁴ Der Verlust an Rechtssicherheit sei dabei in Kauf zu nehmen, da dieser ohnehin eher gering sei, weil Entscheidungen, die entgegen Satzungsbestimmungen getroffen würden, in jedem Fall wirksam seien.³⁸⁵ Die Grenze zwischen insgesamt unwirksamer – weil zu stark ermessensbeschneidender – und nur relativ unwirksamer Satzungsbestimmung sei durch Auslegung im Einzelfall zu bestimmen. Je stärker der Eingriff in die Ermessensfreiheit sei, desto wahrscheinlich sei auch, dass nicht nur von einer

KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 11 ff., 16; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 76 Rn. 116. Siehe zur Verbreitung derartiger Klauseln *Fleischer/Maas*, AG 2020, 761 (766).

³⁷⁹ Vgl. *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (82).

³⁸⁰ *Weber*, in: Hölters/Weber AktG, § 76 Rn. 76.

³⁸¹ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 16.

³⁸² *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 48.

³⁸³ *Behme/Zwickgraf*, AG 2015, 841 (846 f.); *Hommelhoff*, BB 1977, 322 (324 ff.); *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, § 7 Rn. 341; *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1720); *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 11 f. Grundlegend *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 10, 18 ff.

³⁸⁴ *Behme/Zwickgraf*, AG 2015, 841 (846 f.); *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, § 7 Rn. 341.

³⁸⁵ *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 11.

relativ unwirksamen Klausel ausgegangen werden könne.³⁸⁶ Entscheidend sei, dass situationsbezügliche Entscheidungen stets möglich bleiben.³⁸⁷ Namentlich Satzungsbestimmungen über das Innenrecht der Organe könnten keine Wirkung innerhalb des Gesamtgefüges der Aktiengesellschaft entfalten.³⁸⁸ Speziell in Bezug auf das Auswahlermessen des Aufsichtsrates nach § 84 Abs. 1 AktG zeige die Unzulässigkeit bindender Vorschlags-, Zustimmungs- und Weisungsrechte, dass das Entschließungsermessen des Aufsichtsrates bei der Bestellung nicht beschränkbar sei. Mittel des Vorbeugens sachwidriger Ergebnisse sei nicht die Satzung, sondern die Pflichtenbindung des Aufsichtsrates nach §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG.³⁸⁹

Dieser relativen Wirkung tritt Geßler entgegen, indem er feststellt, dass gerade der Sinn und Zweck des § 23 Abs. 5 AktG darin liege, Rechtssicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit von Satzungsbestimmungen herzustellen. Diese sei aber nicht mehr gegeben, wenn stets die Möglichkeit bestünde, dass eine Satzungsbestimmung lediglich relativ wirke.³⁹⁰ Zudem sei eine freie Ermessensbindung nicht durch relativ wirkende, sondern insgesamt unwirksame Satzungsbestimmungen zu gewährleisten, weshalb es dieser Rechtsfigur nicht bedürfe.³⁹¹

Ähnlich nimmt Zetzsche an, dass eine allgemeine Relativierung von Satzungsbestimmungen zwar zu weit gehe.³⁹² So komme ein Beiseiteschieben der satzungsmäßigen Vorgaben nicht schon dann in Betracht, wenn das entscheidende Organ glaubt, andernfalls das Wohl des Unternehmens zu beeinträchtigen. Wenn jedoch gewichtige Beeinträchtigungen des Gesellschaftsinteresses objektiv erkennbar seien, könne in krassen Ausnahmefällen eine Relativierung der Satzungsbestimmungen in Frage kommen.³⁹³ Es geht ihm dabei offensichtlich weniger um die Entscheidungsfreiheit der Organe, sondern in erster Linie um den Erhalt der Aktiengesellschaft als solche.

³⁸⁶ *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 12.

³⁸⁷ *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 15.

³⁸⁸ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 16.

³⁸⁹ *Behme/Zwickgraf*, AG 2015, 841 (846 f.).

³⁹⁰ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (81).

³⁹¹ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (81 f.).

³⁹² *Zetzsche*, in: KK-AktG, § 179 Rn. 128.

³⁹³ *Zetzsche*, in: KK-AktG, § 179 Rn. 128.

V. Rechtsfolgen in der Satzung

Ein in der Literatur ebenfalls angedachtes Kriterium zur Bestimmung einer abschließenden Regelung ist die Frage, ob es sich bei dem Regelungsgegenstand der Satzungsbestimmung um Rechtsfolgen handelt. Daraus werden verschiedene Schlüsse für die Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen gezogen.

1. Rechtsfolgenregelungen als Ergänzungen

Weit überwiegend wird hinsichtlich Rechtsfolgenregelungen in der Satzung eine differenzierte Beurteilung vorgenommen.³⁹⁴ In die Prüfung, ob eine abschließende Regelung vorliegt, seien die Rechtsfolgen einzubeziehen, die bei Verstoß gegen die ergänzende Satzungsbestimmung vorgesehen sind.³⁹⁵ Zu überprüfen seien also nicht nur die Ergänzungen unmittelbar, sondern auch die bei einem Verstoß hiergegen vorgesehenen Rechtsfolgen. Auch letztere seien Ergänzungen im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG und deshalb nicht automatisch von der Zulässigkeit der ihre Grundlage bildenden Satzungsregelung erfasst.³⁹⁶ Dabei müsse jede einzelne Bestimmung jedoch die Schranken des § 23 Abs. 5 AktG beachten.³⁹⁷ Selbst wenn gesetzliche Regelungen über Rechtsfolgen gewisser Bestimmungen fehlen würden, könne durch die Art der in der Satzung geregelten Rechtsfolge aber gleichwohl ein Verstoß gegen den abschließenden Charakter einer gesetzlichen Regelung vorliegen.³⁹⁸ Dies könne sich beispielsweise durch Rechtsfolgenregelungen mit ähnlichen Rechtsfolgen, wie jene der Satzungsbestimmung ergeben.³⁹⁹ Die Tatsache allein, dass eine bestimmte Rechtsfolge dem Aktiengesetz fremd ist, reiche hingegen nicht aus, um die Unzulässigkeit der Satzungsbestimmung zu begründen.⁴⁰⁰ Eine pauschale Aussage zu Rechtsfolgen lasse sich daher nicht treffen.

³⁹⁴ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (77); *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (173 ff.); *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 166; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 256 f.

³⁹⁵ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43.

³⁹⁶ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 166.

³⁹⁷ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (77); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 256.

³⁹⁸ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 257.

³⁹⁹ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 256.

⁴⁰⁰ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 257.

2. Fehlende Benennung der Rechtsfolgen im Aktiengesetz

Ferner wird vertreten, es könne danach differenziert werden, ob zu einer Thematik Rechtsfolgen im Aktiengesetz grundsätzlich geregelt seien oder ob etwaige Rechtsfolgen in Regelungsbereichen keine Erwähnung im Aktiengesetz finden.⁴⁰¹ Jede Art der Anknüpfung von Rechtsfolgen, die im Aktiengesetz nicht geregelt sind, sei in der Satzung zulässig. Denn dem Gesetz könne nicht im Ansatz entnommen werden, dass die Bestimmung von Rechtsfolgen ausschließlich durch den Gesetzgeber erfolgen solle. Ohne Sanktionen seien Satzungsbestimmungen nicht durchsetzbar und daher nahezu bedeutungslos.⁴⁰² Ausnahme hiervon seien Erweiterungen von Rechtsfolgen, die im Aktiengesetz selbst vorgesehen sind, wie beispielsweise die Einführung weiterer über §§ 241, 250 AktG hinausgehende Nichtigkeitsgründe für Hauptversammlungsbeschlüsse. Diese Erweiterung der Rechtsfolgen sei unzulässig, weil die Rechtsfolge Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit für bestimmte Beschlussmängel angeordnet sei, und die Vorschriften diesbezüglich abschließend seien.⁴⁰³

Eine namentlich von Mertens⁴⁰⁴ vertretene Auffassung ist, dass das Aktiengesetz hinsichtlich seiner Rechtsfolgenregelungen abschließend sei, wenn die Rechtsfolgen Sanktionen bedeuteten, die das Aktiengesetz so nicht kenne. Dies gelte allgemein und nicht einzelfallbezogen auf die jeweils angeordnete Rechtsfolge.⁴⁰⁵ Gewisse Deutungen eines Verhaltens, die auf Sanktionen hinauslaufen würden, seien daher ebenfalls unzulässig.⁴⁰⁶ Auch sei es nicht möglich Rechtsfolgen in der Satzung zu bestimmen, wenn das Aktiengesetz selbst eine Rechtsfolgenregelung enthalte. Diesbezüglich sei das Aktiengesetz ebenfalls verbindlich.⁴⁰⁷ Ergänzungen des Gesetzes, die Rechtsfolgen beinhalten, seien aus diesem Grund unzulässig.

Abzugrenzen ist dies von der Frage, ob Rechtsfolgen tatsächlich im Aktiengesetz geregelt sind. Dabei geht es vielmehr darum, ob die Rechtsfolgenregelung der Satzung tatsächlich als Ergänzung anzusehen ist oder ob die satzungsmäßige

⁴⁰¹ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (77); *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (175).

⁴⁰² *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (77).

⁴⁰³ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (77); *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (175).

⁴⁰⁴ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 14 ff. Bei *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 10 ff. nicht mehr angesprochen.

⁴⁰⁵ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 15.

⁴⁰⁶ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 15.

⁴⁰⁷ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, Vorb. § 76 Rn. 14.

Rechtsfolge als Abweichung zum Aktiengesetz anzusehen wäre.⁴⁰⁸ In diesem Fall wäre nicht § 23 Abs. 5 S. 2 AktG und der Begriff der abschließenden Regelung der Zulässigkeitsmaßstab, sondern § 23 Abs. 5 S. 1 AktG käme zur Anwendung.

VI. Relevanz der Börsennotierung

Schließlich gibt es Stimmen in der Literatur, die die Satzungsstrenge unterschiedlich anwenden wollen, je nachdem ob es sich bei der betroffenen Gesellschaft um eine börsennotierte Gesellschaft handelt oder nicht. Unabhängig davon wie diese Differenzierung vorgenommen wird, besteht weitgehende Ablehnung gegen ein derartiges Vorgehen.⁴⁰⁹ Denn de lege lata sei eine Differenzierung zwischen den börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften bei der Satzungsstrenge nicht durch den Gesetzgeber vorgesehen. § 23 Abs. 5 AktG differenziere gerade nicht nach diesem Kriterium.⁴¹⁰ Methodisch sei eine Unterscheidung weder mittels des Wortlauts noch des Zwecks der Vorschrift durchführbar und scheide deshalb aus.⁴¹¹ Deshalb müsse der Grundsatz der Satzungsstrenge uneingeschränkt respektiert werden.

Es gibt dennoch einzelne Gegenstimmen. Diese befassen sich nicht explizit mit dem Begriff der abschließenden Regelung bei börsennotierten Gesellschaften. Stattdessen wird eine Relevanz für die Anwendung der Satzungsstrenge im Ganzen gesehen, worunter mittelbar die Bestimmung abschließender Regelungen im Aktiengesetz fallen.

1. Restriktive Auslegung

Teilweise wird vertreten, das Mittel der Wahl zur Differenzierung nach der Börsennotierung sei eine restriktive Auslegung der Satzungsstrenge bei der Anwendung auf nicht börsennotierte Gesellschaften.⁴¹² Denn aus Anleger- und Funktionenschutzgründen seien bestimmte Standardisierungen nur für solche Wertpapiere erforderlich, die zum Handel an einem regulierten Markt zugelassen seien. Über dieses Ziel schieße § 23 Abs. 5 AktG hinaus, indem die Vorschrift systematisch

⁴⁰⁸ Vgl. dazu *Fischer*, existenzvernichtende Vorstandshaftung 138 ff.

⁴⁰⁹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 139; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 42; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158; *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 204.

⁴¹⁰ *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 42; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 204.

⁴¹¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 139; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158.

⁴¹² *Hopt*, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 123 (145); *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

nicht zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften unterscheidet.⁴¹³ Diese Unterscheidung nehme das Aktiengesetz aber an anderen Stellen und über die letzten Jahre immer weitgehender vor. Die darin zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung könne nicht ohne Folgen für die Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG bleiben.⁴¹⁴ Ohnehin existiere eine Vielzahl von alternativen Kontrollmechanismen, namentlich Möglichkeiten des Selbstschutzes der Aktionäre durch mehr Publizität, Transparenz, Presse, Beratung und Rating. Zudem bestehe die Möglichkeit der Durchsetzung der bestehenden Verantwortlichkeit der Verwaltung durch die Aktionärsklage, wodurch ebenfalls die Anleger gestärkt würden.⁴¹⁵ Die Vorschrift sei daher bereits de lege lata restriktiv auszulegen, sofern nicht börsennotierte Aktiengesellschaften betroffen sind.⁴¹⁶ Wie diese restriktive Auslegung im Einzelnen Einfluss auf die Anwendung der Satzungsstrenge haben solle, wird jedoch nicht dargelegt. Einzig Kalss/Fleischer bemerken, dass eine restriktive Auslegung – sofern man sie denn anerkenne – allenfalls am Begriff der abschließenden Regelung ansetzen könne, da nur hier ein entsprechender Spielraum für Auslegung bestünde.⁴¹⁷

2. Teleologische Reduktion

Andere Stimmen wollen sogar noch weiter gehen und statt einer restriktiven Auslegung der Satzungsstrenge eine teleologische Reduktion des § 23 Abs. 5 AktG durchführen.⁴¹⁸ Dabei gibt es zum einen die Ansicht, eine teleologische Reduktion der Satzungsstrenge müsse zugunsten mehr Gestaltungsfreiheit bei der börsennotierten Gesellschaft angenommen werden⁴¹⁹ und zum anderen gibt es Bestrebungen diese teleologische Reduktion lediglich an einzelnen Vorschriften des Aktiengesetzes vorzunehmen⁴²⁰.

⁴¹³ *Hopt*, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 123 (144); *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

⁴¹⁴ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53. Eine solche Wertung durch den Gesetzgeber wird von Kalss/Fleischer abgelehnt, da es insoweit an beweiskräftigen Anhaltspunkten fehle, *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (701).

⁴¹⁵ *Hopt*, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 123 (143); *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

⁴¹⁶ *Hopt*, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 123 (145); *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

⁴¹⁷ *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (702).

⁴¹⁸ *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 183 ff.; *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (82 ff.).

⁴¹⁹ So *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (82 ff.).

⁴²⁰ *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 183 ff.

a. Anwendung nur auf nicht börsennotierte Gesellschaften

Dabei vertritt Hirte die Ansicht, eine Betrachtung der Zwecke der Satzungsstrenge gebiete es, dass die Satzungsstrenge nicht umfassend auf börsennotierte Aktiengesellschaften anzuwenden sei.⁴²¹ Denn der Hauptzweck sei nicht die Standardisierung und Verkehrsfähigkeit der Aktie, da es jedenfalls ohne die Satzungsstrenge nicht zu einem Marktversagen komme. Stattdessen liege der primäre Zweck der Satzungsstrenge im Anlegerschutz.⁴²² Insoweit habe die Satzungsstrenge vorrangig eine sozialschützende Funktion, die aber im Bereich der börsennotierten Gesellschaften in ausreichendem Maße sowohl durch das Kapitalmarktrecht, als auch durch die Marktmechanismen verwirklicht würden, die günstige Satzungsklauseln ausreichend prämiieren würden.⁴²³ Anlegerschutz durch die Satzungsstrenge bedürfe es folglich nur bei kleinen Aktiengesellschaften.⁴²⁴ Die Grenze dieser teleologischen Reduktion sei dann erreicht, wenn wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen widersprochen würde. Dies sei namentlich der Fall, wenn Rechte, die zum unverzichtbaren Individualschutz des Anlegers gehörten, wie das Stimm- und das Auskunftsrecht, abbedungen würden.⁴²⁵ Insoweit bilde die Satzungsstrenge aufgrund der teleologischen Reduktion in all ihren Varianten lediglich einen Mindeststandard für börsennotierte Gesellschaften, den es zu wahren gelte.⁴²⁶

Gegen diese teleologische Reduktion wurde zum einen angeführt, dass gerade die Anleger der börsennotierten Publikumsgesellschaften schutzwürdig seien und deshalb schon der Ansatz ein falscher sei.⁴²⁷ Zudem sei die Marktkontrolle inzwischen nicht mehr lediglich auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt, sondern betreffe alle Aktiengesellschaften. Die von Hirte vorgenommene Differenzierung sei folglich nicht haltbar.⁴²⁸

⁴²¹ *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (82).

⁴²² *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (74 ff.). Anders ausdrücklich *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

⁴²³ *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (76 ff.).

⁴²⁴ *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (83, 87).

⁴²⁵ *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (92).

⁴²⁶ *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (83).

⁴²⁷ Diskussionsbericht, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 99, (101).

⁴²⁸ *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 182.

b. Eingeschränkte Anwendung in Einzelfällen

Ebenfalls für eine reduzierte Anwendung der Satzungsstrenge spricht sich Hey aus.⁴²⁹ Er nimmt jedoch an, dass eine Differenzierung nach der Börsennotierung zu pauschal sei. Dadurch würden ähnliche Gefahren wie bei der umfassenden Anwendung geschaffen und ohnehin sei ein derartiger Konzeptwechsel dem Gesetzgeber vorbehalten.⁴³⁰ Stattdessen sei unabhängig von der Variante des § 23 Abs. 5 AktG die Satzungsstrenge auf einzelne Vorschriften des Aktiengesetzes nicht anwendbar, weil es gerade dem Zweck der Satzungsstrenge widerspreche, diese Vorschriften zwingend auszugestalten. So müsse beispielsweise in Bezug auf § 147 AktG der Minderheitenschutz erweiterbar sein. Dies liege nicht daran, dass der Minderheitenschutz per se eine Sonderposition innehatte, sondern daran, dass sich die Gestaltungsbefugnis der Gesellschafter in der Hauptversammlung am Kapitalmarkt messen lassen müsse. Ausreichend Transparenz, um dies zu ermöglichen, sei gewährleistet. Eine Anwendung des § 23 Abs. 5 AktG sei deshalb nicht geboten.⁴³¹

D. Fazit

Es zeigt sich, dass die Anwendung der Satzungsstrenge bisher weitgehend unstrukturiert durchgeführt wird. Regelmäßig wird argumentativ eine Antwort auf die Frage gegeben, ob zwingendes Recht vorliegt. Eine allgemeingültige Herangehensweise an die Auslegung des Aktiengesetzes im Hinblick darauf, ob eine nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG abschließende Regelung gegeben ist, bleiben Literatur und Rechtsprechung schuldig. Eine Definition des Begriffes der abschließenden Regelung fehlt. Besonders prominent sind Ansätze, die zwingendes Recht gerade bei einem Bezug zur Zuständigkeits- und Kompetenzordnung des Aktiengesetzes annehmen. Doch weder bezüglich der Reichweite der zwingenden Wirkung dieser Ordnung noch bezüglich der Eingriffsintensität der Satzungsbestimmung besteht Einigkeit. Die Bedeutung für den Begriff der abschließenden Regelung wird nur mittelbar deutlich.

⁴²⁹ Hey, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 183 ff. Hey ist insgesamt der Ansicht, die Satzungsstrenge entbehre einer Legitimation. Dennoch sei die gesetzgeberische Entscheidung für § 23 Abs. 5 AktG zu respektieren, weshalb er seinen Versuch einer Gesetzesanwendung contra legem im Sinne einer offenen Gesetzeskorrektur selbst als gescheitert ansieht, Hey, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 178 f.

⁴³⁰ Hey, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 187. Aus diesem Grund insgesamt ablehnend gegenüber der teleologischen Reduktion des § 23 Abs. 5 AktG Arnold, in: KK-AktG, § 23 Rn. 139; Kuntz, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 446; Schäfer, NJW 2008, 2536 (2537 f.).

⁴³¹ Hey, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 184 f.

Der Hinweis darauf, eine umfassende Auslegung sei erforderlich, scheint auf den ersten Blick der umfassendste Ansatz zu sein. Dabei wird die Frage, welche Vorschriften auszulegen sind – die ergänzten Vorschriften oder die Norm des § 23 Abs. 5 AktG, bisher nicht nennenswert diskutiert. Ob andere Ansätze jeden denkbaren Fall der Anwendung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG abdecken, ist demgegenüber zweifelhaft. In jedem Fall ist eine unstrukturierte Einzelfallbestimmung unbefriedigend. Denn in Bezug auf statuarische Ergänzungen sind alle Satzungsbestimmungen ebenso wie alle ergänzten Vorschriften des Aktiengesetzes durch die Regelungsanordnung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG umklammert. Sie bildet den gemeinsamen Nenner. Einen allgemeinen Beurteilungsmaßstab ermitteln zu können, der an einer Definition der abschließenden Regelung ansetzt, erscheint daher nicht nur möglich. Vielmehr ist es wahrscheinlich, dass dies umfassend Struktur in die Bestimmung der Reichweite der Satzungsstrenge bringt.

§ 4 Bestimmung von abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes

Der Ausgangspunkt zur Erarbeitung einer Definition der abschließenden Regelung sollte der dargestellte Meinungsstand sein. Dieser lässt sich, wie bereits deutlich geworden ist, nicht in entgegengesetzte Lager unterteilen. Stattdessen besteht er aus einzelnen Ansätzen, von denen keiner den Anspruch hat, die Frage nach der Reichweite abschließenden Rechts umfassend zu beantworten. Dennoch ist denkbar, dass verschiedene Ansätze in ihrer Zusammenschau eben dieses umfassende Bild ergeben. Das Ergebnis einer Betrachtung der dargestellten Ansätze wird dogmatisch aufzuarbeiten sein, um schließlich die erforderliche Definition der abschließenden Regelung des Aktiengesetzes zu erhalten. Daraus kann eine allgemeine Herangehensweise zur Bestimmung der Zulässigkeit von Ergänzungen zum Aktiengesetz in der Satzung der Aktiengesellschaft hervorgehen.

A. Prüfungsauftrag aus dem Meinungsstand

Bei der Betrachtung des Meinungsbildes in seiner Gesamtheit fällt auf, dass die Satzungsstrenge häufig ungenau angewendet wird. Insbesondere der Tatbestand des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG scheint bei der Beurteilung der Zulässigkeit von satzungsmäßigen Ergänzungen in der Literatur eine untergeordnete Rolle zu spielen. Denn den Autoren in der Literatur geht es ebenso wie der Rechtsprechung vorrangig darum, zwingendes Recht zu bestimmen. Oftmals wirkt es so, als sei die abschließende Wirkung einer Vorschrift die Folge des Vorliegens von zwingendem Recht. Wäre dies der Fall, so würde sich aber das Aktienrecht im Ergebnis nicht von dem Recht der GmbH oder insgesamt vom Gesellschaftsrecht unterscheiden, da auch dort stets die Frage aufgeworfen werden kann, ob zwingendes oder dispositives Recht vorliegt.⁴³² Tatsächlich unterscheidet sich die Aktiengesellschaft aber gerade durch die Satzungsstrenge hinsichtlich der Bestimmung zwingenden und abschließenden Rechts von anderen Gesellschaften. Denn nur bei der Aktiengesellschaft ordnet das Gesetz an, dass das Aktiengesetz in grundsätzlich unregulierten Bereichen dennoch der Privatautonomie entgegensteht, wenn eine abschließende Regelung vorliegt. Die Satzungsstrenge muss daher auch einen Unterschied bei der Rechtsanwendung bedeuten. Deshalb darf es nicht um die Frage gehen, ob zwingendes Recht vorliegt. Vielmehr muss die Frage beantwortet werden, ob eine Regelung abschließend ist. Schon in diesem Ansatzpunkt setzen sich

⁴³² Vgl. zum Recht der GmbH *Liebscher*, in: MüKo GmbHG, § 45 Rn. 57 ff.; *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, § 45 Rn. 16 ff.; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 45 Rn. 7 ff. Zum Recht der Personenhandelsgesellschaften *Enzinger*, in: MüKo HGB, § 109 Rn. 6 ff.; *Roth*, in: Hopt HGB, § 109 Rn. 3.

die meisten Autoren der Kritik der Ungenauigkeit aus. Ob die Ansätze im Einzelnen dennoch zur Bestimmung abschließender Regelungen herangezogen werden können, ist für jeden Ansatz gesondert zu ermitteln.

I. Einzelfallbestimmung

Der Verweis darauf, dass eine Einzelfallbestimmung stets erforderlich sei, ist schon unter Wertungsgesichtspunkten höchst unbefriedigend. Sicherlich wird es wegen der Verschiedenheit möglicher Satzungsbestimmungen nicht auszuschließen sein, dass jeder Einzelfall separat zu beurteilen ist. Bisher wird diese Einzelfallbestimmung aber unstrukturiert und ohne klare Definition des Begriffes der abschließenden Regelung abgehandelt. Dies ist ein Zustand, den es zu überwinden gilt. Gerade weil alle Einzelfälle durch die Vorschrift des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG verbunden sind, ist es höchst unwahrscheinlich, dass sich kein gemeinsamer Nenner in diesen Einzelfällen finden lässt.

Ein gemeinsamer Nenner könnte beispielsweise darin liegen, dass die ergänzte Vorschrift des Aktiengesetzes mit einer Öffnungsklausel versehen ist oder eine solche gerade fehlt. Wenn dies der Fall ist, wurde bereits gezeigt,⁴³³ dass es sich bei der von der Öffnungsklausel konkret betroffenen Vorschrift um eine nicht abschließende Regelung handelt. Dieser Befund sagt jedoch nichts über die abschließende Wirkung weiterer durch die Satzungsbestimmung betroffener Vorschriften aus. Diese sind richtigerweise bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Ergänzungen selbst dann zu berücksichtigen, wenn sie nur kraft Sachzusammenhangs betroffen sind. Eine umfassende Beurteilung der abschließenden Wirkung des Aktiengesetzes kann daher mittels dieses Ansatzes nicht erfolgen. Ferner ist mit der Feststellung, dass eine Öffnungsklausel vorhanden ist, noch keine Aussage über die Reichweite der Zulassung getroffen. Insoweit stellt sich die Anschlussfrage, ob für die Reichweitenbestimmung von Öffnungsklauseln dieselben Maßstäbe herangezogen werden können, die zur Bestimmung von abschließenden Regelungen gelten.⁴³⁴ Diese Frage kann jedoch erst beantwortet werden, wenn feststeht, wann eine abschließende Regelung allgemein vorliegt.

Insgesamt muss konstatiert werden, dass dem Hinweis auf das Erfordernis einer Einzelfallbestimmung jedenfalls dann nicht uneingeschränkt zuzustimmen ist, wenn sich aus der Beurteilung der verklammernden Vorschrift des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG eine Definition der abschließenden Regelung herleiten lässt.

⁴³³ Siehe oben Seiten 30.

⁴³⁴ Dazu unten Seiten 148.

II. Allgemeine Auslegung

Die Ansicht, die eine umfassende Auslegung zur Bestimmung der abschließenden Regelung fordert, verweist letztlich schlicht auf die allgemeine Methodenlehre. Wann eine abschließende Regelung vorliegt, bleibt unklar. Ferner wird nicht deutlich, was durch Auslegung zu ermitteln ist. Soll festgestellt werden, wann eine abschließende Regelung vorliegt oder ob eine Vorschrift zwingendes Recht darstellt. Geboten ist deshalb eine strukturierte Herangehensweise an die Bestimmung einer abschließenden Regelung und zwar in dem Sinne, dass nicht jede beliebige Vorschrift des Aktiengesetzes umfassend ausgelegt wird, weil sie ergänzt wird. Vielmehr muss – was in der Literatur bisher nicht erfolgt ist – durch Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ermittelt werden, was „abschließende Regelung“ bedeutet. Dabei sind die einzelnen Satzungsbestimmungen außer Acht zu lassen. Gesucht wird ganz abstrakt eine Antwort auf die Frage, wann eine ergänzte Vorschrift des Aktiengesetzes unter § 23 Abs. 5 S. 2 2. Halbsatz AktG zu subsumieren ist. Es kann hier deshalb nur auf die Satzungsstrenge selbst ankommen, weil nur sie sich mit der Frage nach dispositivem Recht befasst. Gerade darin liegt der Zweck der Satzungsstrenge. Kann als Folge der Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG mit dem Begriff der abschließenden Regelung gearbeitet werden, trägt dies zur Verwirklichung der durch die Satzungsstrenge ebenfalls bezweckten Rechtssicherheit bei.⁴³⁵

In ihrer Methodik ist die Auslegung nicht auf die Wortlautauslegung beschränkt. Insofern ist der allgemeinen Meinung beizupflichten, dass die Beschränkung auf den Wortlaut, die in § 23 Abs. 5 S. 1 AktG erfolgt, für die Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG nicht gilt. Dabei werden Sinn und Zweck der Satzungsstrenge sicherlich tragende Argumente liefern. Dies darf jedoch nicht zu einer Versteifung auf die teleologische Auslegung führen. Auch Systematik und Historie der Vorschrift sind nicht außer Acht zu lassen.

Erst in einem zweiten Schritt kann dann festgestellt werden, ob eine ergänzte Vorschrift eine abschließende ist. Dies ist insoweit ein Fortschritt, als nicht mehr ganz allgemein die Frage beantwortet wird, ob zwingendes Recht vorliegt. Die von der Mehrzahl der Literaturstimmen geforderte Auslegung der ergänzten Vorschrift findet erst auf dieser Ebene statt. Dabei wird ermittelt, ob die ergänzte Vorschrift unter die erarbeitete Definition der abschließenden Regelung zu fassen ist, mit der Konsequenz, dass die ergänzte Vorschrift zwingendes Recht auch für neben ihr

⁴³⁵ Vgl. auch *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (71).

bestehende Regelungsfreiräume darstellt. Die Abwägung, ob dies bei der einzelnen Vorschrift vom Gesetzgeber gewollt ist, entfällt. Sie wäre durch die Definition der abschließenden Regelung vorgezeichnet.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine Auslegung in zwei Schritten zu erfolgen hat. Zunächst muss anhand der Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG bestimmt werden, wann eine abschließende Regelung vorliegt. Die dabei erarbeitete Definition ist sodann auf die jeweils ergänzte Vorschrift anzuwenden. Auf dieser zweiten Ebene kann es dann erforderlich werden, durch Auslegung der ergänzten Vorschrift festzustellen, ob sie sich unter den Begriff der abschließenden Regelung subsumieren lässt.

III. Prinzipien des Aktiengesetzes

Die Tragfähigkeit der Argumentation mit verschiedenen Prinzipien des Aktiengesetzes lässt sich nicht pauschal beantworten. Wie bereits dargelegt, sind die hier in Bezug genommenen Prinzipien jedenfalls keine ungeschriebenen Grundsätze. Dadurch dürfen sie zulässigerweise in die Beurteilung der Satzungsstrenge einfließen, ohne dabei die Privatautonomie über die Regelungsanordnung des § 23 Abs. 5 AktG hinaus zu beschränken. Ob die einzelnen Prinzipien, wie die Zusammensetzung der Organe und ihre innere Organisation oder die grundsätzlichen Vorschriften der §§ 53a und 93 Abs. 1 AktG zur Begründung von abschließenden Regelungen herangezogen werden können, bedarf im Einzelnen einer genauen Betrachtung. Problematisch ist dabei, dass eine Ableitung aus der Satzungsstrenge, die bewertet werden könnte, von den Autoren in der Literatur nicht erfolgt. Alle Argumentationen mit Prinzipien des Aktiengesetzes sind aber nur dann statthaft, wenn sich das entsprechende Prinzip aus der Anordnung des § 23 Abs. 5 AktG ableiten lässt. Denn diese Vorschrift macht Aktienrecht zu zwingendem Recht. Und deshalb kann auch nur die Beurteilung dieser Vorschrift eine Bewertung der verschiedenen Literaturansätze liefern. Dementsprechend wird erst nach der erforderlichen Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG eine endgültige Stellungnahme zu den einzelnen Prinzipien erfolgen können.

Unabhängig von der gebotenen Auslegung zeigt sich indessen die größte Schwachstelle der Ansätze zu aktienrechtlichen Prinzipien. Oftmals fehlt eine Erklärung dafür, warum das jeweilige aktienrechtliche Prinzip ein Kriterium für die Bestimmung des Begriffes der abschließenden Regelung oder zwingenden Rechts sein soll. Eine Ableitung aus der Satzungsstrenge wird nicht vorgenommen. So

werden sowohl die Minderheitsrechte als auch die Organisation der Aktiengesellschaft pauschal als zwingend dargestellt.⁴³⁶ Gleiches gilt für die Zusammensetzung der Organe und ihre innere Organisation. Und selbst der BGH⁴³⁷ macht zwar ausführliche Ausführungen dazu, wann ein unzulässiger Eingriff in die Eigenverantwortlichkeit des Aufsichtsrates vorliegt. Warum gerade die herausgearbeiteten Kriterien aber zu abschließenden Regelungen und damit zu zwingendem Recht führen sollen, wird nicht erläutert. Sofern Schröder⁴³⁸ zwingendes Recht aus dem Leitbild der Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft herleiten will, begründet er dies zwar ausführlich mit der Interessenlage, die die Einstufung als Publikumsgesellschaft mit sich bringt. Doch auch bei ihm wird kein ausreichender Bezug zur Satzungsstrenge hergestellt. Bei all diesen Grundsätzen mag es gute Gründe geben, die dafür sprechen, dass sie von der Satzung unberührt bleiben sollen. Dogmatisch sauber müsste dies aber konkret aus der Anordnung des § 23 Abs. 5 AktG gefolgert werden. Denn diese Regelung bestimmt das Verhältnis von Satzung und Gesetz in der Aktiengesellschaft. Dies wird im Rahmen der bereits angesprochenen Auslegung nachzuholen sein.

Eine Begründung für den Zusammenhang zwischen der Satzungsstrenge und dem Leitgedanken der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung als aktienrechtliches Prinzip bietet Mertens.⁴³⁹ Er sieht den Grund der Freiheit vor statuarischen Bindungen in der Trennung von Leitung und Eigentümerstellung. Dies erscheint im Ansatz richtig zu sein. Denn gerade die Machtfülle des Vorstandes, die nur minimaler Bindung durch die eigentlichen Kapitalgeber unterliegt, bedarf der Begrenzung. Dazu ist es erforderlich, dass die Machtverteilung innerhalb der Aktiengesellschaft stetig ist und Kontrollmechanismen unumstößlich sind. Die Ausbalancierung der Gewaltenteilung, die Mertens annimmt,⁴⁴⁰ könnte sich dabei als entscheidend für die Beurteilung der Satzungsstrenge herausstellen. Sie ist derart weitreichend im Aktiengesetz geregelt, dass eine allgemeingültige Definition durch sie erreicht werden könnte.

Dennoch ist zum einen zweifelhaft, ob der Bezug zur Satzungsstrenge ausreichend hergestellt wurde. Denn eine Verbindung zwischen dem Grundsatz der Satzungsstrenge und der Trennung von Leitung und Eigentum ist alles andere als trivial und kann nicht pauschal mit dem Verweis auf das Bedürfnis nach zwingenden

⁴³⁶ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41.

⁴³⁷ BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az. II ZR 123/81, NJW 1982, 1525.

⁴³⁸ *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 162 ff.

⁴³⁹ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719 f.).

⁴⁴⁰ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719).

Regelungen erfolgen. Namentlich die Frage, ob volle Entscheidungsfreiräume nur durch § 23 Abs. 5 S. 1 AktG oder vorrangig – wie Geßler annimmt⁴⁴¹ – durch § 23 Abs. 5 S. 2 AktG gewährleistet werden, wird nicht hinreichend beantwortet. Denn dies kann nicht lediglich durch Beispielfälle belegt werden, sondern muss konkret aus § 23 Abs. 5 AktG abgeleitet werden. Zum anderen kann die Abgrenzung von Zuständigkeit und Kompetenz nicht umfassend zu einer Beurteilung der Satzungsstrenge führen. Denn Kompetenzen und Zuständigkeiten haben lediglich die Organe. Namentlich die Aktionäre zählen nicht zu diesen. Dass es jedoch Aktionärsrechte gibt, die aufgrund von abschließenden Vorschriften zwingend sind, ist unbestritten. Dementsprechend bedarf der Ansatz von Mertens, sofern er als Kriterium zur Bestimmung einer Definition der abschließenden Regelung herangezogen wird, jedenfalls der Ausweitung. Wie sich diese Ausweitung darstellen kann, wird abermals durch Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zu zeigen sein. Zu einer Definition der abschließenden Regelung können diese Ansätze aber nur dann beitragen, wenn klar bestimmt ist, ob jedes Tangieren der Kompetenz- bzw. Zuständigkeitsverteilung durch eine ergänzende Satzungsbestimmung gleichzeitig bedeutet, dass gegen den abschließenden Charakter des Aktiengesetzes verstoßen wird oder ob vielmehr nur qualifizierte Eingriffe diese Folge bedeuten.

IV. Rechtsfolgen als Zulässigkeitskriterium

Nicht überzeugen kann der Ansatz, es bestünde ein Zusammenhang zwischen der abschließenden Wirkung des Aktiengesetzes und der Einordnung der Satzungsbestimmung als Rechtsfolgenregelung. Denn dieser Ansatz beurteilt die Satzungsstrenge in einer Pauschalität, die in § 23 Abs. 5 AktG nicht angelegt ist. Selbst die in der Literatur vorgenommene Unterscheidung zwischen dem Aktiengesetz bekannten Rechtsfolgen und solchen, die im Aktiengesetz nicht vorgesehen sind, trägt nicht. Denn zwischen der Anordnung der Satzungsstrenge und der Unterteilung in Tatbestand und Rechtsfolge besteht kein einheitlicher Zusammenhang. Vielmehr ist mit der herrschenden Lehre jede Satzungsbestimmung über Rechtsfolgen für sich genommen als Ergänzung anzusehen, die auf ihr Verhältnis zu abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes hin überprüft werden muss. Dabei ist sicherlich richtig, dass Sanktionen oder ähnliche Rechtsfolgenregelungen dazu beitragen können, dass die Einhaltung von Satzungsbestimmungen gesichert und deren Umsetzung erzwungen werden kann. Dennoch entbinden diese praktischen Erwägungen nicht davon, festzustellen, ob der Gesetzgeber die entsprechenden Regelungsfreiräume eröffnet hat oder ob das Aktiengesetz mit Blick auf die kon-

⁴⁴¹ Geßler, in: FS Luther 1976, 69 (79).

krete Rechtsfolgenregelung abschließend ist. Als Merkmal für abschließende Regelungen des Aktiengesetzes taugt die Einordnung auf Rechtsfolgenseite daher nicht.

V. Relevanz der Börsennotierung

Der Ansatz, die Satzungsstrenge bei börsennotierten Aktiengesellschaften anders auszulegen als bei nicht börsennotierten, ist ebenfalls sehr pauschal. Anders als bei einer Unterscheidung nach Rechtsfolgen, ist dieser Ansatz jedoch zumindest im Gesetz angedeutet. Denn einzelne Vorschriften des Aktiengesetzes, so beispielsweise §§ 67 Abs. 6 S. 2, 134 Abs. 1 S. 2 AktG, sehen die Möglichkeit erleichternder Satzungsbestimmungen für die nicht börsennotierte Gesellschaft vor. Dieser Erleichterungen werden einer börsennotierten Gesellschaft nicht zu Teil. Zudem ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Interessenlage der börsennotierten Gesellschaft eine andere sein kann, als die der nicht börsennotierten Gesellschaft. Allerdings können einzelne wenige Vorschriften des Aktiengesetzes, die eine Unterscheidung nach der Börsennotierung vornehmen, nicht für sich genommen dazu führen, dass mit Blick auf die Satzungsstrenge zwei Klassen an Gesellschaften bestehen.

Jedenfalls kann die punktuelle Unterscheidung nach der Börsennotierung im Gesetz nicht zu einer teleologischen Reduktion der Satzungsstrenge führen – weder insgesamt, noch in Einzelfällen. Denn dadurch würde ein wesentlicher Grundsatz des Aktienrechts für die Mehrzahl der Aktiengesellschaften⁴⁴² für unanwendbar erklärt. Ein solcher Systemsturz darf nicht im Wege der teleologischen Reduktion durchgeführt werden, sondern obliegt allein dem Gesetzgeber.⁴⁴³ Darüber hinaus begründet Hirte die teleologische Reduktion fälschlicherweise damit, die Satzungsstrenge diene letztlich nur dem Anlegerschutz bei nicht börsennotierten Gesellschaften.⁴⁴⁴ Dieses Schutzziel betrifft aber alle Aktiengesellschaften gleichermaßen, da der Anlegerschutz in Bezug auf die rechtliche Ausgestaltung der Satzung bei börsennotierten Gesellschaften nicht umfassend durch das Kapitalmarktrecht verwirklicht werden kann. Ferner besteht die Gefahr von Schwindelgründungen bei jeder Art von Aktiengesellschaft. Zwingendes Aktienrecht soll aber auch

⁴⁴² Der Anteil der nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften übersteigt den Teil der börsennotierten Aktiengesellschaften, *Marsch-Barner*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 1 Rn. 1.

⁴⁴³ In diesem Sinne auch *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 446.

⁴⁴⁴ *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (82).

diesem Missbrauch Einhalt gebieten,⁴⁴⁵ was die Satzungsstrenge umfassend unabhängig von der Börsennotierung gewährleistet.⁴⁴⁶ Entscheidend gegen eine teleologische Reduktion der Satzungsstrenge spricht zudem, dass der Hauptzweck der Satzungsstrenge in der Gewährleistung der Verkehrsfähigkeit der Aktie liegt.⁴⁴⁷ Dieser Zweck greift ebenfalls unabhängig von einer Börsennotierung. Sicherlich wird es an der Börse leichter sein, eine Aktie zu veräußern als im Freiverkehr oder am grauen Kapitalmarkt. Dennoch ist es nicht die einzige Möglichkeit dem Zweck der Satzungsstrenge ausreichend Rechnung zu tragen, wenn sie auf die börsennotierte Gesellschaft nicht angewendet wird.

Rein methodisch wäre daher eine restriktive Auslegung vorzugswürdig, um die immer mehr in den Vordergrund tretende Differenzierung zwischen den verschiedenen Typen der Aktiengesellschaft⁴⁴⁸ zu ermöglichen. Denn die restriktive Auslegung ist nicht ausschließlich an den Zweck der Satzungsstrenge gebunden. Doch auch hier greifen die zuvor erhobenen Bedenken durch. Denn es zeigt sich kein einheitliches Konzept, nach dem eine Unterscheidung vorgenommen wird. Es wurde von Seiten des Gesetzgebers bisher kein echter Subtypus der nicht-börsennotierten Aktiengesellschaft erschaffen.⁴⁴⁹ Ein solcher gesetzgeberischer Schritt kann namentlich nicht in der Einführung mehrerer differenzierender Vorschriften in das Aktiengesetz gesehen werden. Sofern dem Gesetzgeber das Erfordernis der Unterscheidung bei der Satzungsstrenge bei der Einführung dieser Vorschriften tatsächlich, wie Seibt behauptet,⁴⁵⁰ bewusst gewesen wäre, so hätte er auch bei der Satzungsstrenge eine Unterscheidung einführen können. Da dies unterblieb, erscheint eine Unterscheidung nach der Börsennotierung nicht zielführend. Dieser Paradigmenwechsel bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten.

VI. Zwischenfazit

Der anfängliche Befund, dass in Bezug auf die Satzungsstrenge oftmals ungenau gearbeitet wird, hat sich bestätigt. Deshalb konnte eine Beurteilung des Meinungsstandes nur sehr abstrakt vorgenommen werden. Dies führt wiederum dazu, dass

⁴⁴⁵ Vgl. dazu *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 88; *Priester*, BB 1996, 333; *Schäfer*, NJW 2008, 2536 (2536); *Spindler*, in: Aktienrecht im Wandel, Kap. 22 Rn. 11.

⁴⁴⁶ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Schäfer*, NJW 2008, 2536 (2537).

⁴⁴⁷ Dazu noch Seiten 106 ff.

⁴⁴⁸ Vgl. *Marsch-Barner*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 1 Rn. 3.

⁴⁴⁹ So auch *Schäfer*, NJW 2008, 2536 (2536).

⁴⁵⁰ *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

ein vorzugswürdiger Ansatz nicht zweifelsfrei ermittelt werden konnte. Dementsprechend kann lediglich festgestellt werden, dass eine Auslegung zur abschließenden Stellungnahme erforderlich ist. Gegenstand der Auslegung muss § 23 Abs. 5 S. 2 AktG sein. Im Rahmen dieser Auslegung sind die Aussagen von Öffnungsklauseln im Rahmen einer Einzelfallprüfung zwar zu berücksichtigen. Eine Definition der abschließenden Regelung kann sich aber allenfalls aus einer Ableitung der benannten aktienrechtlichen Prinzipien aus der Satzungsstrenge ergeben. Besonders erfolgversprechend wirkt dabei der Ansatz, die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung aus der Satzungsstrenge mit Bezug auf die Leitungsfunktion des Vorstandes herzuleiten. Sollte auch dieser Ansatz zu keiner umfassenden Definition führen, ist ein vom Meinungsstand unabhängiger Ansatz durch Auslegung des Begriffes der abschließenden Regelung zu erarbeiten. Methodische Einschränkungen bei der Auslegung bestehen nicht.

B. Der Begriff „abschließende Regelung“

Der hier als vorzugswürdig angesehen und in der Literatur bisher nicht durchgeführte Weg zur Beurteilung der Reichweite des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ist derjenige der Auslegung der Kernvorschrift. Entscheidend ist dabei, was abschließende Regelung im Sinne der Vorschrift meint, da die übrigen Begrifflichkeiten entsprechend den obigen Ausführungen weitgehend unproblematisch sind. Ausgangspunkt dieser Auslegung sollte zwar der Wortlaut der Norm sein. Letztlich stehen aber alle Auslegungsmethoden gleichberechtigt nebeneinander.

I. Numerus Clausus abschließender Gesetzesbestimmungen

Betrachtet man den Wortlaut des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG „Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, dass dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält“ ist zunächst die Formulierung „es sei denn“ besonders prägnant. Wie bereits mehrfach angedeutet, ist dies so zu deuten, dass nach der gesetzgeberischen Vorstellung das Vorliegen einer abschließenden Regelung die begründungsbedürftige Ausnahme darstellen soll.⁴⁵¹ Es wird deutlich, dass gesetzgeberische Bemühungen in Abkehr von dem Gesetzesperfektionismus früherer Zeiten bestehen, auch im Aktienrecht mehr Raum für die Gestaltungsfreiheit

⁴⁵¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 64; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 158 f.; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 45; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 165; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

der Beteiligten zu lassen.⁴⁵² Obwohl damit im Grundsatz keine abschließende Regelung vorliegen soll, ist mit diesem Befund keine Aussage darüber getroffen, wie die Begründung der abschließenden Regelung auszusehen hat. Vielmehr muss die Definition der abschließenden Regelung eben diese Begründung liefern. Damit verengt sich die Wortlautauslegung auf „abschließend“ und „Regelung“.

Dabei deutet zunächst die Wahl des Wortes Regelung im Unterschied zu Norm oder Vorschrift darauf hin, dass eine Vorschrift nicht stets pauschal abschließend ist. Vielmehr zeigt sich darin, dass eine Vorschrift hinsichtlich einzelner Regelungsbereiche abschließend sein kann. In anderen Bereichen kann die Vorschrift hingegen von der Satzungsbestimmung betroffen sein, gewährt aber dennoch den erforderlichen Regelungsfreiraum und ist deshalb insoweit nicht abschließend.⁴⁵³ Dementsprechend kann eine Norm des Aktiengesetzes lediglich hinsichtlich bestimmter Auswirkungen von Satzungsbestimmungen abschließend sein, während andere Gestaltungsvarianten in der Satzung zugelassen werden sollen. Damit scheidet jedenfalls ein Numerus Clausus abschließender Vorschriften des Aktiengesetzes aus. Entscheidend ist stets die Korrelation zwischen Satzungsbestimmung und Vorschrift und in welchem Regelungsfreiraum die Satzungsbestimmung liegt.

„Abschließend“ nach allgemeinem Wortverständnis meint etwas zu Ende bringen oder den Schluss von etwas bilden.⁴⁵⁴ Dies ist so zu verstehen, dass eine Satzungsbestimmung dann nicht mehr zulässig sein soll, wenn die betroffene Vorschrift des Aktiengesetzes hinsichtlich dieses Bereiches den Schluss der normativen Regelungen darstellen soll. Diese Analyse des Wortlauts ist ohne Mehrwert. Denn gerade die Frage, wann diese Schlussfunktion vorliegt, soll durch die Auslegung beantwortet werden.

Ferner ist ein Vergleich zum Gebrauch des Begriffes abschließend in Rechtsprechung und Literatur in anderen Rechtsgebieten nicht weiterführend. Zwar werden insoweit auch andere gesetzliche Bestimmungen als abschließend angesehen.⁴⁵⁵ Die Gründe für diese Beurteilung sind aber vielschichtig und zu different, als dass sich daraus ein gemeinsamer Nenner herauskristallisieren könnte.

⁴⁵² *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 245.

⁴⁵³ So auch *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 247.

⁴⁵⁴ „Abschließend“, auf Duden online, <https://www.duden.de/rechtschreibung/abschlieszend>.

⁴⁵⁵ So beispielsweise § 34 EStG, dazu *Lindberg*, in: Brandis/Heuermann Ertragssteuerrecht, § 34 EStG Rn. 48.

Eine Betrachtung des Wortlautes der Satzungsstrenge kann folglich keine Definition der abschließenden Regelung liefern. Er gibt lediglich vor, dass es keinen Numerus Clausus der abschließenden Vorschriften des Aktiengesetzes geben kann.

II. Der Normzusammenhang der Satzungsstrenge

In systematischer Hinsicht ist zunächst denkbar, dass die Stellung der Vorschrift der Satzungsstrenge im zweiten Teil des ersten Buches des Aktiengesetzes im Rahmen der Gründungsvorschriften eine Aussage über die abschließende Wirkung des Aktiengesetzes treffen kann. Ferner könnte eine Betrachtung anderer Vorschriften der deutschen Rechtsordnung, die eine ähnliche Regelungsanordnung wie § 23 Abs. 5 S. 2 AktG enthalten, Aufschluss über dessen Ausmaß liefern.

1. Stellung im Aktiengesetz

Die Satzungsstrenge wurde innerhalb des Aktiengesetzes an weniger prominenter Stelle verortet, als es bei einem Grundsatz zu erwarten wäre, der die gesamte Aktiengesellschaft auf Dauer prägt. Sie findet sich im fünften Absatz der Vorschrift zur Feststellung der Satzung, die sich in den Gründungsvorschriften des Aktiengesetzes befinden.

Dort ist sie sicherlich insoweit richtig zugeordnet, als bei der Gründung der Aktiengesellschaft die Satzungsstrenge ebenfalls zu beachten ist. Sie ist entscheidend für die Feststellung der Satzung. Ähnlich wie § 23 Abs. 3 und Abs. 4 AktG wirkt sie dabei über die Gründung der Gesellschaft hinaus für den gesamten Zeitraum des Bestehens der Aktiengesellschaft. Anders jedoch als die übrigen Teile des § 23 AktG strahlt ihre Wirkung auf jede weitere Vorschrift des Aktiengesetzes sowie jede Satzungsbestimmung aus. Dieser systematische Unterscheid zum Rest des § 23 AktG führt dazu, dass jedenfalls die Zusammenschau aller Absätze des § 23 AktG keine Anhaltspunkte für die Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG liefern kann. Ferner kann aus ihrer Stellung in den Gründungsvorschriften kein systematisches Argument für die Auslegung hergeleitet werden. Denn anders als die überwiegende Mehrheit der §§ 23 bis 53 AktG wirkt sie über die Gründungsphase hinaus.

Rückschlüsse könnten allerdings daraus gezogen werden, dass die Satzungsstrenge sowohl vor dem Teil des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter, als auch dem Teil des Gesetzes über die Verfassung der Aktiengesellschaft Eingang in das Gesetz gefunden hat. Sie ist dadurch allen Regelungen zu den Beteiligten innerhalb der Aktiengesellschaft vorrangestellt. Diese sind zum einen die Gesellschaft selbst und zum anderen die Ak-

tionäre, zu denen sich Regeln im dritten Abschnitt des Aktiengesetzes finden. Darüber hinaus ist die Satzungsstrenge auch den Regeln über die Organe der Aktiengesellschaft vorgelagert, die sich im vierten Teil des Aktiengesetzes über die Verfassung der Aktiengesellschaft finden. Sie könnte dadurch eine verklammernde Wirkung für alle Vorschriften haben, die sich mit den Beziehungen der soeben benannten Beteiligten in der Aktiengesellschaft befassen. Diese Beurteilung verfängt nicht. Denn entscheidend gegen eine solche systematische Herangehensweise spricht, dass die Satzungsstrenge auch für die Vorschriften des ersten Teils des Aktiengesetzes volle Geltung beansprucht. Dieser ist der Satzungsstrenge jedoch anders als die benannten Abschnitte vorangestellt. Dass die Satzungsstrenge zweifellos auch für diesen Abschnitt gilt, zeigt sich beispielsweise darin, dass in § 10 Abs. 5 AktG die Zulassung einer Abweichung vom Aktiengesetz durch statutarischen Ausschluss des Verbriefungsanspruchs der Aktionäre vorgesehen ist.⁴⁵⁶ Dies wäre nicht erforderlich, wenn die Satzungsstrenge hier keine Geltung beanspruchen würde. Sie gilt folglich umfassend für das gesamte Aktiengesetz. Ihre Stellung innerhalb des Gesetzes wirkt sich nicht auf ihre Interpretation aus.

2. Vergleichbare Vorschriften anderer Gesetze

Betrachtet man die deutsche Rechtsordnung als Ganzes, fallen zwei Vorschriften ins Auge, die dem § 23 Abs. 5 AktG ähneln. So entspricht § 18 S. 2 GenG dem § 23 Abs. 5 S. 1 AktG. Ein dem § 23 Abs. 5 S. 2 AktG entsprechender Satz fehlt hingegen. § 1 Abs. 3 UmwG entspricht in seinen Sätzen § 23 Abs. 5 AktG mit der Ausnahme, dass er nicht nur für Satzungen, sondern auch für Verträge und Willenserklärungen Geltung beansprucht.

Teilweise wird in § 18 GenG eine dem § 23 Abs. 5 S. 2 AktG entsprechende Regelungsanordnung hineingelesen und dementsprechend davon ausgegangen, dass auch die Satzung der Genossenschaft Ergänzungen zum Gesetz nur dann enthalten dürfe, wenn das Genossenschaftsgesetz keine abschließende Regelung enthält.⁴⁵⁷ Allerdings gewährt das Genossenschaftsrecht insbesondere hinsichtlich der organschaftlichen Verfassung, die bei der Aktiengesellschaft gerade als Kern des zwingenden Rechts angesehen wird,⁴⁵⁸ weitere Spielräume als das Aktiengesetz.⁴⁵⁹ Obwohl nicht dargestellt wird, wie sich diese Unterschiede ausdrücken, steht damit fest: Rückschlüsse auf § 23 Abs. 5 S. 2 AktG können schon mangels

⁴⁵⁶ Vgl. *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 143; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 185.

⁴⁵⁷ *Geibel*, in: Henssler/Strohn GesR, § 18 GenG Rn. 19. Nicht erwähnt bei *Pöhlmann*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs GenG, § 18 Rn. 2.

⁴⁵⁸ Vgl. oben Seiten 53 ff.

⁴⁵⁹ *Geibel*, in: Henssler/Strohn GesR, § 18 GenG Rn. 19.

Vergleichbarkeit nicht gezogen werden. Ohnehin fehlt aber eine Darstellung, was nach genossenschaftsrechtlichem Verständnis eine abschließende Regelung darstellen könnte. Systematisch kann hieraus folglich nichts hergeleitet werden.

Der Bezug des § 1 Abs. 3 UmwG zur Satzungsstrenge ist noch deutlicher als die Verbindung zum Genossenschaftsgesetz. Der Gesetzgeber lehnte diese Vorschrift sogar bewusst an § 23 Abs. 5 AktG an und verwies darauf, dass ausreichend Flexibilität für Einzelfallregelungen bestehen bleibe. Im Wesentlichen betreffe die Vorschrift die Mehrheitserfordernisse des Umwandlungsrechts.⁴⁶⁰ Doch ebenso wie bei der Einführung der Satzungsstrenge selbst, machte der Gesetzgeber keinerlei Ausführungen dazu, wie der Tatbestand der Vorschrift zu verstehen sei.⁴⁶¹ Mangels aussagekräftiger Rechtsprechung⁴⁶² obliegt es somit erneut der Literatur, dem Begriff der abschließenden Regelung Konturen zu verleihen. Allerdings findet sich auch im Umwandlungsrecht keine entsprechende Definition.⁴⁶³ Vielmehr finden sich zu § 1 Abs. 3 UmwG dieselben Ausführungen, die schon in der Literatur zu § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zu finden waren.⁴⁶⁴ So sei die abschließende Wirkung einer Vorschrift des Umwandlungsgesetzes durch Auslegung im Einzelfall zu beurteilen, wobei namentlich Anteilsinhaber-, Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz nicht unterlaufen werden dürften.⁴⁶⁵ Ebenso entscheidend seien Gläubiger- und Minderheitenschutz.⁴⁶⁶ Dies deckt sich mit dem Befund, dass die Schutzzwecke der Satzungsstrenge bei der Auslegung nach der abschließenden Wirkung des Gesetzes den Ausschlag geben sollen. Ebenso wird der Ansatz vertreten, die abschließende Wirkung entscheide sich mittels – vorrangig teleologischer – Auslegung der ergänzten Norm.⁴⁶⁷ Darin zeigt sich, dass die Kriterien zur Bestimmung einer abschließenden Regelung im Rahmen des § 1 Abs. 3 UmwG nahezu identisch mit den Ansätzen zu § 23 Abs. 5 S. 2 AktG sind. Zwar ist eine Übertragbarkeit dieser Kriterien deshalb gegeben. Allerdings bleiben alle Ausführungen zur abschließen-

⁴⁶⁰ BT-Drs. 12/6699, 80.

⁴⁶¹ Vgl. auch *Kropff*, RegBegr, 44.

⁴⁶² Siehe nur OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. September 2002, Az. 9 U 195/01, NZG 2002, 1118. Dort stellte das OLG Karlsruhe die abschließende Wirkung ohne Begründung fest.

⁴⁶³ Siehe beispielhaft *Drygala*, in: Lutter UmwG, § 1 Rn. 61 ff.; *Marsch-Barner/Oppenhoff*, in: Kallmeyer UmwG, § 1 Rn. 22 f.; *Maulbetsch/Rebel*, in: Maulbetsch/Klump/Rose UmwG, § 1 Rn. 15.

⁴⁶⁴ *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl UmwG, § 1 Rn. 74; *Marsch-Barner/Oppenhoff*, in: Kallmeyer UmwG, § 1 Rn. 22; *Wamser*, in: Henssler/Strohn GesR, § 1 UmwG Rn. 31.

⁴⁶⁵ *Marsch-Barner/Oppenhoff*, in: Kallmeyer UmwG, § 1 Rn. 23.

⁴⁶⁶ *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl UmwG, § 1 Rn. 74.

⁴⁶⁷ *Maulbetsch/Rebel*, in: Maulbetsch/Klump/Rose UmwG, § 1 Rn. 15.

den Wirkung des Gesetzes zu unbestimmt, als dass hieraus ein Mehrwert zur Beurteilung der Satzungsstrenge generiert werden könnte. Die systematische Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ist damit insgesamt unergiebig.

III. Entstehung der Satzungsstrenge

Ein Verständnis der Entwicklung der Satzungsstrenge könnte dazu beitragen, die Interessenlage bei Einführung der Satzungsstrenge nachzuvollziehen. Aus dieser Interessenlage wiederum könnte sich ableiten lassen, inwieweit historisch gesehen ein Bedürfnis für abschließende Regelungen des Aktiengesetzes gesehen wurde. Dies könnte auf die heutige Zeit übertragbar sein und so zur Definition der abschließenden Regelung beitragen.

1. Entwicklung des Grundsatzes der Satzungsstrenge

Historisch betrachtet bildete die Einführung der Satzungsstrenge den Abschluss einer im Folgenden näher zu beleuchtenden Diskussion um den zwingenden Charakter des Aktiengesetzes. Die Satzungsstrenge wurde im Jahre 1965 als § 23 Abs. 4 AktG eingeführt und gilt bis heute mit identischem Wortlaut als § 23 Abs. 5 AktG weiter.

a. Einführung der Satzungsstrenge in das Gesetz

Als die Satzungsstrenge in das Aktiengesetz aufgenommen wurde, änderte der Gesetzgeber die bereits bestehende Rechtslage nicht grundlegend. Bei der Entwurfsverfassung ging er sogar davon aus, dass die Einführung der Satzungsstrenge lediglich klarstellenden Charakter habe.⁴⁶⁸ Denn der heutige § 23 Abs. 5 AktG habe der herrschenden Lehre entsprochen. Lediglich die Rechtsprechung sei bisher uneinheitlich hinsichtlich der Zulässigkeit von Ergänzungen geblieben, was gerade aufgrund des wichtigen Verhältnisses von Gesetz und Satzung klarstellungsbedürftig sei.⁴⁶⁹ Eine weitere Stellungnahme zur Reichweite, Bedeutung oder Auslegung der Vorschrift seitens des Gesetzgebers unterblieb. Er machte sich durch diese Aussagen aber die Ausführungen der damals herrschenden Lehre zu eigen, weshalb es maßgeblich auf diese ankommt. Und auch hinsichtlich der Rechtsprechung bedürfen diejenigen Entscheidungen einer genaueren Betrachtung, deren Aussage der Gesetzgeber erhalten und in die Satzungsstrenge aufnehmen wollte.

⁴⁶⁸ Kropff, RegBegr, 44. Zusätzliche Begründungen finden sich weder in der Begründung des Regierungsentwurfes zum Aktiengesetz von 1965, BT-Drs. IV/171, 105, noch im schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses zu diesem Entwurf, BT-Drs. IV/3296, 9.

⁴⁶⁹ Kropff, RegBegr, 44.

b. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Der Grundsatz der Satzungsstrenge ging letztlich aus drei Entscheidungen des Reichsgerichts aus den Jahren 1901⁴⁷⁰, 1907⁴⁷¹ und 1928⁴⁷² hervor.⁴⁷³ Dabei befasste sich die erste Entscheidung aus dem Jahr 1901 lediglich mit Abweichungen zum Gesetz. Die beiden letzten Entscheidungen enthielten jeweils eine Stellungnahme zur Zulässigkeit von Ergänzungen zum Aktiengesetz durch die Rechtsprechung. Das Verhältnis der beiden letzten Entscheidungen zueinander wird von der Rechtsprechung hingegen nicht thematisiert.

aa. RGZ 49, 77

Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. September 1901⁴⁷⁴ war es, durch die erstmalig eine Doktrin des zwingenden Aktienrechts entwickelt wurde. Dabei wurde über den Fall entschieden, dass ein Aktionär in Übereinstimmung mit der entsprechenden Satzungsbestimmung aus der Gesellschaft entgegen seinem Willen aufgrund eines Hauptversammlungsbeschlusses ausgeschlossen werden sollte. Fraglich war die Zulässigkeit dieser Satzungsbestimmung.⁴⁷⁵ Eine Bestimmung des Aktienrechts, nach der ein Aktionär ausgeschlossen werden konnte, existierte auch damals nicht.

Das Reichsgericht stellte fest, dass das Aktienrecht in der Beziehung zwischen der Aktiengesellschaft und den Gesellschaftern nur insoweit dispositiv sei, als dies ausdrücklich zugelassen werde.⁴⁷⁶ Es deklarierte damit das Aktienrecht im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den Aktionären als zwingend. Dadurch sollte der Möglichkeit Einhalt geboten werden, dass der Aktionär seine mitgliederschaftliche Stellung gegen seinen Willen kompensationslos verliert. Der Hauptversammlung sollte zudem die Rechtsmacht verwehrt bleiben, ihre Beschlusskompetenz dahingehend auszuweiten, dass sie sich über die Mitgliedschaft des Aktionärs hinwegsetzen und diesen aus der Gesellschaft eigenmächtig ausschließen

⁴⁷⁰ RG, Urteil vom 25. September 1901, Az. Rep. I. 142/01, RGZ 49, 77.

⁴⁷¹ RG, Urteil vom 12. Januar 1907, Az. Rep. I. 542/06, RGZ 65, 91.

⁴⁷² RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177.

⁴⁷³ Vgl. *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 132; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50.

⁴⁷⁴ RG, Urteil vom 25. September 1901, Az. Rep. I. 142/01, RGZ 49, 77.

⁴⁷⁵ RG, Urteil vom 25. September 1901, Az. Rep. I. 142/01, RGZ 49, 77.

⁴⁷⁶ RG, Urteil vom 25. September 1901, Az. Rep. I. 142/01, RGZ 49, 77 (80).

kann. Eine Begründung dafür lieferte das Reichsgericht zwar nicht. Jedoch verwies es darauf, vom Aktienrecht abweichende Konstruktionen seien in anderen Gesellschaftsformen zu verwirklichen.⁴⁷⁷

bb. RGZ 65, 91

Diese erste Entscheidung wurde vom Reichsgericht am 12. Januar 1907⁴⁷⁸ bestätigt und sogar noch ausgeweitet. In dem Verfahren ging ein Gesellschafter gegen einen Hauptversammlungsbeschluss vor, der zwar den gesetzlichen Vorgaben des § 259 HGB a.F.⁴⁷⁹ entsprach, nicht aber den überschießenden Voraussetzungen der Satzung. Diese sah vor, dass das Beschlussprotokoll nicht nur vom Notar, sondern zusätzlich von drei Aktionären zu unterzeichnen sei.⁴⁸⁰ Diese zusätzlichen Voraussetzungen sind als Ergänzung zum Gesetz anzusehen.

Hier stellte das Reichsgericht fest, dass sowohl Abweichungen als auch Ergänzungen in Form von überschießenden Satzungsbestimmungen bei der Aktiengesellschaft – anders als in den anderen Gesellschaftsformen – wegen der zwingenden Natur des Aktienrechts unwirksam seien. Auch für Ergänzungen bedürfe es also der ausdrücklichen Zulassung durch das Gesetz.⁴⁸¹ Zudem galt von nun an nicht mehr lediglich das Verhältnis zwischen den Aktionären und der Aktiengesellschaft als zwingend, sondern das gesamte Aktienrecht, sofern nicht eine Ergänzung oder Abweichung vom Gesetz als zulässig erklärt wurden.⁴⁸²

cc. RGZ 120, 177

Die letzte Entscheidung des Reichsgerichts vor der Einführung der Satzungsstrenge⁴⁸³ war die für Ergänzungen zum Aktiengesetz fundamentale Entscheidung. In ihr war der Bruch der bisherigen Rechtsprechung zu sehen, der zu der vom Gesetzgeber angesprochenen uneinheitlichen Entwicklung der Rechtsprechung führte und der Klarstellung bedurfte. Das Urteil befasste sich zudem erstmalig mit dem Verhältnis der Satzungsbestimmungen zu außenstehenden Dritten.

In dem vom Reichsgericht zu entscheidenden Fall sah die Satzung der Aktiengesellschaft vor, dass nach der Ausschüttung der Dividende ein überschießender

⁴⁷⁷ RG, Urteil vom 25. September 1901, Az. Rep. I. 142/01, RGZ 49, 77 (80).

⁴⁷⁸ RG, Urteil vom 12. Januar 1907, Az. Rep. I. 542/06, RGZ 65, 91.

⁴⁷⁹ In der Fassung mit Gültigkeit bis zum 30. Januar 1937.

⁴⁸⁰ RG, Urteil vom 12. Januar 1907, Az. Rep. I. 542/06, RGZ 65, 91 (91).

⁴⁸¹ RG, Urteil vom 12. Januar 1907, Az. Rep. I. 542/06, RGZ 65, 91 (92).

⁴⁸² So das Reichsgericht in RG, Urteil vom 12. Januar 1907, Az. Rep. I. 542/06, RGZ 65, 91 (92).

⁴⁸³ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177.

Teil des Gewinns dazu genutzt werden sollte, Aktien von den Aktionären entgeltlich an den Staat als Dritten zu übertragen. Den Preis für den Erwerb der zu übertragenden Aktien, der von allen Aktionären im gleichen Verhältnis entsprechend ihrem Aktienanteil gezahlt werden sollte, legte die Hauptversammlung fest. Das Reichsgericht erkannte hier einen Zusammenhang mit § 227 HGB a.F.⁴⁸⁴, der eine Einziehung der Aktien für zulässig erklärte. Sodann stellte es fest, dass kein direkter Fall des § 227 HGB a.F. vorliege. Dennoch verstoße eine Satzungsklausel, die statt der Einziehung eine Übertragung vorsah, nicht gegen das zwingende Aktienrecht, sondern ergänze einen in § 227 HGB a.F. anerkannten Mechanismus.⁴⁸⁵

Die Zulässigkeit einer solchen Regelung stützte das Reichsgericht darauf, dass in dem zu entscheidenden Fall das Grundkapital nicht angegriffen werde, da der Erwerb aus Gewinnen finanziert werde. Insbesondere liege kein unzulässiger Eingriff in die Aktionärsrechte vor, da § 227 HGB a.F. die Einziehung aufgrund entsprechender Satzungsbestimmung vorsehe und mithin auch die hier streitige Satzungsbestimmung ausdrücklich erlaube. Insoweit war die damalige Rechtslage in Bezug auf den Verlust der Mitgliedschaft der Aktionäre grundlegend verschieden von der heutigen. Denn in § 227 Abs. 1 HGB a.F. war vorgesehen, dass eine Einziehung der Aktien der Aktionäre auf Initiative der Hauptversammlung durch eine Satzungsbestimmung vorgesehen werden konnte.⁴⁸⁶ Dementsprechend sei die Rechtsposition der Aktionäre dauerhaft mit dem potentiellen Verlust der Mitgliedschaft behaftet.⁴⁸⁷ Dieser Verlust werde durch die hier streitige Satzungsbestimmung realisiert. Auch im Übrigen bestünden keine Bedenken gegen die Satzungsbestimmung. Indem alle Aktionäre gleich betroffen seien und der Übergang der Aktien nicht aus der Stellung des Staates als Aktionär folge, sei der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht betroffen. Eine Gläubigergefährdung liege nicht vor, da das Grundkapital unangetastet bleibe.⁴⁸⁸ Letztlich werde auch der Staat als Dritter durch den Hauptversammlungsbeschluss, der die Höhe der übergehenden Aktien festlegt, nicht benachteiligt, da diesem vielmehr ein Recht auf Aktien gewährt werde.⁴⁸⁹ In dieser Entscheidung wurde damit erstmals angenommen, dass eine statuarische Ergänzung zum Aktiengesetz zulässig sei, sofern keine zwingenden Belange des Aktiengesetzes entgegenstünden.

⁴⁸⁴ Fassung vom 01. Januar 1900.

⁴⁸⁵ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177 (180).

⁴⁸⁶ Da eine entsprechende gesetzliche Bestimmung nicht mehr existiert, wären derartige Satzungsbestimmungen nach aktueller Rechtslage nicht mehr zulässig.

⁴⁸⁷ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177 (180).

⁴⁸⁸ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177 (180).

⁴⁸⁹ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177 (181).

dd. Eingang der Rechtsprechung in die Gesetzgebung

In der zweiten Entscheidung des Reichsgerichts wurde eine Ergänzung zum Aktiengesetz für unzulässig gehalten, da eine ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz fehlt. In der dritten Entscheidung des Reichsgerichts wurde eine Ergänzung jedoch für zulässig erachtet. Dabei wurde zwar angenommen, die Satzungsbestimmung sei im Gesetz „ausdrücklich“ zugelassen.⁴⁹⁰ Letztlich wurde aber durch umfassende Auslegung festgestellt, dass die Grundsätze des Aktiengesetzes den ergänzenden Satzungsbestimmungen nicht entgegen stehen. Fraglich ist, wie dieses uneinheitliche Bild zu bewerten ist und welche Entscheidungen tatsächlich in den gesetzgeberischen Willen zur Klarstellung dieser uneinheitlichen Rechtsprechung aufgenommen wurden, zumal sich dieses uneinheitliche Bild in der unterinstanzlichen Jurisprudenz fortführte.⁴⁹¹

Schon in der damaligen Literatur wurde die Bedeutung der letzten Entscheidung des Reichsgerichts unterschiedlich bewertet.⁴⁹² So nahm Pinner an, die Entscheidung stehe in keinerlei Widerspruch zu früheren Entscheidungen.⁴⁹³ Richtigerweise ist jedoch mit der herrschenden Lehre anzunehmen, dass die dritte Entscheidung des Reichsgerichts hinsichtlich der Möglichkeit von Ergänzungen zum Gesetz eine Abkehr der bisherigen Rechtsprechung vorsah.⁴⁹⁴ Denn wie bereits dargestellt, wird in der Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1928 keine Öffnungsklausel angewendet, wie sie im Falle von Abweichungen zu fordern wäre. Stattdessen findet eine umfassende Auslegung des Gesetzes dahingehend statt, ob das Aktiengesetz eine ergänzende Satzungsbestimmung zulasse. Im Ergebnis wird dann die ergänzende Satzungsbestimmung für zulässig erachtet, obwohl dies nicht eindeutig aus dem Wortlaut der damaligen Vorschriften abgeleitet werden kann. Darin ist eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zu erkennen.⁴⁹⁵

⁴⁹⁰ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177 (180).

⁴⁹¹ Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 12. Juli 1923, Az. Z.I. RPT.A 17/23, JFG 1, 213 (214); OLG Dresden, Urteil vom 11. April 1924, Az. 6 Reg. 171/23, JFG 1, 227 (229); KG Berlin, Urteil vom 06. März 1930, Az. 1b X 6/30, JW 1930, 2712 (2713); Urteil vom 16. April 1931, Az. 1b X 197/31, JFG 8, 163 (164).

⁴⁹² Pleßke bewertete die damalige Literatur so, dass die Abkehr von der bisher verfolgten Linie der Rechtsprechung entweder verkannt wurde oder aber als unabsichtlich eingeordnet wurde, *Pleßke*, Satzungsstrenge, 42 f. m.w.N.

⁴⁹³ *Pinner*, JW 1928, 1556 (1557).

⁴⁹⁴ *Fischer*, in: GroKo AktG, 2. Auflage, § 16 Rn. 18; *Goldschmit*, JW 1928, 2617; *Nord*, JW 1928, 2617; *Schlegelberger/Quassowski*, AktG 1937, § 16 Rn. 27; *Ritter*, AktG 1937, Vor § 1 Rn. 3. Zustimmung *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 37.

⁴⁹⁵ In diesem Sinne auch *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 435.

Nimmt man mit der hier vertretenen Ansicht an, dass eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung vorlag, erklärt sich auch die Anmerkung des Gesetzgebers, dass hinsichtlich der uneinheitlichen Rechtsprechung eine Klarstellung erforderlich sei.⁴⁹⁶ Es wird nämlich klargestellt, dass die erste Entscheidung des Reichsgerichts, sowie die zweite Entscheidung hinsichtlich der Zulässigkeit von Abweichungen zum Gesetz geltendes Recht sein sollen, während in Bezug auf die Zulässigkeit von Ergänzungen lediglich die dritte Entscheidung des Reichsgerichts den Maßstab bilden soll. Denn bei Geltung der heutigen Satzungsstrenge hätte die zweite Entscheidung des Reichsgerichts in Bezug auf Ergänzungen zum Aktiengesetz so nicht ergehen dürfen, weil eine ausdrückliche Zulassung gefordert wurde. Der Begriff der abschließenden Regelung war bis dahin in der Rechtsprechung jedoch nicht gefallen.

c. Die herrschende Lehre bis 1965

Als Reaktion auf diese Entscheidungen des Reichsgerichts entwickelte sich die vom Gesetzgeber in das Gesetz aufgenommene herrschende Meinung.⁴⁹⁷ Diese Literaturansicht war jedoch nicht so gefestigt, dass die Einführung der Satzungsstrenge kaum Auswirkungen gehabt hätte. So gab im Jahre 1930 noch Kritiker der Satzungsstrenge, die vor allem den Gedanken umfassend zwingenden Aktienrechts für unangemessen hielten.⁴⁹⁸ Pinner stellte zu dieser Zeit noch fest, dass die Geltung des Grundsatzes der Satzungsstrenge gerade nicht herrschende Lehre war.⁴⁹⁹ Er bezeichnete die durch das Reichsgericht statuierte Begrenzung der Privatautonomie sogar als Rückschritt in der Entwicklung des Aktienrechts. Begründet wurde dies damit, dass das Recht der Aktiengesellschaft eine stetige Entwicklung nehme, welche für die Wirtschaft notwendig sei, und deshalb Ergänzungen in der Satzung für die Anpassung der rechtlichen Umstände der Aktiengesellschaft an die wirtschaftlichen Bedürfnisse des Unternehmens möglich sein müssten.⁵⁰⁰ Gleichsam wird eingeräumt, dass die Vorschriften des Aktienrechts, sowie dessen allgemeine Grundsätze Satzungsbestimmungen jedenfalls nicht entgegenstehen dürften.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ Kropff, RegBegr, 44.

⁴⁹⁷ Vgl. *Baumbach/Hueck*, AktG, § 16 Rn. 4; *Fischer*, in: *GroKo AktG*, 2. Auflage, § 16 Rn. 18; *Ritter*, AktG 1937, Vor § 1 Rn. 3; *Godin/Wilhelmi*, AktG 1965, § 23 Rn. 14; *Schlegelberger/Quassowski*, AktG 1937, § 16 Rn. 27; *Teichmann/Köhler*, AktG, § 16 Rn. 4.

⁴⁹⁸ Siehe beispielsweise *Brodmann*, JW 1931, 775 (776); *Netter*, JW 1930, 3692 (3694); *Pinner*, JW 1930, 2712 (2713).

⁴⁹⁹ *Pinner*, JW 1930, 2712 (2713).

⁵⁰⁰ *Pinner*, JW 1930, 2712 (2713).

⁵⁰¹ *Pinner*, JW 1930, 2712 (2714).

Dieses von Pinner gezeichnete Bild hatte sich jedoch bis zum Jahre 1965 – also vor Einführung der Satzungsstrenge – gewandelt. Die Satzungsstrenge in ihrer ins Gesetz aufgenommenen Ausprägung hatte sich als herrschende Lehre etabliert.⁵⁰² Als Vorreiter dieser herrschenden Lehre und deshalb mit maßgeblichem Einfluss auf die Einführung des heutigen § 23 Abs. 5 AktG durch den Gesetzgeber gelten Schlegelberger/Quassowski,⁵⁰³ die schon vor der Einführung in das Gesetz den Grundsatz der Satzungsstrenge wie folgt beschrieben: „Abweichen kann die Satzung von den gesetzlichen Bestimmungen nur, wo dies ausdrücklich vorgesehen ist. (...) Satzungsbestimmungen können die gesetzlichen Vorschriften nicht nur ergänzen, wo dies ausdrücklich vorgesehen ist, sondern auch überall dort, wo es ohne Verstoß gegen grundsätzliche Vorschriften oder gegen hinter den Vorschriften stehende Rechtsgrundsätze über das Wesen der Aktiengesellschaft möglich ist.“⁵⁰⁴ Sie zeigen damit, dass in der Literatur grundsätzlich die Zulässigkeit von Ergänzungen auch dann angenommen wurde, wenn eine ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz fehlt. Der Begriff der abschließenden Regelung fällt aber in der Literatur ebenso wenig wie in den Entscheidungen des Reichsgerichts.

2. Grundaussagen der Gesetzesentwicklung

Nach den obigen Ausführungen können Ableitungen aus der Historie der Satzungsstrenge mit Blick auf abschließende Regelungen des Aktiengesetzes nach den folgenden Maßstäben erfolgen. Der historische Gesetzgeber beabsichtigte mit der Einführung der Satzungsstrenge lediglich die Klarstellung, dass die herrschende Lehre geltendes Recht sein soll. Dementsprechend könnte die damals herrschende Lehre die Grundlage der Definition einer abschließenden Regelung bilden. Die Rechtsprechung darf in Bezug auf Ergänzungen zum Aktiengesetz lediglich in der Ausgestaltung der Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1928⁵⁰⁵ Berücksichtigung finden, da der Gesetzgeber gerade klarstellen wollte, dass die Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1907⁵⁰⁶ nicht fortgelten

⁵⁰² So auch *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 38; *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (169); *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 37; *Spindler*, in: Aktienrecht im Wandel, Kap. 22 Rn. 24.

⁵⁰³ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 38; *Luther*, in: FG Hengeler 1972, 167 (169).

⁵⁰⁴ *Schlegelberger/Quassowski*, AktG 1937, § 16 Rn. 27. Ähnlich *Baumbach/Hueck*, AktG, § 16 Rn. 4; *Fischer*, in: GroKo AktG, 2. Auflage, § 16 Rn. 18; *Ritter*, AktG 1937, Vor § 1 Rn. 3; *Godin/Wilhelmi*, AktG 1965, § 23 Rn. 14; *Teichmann/Köhler*, AktG, § 16 Rn. 4.

⁵⁰⁵ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177.

⁵⁰⁶ RG, Urteil vom 12. Januar 1907, Az. Rep. I. 542/06, RGZ 65, 91.

sollte.⁵⁰⁷ Problematisch ist dabei jedoch, dass es der Gesetzgeber war, der erstmalig den Begriff der abschließenden Regelung verwendete. Insoweit deutet der historische Gesetzgeber Folgendes an: Als abschließend gilt, was nach den relevanten Fundstellen in Literatur und Rechtsprechung im Rahmen von Ergänzungen gerade nicht mehr zulässig sein sollte.

a. Unterscheidung nach Art des satzungsmäßigen Eingriffs

In Bezug auf die Rechtsprechung lässt sich festhalten, dass die Satzungsstrenge nicht nur – wie in der ersten Entscheidung – im Verhältnis zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft Geltung beansprucht. Vielmehr betrifft sie die Verhältnisse der Aktiengesellschaft insgesamt.⁵⁰⁸ Demnach muss eine Definition der abschließenden Regelung dazu führen, dass sie sich auf die Aktiengesellschaft insgesamt bezieht. Dabei geht es wie auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts maßgeblich darum, dass die Beteiligten der Aktiengesellschaft, das heißt, vorrangig die Aktionäre, aber ebenso die Hauptversammlung oder die anderen Organe wie Vorstand und Aufsichtsrat, umfassende Berücksichtigung finden. Das Reichsgericht legt insoweit nahe, dass eine abschließende Regelung oftmals im Rahmen der Beziehungen zwischen diesen Beteiligten vorliegt.

Allerdings kann daraus nicht zugleich gefolgert werden, dass alle Vorschriften über die Rechte, Befugnisse und Pflichten der Organe umfassend abschließend ausgestaltet sein sollen. Ein Blick auf die dritte Entscheidung des Reichsgerichts zeigt vielmehr, dass modifizierende Eingriffe in die Rechtspositionen einzelner Beteiligter zulässig sind. Dort wurde es als zulässig angesehen, dass ein Aktionär seine Rechtsposition gegen eine entsprechende Kompensation vollständig verliert. Die Rechtsposition der Aktionäre war dauerhaft mit dem potentiellen Verlust der Mitgliedschaft behaftet, da nach damaligem Recht eine Einziehung in § 227 HGB a.F. gesetzlich vorgesehen war. Unschädlich war insoweit, dass der Mechanismus des Rechtsverlustes nicht exakt den gesetzlichen Vorgaben entsprach. Laut Reichsgericht war vielmehr ausreichend, dass etwas dem Grunde nach gesetzlich verankert war. Wie das gesetzlich Gestattete jedoch statuarisch umgesetzt wurde, ist ein Spielraum, den der Satzungsgeber ausfüllen kann. Folglich wird hierin deutlich, dass das „Ob“ einer Rechtsinhaberschaft eine durch das Gesetz abschließend geregelte Frage ist, während das „Wie“, also die Art und Weise der Rechtsinhaberschaft oder eben des Rechtsverlustes, Satzungsbestimmungen zugänglich ist. Dass die zweite Entscheidung des Reichsgerichts etwas anderes nahelegt, ist

⁵⁰⁷ Dazu oben Seite 88.

⁵⁰⁸ RG, Urteil vom 12. Januar 1907, Az. Rep. I. 542/06, RGZ 65, 91 (92).

dabei unerheblich. Denn wie bereits gezeigt wurde, haben die Leitgedanken dieser Entscheidung gerade nicht Eingang in den gesetzgeberischen Willen gefunden und sollten eben nicht fortgelten.

b. Betroffenheit von Anlegern und Gläubigern

Weiterhin lassen die Entscheidungen des Reichsgerichts erkennen, dass es verschiedene Schutzbelange gibt, die es bei der Beurteilung zwingenden Aktienrechts zu berücksichtigen gilt. Allen voran lag in der damaligen Zeit die Kernintention hinter der Einführung der Satzungsstrenge im Anlegerschutz.⁵⁰⁹ Schon in der ersten Entscheidung des Aktiengesetzes war der maßgebliche Leitgedanke, dass ein Aktionär nicht in einer gesetzlich nicht vorgesehenen Weise von seiner Aktionärsposition ausgeschlossen werden sollte. Der Aktionär als Anleger wurde damit vor dem Verlust seiner Mitgliedschaft geschützt. Und auch in der Dritten Entscheidung ging es um den Anlegerschutz. Dabei wurde jedoch klargestellt, dass der Aktionär nur im Umfang des gesetzlichen Rahmens vor einem Rechtsverlust geschützt werden soll. Nicht schutzwürdig wird er entsprechend den obigen Ausführungen indessen in Bezug darauf angesehen, wie seine Rechte ausgestaltet sind.

Zusätzlich wird mit der dritten Entscheidung des Reichsgerichts klargestellt, was ohnehin das Gesellschaftsrecht durchzieht: Satzungsbestimmungen können nur dann Gültigkeit haben, wenn Rechte außenstehender Dritter nicht betroffen werden. Zudem wird deutlich, dass der Anlegerschutz nicht allein maßgeblich für zwingendes Aktienrecht ist. Denn obwohl der Gleichbehandlungsgrundsatz als für die Satzungsbestimmungen relevant angesehen wird,⁵¹⁰ zeigt sich, dass die damalige Befugnis der Hauptversammlung zur Einziehung nicht beschnitten werden darf. Insoweit wird die Geltung der Satzungsstrenge durch das Reichsgericht nicht nur für die Aktionärsrechte, sondern auch für die Rechte Dritter und die weiteren Beteiligten der Aktiengesellschaft festgestellt.

c. Wesen der Aktiengesellschaft

Ähnliche Erwägungen wie jene zur Rechtsprechung des Reichsgerichts sind auch für die herrschende Lehre entscheidend. Denn in Bezug auf die Reichweite der Satzungsstrenge und somit auch für die abschließende Wirkung des Aktiengesetzes werden keine Einschränkungen hinsichtlich einzelner Beteiligter innerhalb der Aktiengesellschaft oder außenstehender Dritte vorgenommen.

⁵⁰⁹ In diesem Sinne auch *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 41; *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (85).

⁵¹⁰ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177 (180 f.).

In Bezug auf die herrschende Lehre ist zunächst klarzustellen, dass der Gesetzgeber die Formulierung „abschließende Regelung“ als Umschreibung der Beurteilung der herrschenden Lehre von ergänzenden Satzungsbestimmungen verwendete. Denn nur dieses Verständnis der Formulierung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG führt tatsächlich zu einer Klarstellung im Gegensatz zur Neuregelung zwingenden Aktienrechts. Sodann ist festzustellen, dass die herrschende Lehre Ergänzungen zum Aktiengesetz immer dort für zulässig erachtet, wo grundsätzliche Vorschriften oder hinter den Vorschriften stehende Rechtsgrundsätze über das Wesen der Aktiengesellschaft nicht entgegenstehen.⁵¹¹ Der dieser Beurteilung der herrschenden Lehre entsprechende gesetzgeberische Wille kann folgendermaßen interpretiert werden.

Die abschließende Wirkung einer Vorschrift darf nicht allein durch den Blick auf eine einzelne Vorschrift beurteilt werden. Stattdessen sind die gesetzlich anknüpfbaren – also hinter den Vorschriften stehenden – Prinzipien des Aktiengesetzes, soweit sie als Rechtsgrundsatz das Wesen der Aktiengesellschaft ausmachen, bei der Beurteilung der abschließenden Wirkung heranzuziehen. Dazu gehören nach dem derzeitigen Meinungsstand neben den grundsätzlichen Vorschriften des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder den Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflichten vorrangig die innere Organisation und Zusammensetzung der Organe, das Leitbild der Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft und besonders prominent die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft. Eindeutige Hinweise darauf, ob einer oder gleich jeder dieser Ansätze zur Beurteilung abschließenden Gesetzesrechts herangezogen werden sollte, fehlen in der damaligen Literatur. Jedenfalls aber die Bedeutung des Leitbilds als Publikumsgesellschaft⁵¹² kann an dieser Stelle ausgeschlossen werden. Denn in allen drei Entscheidungen des Reichsgerichts ging es lediglich um die Betroffenheit einzelner Aktionäre. Zudem gibt es weder in der damaligen Literatur noch der Rechtsprechung Anhaltspunkte dafür, dass die Satzungsstrenge für Aktiengesellschaften mit kleinem Aktionärskreis nicht oder anders gelten sollte. Die übrigen Ansätze hingegen bedürfen weiterer Beurteilung.

3. Zum Begriff der abschließenden Regelung

Die Überlegungen zur Historie der Satzungsstrenge können für verschiedene Ansätze zur Definition des Begriffes der abschließenden Regelung nutzbar gemacht

⁵¹¹ *Schlegelberger/Quassowsky*, AktG 1937, § 16 Rn. 27. Ähnlich *Baumbach/Hueck*, AktG, § 16 Rn. 4; *Fischer*, in: *GroKo AktG*, 2. Auflage, § 16 Rn. 18; *Ritter*, AktG 1937, Vor § 1 Rn. 3; *Godin/Wilhelmi*, AktG 1965, § 23 Rn. 14; *Teichmann/Köhler*, AktG, § 16 Rn. 4.

⁵¹² Dazu oben Seite 52.

werden. Die dabei herausgearbeiteten Grundsätze sind dann anhand einer Beurteilung des Zwecks der Satzungsstrenge zu überprüfen. Dennoch sollen bereits an dieser Stelle denkbare Herangehensweisen dargestellt werden.

a. Interessenabwägung

Ein sehr verallgemeinernder Ansatz wäre es, dann eine Regelung als abschließend anzusehen, wenn die jeweilige Vorschrift eine vom Gesetzgeber abstrakt vorgezeichnete Interessenabwägung darstellt. Diese Interessenabwägung könnte im Sinne der damals herrschenden Lehre als hinter der einzelnen Vorschrift stehender Rechtsgrundsatz angesehen werden. Ein solcher Rechtsgrundsatz läge im Rahmen des bereits besprochenen § 227 HGB a.F. beispielsweise darin, dass der Gesetzgeber den Stellenwert der Mitgliedschaft insoweit mit den Rechten der Hauptversammlung abgewogen hatte, als eine Einziehung aufgrund eines Hauptversammlungsbeschlusses möglich war. Da diese Interessenabwägung nicht durch die Satzungsbestimmung von der im Jahre 1928 vom Reichsgericht⁵¹³ zu entscheidenden Fallkonstellation beeinträchtigt wurde, lag keine abschließende Wirkung vor. Allerdings könnte schon hiergegen eingewendet werden, dass die gesetzliche Vorschrift eine Interessenabwägung dergestalt vorgenommen habe, dass ein Übergang der Aktien an den Staat als Dritten gerade nicht vorgesehen war. Wo also die gesetzgeberische Interessenabwägung endet und wo damit gestalterischer Spielraum eröffnet wird, ist kaum feststellbar. Ein Vorteil dieses Verständnisses wäre jedoch, dass es auf jede Vorschrift des Aktiengesetzes angewendet werden könnte und dementsprechend die Reichweite hat, welche die historische Auslegung nahe legt.

Allerdings liegt in dieser Reichweite zugleich die unüberbrückbare Schwäche dieses Ansatzes. Denn letztlich stellt jede gesetzliche Vorschrift eine vom Gesetzgeber abstrakt vorweggenommene Interessenabwägung dar. Es würde also jede einzelne Vorschrift des Aktiengesetzes weitreichend zu einer abschließenden Regelung. Dies widerspricht jedoch der gesetzgeberischen Intention, im Rahmen von Ergänzungen Raum für Satzungsbestimmungen zu schaffen, was in der mehrfach angesprochenen Formulierung „es sei denn“ deutlich wird. Zudem kann nicht jede gesetzliche Interessenabwägung im Sinne der damals herrschenden Lehre als Rechtsgrundsatz das Wesen der Aktiengesellschaft betreffen. Vielmehr wird in dieser Formulierung deutlich, dass es gewichtigere Gründe für zwingendes Recht geben muss. Historisch betrachtet kann der Befund gesetzgeberischer Interessenabwägungen innerhalb des Aktiengesetzes daher nicht zu einer Definition der abschließenden Regelung führen.

⁵¹³ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177.

b. Zuständigkeits- und Kompetenzordnung

Auf Grundlage der Ausführungen von Mertens wurde eine Beurteilung der abschließenden Regelungen anhand der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung als vielversprechend eingestuft.⁵¹⁴ Und tatsächlich sprechen historisch betrachtet gute Gründe für diesen Ansatz. Mit Blick auf die Formulierungen der damals herrschenden Lehre kann konstatiert werden, dass die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung als gesetzlich anknüpfbarer Grundsatz zweifellos entscheidend für das Wesen der Aktiengesellschaft ist. Denn entsprechend der Ausführungen von Mertens prägt die Kompetenzordnung die Aktiengesellschaft durch die Trennung von Leitung und Eigentümerschaft.⁵¹⁵ Die Gefahren, die diese Trennung mit sich bringt, sind zwar nicht in der Begründung zur Satzungsstrenge selbst in die Regierungsbegründung aufgenommen worden. Dennoch spielten sie bei der Aktienrechtsreform im Jahre 1965 eine entscheidende Rolle. So wurde die Unabhängigkeit der Leitung sowohl in dem Referentenentwurf als auch im Regierungsentwurf zum neuen Aktiengesetz als tragende Erwägung für die zahlreichen Erweiterungen des Aktiengesetzes angesehen, die sich namentlich in Kontrollinstrumenten gegenüber der Verwaltung darstellten.⁵¹⁶ Die ausbalancierte Kompetenzordnung ist folglich historisch eng mit der Einführung der Satzungsstrenge verknüpft. Ein Zusammenhang zwischen der Auslegung des Begriffes der abschließenden Regelung und der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung ist daher nicht von der Hand zu weisen.

Dagegen kann nicht angeführt werden, dass im Rahmen der Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1907⁵¹⁷ das Erfordernis zusätzlicher Unterschriften der Aktionäre lediglich eine Formalität war, die weder die Kompetenzen noch die Zuständigkeiten der Hauptversammlung unangemessen beeinträchtigen. Denn unabhängig davon, ob man diese Prämisse für zustimmungswürdig hält, ist bereits deutlich geworden, dass diese Entscheidung in Bezug auf Ergänzungen gerade nicht in der heutigen Satzungsstrenge aufgegangen ist. Sie gilt nicht fort. Dementsprechend ist unerheblich, ob durch diese Entscheidung tatsächlich die Hauptversammlung oder unter Umständen sogar lediglich das Amt des Notars⁵¹⁸ geschützt werden sollte. Aus der Entscheidung des Reichsgerichts dürfen jedenfalls keine Schlüsse auf das Vorliegen einer abschließenden Regelung getroffen werden, da

⁵¹⁴ Vgl. dazu auch oben Seiten 53 ff. und 76 ff.

⁵¹⁵ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719 f.).

⁵¹⁶ BT-Drs. IV/171, 93 f.; *Kropff*, RegE, 15.

⁵¹⁷ RG, Urteil vom 12. Januar 1907, Az. Rep. I. 542/06, RGZ 65, 91.

⁵¹⁸ So *Hirte*, in: *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht* 1998, 61 (85).

das Reichsgericht davon ausging, dass eine ausdrückliche Zulassung auch für Ergänzungen erforderlich sei.

Dennoch kann der von Mertens entwickelte Ansatz nicht uneingeschränkt überzeugen. Denn historisch betrachtet war der Anlegerschutz der vorrangige Zweck der Satzungsstrenge. Die Sicherung der Verkehrsfähigkeit der Aktie als Zweck der Satzungsstrenge trat erst später – abgeleitet aus dem Anlegerschutzgedanken – in den Vordergrund.⁵¹⁹ Für den Anlegerschutz ist zwar erforderlich, dass die Leitung der Gesellschaft ausreichend mittels verschiedener Kontrollinstrumente sowie Verschwiegenheits- oder Sorgfaltspflichten gebunden wird und dies nicht abdingbar ist. Der Anlegerschutz geht aber darüber hinaus. So sind namentlich die Minderheitsrechte oder die Kapitalerhaltung für die Anleger maßgebliche Gesichtspunkte, die entsprechend abschließend sein müssen. Auch dies zeigt sich in den bereits erwähnten Erwägungsgründen von Referenten- und Regierungsentwurf, in denen die Rücklagenbildung und das Recht auf Gewinnbeteiligung als unverzichtbar für die Anleger dargestellt werden. Denn nur diese Mechanismen führten zu einem Ausgleich des geringen Einflusses der Aktionäre und sicherten ihre Stellung als Eigentümer- und Kapitalgeber.⁵²⁰ Dabei handelt es sich jedoch weder um Organzuständigkeiten noch Kompetenzen. Sie müssen gleichwohl entsprechend der Regierungsbegründung weitreichend abschließend geregelt sein, um die Aktionärsstellung zu sichern. In Bezug auf diese Bereiche vermag die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung keine Aussage zu treffen. Folglich kann sie jedenfalls nicht allein zur Bestimmung der abschließenden Regelung dienen.

Es zeigt sich erneut, dass sich der bisherige Meinungsstand darauf beschränkte, einzelne Aspekte zwingenden Rechts zu beleuchten. Umfassende Beurteilungen der Begrifflichkeiten der Satzungsstrenge finden sich nicht. Somit kommt lediglich in Betracht, den hier zumindest in Teilen tragenden Ansatzpunkt der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung, der sich durch die Unabhängigkeit der Leitung von den Eigentümern der Gesellschaft bestimmt, in die Definition der abschließenden Regelung einzuarbeiten.

c. Funktionskreise des Aktiengesetzes

Der Ansatz der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung ist nach dem soeben Gesagten, um die weiteren Belange des Anlegerschutzes zu erweitern. Dabei liegt die erste Hürde darin, dass Aktionäre anders als die Organe der Aktiengesell-

⁵¹⁹ Vgl. *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (85);

⁵²⁰ BT-Drs. IV/171, 93; *Kropff*, RegE, 15.

schaft weder Zuständigkeiten noch Kompetenzen haben, sondern mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten. Die Organe haben Befugnisse und Pflichten, wobei manche dieser Befugnisse Zuständigkeiten oder Kompetenzen darstellen können.⁵²¹

Eine Verbindung von Rechten, Befugnissen und Pflichten könnten die Funktionen der Beteiligten innerhalb der Aktiengesellschaft sein und so eine Verbindung aller abschließenden Regelungsbereiche des Aktiengesetzes darstellen. Als Grundlage dieser Hypothese müssten die meisten – wenn nicht gar alle – Befugnisse und Pflichten der jeweiligen Organe einschließlich ihrer Zuständigkeiten und Kompetenzen im Zusammenhang mit der Funktion des Organs innerhalb der Aktiengesellschaft stehen. Denn dann ließe sich der Ansatz der Zuständigkeits- und Kompetenzverteilung der Organe mit den Funktionen der Organe umschreiben. Dabei hätte der Vorstand die Geschäftsführungsfunktion, der Aufsichtsrat die Funktion des internen Kontrollorgans und die Hauptversammlung als Willensbildungsorgan die Funktion des Sprachrohrs der wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens. Zudem könnten die Rechte und Pflichten der Aktionäre ihrer Funktion innerhalb der Aktiengesellschaft zugeordnet werden. Diese liegt darin, als Eigentümer der Gesellschaft das erforderliche Kapital bereitzustellen. Im Umkehrschluss dieser Funktion müsste es entsprechend gesicherte Herrschafts- und Vermögensrechte der Aktionäre geben, die ebenfalls zwingend wären. Auf diese Weise könnte über die Funktionen von Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung ein Bezug zu den vom Anlegerschutz betroffenen Aktionären hergestellt werden. Zu diesen Funktionen der Organe könnte gleichzeitig das Funktionieren der Organe gehören.

aa. Gesetzesbegründung von 1965

Diese Hypothese lässt sich historisch verankern. Denn aus Referenten- und Regierungsentwurf geht hervor, dass den Aktionären innerhalb der Aktiengesellschaft gerade die Funktion der Kapitalbereitstellung zukommt.⁵²² Dies erfolgt zwar erneut ohne direkten Bezug zur Satzungsstrenge. Dennoch wird das funktionelle Geflecht der Organe mit den Aktionären detailliert beschrieben, indem zunächst festgestellt wird, dass die Mitsprache- und Kontrollrechte zwar eingeschränkt werden müssten. Die Einschränkung dürfe aber nur in angemessenem Maße erfolgen, damit

⁵²¹ Flume, Juristische Person, 405; Häsemeyer, ZHR 144 (1980), 265 (271 f.); Cahn, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 3 f.

⁵²² BT-Drs. IV/171, 94; Kropff, RegE, 14.

das Kapital auch weiterhin zur Verfügung gestellt werde und der verfassungsrechtlich anerkannte Schutz des Eigentums gewährleistet sei.⁵²³ Dazu müssten insbesondere die Aktionärs- und Minderheitsrechte stark ausgestaltet sein.⁵²⁴ Schon dies spricht dafür, dass der historische Gesetzgeber von einer starren Ausgestaltung dieser Funktion ausging.

Gleichzeitig wird festgestellt, dass es richtig gewesen sei, Vorstand und Aufsichtsrat eine derart starke Position gegenüber den Eigentümern der Gesellschaft einzuräumen, da es wirtschaftlich sinnvoll sei, eine eigenständig agierende Verwaltung zu installieren. Zu rechtfertigen sei dies gegenüber den Eigentümern aber nur dann, wenn eine ausreichende Kontrolle zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bestünde und die Rechenschaftspflichten gegenüber der Gesellschaft ausreichend stark ausgestaltet seien.⁵²⁵ Insoweit wird vom historischen Gesetzgeber betont, dass die internen Verknüpfungen zwischen Verwaltung und der Gesellschaft, die namentlich durch die Rechte innerhalb der Hauptversammlung definiert werden, sowie die Beziehungen zwischen der Verwaltung und den Aktionären als Eigentümern detailliert ausgestaltet werden müssen. So wird ein wirtschaftliches Funktionieren der Gesellschaft gewährleistet und dennoch der Eigentumsschutz anerkannt. All diese Erwägungen mit derjenigen Gesetzesnovelle anzustellen, welche die Aufnahme der Satzungsstenge ins Gesetz mit sich brachte und damit weite Teile dieser beschriebenen Struktur zwingend macht, zeigt, dass diese Erwägungen in die Auslegung der Satzungsstrenge einfließen müssen. Sowohl Referenten- als auch Regierungsentwurf können demnach so verstanden werden, dass nicht nur einzelne Rechte, Zuständigkeiten oder Kompetenzen zwingend werden sollten. Vielmehr sollten die einzelnen Funktionen der Beteiligten in der Aktiengesellschaft unverrückbar ausgestaltet werden. Diese fügen sich dann in ein Geflecht aus Rechten, Befugnissen und Pflichten ein, um den idealen Ausgleich der funktionellen Machtzentren⁵²⁶ zu wahren.

Insgesamt entspricht daher die zwingende Ausgestaltung der durch die Rechte, Befugnisse und Pflichten der Beteiligten umschriebenen Funktionen in der Aktiengesellschaft dem Willen des historischen Gesetzgebers.

⁵²³ BT-Drs. IV/171, 93; *Kropff*, RegE, 14.

⁵²⁴ BT-Drs. IV/171, 94; *Kropff*, RegE, 15 f.

⁵²⁵ BT-Drs. IV/171, 93; *Kropff*, RegE, 15.

⁵²⁶ Ähnliche Begriffe verwendete *Timm*, DB 1980, 1201 (1204). *Hommelhoff* spricht von einer Funktionentrennung innerhalb der Aktiengesellschaft, *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288 (308).

bb. Übereinstimmung mit der damals herrschenden Lehre

Ferner steht die in den gesetzgeberischen Willen aufgenommene herrschende Lehre der damaligen Zeit mit diesem funktionellen Ansatz in Einklang. Denn den Passus der von Schlegelberger/Quassowski⁵²⁷ geprägten herrschenden Lehre, Satzungsbestimmungen könnten die gesetzlichen Vorschriften ergänzen, wo es ohne Verstoß gegen grundsätzliche Vorschriften oder gegen hinter den Vorschriften stehende Rechtsgrundsätze über das Wesen der Aktiengesellschaft möglich sei, umschreibt der Gesetzgeber mit dem Begriff der abschließenden Regelung. Da die Funktionen durch zahlreiche gesetzliche Vorschriften abgebildet werden und damit hinter den Vorschriften stehende Rechtsgrundsätze über das Wesen der Aktiengesellschaft darstellen, stimmen der funktionelle Ansatz und die damalige herrschende Lehre überein.

Insbesondere sind die Eigentümerstellung der Aktionäre bei verhältnismäßig geringem Einfluss auf das Tagesgeschäft ebenso Wesensmerkmal der Aktiengesellschaft wie die Unabhängigkeit der Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand. Dies ergibt sich daraus, dass sich die Aktiengesellschaft in dieser Struktur maßgeblich von den anderen deutschen Gesellschaftsformen unterscheidet. Eine solch strikte Trennung der wirtschaftlichen Eigentümer von der Geschäftsleitung existiert in anderen Gesellschaftsformen des deutschen Rechts nicht.⁵²⁸ So gilt im Personengesellschaftsrecht der Grundsatz der Selbstorganschaft⁵²⁹ und die Geschäftsführung der GmbH ist an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden.⁵³⁰ Dementsprechend besteht bei der Aktiengesellschaft, mehr als bei allen anderen Gesellschaftsformen die Gefahr, dass die Geschäftsleitung das Eigentum der Anteilseigner aushöhlt.⁵³¹ Daraus erklärt sich zudem, dass die Hauptversammlung nur mit einzelnen Beschlusskompetenzen ausgestattet ist und im Übrigen vor allem der Kommunikation zwischen Leitung und Eigentümer der Gesellschaft dient. Dieses Wesensmerkmal wiederum begründet ein gesteigertes Bedürfnis der Aktionäre und damit mittelbar ein Bedürfnis der Hauptversammlung, dass die Rechte zur Informationsgewinnung, Mitbestimmung und auf finanzielle Erlöse weitreichend unangetastet bleiben. Auch die zwingend vorgeschriebene zweigliedrige Verwaltung der Aktiengesellschaft, die sich namentlich durch die

⁵²⁷ *Schlegelberger/Quassowski*, AktG 1937, § 16 Rn. 27.

⁵²⁸ *Bachmann*, in: Groko AktG, § 1 Rn. 36.

⁵²⁹ *Leistikow*, in: Beck'sches RA-HdB, § 44 Rn. 30; *Born*, in: Ebenroth/Boujong HGB, § 108 Rn. 28 ff..

⁵³⁰ *Konzen*, NJW 1989, 2977; *Oetker*, in: Henssler/Strohn GesR, § 37 GmbHG Rn. 13.

⁵³¹ *Drygala*, KapGesR, § 21 Rn. 5. Vgl. auch *Baums*, ZIP 1995, 11; *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (6).

Kontrollfunktion des Aufsichtsrates auszeichnet, ist ein Wesensmerkmal der Aktiengesellschaft, die sowohl im nationalen als auch internationalen Vergleich prägend für die Aktiengesellschaft ist. Denn nur bei der Aktiengesellschaft besteht die Pflicht zur Einsetzung eines Aufsichtsrates.⁵³² Ein solcher kann aufgrund der privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit zwar auch in anderen Gesellschaftsformen, beispielsweise der GmbH,⁵³³ eingesetzt werden. Unabhängig von einer Arbeitnehmerbeteiligung existiert die Einsetzungspflicht aber ausschließlich bei der Aktiengesellschaft. Da der verpflichtende Aufsichtsrat gegenstandslos wäre, wenn nicht dessen Befugnisse und Pflichten abschließend ausgestaltet wären, ist auch dieses Wesensmerkmal im Sinne der historischen herrschenden Lehre als abschließend anzusehen. Andernfalls könnte dieses Wesensmerkmal qua Satzungsbestimmung ausgehöhlt werden.

Durch die Funktionen der Beteiligten der Aktiengesellschaft lässt sich aber auch dem Gedanken der herrschenden Lehre Rechnung tragen, dass ein Verstoß gegen grundsätzliche Vorschriften des Aktiengesetzes dazu führen soll, dass eine satzungsmäßige Ergänzung unzulässig ist. Denn als diese grundsätzlichen Vorschriften sind gerade die Normen des Aktiengesetzes zu klassifizieren, die für die Funktionen entscheidend sind. Dazu zählen im Bereich der Aktionäre namentlich der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 53a AktG, da Kapital nur dann bereitgestellt wird, wenn gesichert ist, dass dieses Kapital entsprechend seiner Beteiligung am Unternehmen Rechte und wirtschaftlichen Wert verkörpert. In Bezug auf die Verwaltung sind derart grundsätzliche Vorschriften beispielsweise die Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflichten nach § 93 Abs. 1 S. 1 und 3 AktG. Denn nur wenn diese Beschränkungen gewahrt werden, ist die Unabhängigkeit der Leitung der Gesellschaft von den Eigentümern hinnehmbar, weil das Risiko von Misswirtschaft und Missbrauch minimiert wird. Die herrschende Lehre zu ergänzenden Satzungsbestimmungen lässt sich folglich umfassend durch die Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft abbilden.

Fraglich ist, inwieweit die Betroffenheit der Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft durch eine Satzungsbestimmung dazu führt, dass diese Satzungsbestimmung unzulässig wäre, weil die entsprechende Vorschrift abschließend ist. Erneut kann dazu etwas aus der in die Gesetzesnovelle aufgenommenen herrschenden Lehre entnommen werden. Denn diese gibt vor, dass Ergänzungen namentlich dann unzulässig sein sollen, wenn sie gegen das Wesen der Aktiengesellschaft verstoßen. Dies ist jedoch nicht bei jeder Betroffenheit der Funktionen der Fall.

⁵³² *Bachmann*, in: GroKo AktG, § 1 Rn. 37; *Heider*, in: MüKo AktG, § 1 Rn. 106.

⁵³³ Vgl. § 52 GmbHG. Dazu *Spindler*, in: MüKo GmbHG, § 52 Rn. 9. Ausnahmen ergeben sich lediglich bei der mitbestimmten GmbH.

Vielmehr kann ein Verstoß gegen das Wesen der Aktiengesellschaft nur bei materiellen Änderungen angenommen werden. Als eine derart materielle Änderung kann es angesehen werden, wenn die Funktion eines Organs zumindest teilweise auf ein anderes übertragen wird oder die Funktion als solches beschränkt oder ausgeweitet wird. Nicht betroffen ist das Wesen der Aktiengesellschaft indessen dann, wenn lediglich eine formelle Änderung im Funktionsbereich eines Beteiligten in der Aktiengesellschaft vorgenommen wird. Eine solche formelle Änderung ist namentlich dann anzunehmen, wenn die Art und Weise der Ausübung der Funktion modifiziert wird, ohne dabei die tatsächliche Wahrnehmung der entsprechenden Aufgabe zu beschränken. Befugnisse und Pflichten, die eine solche Funktion umschreiben, dürfen also formell modifiziert, aber nicht materiell eingeschränkt oder verschoben werden. Die im gesetzgeberischen Willen aufgenommene herrschende Lehre stützt also den Ansatz der Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft zur Bestimmung abschließender Regelungen im Gesetz.

cc. Verhältnis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts

Schließlich lässt sich dieser Ansatz durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts stützen. Denn zum einen nimmt das Reichsgericht ebenfalls an, dass die bereits als grundsätzlich zu verstehenden Vorschriften für die Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen von Relevanz sind. Dies wird darin deutlich, dass das Reichsgericht eine Satzungsbestimmung zur Einziehung nur dann für zulässig hält, wenn der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt ist.⁵³⁴

Zum anderen zeigt sich namentlich in der dritten Entscheidung des Reichsgerichts, dass formelle Änderungen durch die Satzungsbestimmungen auch bei einer Funktionsbetroffenheit zulässig sind. Denn durch die Einziehung wird die Eigentümerstellung der Aktionäre vollständig aufgehoben.⁵³⁵ Allerdings war dies damals gesetzlich so vorgesehen, sodass der potentielle Verlust der Aktionärsstellung durch Einziehung Teil der funktionellen Stellung als Kapitalgeber war, zumal jedenfalls eine monetäre Kompensation vorgesehen war. Im Rahmen dieser Einziehung wird es vom Reichsgericht dann aber als unerheblich angesehen, wie der Verlust der Eigentümerstellung erfolgt, solange er grundsätzlich den funktionsbestimmenden Vorschriften des Gesetzes entspricht. Bei der satzungsmäßigen Ausgestaltung als Einziehung samt Übertragung an einen Dritten handelt es sich im Vergleich zu der gesetzlich vorgesehenen Einziehung lediglich um eine Formalität. Die funktionelle Stellung der Aktionäre als Kapitalgeber ist nicht in einer Weise betroffen, die unstatthaft ist. Dies wäre allenfalls dann der Fall, wenn eine Einziehung

⁵³⁴ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177 (180).

⁵³⁵ RG, Urteil vom 17. Februar 1928, Az. II 275/27, RGZ 120, 177 (180).

anders als im Gesetz vorgesehen keine Kompensation vorsehen würde. Denn dies beträfe den materiellen Wert der Mitgliedschaft. In den Entscheidungen der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die der Gesetzgeber als Teil der Satzungsstrenge übernehmen wollte, zeigt sich damit eine Funktionsbezogenheit der Grenzen statuarischer Ergänzungen. Danach sind funktionell relevante Vorschriften nicht abschließend, soweit sie lediglich in formeller Hinsicht betroffen sind. Abschließend sind die Vorschriften des Aktiengesetzes jedoch hinsichtlich grundsätzlicher Vorschriften wie dem Gleichbehandlungsgrundsatz des heutigen § 53a AktG.

dd. Ableitungen aus der Entstehungsgeschichte der Satzungsstrenge

Ein Blick auf die historische Entwicklung der Satzungsstrenge führt zu folgender Arbeitshypothese. Der Begriff der abschließenden Regelung könnte mit der Betroffenheit der Funktionen der Beteiligten in der Aktiengesellschaft zusammenhängen. Dabei hätten die Rechte und Pflichten der Aktionäre ebenso wie die Befugnisse und Pflichten der Organe jeweils eine Zugehörigkeit zu den Funktionen der Betroffenen. Sie bilden in einer Gesamtschau die Funktionskreise der jeweiligen Beteiligten der Aktiengesellschaft. Diese Funktionskreise könnten nach einer historischen Betrachtung in materieller Hinsicht abschließend geregelt sein. Das bedeutet, dass die jeweils funktionsrelevante Norm abschließend wäre, soweit sie durch Satzungsbestimmung in materieller Hinsicht ergänzt werden soll. Formelle Ergänzungen wären hingegen zulässig, weil die funktionsrelevanten Normen nach dem historischen Verständnis der Satzungsstrenge insoweit keine abschließende Regelung darstellten. Fraglich ist, ob sich dies mit dem Zweck der Satzungsstrenge in Einklang bringen lässt. Die erarbeitete Hypothese wäre dadurch bestätigt und eine Definition der abschließenden Regelung könnte formuliert werden.

IV. Funktionskreise des Aktiengesetzes unter Zweckgesichtspunkten

Die Zwecke der Satzungsstrenge wurden bereits im Rahmen der Begriffsbestimmungen angerissen. Schon dort zeigte sich die Vielschichtigkeit der Zweckbestimmung der Satzungsstrenge. Fraglich ist, ob sich eine Definition des Begriffes der abschließenden Regelung aus der teleologischen Auslegung herleiten lässt. Dabei sind erneut insbesondere die Ansätze der Literatur zu überprüfen, die verschiedene Prinzipien des Aktiengesetzes zur Bestimmung der abschließenden Regelung heranziehen. Darüber hinaus wird sich der im Rahmen der historischen Auslegung beschriebene Ansatz zu den Funktionskreisen der Aktiengesellschaft an der teleologischen Auslegung messen lassen müssen. Letztlich könnte dann eine dem Zweck entsprechende Definition der abschließenden Regelung die Reichweite des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG klar konturieren.

1. Telos der Satzungsstrenge

Während historisch gesehen, die Hauptintention der Satzungsstrenge im Schutz der Anleger lag, dient sie inzwischen in erster Linie der Verkehrsfähigkeit der Aktie. Dennoch stellen die Anlegerschutzziele weiterhin eine tragende Säule der Satzungsstrenge dar. Daneben treten sowohl Gesellschafter- als auch Gläubigerschutz.⁵³⁶ Insgesamt soll die Satzungsstrenge ein Mittel sein, um Rechtssicherheit hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Satzung und Gesetz herzustellen.⁵³⁷ Dabei handelt es sich jedoch weniger um einen Zweck der Satzungsstrenge als vielmehr um eine Legitimation der Einschränkung der Privatautonomie durch die Satzungsstrenge.⁵³⁸ Im Rahmen der teleologischen Auslegung muss dieser Gesichtspunkt daher zurücktreten.

a. Verkehrsfähigkeit

Der Hauptzweck der Satzungsstrenge ist es, die Verkehrsfähigkeit der Aktie zu gewährleisten.⁵³⁹ Dieser Zweck ist den weiteren Schutzzielen übergeordnet. Insofern wurde der Anlegerschutz als Hauptzweck abgelöst.⁵⁴⁰ Die besondere Bedeutung der Verkehrsfähigkeit der Aktie wird dabei dadurch unterstrichen, dass sie im Rahmen des Eigentumsschutzes aus Art. 14 GG verfassungsrechtlich abgesichert ist.⁵⁴¹ Sie ist dementsprechend vom Gesetzgeber zu garantieren.

⁵³⁶ Mittelbar führt die Verwirklichung dieser Zweckbestimmungen zu einem Funktionieren des Kapitalmarkts und des Börsenhandels. Mithin wird ein gesamtwirtschaftlich erheblicher Sektor der Finanzmärkte gestärkt, was auch die Berücksichtigung öffentlicher Interessen durch die Satzungsstrenge zur Folge hat. Neben der Effizienz der Kapitalmärkte, die für eine optimale Allokation der Wirtschaftsgüter erforderlich ist, steigt die internationale Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Marktes, vgl. *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158; *Pleißke*, Satzungsstrenge, 48 ff. A.A. *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

⁵³⁷ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 133; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 46; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 39; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174; *Spindler*, AG 2008, 598 (600).

⁵³⁸ Vgl. *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 133; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40.

⁵³⁹ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 34; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 39; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 29; *Spindler*, AG 2008, 598 (600); *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 36; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 22.

⁵⁴⁰ Vgl. in diesem Sinne *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50.

⁵⁴¹ BVerfG, Beschluss vom 27. April 1999, Az. 1 BvR 1613/94, NJW 1999, 3769. Vgl. dazu auch *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (225).

aa. Standardisierung

Das Mittel zur Erreichung des Erhalts der Verkehrsfähigkeit ist die Standardisierung des Produkts Aktie, indem die Gestaltungsspielräume in der Satzung minimiert werden. Die Aktie wird ein „Serienprodukt“,⁵⁴² wodurch die Handelbarkeit der Aktie erhöht werden kann.⁵⁴³ Denn als Folge der Standardisierung sinkt nicht nur der Informationsaufwand, sondern die Satzung selbst tritt als Investitionsgrund oder -hindernis zurück. Für die Investitionsentscheidung bleibt vornehmlich der Kurswert übrig, in dem sich beispielsweise die Dividendenerwartung widerspiegelt. Er wird zum maßgeblichen Kriterium für eine Investition.⁵⁴⁴ Durch den geringeren Informationsaufwand werden zudem die Transaktionskosten gesenkt, welche sich namentlich daraus ergeben, dass Informationen über das Produkt eingeholt werden müssen.⁵⁴⁵ Die erforderlichen Informationen in rechtlicher Hinsicht und damit die Kosten der Informationsbeschaffung werden dadurch reduziert, dass beispielsweise Informationen zu Berichtspflichten, Auskunftsansprüchen, Kontrollbefugnissen oder Stimmrechten nicht erforderlich sind, da sie für jede Aktie gleich sind.⁵⁴⁶ Dadurch werden zugleich Gelder bei der Beratung eingespart, was dazu führt, dass eine Investition nicht nur sicherer, sondern auch attraktiver wird. Durch die geringeren Kosten kann eine höhere Marge generiert werden. Auch Kriterien, welche die Satzung zwingend vorgibt – wie die Trennung von Leitung und Kapitaleigner oder die Aktionärsstruktur, treten bei der Investitionsentscheidung in den Hintergrund. Dies führt dazu, dass das Unternehmen als solches in den Vordergrund rückt.⁵⁴⁷ Indem damit weniger die Rechtsform als der Wert des Unternehmens den Kern der Investitionsentscheidung ausmacht, wird eine vorzugswürdige Allokation auf dem Kapitalmarkt erreicht.

⁵⁴² *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 133; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174.

⁵⁴³ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 133; *Koch*, AG 2015, 213 (213); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 34; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 39; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

⁵⁴⁴ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 133; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 76; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174.

⁵⁴⁵ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 133; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Koch*, AG 2015, 213 (213); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 34; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 76; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53; *Spindler*, AG 2008, 598 (600); *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 36. Zu den Kriterien der Investitionsentscheidung siehe *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174.

⁵⁴⁶ *Kübler*, NJW 1984, 1857 (1862); *Kübler*, AG 1994, 141 (144 f.).

⁵⁴⁷ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174.

Essentiell für die Verkehrsfähigkeit der Aktie ist damit eine einheitliche Struktur der Aktiengesellschaft.⁵⁴⁸ In dieser Struktur der Gesellschaft müssen neben den notwendigen Satzungsbestimmungen – wie beispielsweise Klauseln in Bezug auf Grundkapital oder Sitz der Gesellschaft – alle Organe und weitere Beteiligte der Aktiengesellschaft abgebildet werden.⁵⁴⁹ Zum Zwecke der Verkehrsfähigkeit ist eine einheitliche Ausgestaltung der Aktiengesellschaft hinsichtlich ihres komplexen Geflechts von Rechten, Befugnissen und Pflichten erforderlich. Erneut spielt dabei eine maßgebliche Rolle, dass das Management von den Eigentümern der Gesellschaft unabhängig ist, da die Verwaltung bekannt ist, während der Aktionärskreis unter Umständen anonym bleibt.⁵⁵⁰ Eintretenden Aktionären ist deshalb daran gelegen, dass die Ihnen bekannte Verwaltung ohne Einflüsse von den unbekanntem Aktionären ist. Ihre Unverrückbarkeit ist entscheidend für die Sicherung der Verkehrsfähigkeit der Aktie.

bb. Kapitalsammelfunktion

Eng mit der Sicherung der Verkehrsfähigkeit der Aktie verknüpft ist die Sicherung der Kapitalsammelfunktion der Aktiengesellschaft durch die Satzungsstrenge.⁵⁵¹ Denn durch die Verkehrsfähigkeit der Aktie ist es auch möglich, neue Investoren zu gewinnen und so die Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft zu erhöhen. Dabei ist die Einschränkung der Privatautonomie sogar notwendige Konsequenz für die Kapitalsammelfunktion. Denn für das Einsammeln von Kapital ist es erforderlich, dass die jeweiligen Anleger eine positive Investmententscheidung treffen. Dies werden sie vorzugsweise dann tun, wenn sie rechtliche Unsicherheiten auf-

⁵⁴⁸ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

⁵⁴⁹ Diesbezüglich ist Hirte jedoch zuzugestehen, dass es erstaunlich ist, dass der Gesetzgeber gerade in Bezug auf strukturelevante Merkmale – wie Höchststimmrechte bei nicht börsennotierten Gesellschaften in § 134 Abs. 1 S. 2 AktG und Vinkulierungen von Namensaktien in § 68 Abs. 2 AktG – Durchbrechungen der gesetzlichen Strukturen durch die Satzung gestattet, *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (81). Einzelne wenige Ausnahmen zu einer ansonsten starren Struktur können jedoch nicht dazu führen, die Zweckerreichung der Satzungsstrenge in Frage zu stellen. Dies gilt umso mehr, als Höchststimmrechte nur bei nicht börsennotierten Gesellschaften und Vinkulierungen nur bei bekanntem Aktionärskreis aufgrund der Ausgabe von Namensaktien zulässig sind. Dementsprechend sind diese Ausnahmen als Zugeständnisse des Gesetzgebers für kleine Aktiengesellschaften einzuordnen, welche die allgemeinen Strukturen nicht aushebeln. Vgl. dazu auch *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 84.

⁵⁵⁰ Vgl. *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40.

⁵⁵¹ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 39.

grund erhöhter Standardisierung bei der Anlageentscheidung ausschließen können.⁵⁵² Die gesteigerte Umlauffähigkeit der Aktie ist zudem volkswirtschaftlich insoweit günstig, als sie erhöhte Umsatzzahlen bedeutet, wodurch der Finanzmarkt mit den erforderlichen Mitteln versorgt wird. Diese können gleichzeitig besser allokiert werden.⁵⁵³ Dementsprechend findet durch die Sicherung der Verkehrsfähigkeit mittelbar ein Schutz des gesamten Kapitalmarktes statt.⁵⁵⁴

b. Anlegerschutz

Weiterer maßgeblicher Zweck der Satzungsstrenge ist der Anlegerschutz.⁵⁵⁵ Neben der Standardisierung ist ein umfassender Anlegerschutz sowohl für die Verkehrsfähigkeit der Aktie als auch für die Kapitalsammelfunktion unumgänglich.⁵⁵⁶ Denn er ist zwingendes Erfordernis für das Funktionieren der Märkte und damit auch für die Verkehrsfähigkeit.⁵⁵⁷ Insoweit bestehen für die unterschiedlichen Risiken der Anleger unterschiedliche Schutzmechanismen im Aktiengesetz, die von der Satzungsstrenge zu zwingendem Recht gemacht werden. Diese lassen sich in präventive Schutzaspekte vor der Anlageentscheidung und ex post Schutzaspekte nach der Anlageentscheidung einteilen.

aa. Anlegerrisiken

Die Risiken der Anleger können grob in drei Kategorien unterteilt werden. Zunächst bringt für den in seiner Mitbestimmung stark beschränkten Anleger die Struktur der Aktiengesellschaft selbst Risiken mit sich. Darüber hinaus besteht für den Anleger ein erhebliches Informationsrisiko insbesondere vor der Anlageentscheidung, da er nur wenig Einblick in den Geschäftsgang des jeweiligen Unternehmens hat. Und letztlich besteht gerade aus finanzieller Sicht ein Substanzerhaltungs-, Ertrags- und Liquiditätsrisiko für den Anleger, der bereits Teil des Aktionärskreises ist.

⁵⁵² *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 97 f.; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 39.

⁵⁵³ *Assmann*, ZBB 1989, 49 (61); *Bayer*, Gutachten 67. DJT, E 37; *Kalss/Schauer*, Gutachten 16. ÖJT, 54 ff.

⁵⁵⁴ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 172; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 39.

⁵⁵⁵ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 34; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 158; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 29; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 22.

⁵⁵⁶ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 39.

⁵⁵⁷ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42 f.; *Assmann*, ZBB 1989, 49 (61).

Die Struktur der Aktiengesellschaft birgt für den Anleger namentlich aus dem Grund hohe Risiken, dass er nur sehr geringen Einfluss auf den Geschäftsgang des Unternehmens hat. Insoweit ist es für den Anleger erforderlich, sich der ausreichenden Kontrolle des Vorstandes und den gesetzlichen Schranken der Verwaltung sicher zu sein.⁵⁵⁸ Umgekehrt wird nach dem gesetzlichen Leitbild der Aktiengesellschaft ein hoher Ertrag und Unternehmenswert dann generiert, wenn eine von den Eigentümern der Gesellschaft unabhängige und damit flexible Geschäftsleitung installiert ist. Dies ist namentlich durch die Unabhängigkeit des Vorstandes gewährleistet.⁵⁵⁹ Insoweit bedürfen Anleger auch des Schutzes vor übermäßigem Einfluss anderer Aktionäre auf die Geschäftsleitung. Zum Zwecke des Anlegerschutzes muss demnach diese Unabhängigkeit und Trennung fixiert sein. Hinsichtlich der Struktur der Aktiengesellschaft bestehen somit sowohl hinsichtlich zu großer Freiheiten der Geschäftsführung als auch hinsichtlich eines zu großen Einflusses auf die Geschäftsführung Risiken, die im Sinne des Anlegerschutzes jedenfalls zu minimieren sind.

Zusätzliche Risiken für den Anleger ergeben sich daraus, dass eine Informationsasymmetrie zwischen ihm und der Aktiengesellschaft hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Kennzahlen und potentiell auch ihrer rechtlichen Ausgestaltung besteht. Deshalb beinhalten funktionierende Anlegerschutzregeln stets einen marktspezifischen Teil, der regelmäßig informationelle Regelungen zugunsten der Anleger vorsieht.⁵⁶⁰ Dadurch soll der Anleger in die Situation gebracht werden, dass er vor seiner Anlageentscheidung die Möglichkeit hat, eine sachgerechte Bewertung des Unternehmens und seiner Risikofaktoren vorzunehmen.⁵⁶¹ Dabei entfallen die zusätzlichen Informationen über die Satzung der Aktiengesellschaft, wenn diese vollständig standardisiert ist. Wenn er bereits in die Aktiengesellschaft investiert hat, besteht eine Informationsasymmetrie zwischen Verwaltung und Eigentümern, die mittels diverser Auskunftsrechte und Berichtspflichten ausgeglichen werden soll, um das Informationsrisiko des Anlegers auch ex post zu reduzieren.⁵⁶² Die Informationsasymmetrie wird so insgesamt reduziert.

⁵⁵⁸ Vgl. *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719); *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 43.

⁵⁵⁹ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719); *Wentrup*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 19 Rn. 2 ff. Wentrup nimmt allerdings eine Entwicklung in Richtung des amerikanischen Board Systems durch die gesteigerte Verantwortung des Aufsichtsrates wahr. Vgl. auch *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 9 ff.

⁵⁶⁰ *Assmann*, ZBB 1989, 49 (62), *Kübler*, NJW 1984, 1857 (1862).

⁵⁶¹ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 43 f.

⁵⁶² *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 44 f. Vgl. auch *Kübler*, NJW 1984, 1857 (1862).

Zuletzt bestehen verschiedene finanzielle Risiken des Anlegers. Allen voran besteht ein Substanzerhaltungsrisiko, also das Risiko des gleichwertigen Fortbestehens des Unternehmens.⁵⁶³ Dieses hängt ebenso wie das Ertragsrisiko maßgeblich von der wirtschaftlich sinnvollen Verwendung des Kapitals durch die Verwaltung ab. Denn nur ein erfolgreich geführtes Unternehmen kann seinen Wert halten und zugleich Erträge abwerfen.⁵⁶⁴ Und zuletzt besteht gerade bei der Aktiengesellschaft, bei der es inzwischen weder Einziehungs- noch Kündigungsmöglichkeiten gibt, ein erhöhtes Liquiditätsrisiko, da ein Austritt aus der Gesellschaft nur durch den Verkauf möglich ist. Dieses Risiko besteht darin, dass der Kapitalanteil tatsächlich zu einem für den Anleger angemessenen Preis am Kapitalmarkt veräußert ist.⁵⁶⁵ Das Marktversagen eines Sekundärmarktes muss daher ausgeschlossen werden können.⁵⁶⁶

bb. Präventiver Anlegerschutz

Alle benannten Anlegerrisiken haben sowohl Komponenten, die einen präventiven Anlegerschutz erfordern, als auch Bereiche, die einen Anlegerschutz ex post unumgänglich machen. Dabei meint der von der Satzungsstrenge bezweckte präventive Anlegerschutz, dass der Teil der Anleger geschützt werden soll, der potentiell noch in die Gesellschaft eintreten könnte.⁵⁶⁷ Erneut kommt die Standardisierung der Aktie zum Tragen. Denn diese hat zur Folge, dass sich eintretende Aktionäre nicht überraschenden, für sie möglicherweise nachteiligen Strukturen der Satzung gegenübersehen.⁵⁶⁸ Dadurch wird gleichzeitig das Vertrauen der Anleger in das Produkt Aktie gesteigert.⁵⁶⁹ Indem wegen der Satzungsstrenge die Aktie dem Grunde nach stets gleich ausgestaltet wird, werden auch in Einzelfällen negative Folgen für die Anleger, die sich aus Satzungsklauseln ergeben, äußerst unwahrscheinlich. In das Ausbleiben solcher Überraschungen soll ein jeder Anleger

⁵⁶³ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 42.

⁵⁶⁴ Vgl. *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 42 f.

⁵⁶⁵ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 43.

⁵⁶⁶ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 43.

⁵⁶⁷ *Koch*, AG 2015, 213 (213); *Koch*, in: *Koch AktG*, § 23 Rn. 34; *Pentz*, in: *MüKo AktG*, § 23 Rn. 158; *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter AktG*, § 23 Rn. 53; *Solveen*, in: *Hölters/Weber AktG*, § 23 Rn. 29; *Vetter*, in: *Henssler/Strohn GesR*, § 23 AktG Rn. 22.

⁵⁶⁸ *König*, in: *Bürgers/Lieder AktG*, § 23 Rn. 42; *Pentz*, in: *MüKo AktG*, § 23 Rn. 158; *Pleßke*, Satzungsstrenge, 48; *Solveen*, in: *Hölters/Weber AktG*, § 23 Rn. 29; *Spindler*, AG 2008, 598 (600); *Voß*, in: *MAH Aktienrecht*, § 7 Rn. 38.

⁵⁶⁹ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 43; *Braunfels*, in: *Heidel Aktienrecht*, § 23 AktG Rn. 40; *Röhricht/Schall*, in: *GroKo AktG*, § 23 Rn. 174.

vertrauen können.⁵⁷⁰ Ausgeschlossene Überraschungen für die Anleger können veränderte Strukturen innerhalb der Gesellschaft sein, wie die Abhängigkeit der Leitung der Gesellschaft oder besondere Rechte der Mehrheitsgesellschafter. Rechtliche Gestaltungen dieser Art sollen durch die Satzungsstrenge ausgeschlossen werden. Zudem werden durch das weitreichend enge gestalterische Korsett, welches die Satzungsstrenge der Aktiengesellschaft anlegt, Informationsrisiken der eintretenden Anleger abgebaut. Denn in rechtlicher Hinsicht werden alle Aktiengesellschaften in weiten Teilen vereinheitlicht, wodurch das Produkt Aktie im Wesentlichen bekannt wird. Zusätzliche Informationen über rechtliche Gesichtspunkte sind nur in sehr geringem Ausmaß erforderlich.⁵⁷¹

Überdies steht der präventive Anlegerschutz in engem Zusammenhang mit der Funktion der Aktiengesellschaft als Kapitalsammelbecken.⁵⁷² Diese Funktion kann nur erfüllt werden, wenn die Anleger einen Schutz genießen, der es für sie sinnvoll erscheinen lässt, ihr Kapital dem in der Rechtsform der Aktiengesellschaft organisierten Unternehmen zu überlassen. Insoweit muss für die Anleger abschätzbar sein, welche Liquiditäts-, Substanzerhaltungs- und Ertragsrisiken das jeweilige Unternehmen hat, in das investiert werden soll.⁵⁷³ Diese Risiken hängen zwar stärker mit der Qualität des Managements als mit der rechtlichen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft zusammen. Dennoch trägt die Satzungsstrenge dadurch zu einer Risikominimierung bei, dass sich der Anleger schon im Vorfeld seiner Investitionsentscheidung einer ausreichenden Kontrolle des Vorstandes durch den Aufsichtsrat und einem verhältnismäßig geringen Einfluss der Mehrheitsgesellschafter sicher sein kann.⁵⁷⁴ Durch die zwingenden rechtlichen Strukturen wird das Misswirtschaftsrisiko auf ein verträgliches Minimum reduziert, wenngleich es zugunsten einer ausreichenden Flexibilität der Verwaltung nicht ausgeschlossen werden kann.

Die obigen Erwägungen haben einen stark kapitalmarktrechtlichen Einfluss, obgleich sie im Aktiengesetz und damit im Gesellschaftsrecht verortet sind. Als Konsequenz kann daraus geschlossen werden, dass das Bedürfnis des einzelnen Anlegers im Rahmen des § 23 Abs. 5 AktG im Vordergrund stehen muss, da es für

⁵⁷⁰ *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 42; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 29; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 36; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 38.

⁵⁷¹ Vgl. *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 53, 75 ff.

⁵⁷² *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 138; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40. Vgl. auch *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174.

⁵⁷³ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 43 f.

⁵⁷⁴ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 44 f.

das kapitalmarktrechtliche Ziel, den Funktionenschutz des Marktes zu gewährleisten, andere Mechanismen gibt. Dennoch wird insbesondere die Missbrauchsproblematik⁵⁷⁵ abweichender Satzungsklauseln nur durch den Grundsatz der Satzungsstrenge und nicht durch andere Mechanismen ausgeschlossen. In Bezug auf die Informationsrisiken des Anlegers hingegen ist die Satzungsstrenge lediglich als Beiwerk einzustufen, da zahlreiche Informationsmechanismen gerade nicht im Aktienrecht zu finden sind. Namentlich zu den für die Anlageentscheidung oftmals grundlegenden Kennzahlen der Rechnungslegung finden sich im Aktiengesetz nur ergänzende Vorschriften, während die Kernvorschriften in anderen Gesetzen geregelt sind.⁵⁷⁶ Insoweit muss in Bezug auf den präventiven Anlegerschutz konstatiert werden, dass die Satzungsstrenge hier vorrangig die rechtlichen Risiken der Anleger absichern will, während die wirtschaftlichen Risiken vorrangig durch andere gesetzliche Mittel realisiert werden. Allerdings gibt die Satzungsstrenge durch die Vereinheitlichung der rechtlichen Variablen erst die Möglichkeit, andere Kennzahlen ohne unverhältnismäßig hohe Transaktionskosten ausführlich zu sichten, da eine rechtliche Betrachtung weitgehend entfällt.

cc. Ex post Anlegerschutz

In Abgrenzung zum präventiven Anlegerschutz geht es beim ex post Anlegerschutz vorrangig darum, die Investitionsentscheidung gegen nicht eingeplante oder unvorhersehbare Veränderungen zu stabilisieren, um dadurch die ex ante Bewertung im Rahmen der Investitionsentscheidung gegen nicht kalkulierbare Risiken zu immunisieren.⁵⁷⁷ Hierbei geht es vorrangig darum, die Substanzerhaltungs- und Ertragsrisiken zu minimieren.⁵⁷⁸ Erneut ist das rechtliche Mittel dies zu gewährleisten, die Leitung der Gesellschaft zwar weitgehend unabhängig auszugestalten, sie gleichzeitig aber zwingend in eine umfassende Verflechtung aus Kontroll- und Informationsrechten einzuflechten.⁵⁷⁹ Dadurch soll ein optimales Wirtschaften der Gesellschaft gesichert werden. Dies erhält den Unternehmenswert und schafft gleichzeitig die Möglichkeit, ausschüttungsfähige Gewinne zu erwirtschaften. Eine erhebliche Rolle spielen dabei die Haftungsregeln, die den Vor-

⁵⁷⁵ Vgl. *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Pleßke*, Satzungsstrenge, 36.

⁵⁷⁶ Vgl. *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 55 ff.

⁵⁷⁷ *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 121; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 85. Für einen ex post Anlegerschutz auch *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

⁵⁷⁸ *Hirte*, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht 1998, 61 (82); *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 86.

⁵⁷⁹ Vgl. *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 87.

stand und den Aufsichtsrat für etwaige Fehler haftbar machen. Sie haben verhaltenssteuernde Wirkung zugunsten der bereits investierten Anleger, sodass die oftmals nicht realisierbare vollständige Kompensation durch diese Haftungsregeln verkraftet werden kann.⁵⁸⁰ In diesem Bereich ist es für den investierten Anleger zudem erforderlich, auf die Rücklagen und Ausschüttungsmechanismen des Aktiengesetzes vertrauen zu können. Denn sie sind tragende Säulen der Substanzerhaltung und hinsichtlich der zu erwartenden Erträge.

Gegen die benannten Risiken soll nicht nur jeder Anleger einzeln geschützt werden, sondern auch die Gesamtheit aller Anleger. Denn die Satzungsstrenge erfüllt zugleich eine sozialschützende Funktion.⁵⁸¹ Insbesondere solche Anleger, die für eine private Altersvorsorge den Weg der Investition in Aktien wählen und somit zur Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes beitragen, bedürfen wegen ihres persönlichen und perspektivischen Engagements eines besonderen Schutzes. Gleichzeitig vereinfacht der Ausbau der Altersvorsorge über den Kapitalmarkt den staatlichen sozialen Auftrag, im Alter eine soziale Absicherung zu gewährleisten.⁵⁸² Dementsprechend ist es sozialpolitisch und volkswirtschaftlich erforderlich,⁵⁸³ dass im Rahmen der Kapitalanlage in die deutsche Aktiengesellschaft Substanzerhaltungs- und Ertragsrisiken minimiert werden, da so wichtige Pfeiler des Sozialsystems und des Finanzsystems gesichert werden.

c. Gesellschafterschutz

Geschützt werden ferner diejenigen Aktionäre, welche über die finanziellen Interessen hinaus vorrangig gesellschaftsrechtliche Interessen verfolgen.⁵⁸⁴ Obwohl Gesellschafter und Anleger beide als Aktionäre Teil der Gesellschaft sind, müssen durch das Aktiengesetz aufgrund der verschiedenen Interessen der Aktionärstypen auch verschiedene Schutzrichtungen umgesetzt werden. Für die Gesellschafter ergibt sich wegen der Trennung von Eigentümerschaft und Geschäftsleitung ein verstärktes Schutzbedürfnis.⁵⁸⁵ Es geht den Gesellschaftern in Abgrenzung zu

⁵⁸⁰ In diesem Sinne auch *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 98.

⁵⁸¹ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 45; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53.

⁵⁸² *Pleißke*, Satzungsstrenge, 50; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174. In diesem Sinne auch *Assmann*, ZBB 1989, 49 (52).

⁵⁸³ Vgl. *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 45.

⁵⁸⁴ Eine klare Abgrenzung zwischen Anleger und Gesellschafter ist kaum durchführbar, vgl. dazu *Koch/Harnos*, NZG 2015, 729 (730 f.).

⁵⁸⁵ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 450 f. Vgl. auch *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40; *Drygala*, KapGesR, § 1 Rn. 8; *Fleischer/Weller*, in: MüKo GmbHG, Einleitung

Anlegern namentlich um Mitbestimmungsrechte und Einflussmöglichkeiten. Ein weiteres Schutzbedürfnis ergibt sich somit daraus, dass alle Gesellschafter dem Mehrheitsprinzip unterworfen sind und so zumindest in gewissen Ausprägungen auch Minderheitsrechte verliehen werden müssen, über die sich die Mehrheit nicht hinwegsetzen kann.⁵⁸⁶ Die Satzungsstrenge führt dazu, dass die Aktionäre sich ihrer Position sicher sein können und sich keinen Satzungsklauseln ausgesetzt sehen, die das vom Gesetz vorgesehene Mindestmaß an Kontrolle und Einfluss insbesondere der Minderheit gegenüber der Mehrheit aber auch der Aktionäre gegenüber der Geschäftsleitung untergraben.

d. Gläubigerschutz

Nach überwiegender Ansicht werden durch die Satzungsstrenge auch die Gläubiger der Aktiengesellschaft geschützt.⁵⁸⁷ Dies ist insoweit kritisch zu sehen, als Gläubigerschutz kein Spezifikum der Aktiengesellschaft ist. Vielmehr sind Gläubigerschutzvorschriften auch bei der GmbH zwingend ausgestaltet, obwohl dort die Satzungsstrenge nicht gilt.⁵⁸⁸ Insoweit kann der Gläubigerschutz zwar nicht als Legitimation der Satzungsstrenge angesehen werden.⁵⁸⁹ Das bedeutet indessen nicht, dass die Satzungsstrenge nicht dem Gläubigerschutz dienen kann. Denn wenn die Satzungsstrenge das Aktiengesetz weitestgehend zu zwingendem Recht erklärt, muss dies auch für die entsprechenden Gläubigerschutzvorschriften gelten. Zu den gläubigerschützenden Vorschriften gehören namentlich die Vorschriften über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, da sie ein Mittel zur ausreichenden Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft darstellen.⁵⁹⁰ Aber auch solche Vorschriften, die mittelbar dem Erhalt des Unternehmenswertes dienen, kommen letztlich den Gläubigern zugute. Denn sie tragen dazu bei, dass über die unter

Rn. 32. Zum sogenannten Prinzipal-Agent-Konflikt vgl. *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 518; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 43 f.

⁵⁸⁶ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 450 f. Vgl. auch *Drygala*, KapGesR, § 1 Rn. 8; *Fleischer*, in: MüKo GmbHG, Einleitung Rn. 32.

⁵⁸⁷ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 44; *Koch*, AG 2015, 213 (213); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 34; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 42; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 50; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 37 f.; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 53; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 29; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 22.

⁵⁸⁸ Vgl. beispielsweise zu § 30 GmbHG *Ekkenga*, in: MüKo GmbHG, § 30 Rn. 15; *Schmolke*, in: BeckOK GmbHG, § 30 Rn. 2. Allgemein siehe *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, Einleitung Rn. 5 ff.

⁵⁸⁹ Dazu *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 103 ff.

⁵⁹⁰ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 44. Kritisch dazu *Drygala*, ZGR 2006, 587; *Spindler*, AG 1998, 53 (71).

Umständen viel zu geringe gesetzlich vorgesehene Mindestkapitalausstattung hinausgehendes Kapital erwirtschaftet und erhalten wird.⁵⁹¹

Anders als für die übrigen Schutzzwecke der Satzungsstrenge ist eine Standardisierung für den Gläubigerschutz nicht erforderlich. Vielmehr sind einzelne Vorschriften zugunsten der Gläubiger als zwingend zu bewerten. Dementsprechend ist dieser Schutzzweck von den übrigen Erwägungen abzugrenzen. Dennoch muss der Gläubigerschutz bei der Auslegung der Satzungsstrenge gleichrangig neben den übrigen Schutzzwecken stehen und demnach bei der Auslegung eine prominente Rolle spielen. Denn der Grundsatz des Gläubigerschutzes durchzieht das gesamte Kapitalgesellschaftsrecht, weil in der Beschränkung der Haftung ein besonderes Gläubigerrisiko liegt.⁵⁹²

2. Zweckmäßigkeit von Ansätzen zur Bestimmung abschließender Regelungen

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Satzungsstrenge aus gesellschaftsrechtlicher Sicht dafür sorgt, dass ein durchschaubares und rechtlich abgesichertes Anlageprodukt zur Verfügung steht. Um dies zu erreichen, durchdringt sie das Aktiengesetz umfassend. Sie schafft dabei zusätzliche Anreize für Anleger, Gesellschafter und Gläubiger, indem sie diese Gruppen vor verschiedenen Risiken schützt. Dies wird dadurch erreicht, dass die Satzung der Aktiengesellschaft weitreichend standardisiert wird und so namentlich die ökonomisch wünschenswerte Struktur der Aktiengesellschaft ebenso wie die Schutzinstrumente des Aktiengesetzes, die vor Missbrauch dieser Strukturen schützen sollen, zwingend werden. Fraglich ist, was sich aus diesem Befund für den Begriff der abschließenden Regelung ableiten lässt.

a. Interessenabwägung

Aufgrund der Vielschichtigkeit der durch die Satzungsstrenge betroffenen Interessen könnte daran gedacht werden, dass der Zweck der Satzungsstrenge es gebietet, an jeder Stelle eine abschließende Regelung zu sehen, an der der Gesetzgeber eine Interessenabwägung vornimmt, die die Anleger, Gesellschafter, Gläubiger oder Verkehrsfähigkeit der Aktie betreffen. Dies könnte im Sinne der Satzungsstrenge sein, weil mittels dieses Ansatzes das Aktiengesetz sehr weitrei-

⁵⁹¹ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 44; *Spindler*, AG 1998, 53 (71). Vgl. auch *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 103 f.

⁵⁹² Zur Legitimation dieser besonderen Gläubigerrisiken vgl. *Kleindiek*, ZGR 2006, 335 (337 ff.); *Lutter*, AG 1998, 375 (377); *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 104 f.; *Teichmann*, NJW 2006, 2444 (2445). Zur GmbH vgl. *Engert/Eidenmüller*, GmbH 2005, 433.

chend abschließend wäre und dadurch die erforderliche Standardisierung der Satzung der Aktiengesellschaft eintreten würde. Allerdings ist erneut anzumerken, dass letztlich jeder Einführung einer gesetzlichen Vorschrift eine Interessenabwägung vorausgeht. Zudem sind die Interessen einer der Schutzgruppen oder die Verkehrsfähigkeit bei nahezu jeder Bestimmung des Aktiengesetzes betroffen. Dementsprechend würde dieser Ansatz nicht nur dazu führen, dass eine besonders weitreichende Standardisierung erreicht wird. Vielmehr würde die Aktie insgesamt vereinheitlicht und statuarische Spielräume praktisch ausgeschlossen. Dies widerspricht aber der gesetzgeberischen Formulierung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG, in der deutlich wird, dass Ergänzungen zum Aktiengesetz grundsätzlich zulässig sein sollen. Gerade im Bereich von Ergänzungen soll ein Gestaltungsspielraum bestehen und Anpassungsmöglichkeiten für den individuellen Verband zugelassen werden. Aus diesem Grund kann ein Ansatz über die Interessenabwägung weder historisch noch nach teleologischer Auslegung überzeugen. Er ist damit insgesamt abzulehnen.

b. Zuständigkeits- und Kompetenzordnung

Jedoch könnte die teleologische Auslegung dazu führen, dass der in der Literatur breit diskutierte Ansatz der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung zur Bestimmung der abschließenden Regelung herangezogen werden kann.

aa. Trennung von Leitung und Eigentümern

Dafür spricht zunächst, dass sich die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung durch den Großteil des Aktiengesetzes zieht und insbesondere die Organstruktur betrifft. Diese ist zugleich bestimmend für die Struktur der Gesellschaft insgesamt. Wird sie zwingend ausgestaltet, wird zugleich ein erheblicher Grad an Standardisierung geschaffen. Ferner spricht für diesen Ansatz, dass er sich aus dem Verhältnis von Leitung und Eigentümerschaft der Gesellschaft ableitet.⁵⁹³ Denn bei der Darstellung des Zwecks der Aktiengesellschaft wurde deutlich, dass sowohl die Verkehrsfähigkeit als auch der Anlegerschutz maßgeblich an diesen Grundsatz anknüpften. Im Sinne der Verkehrsfähigkeit ist es nämlich erforderlich, dass die Anleger auf die Unabhängigkeit der Geschäftsleitung vertrauen dürfen. Denn gerade in der dadurch gewonnenen Flexibilität der Unternehmensführung liegt erhebliches wirtschaftliches Potential. Zudem sind aufgrund dieser Trennung auch die Funktionen von Aufsichtsrat und Hauptversammlung zwingend auszugestalten, da die gesetzlichen Regelungen ein ausgewogenes Geflecht der Befugnisse

⁵⁹³ Dazu *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719 f.).

und Pflichten darstellen.⁵⁹⁴ Und auch der Anlegerschutz trägt diesen Ansatz in Teilen. Denn wie gezeigt wurde, ist die starre Ausgestaltung der Trennung von Leitung und Eigentümerstellung ebenso wie der Rest der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung, die unter anderem der Kontrolle der Geschäftsleitung dienen, auch für den Anleger essentiell. Denn dadurch werden zum einen Informationsrisiken hinsichtlich der bedeutsamen Kompetenzordnung ausgeschlossen und zugleich wird der Anleger vor Missbrauch durch die unabhängige Geschäftsleitung und übermäßiger Einflussnahme durch den Mehrheitsgesellschafter geschützt.

bb. Umfassende Berücksichtigung des Anlegerschutzes

Dennoch trägt der Anlegerschutzgedanke diesen Ansatz nicht umfassend. Denn was bei der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung keine Berücksichtigung findet, sind die Rechte der Aktionäre selbst. Insbesondere das Substanzerhaltungs- und das Ertragsrisiko der Anleger wird durch diese Ordnung nur marginal abgedeckt. Denn im Idealfall führt die Unabhängigkeit der Geschäftsführung zu einem Wachstum des Unternehmens und ausschüttbaren Gewinnen. Dies ist aber in erster Linie von der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens abhängig und weniger von der rechtlichen Ausgestaltung. Die rechtliche Ausgestaltung bildet nur das Fundament der Wirtschaftlichkeit, welches es auszunutzen gilt. Sicherheit bezüglich Substanzerhalt und Ertrag sind damit nicht verbunden. Diese werden vorrangig durch Vorschriften zur Rücklagenbildung wie § 150 AktG oder den Vorschriften zur Gewinnverwendung in §§ 58, 60 AktG gesichert. Sie sind jedoch nicht Teil der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung, sondern liegen im Bereich der Anlegerinteressen. Sie sind aber von gesteigerter Bedeutung für den Anlegerschutz, der von der Satzungsstrenge gesichert werden soll. Für eine umfassende Beurteilung der abschließenden Wirkung des Aktiengesetzes müssen aber die Interessen der Aktionäre stärker betont werden. Eine Definition der abschließenden Regelung kann dieser Ansatz folglich nicht liefern.

cc. Gesellschafterschutz

Dies wird durch den Gesichtspunkt des Gesellschafterschutzes bestätigt. Für die mitgliedschaftlich interessierten Gesellschafter liegen maßgebliche Rechte in dem Auskunftsrecht nach § 131 AktG und dem Stimmrecht nach § 134 AktG. Auch diese Rechte sind aber nicht zur Zuständigkeits- und Kompetenzordnung zu zählen. Der Gesellschafterschutz, der ebenfalls von der Satzungsstrenge bezweckt wird, findet in diesem Ansatz daher nahezu keine Berücksichtigung.

⁵⁹⁴ So auch *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1720); *Timm*, DB 1980, 1201 (1204).

Sofern man annähme, das Auskunft- und Stimmrecht der Aktionäre gehöre zur inneren Organisation der Hauptversammlung als Organ, könnte man hier die Auffassung vertreten, dass der Ansatz der zwingenden Ausgestaltung von innerer Organisation und Zusammensetzung der Organe⁵⁹⁵ zum Tragen kommen könnte. Dieser Grundsatz allein kann aber wiederum offensichtlich nicht tragen, weil die Verflechtungen zwischen den Organen und den Aktionären mit den Organen nicht abgedeckt sind. Dass dies erforderlich ist, wurde dem Ansatz zur Zuständigkeits- und Kompetenzordnung jedoch sowohl durch historische als auch teleologische Auslegung zugestanden. Deshalb muss der Ansatz zur Zusammensetzung der Organe ebenso wie der im Grundsatz anerkennungswürdige Gedanke der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung in der umfassenden Definition der abschließenden Regelung aufgehen.

dd. Gläubigerschutz

Der von der Satzungsstrenge verwirklichte Gläubigerschutz lässt sich ebenfalls nicht durch die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung in eine Definition der abschließenden Regelung integrieren. Obwohl die Ausgestaltung der Organstruktur für das gute Wirtschaften des Unternehmens zuträglich ist, sichert sie alleine noch keine ausreichende Haftungsmasse für die Gläubiger. Rechtliche Mechanismen, die zur Aufbringung und dem Erhalt einer solchen Haftungsmasse bestimmt sind, liegen vielmehr in den Regelungen zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, die sich beispielsweise in §§ 9 Abs. 1, 26, 27, 57 Abs. 1 AktG finden. Zwar lässt sich darüber streiten, ob diese Vorschriften für den Gläubigerschutz ausreichen.⁵⁹⁶ Nach der gesetzgeberischen Konzeption dienen sie aber jedenfalls dem Gläubigerschutz und müssen deshalb der Satzungsstrenge unterfallen. Dies kann ein Ansatz über die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung nicht leisten.

Ferner werden von diesem Ansatz auch punktuelle, dem Gläubigerschutz dienende Vorschriften nicht umfasst. So besteht beispielsweise im Rahmen der Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 5 AktG die Möglichkeit für die Gläubiger der Aktiengesellschaft, Regressansprüche der Gesellschaft gegen den Vorstand geltend zu machen. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung dieser Position der Gläubiger stellt die Vorschrift weder eine Zuständigkeits- noch eine Kompetenzzuweisung zugunsten der Gläubiger dar. Dass die Vorschrift zwingend und abschließend ist, wird jedoch ebenso wenig bestritten wie die Tatsache, dass es sich um

⁵⁹⁵ Dazu oben Seiten 51 f.

⁵⁹⁶ Vgl. dazu *Lutter*, AG 1998, 375; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 104 f.; *Teichmann*, NJW 2006, 2444.

eine Gläubigerschutzvorschrift handelt.⁵⁹⁷ Eine Definition der abschließenden Regelung, die den Zweck des Gläubigerschutzes berücksichtigt, müsste folglich auch diese Vorschrift abdecken. Da dies in Bezug auf die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung nicht der Fall ist, zeigt sich abermals, dass dieser Ansatz jedenfalls nicht umfassend gelten kann.

ee. Zwischenfazit

Die teleologische Auslegung hat den Befund der historischen Auslegung bestätigt. Im Ansatz ist die Ableitung abschließender Regelungen aus der Trennung von Leitung und Eigentümern in der Aktiengesellschaft zu befürworten. Allerdings spielen Anleger- und Gesellschafterschutz eine maßgebliche Rolle für die Satzungsstrenge. Sie sind untrennbar mit der Verkehrsfähigkeit der Aktie durch Standardisierung und der Funktion der Aktiengesellschaft als Kapitalsammelstelle verknüpft. Insoweit sind Aktionärsrechte, die zur Minimierung von Substanzerhaltungs- und Ertragsrisiko dienen von ebenso großer Bedeutung wie die Mitbestimmungsrechte der Aktionäre. Die Zwecke der Satzungsstrenge erfordern, dass Rechte wie diese abschließend geregelt sind. Der Ansatz der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung berücksichtigt die Aktionäre aber kaum. Auch wenn man ergänzend den Ansatz der zwingenden Ausgestaltung der inneren Organisation und Zusammensetzung der Organe heranzieht, werden Anleger- und Gesellschafterinteressen nicht ausreichend einbezogen. Gleiches gilt für den Gläubigerschutz. Folglich ist ein Ansatz zu entwickeln, welcher der Bedeutung der Trennung von Leitung und Eigentümern gerecht wird, gleichzeitig aber Gesichtspunkten des Aktionärs- und Gläubigerschutzes Rechnung trägt.

c. Verkehrsfähigkeit als maßgeblicher Zweck

Ein Ansatz, der die Trennung von Leitung und Eigentümern ebenso berücksichtigt wie die Aktionärsinteressen, könnte sich aus dem Hauptzweck der Satzungsstrenge ableiten lassen, die Verkehrsfähigkeit der Aktie zu sichern. Denn wie oben dargestellt ist die Struktur der Aktiengesellschaft, die sich maßgeblich über die Unabhängigkeit der Leitung definiert, entscheidend für die Verkehrsfähigkeit der Aktie. In diese Struktur fließen des Weiteren Kontroll- und Personalkompetenzen von Aufsichtsrat und Hauptversammlung ein. Ergänzend sind zahlreiche Berichts- und Auskunftspflichten Teil dieser Struktur, die in ihrer Gesamtheit zu der für die Verkehrsfähigkeit entscheidenden Standardisierung führt. Darüber hinaus erfordert die Verkehrsfähigkeit jedoch, dass dem Anlegerschutz dienende Vorschriften sowie Aktionärsrechte an der Standardisierung teilhaben. Dementsprechend ließen

⁵⁹⁷ Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 356 ff.; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 93 Rn. 152; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 93 Rn. 331 ff.

sich über das Standardisierungserfordernis sowohl die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft als auch die innere Organisation und Zusammensetzung der Organe mit dem Anlegerschutz verbinden. Dass der Anlegerschutz von entscheidender Bedeutung für die Verkehrsfähigkeit der Aktie ist wurde bereits beleuchtet und ist unumstritten.⁵⁹⁸ Denn letztlich ist eine Aktie nur dann verkehrsfähig, wenn ein standardisiertes rechtliches Konstrukt besteht, das die strukturellen, informationellen und finanziellen Risiken des Anlegers minimiert. Dieses Konstrukt bildet die Organordnung in Verbindung mit den Anlegerschutzvorschriften.

In den bisherigen Feststellungen blieb allerdings die Frage unberücksichtigt, wann eine abschließende Wirkung des Aktiengesetzes gegeben ist. Denkbar wäre insofern, dass die Standardisierung als Kern der Verkehrsfähigkeit angesehen wird. Dies könnte zu dem Schluss führen, jede noch so kleine Ergänzung nehme der Aktie den Charakter als Standardprodukt. Denn jede Ergänzung wäre eine Abweichung vom Standard. Dadurch würde jedoch das Aktiengesetz umfassend abschließend. Für Ergänzungen wäre kein Raum mehr. Dies entspricht wiederum nicht der gesetzgeberischen Intention, die gerade Raum für Ergänzungen schaffen wollte.

Dementsprechend wäre eine differenziertere Beurteilung der Bedeutung der Verkehrsfähigkeit der Aktie für die abschließende Wirkung des Aktiengesetzes anzunehmen. Möglich wäre, eine Regelung immer dann als abschließend anzusehen, wenn aufgrund der ergänzenden Satzungsbestimmung die Verkehrsfähigkeit der Aktie tatsächlich gemindert ist. Dabei wären die Marktgegebenheiten und nicht die rechtliche Standardisierung ausschlaggebend für die Bestimmung der abschließenden Regelung. Eine solche Beurteilung läuft jedoch der Zielbestimmung der Satzungsstrenge mehr Rechtssicherheit zu schaffen entgegen.⁵⁹⁹ Denn die Auswirkungen einzelner rechtlicher Maßnahmen auf die Verkehrsfähigkeit der Aktie zu bestimmen, ist nahezu unmöglich und mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Dies zeigt sich beispielsweise an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Delisting.⁶⁰⁰ Dort wurde über mehr als ein Jahrzehnt angenommen, dass die Börsennotierung entscheidende Auswirkungen auf die Verkehrsfähigkeit der Aktie

⁵⁹⁸ Dazu oben Seiten 108 ff.

⁵⁹⁹ Vgl. zur Rechtssicherheit *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 133; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 46; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 39; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 174; *Spindler*, AG 2008, 598 (600).

⁶⁰⁰ BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2012, Az. 1 BvR 3142/07; 1 BvR 1569/08, NZG 2012, 826; BGH, Beschluss vom 08. Oktober 2013, Az. II ZB 26/12, BKR 2014, 29; Urteil vom 25. November 2002, Az. II ZR 133/01, BKR 2003, 253.

habe.⁶⁰¹ Diese Annahme wurde vom Bundesverfassungsgericht entschieden zurückgewiesen, da namentlich die „rechtliche Verkehrsfähigkeit“ nicht beeinträchtigt sei.⁶⁰² Daraufhin nimmt nunmehr auch der Bundesgerichtshof an, dass keine gesteigerte Relevanz für die rechtliche Verkehrsfähigkeit bestehe.⁶⁰³ Wenn aber schon die Frage, ob eine Relevanz für die Verkehrsfähigkeit derart komplex und umstritten sein kann und zudem nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichtes eine Beurteilung der Frage erforderlich wäre, ob die rechtliche oder die tatsächliche Verkehrsfähigkeit von der Satzungsstrenge geschützt ist, erscheint es nahezu unmöglich, hieraus eine Definition der abschließenden Regelung herzuleiten. Namentlich eine klare Grenze, anhand derer eine starke Betroffenheit der Verkehrsfähigkeit zu einer abschließenden Regelung führt, während geringfügige Auswirkungen auf die Standardisierung der Aktiengesellschaft zulässig sind, ist nicht allgemeingültig bestimmbar. Selbst wenn dies unter größten Umständen empirisch und rechtlich durchführbar wäre, bleibt der Befund derselbe, dass jedenfalls enorme Rechtsunsicherheiten geschaffen würden, die dem Konzept der Satzungsstrenge grundlegend zuwider laufen. Eine Beurteilung der abschließenden Wirkung anhand der Auswirkungen auf die Verkehrsfähigkeit der Aktie ist daher abzulehnen.

Deshalb kann allein aus dem Zweck, die Verkehrsfähigkeit der Aktie zu sichern, keine Definition der abschließenden Regelung hergeleitet werden. Es fehlt an einem klaren Kriterium für die Frage, wann eine Vorschrift abschließende Wirkung hat und wann der vom Gesetzgeber bewusst eröffnete Gestaltungsspielraum gegeben ist.

d. Funktionskreise des Aktiengesetzes

Zur Erarbeitung einer Definition der abschließenden Regelung verbleibt der aus der historischen Auslegung entwickelte Ansatz der Funktionskreise. Die durch die Schlussfolgerungen der teleologischen Auslegung zu belegenden Hypothese lautet, dass die Rechte und Pflichten der Aktionäre ebenso wie die Befugnisse und Pflichten der Organe in einer Gesamtschau die Funktionskreise der jeweiligen Beteiligten der Aktiengesellschaft bilden. Diese Funktionskreise sind in materieller Hinsicht abschließend geregelt. Formelle Ergänzungen sind hingegen zulässig, weil die Funktionen nicht über die Anordnung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG hinaus beeinträchtigt werden.

⁶⁰¹ BGH, Urteil vom 25. November 2002, Az. II ZR 133/01, BKR 2003, 253 (255).

⁶⁰² BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2012, Az. 1 BvR 3142/07; 1 BvR 1569/08, NZG 2012, 826 (828 f.).

⁶⁰³ BGH, Beschluss vom 08. Oktober 2013, Az. II ZB 26/12, BKR 2014, 29 (30 f.).

aa. Mittel zur Sicherung der Verkehrsfähigkeit

Zunächst müsste die materielle Fixierung der Funktionskreise als Mittel für die Sicherung der Verkehrsfähigkeit dienen, während bei formellen Eingriffen in die Funktionskreise die Verkehrsfähigkeit nicht beeinträchtigt sein dürfte. Dazu müsste der Ansatz der Funktionskreise zur Standardisierung des Produkts Aktie führen und zugleich die Informationsasymmetrie zwischen Anleger und Gesellschaft abbauen, um im Ergebnis das Liquiditätsrisiko zu minimieren.

1) Standardisierung

Standardisierung ist nur dann zu erreichen, wenn in Bezug auf die rechtlichen Vorgaben, weitreichend einheitliche Bedingungen geschaffen werden. Dementsprechend ist auch bei der Auslegung der Satzungsstrenge auf ein Prinzip zurückzugreifen, welches das gesamte Aktiengesetz weitreichend durchzieht. Dabei kann zunächst ein Blick darauf geworfen werden, wie umfassend die Beteiligten der Aktiengesellschaft vom Ansatz der Funktionskreise betroffen sind. An erster Stelle sind dabei die Organe der Aktiengesellschaft zu nennen. Denn jedes dieser Organe hat eine entscheidende Funktion im Gefüge der Aktiengesellschaft. Der Vorstand hat die Leitungs- und Geschäftsführungsfunktion nach §§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 AktG. Um die Missbrauchsgefahr der Unabhängigkeit dieser Funktion auszuschließen, hat der Aufsichtsrat die umfassende Überwachungs- und Kontrollfunktion innerhalb der Gesellschaft nach § 111 AktG. Damit diese beiden Organe der Verwaltung jedoch nicht völlig ohne Bindung an die Eigentümer agieren, nimmt die Hauptversammlung die Funktion der Willensbildung der Aktionäre ein.⁶⁰⁴ Die diesen Funktionen zuordenbaren Vorschriften bilden einen Großteil der Vorschriften des Aktiengesetzes. Denn für eine gesetzeskonforme Ausübung der Funktionen der Organe sind nicht nur die Befugnisse und Pflichten der Organe entscheidend. Vielmehr sind auch die innere Organisation und Zusammensetzung der Organe von Bedeutung. Darüber hinaus muss jedoch die Funktion der Aktionäre als Kapitalgeber und Eigentümer der Aktiengesellschaft berücksichtigt werden. Denn der Funktionskreis der Aktionäre geht über die Rechte innerhalb der Hauptversammlung hinaus und betrifft zudem von der Organordnung nicht abgedeckte Vorschriften wie beispielsweise zur Rücklagenbildung nach § 150 AktG oder zur Gewinnverwendung nach § 60 AktG. Dies steht im Einklang mit der überwiegenden Ansicht, dass die Bestimmungen des Aktiengesetzes über die Rechte und Pflichten der Aktionäre, über die Bildung und Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane, über deren Zuständigkeit und Verfahren, sowie die Finanzordnung

⁶⁰⁴ *Mülbert*, in: GroKo AktG, Vor § 118 Rn. 9, 15; *Koch*, in: Koch AktG, § 118 Rn. 2, 6; *Kubis*, in: MüKo AktG, § 118 Rn. 1, § 119 Rn. 3; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 118 Rn. 6.

der Aktiengesellschaft zwingend ausgestaltet sind.⁶⁰⁵ Die mit diesem Ansatz innerhalb und zwischen den Organen, sowie bezüglich der Aktionäre abgedeckten Vorschriften sind so zahlreich, dass die für die Verkehrsfähigkeit der Aktie erforderliche Standardisierung eintritt, wenn jede dieser Vorschriften potentiell abschließend ist. Folglich kann die Reichweite des funktionellen Ansatzes zur Bestimmung der abschließenden Regelungen den Zweck der Satzungsstrenge erfüllen, die Verkehrsfähigkeit der Aktie zu sichern.

Allerdings ist erneut zu berücksichtigen, dass nicht nur Standardisierung durch § 23 Abs. 5 S. 2 AktG verwirklicht werden soll, sondern zwingendes Recht im Rahmen von Ergänzungen nach der Formulierung des Gesetzgebers die begründungsbedürftige Ausnahme bilden muss.⁶⁰⁶ Dementsprechend muss das Aktiengesetz zwar so weitreichend abschließende Wirkung entfalten, wie es für eine Standardisierung geboten ist. Dennoch darf ein derart weitreichender Ansatz nicht dazu führen, dass jede betroffene Vorschrift umfassend als abschließend zu bewerten ist. Erforderlich ist insoweit, dass bei der Bestimmung der abschließenden Wirkung einer Vorschrift die Auswirkungen der satzungsmäßigen Ergänzung als differenzierendes Kriterium berücksichtigt wird, ohne dabei die Standardisierungsfunktion auszuhebeln. Dabei ist es denkbar, entsprechend dem Ergebnis der historischen Auslegung danach zu differenzieren, ob die Satzungsbestimmung Rechte, Befugnisse oder Pflichten des betroffenen Beteiligten materiell beschränkt, erweitert oder verschiebt oder ob lediglich formelle Anforderungen an die Funktionsausübung geknüpft werden. Durch diese Unterscheidung kann der gesetzgeberisch implizierte Ausgleich zwischen Standardisierung und Gestaltungsfreiheit entsprechend der Wertung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG umgesetzt werden. Denn durch ihn bestehen gerade in Bezug auf die Formalitäten des Innenlebens der Gesellschaft weitreichende statuarische Spielräume. Im Hinblick auf die für die Investitionsentscheidung entscheidenden materiellen Rechte, Befugnisse und Pflichten des Aktiengesetzes wird jedoch eine umfassende Standardisierung erreicht, sodass die statuarischen Ergänzungen die Verkehrsfähigkeit der Aktie nahezu unbeeinflusst lassen.

Neben den Gesichtspunkten, die Unternehmen in wirtschaftlicher Hinsicht voneinander unterscheiden, wie die Ertragslage des Unternehmens oder die Managementqualität, sind vor allem materielle Gesichtspunkte für die Investitionsentschei-

⁶⁰⁵ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 77. Siehe auch Seiten 24 ff.

⁶⁰⁶ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 153; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 37; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 165; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.9; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 31.

dung in das Produkt Aktie entscheidend. Gerade diese müssen deshalb ausreichend standardisiert sein, um die Verkehrsfähigkeit der Aktie zu sichern. Dies belegt eine Studie des Deutschen Aktieninstituts über das Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre.⁶⁰⁷ Mittels dieser sollte allgemein beurteilt werden, welche Kriterien für Anleger in Bezug auf eine Investition in Aktien, unabhängig von dem jeweiligen Unternehmen, von entscheidender Bedeutung sind. Im Ergebnis befürchten Privatanleger vor allem, von Mehrheitsaktionären ausgebeutet zu werden, während institutionelle Anleger vorrangig die Gefahren der Unabhängigkeit des Managements sehen und dementsprechend die Bedeutung des Informationsflusses von Verwaltung an Anteilseigner betonen.⁶⁰⁸ Die Effektivität der Stimmrechtsausübung wurde sowohl von Privatanlegern als auch institutionellen Anlegern als wesentlich angesehen.⁶⁰⁹ Im Übrigen werden vor allem Wirtschaftskennzahlen als für die Anlageentscheidung relevant eingestuft, die jedoch gerade nicht rechtlich standardisiert sind.⁶¹⁰ Der Einfluss von Mehrheitsgesellschaftern, die Kontrolle des Managements, ein ausreichender Informationsfluss und die Stimmrechtsausübung hingegen sind rechtlich abbildbare Merkmale der Aktie. Hierbei geht es eindeutig nicht um Formalitäten. Stattdessen ist für die Anleger entscheidend, dass ihnen im Verhältnis zum Mehrheitsgesellschafter ausreichend rechtliche Schutzmechanismen und starke Minderheitsrechte zur Verfügung stehen. Zudem ist für die Anleger entscheidend, dass der Vorstand umfassend kontrolliert wird und die Anleger unabdingbare Ansprüche auf Informationen über die Geschäfte der Gesellschaft innehaben. Zuletzt muss das Stimmrecht und damit die Effektivität der Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung gesichert sein. Dabei geht es ersichtlich nicht um das „Wie“ der Ansprüche und Rechte, sondern vielmehr darum, dass sie bestehen und gesichert sind. Da dies die entscheidenden Elemente des Produkts Aktie für die Anleger sind, muss gerade hier die Standardisierung greifen, um die Verkehrsfähigkeit zu gewährleisten. Ein Ansatz, der die Funktionen der Beteiligten in der Aktiengesellschaft in materieller Hinsicht fixiert und für abschließend erklärt, kann genau dieses Ergebnis liefern, ohne dabei die Privatautonomie über die Maßen der gesetzlichen Anordnung einzuschränken. Er entspricht damit auch in tatsächlicher Hinsicht einem Ansatz, der dem Zweck der Satzungsstrenge entspricht, die Verkehrsfähigkeit durch ausreichende Standardisierung zu sichern.

⁶⁰⁷ *Pellens/Ahlich/Schmidt*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2018.

⁶⁰⁸ *Pellens/Ahlich/Schmidt*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2018, 20.

⁶⁰⁹ *Pellens/Ahlich/Schmidt*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2018, 27.

⁶¹⁰ Vgl. *Pellens/Ahlich/Schmidt*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre 2018, 16 ff.

2) Informationsasymmetrie

Der hohe Grad an Standardisierung, der durch die materiell zwingende Ausgestaltung der Funktionskreise innerhalb des Aktiengesetzes erreicht wird, verringert zudem die Informationsrisiken der Anleger. Diese sollen ebenfalls durch die Satzungsstrenge teilweise ausgeschlossen werden. Dass das Informationsbedürfnis der Marktteilnehmer in Bezug auf die Satzung auf ein Minimum reduziert wird, ist erforderlich, um ein informationsbedingtes Marktversagen auszuschließen.⁶¹¹ Betrachtet man nämlich die inzwischen ohnehin so zahlreichen Kapitalmarktinformationen, besteht die Notwendigkeit zugunsten der Verkehrsfähigkeit der Aktie die weiteren Informationen betreffend die rechtliche Struktur des Unternehmens außen vor zu lassen. Denn eine umfassende Information über die durch die Satzung bestimmten rechtlichen Begebenheiten innerhalb der Aktiengesellschaft wäre derart umfangreich, dass sich die Gefahr eines sogenannten Information Overload realisieren würde. Die Anleger könnten nicht mehr zwischen relevanten und irrelevanten Informationen unterscheiden und eine professionelle Auswertung aller Informationen würde die Transaktionskosten derart steigen lassen, dass eine rentable Anlage nicht mehr realisierbar wäre. Das würde das Produkt Aktie für den Markt ungeeignet machen.⁶¹²

Der Ansatz über die Funktionskreise schafft auch hier einen passenden Ausgleich. Denn in Bezug auf die für die Anlageentscheidung bedeutenden Informationen, die namentlich in der Beibehaltung der rechtlichen Struktur der Gesellschaft und der mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre zur Mitbestimmung und der Teilhabe am Gewinn liegen, wird ein Informationsbedürfnis wegen der vollständigen Standardisierung ausgeschlossen. In diesen Bereichen ist das Gesetz nach hiesigem Ansatz abschließend. Über die gesetzliche Ausgangslage hinausgehende Informationen werden nicht benötigt. Im Hinblick auf formale Besonderheiten innerhalb einer Aktiengesellschaft wird jedoch der erforderliche Gestaltungsspielraum beibehalten. Diese Besonderheiten betreffen die potentiellen Anleger jedoch nicht derart einschneidend, dass sie von gesteigerter Bedeutung für die Investitionsentscheidung wären. Diese Informationen können daher zugunsten anderer relevanter Kapitalmarktinformationen außen vor bleiben. Die Gefahr eines durch die Satzungsgestaltung ausgelösten Information Overload besteht nicht. Die Informationsasymmetrie wird folglich durch die ausreichende Standardisierung zugunsten der Verkehrsfähigkeit der Aktie in den relevanten Bereichen ausgeschlossen und insgesamt auf ein Minimum reduziert. Auch unter diesem Gesichtspunkt sprechen die

⁶¹¹ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 39. Vgl. dazu auch *Koch*, BKR 2012, 485 (485 f.); *Koller*, ZBB 2011 (361 ff.); *Möllers/Kernchen*, ZGR 2011, 1 (6 f.).

⁶¹² Vgl. auch *Assmann*, ZBB 1989, 49 (60).

Zwecke der Satzungsstrenge folglich für den Ansatz, dass das Aktiengesetz im Hinblick auf seine Funktionskreise in materieller Hinsicht abschließend ist. Formelle Freiräume dürfen indessen ausgefüllt werden.

3) Liquiditätsrisiko

Es steht damit fest, dass sich eine zwingende Ausgestaltung der Funktionskreise in materieller Hinsicht positiv auf die Verkehrsfähigkeit der Aktie auswirkt. Dies führt gleichzeitig zu einer Verringerung des Liquiditätsrisikos der Anleger. Diese können ihr Investment in die Aktiengesellschaft lediglich durch einen Verkauf ihrer Anteile liquidieren, da Mechanismen wie die Kündigung oder Einziehung der Aktie dem Aktienrecht inzwischen fremd sind. Insoweit sind sie auf ein Funktionieren des Marktes und die Verkehrsfähigkeit der Aktie angewiesen, um ihr Liquiditätsrisiko auszuschließen. Da dies aber durch den hier erarbeiteten Ansatz gewährleistet ist, sprechen die Liquiditätsrisiken der Anleger nicht gegen eine Bestimmung abschließenden Rechts mittels der Funktionskreise des Aktiengesetzes. Vielmehr entspricht die abschließende Ausgestaltung der Funktionskreise in materieller Hinsicht dem Zweck der Satzungsstrenge, die Verkehrsfähigkeit der Aktie zu sichern.

bb. Anlegerschutzgesichtspunkte

Dieser Befund müsste sich durch Anlegerschutzgesichtspunkte bestätigen lassen. Der Anlegerschutz ist insoweit nicht nur entscheidend für die Verkehrsfähigkeit der Aktie, sondern eine eigenständige Schutzrichtung der Satzungsstrenge von großer Bedeutung. Denn während es bei der Verkehrsfähigkeit der Aktie vorrangig um Anlegerschutzgesichtspunkte vor der Anlageentscheidung geht, bestehen jedenfalls auch nach dem Investment Schutzerfordernisse für die Anleger.

1) Struktur der Gesellschaft

Dabei liegt eine Gefahr, vor der Anleger zu schützen sind, in der inzwischen mehrfach beschriebenen Struktur der Gesellschaft, die sich über die Trennung von Leitung und Eigentum definiert. Mit Blick auf den präventiven Anlegerschutz muss sich der Anleger der Tatsache gewiss sein können, dass diese Struktur entsprechend den gesetzlichen Regelungen und damit ohne potentielle negative Überraschungen besteht. Aus ex post Sicht muss zudem gesichert sein, dass diese Strukturen unveränderlich sind. Insbesondere darf es nicht zur Disposition der Aktionärsmehrheit stehen, diese Strukturen durch Satzungsbestimmung nachträglich zu verändern. Insoweit bedürfen die Anleger und besonders die Minderheitsaktionäre des Schutzes.

Der Grund dafür liegt darin, dass die Aktiengesellschaft wirtschaftlich betrachtet als Kapitalsammelbecken fungieren soll.⁶¹³ Das vorhandene Kapital soll möglichst effektiv eingesetzt werden. Dies ist nur dann möglich, wenn die Geschäftsführung, welche dieses Kapital verwalten soll, die größtmögliche Professionalität besitzt. Diese kann den Aktionären – insbesondere aufgrund der unter Umständen bestehenden Inhomogenität des Aktionärspools⁶¹⁴ – jedoch nicht zugesprochen werden.⁶¹⁵ Demgegenüber geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Vorstand der Aktiengesellschaft über diese Professionalität verfügt und sie dahingehend ausüben kann, dass im Sinne des Unternehmensinteresses eine möglichst nachhaltige Wertschöpfung erreicht wird. Um dies zu gewährleisten, wurden die §§ 76, 77 AktG so konzipiert, dass der Vorstand in seiner Tätigkeit unabhängig und weisungsfrei agieren kann.⁶¹⁶ So wird durch die unabhängige Geschäftsführungskompetenz des Vorstandes die Zweckmäßigkeit der Unternehmensführung und folglich der gesamten Aktiengesellschaft als Rechtsform sichergestellt. Die Anleger müssen folglich darauf vertrauen können, dass eine Geschäftsleitung derart eingesetzt ist, dass sie zumindest hinsichtlich ihrer rechtlichen Ausgestaltung alle Voraussetzungen für eine optimale Wirtschaftlichkeit der Gesellschaft erfüllt.

Dieses Ergebnis kann dadurch erreicht werden, dass die Funktionskreise materiell als abschließend behandelt werden. Denn strukturelle Änderungen mit Auswirkungen auf Wertschöpfungsmöglichkeiten können sich nur aus materiellen Ergänzungen ergeben, wenn beispielsweise die Geschäftsführungskompetenz des Vorstandes beschränkt oder auf den Aufsichtsrat verschoben würde. Nicht denkbar ist es hingegen, dass ergänzende Satzungsbestimmungen, die lediglich formelle Änderungen betreffen, derartige Auswirkungen auf die Struktur der Gesellschaft haben, dass der Anlegerschutz unterlaufen wäre. So liegt eine Änderung der Gesellschaftsstruktur beispielsweise nicht vor, wenn – wie weit überwiegend für zulässig erachtet⁶¹⁷ – das Amt eines Vorstandssprechers eingerichtet wird. Denn dadurch wird lediglich die Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis modifiziert, indem

⁶¹³ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 42; *Drygala*, KapGesR, § 18 Rn. 9; *Gaybrysch*, in: Kompendium GesR, Teil 2 § 3 Rn. 440; *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 2 Rn. 6.

⁶¹⁴ BGH, Urteil vom 26. April 2004, Az. II ZR 155/02, NJW 2004, 1860; *Koch*, in: Koch AktG, § 76 Rn. 5.

⁶¹⁵ *Drygala*, KapGesR, § 18 Rn. 9; *Gaybrysch*, in: Kompendium GesR, Teil 2 § 3 Rn. 440; *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 2 Rn. 8.

⁶¹⁶ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 76 AktG Rn. 8 f.; *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (779).

⁶¹⁷ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 39.

schwerpunktmäßig ein Vorstandsmitglied mit der externen Kommunikation des Vorstandes betraut wird. Die Geschäftsführungsbefugnis wird materiell weder auf einen anderen Teil der Aktiengesellschaft übertragen, noch wird sie eingeschränkt oder erweitert. Es geht vielmehr formell darum, wie der Vorstand seine in diesem Fall vor allem kommunikativen Aufgaben wahrnimmt. Dies betrifft nicht die Struktur der Gesellschaft. Auch dieses Beispiel verdeutlicht damit die Unterstützung des Anlegerschutzes durch den funktionellen Ansatz der Bestimmung der abschließenden Regelung.

Umso weniger ist der Anlegerschutz betroffen, wenn überhaupt keine Änderungen innerhalb der Funktionskreise stattfinden. Ein Beispiel hierfür wäre die Einführung eines Beirates. Dies ist wie bereits dargestellt nach allgemeiner Meinung dann möglich, wenn die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung der Organe unberührt bleibt.⁶¹⁸ Sofern jedoch die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung nicht berührt wird, sind auch die Funktionskreise der Organe unangetastet. Denn es ist einhellige Auffassung, dass unabhängig davon, in welcher Weise ein fakultatives Gremium eingesetzt wird, alle Organe ihre Funktionen in gleichem Ausmaß wie zuvor wahrnehmen müssen.⁶¹⁹ Namentlich die Kontrollfunktion des Aufsichtsrates kann nicht auf einen Beirat übertragen werden.⁶²⁰ Dadurch, dass somit der Beirat vollständig eigenständig und neben den Funktionen des Aktiengesetzes etabliert wird, stehen seiner Einsetzung keine Anlegerschutzgesichtspunkte entgegen. Denn er hemmt weder die Eigenständigkeit des Vorstandes, noch kann er rechtlich abgesicherten Einfluss auf diesen nehmen. Und auch an der Kontrolle des Vorstandes ändert er dem Grunde nach nichts, da diese Zuständigkeit originär beim Aufsichtsrat verbleibt. An diesem Beispiel zeigt sich, dass bei fehlender Funktionsbetrefftheit einer Satzungsbestimmung mangels abschließender Regelung nichts entge-

⁶¹⁸ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 155; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38, § 76 Rn. 6; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10, 35.1; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 48. Dazu auch oben Seiten 55 f.

⁶¹⁹ Vgl. *Holle/Schwarz*, AG 2024, 17 (21) mit Bezug zur Funktion von fakultativen Gremien im Vergleich zu den Kompetenzen der Organe der Aktiengesellschaft.

⁶²⁰ So insbesondere *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 95 Rn. 54 f.; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 35.2. Vgl. auch *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 155; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38, § 76 Rn. 6; *Kort*, in: GroKo AktG, § 76 Rn. 18; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 53; *Lippert*, JuS 1978, 90; *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 18; *Patzina*, in: Patzina/Bank/Schimmer/Simon-Widmann, Haftung von Unternehmensorganen, Kap. 7 Rn. 84; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 59.

genstehen kann. Zusammenfassend sichert der funktionelle Ansatz zur Bestimmung einer abschließenden Regelung somit die Struktur der Gesellschaft, die für die Anleger entscheidend ist.

2) Substanzerhaltungs- und Ertragsrisiko

Die für die Anleger vor allem nach der Investitionsentscheidung bedeutenden Risiken der Substanzerhaltung und des Ertrags werden durch den Ansatz der Funktionskreise dem Zweck der Satzungsstrenge entsprechend ebenfalls reduziert. Dieser Aspekt ist Kernelement des durch die Satzungsstrenge verwirklichten ex post Anlegerschutzes.

Die Rechte, Pflichten und Befugnisse, die der Minimierung dieser Risiken dienen, sind vornehmlich dem Funktionskreis der Aktionäre als Kapitalgeber und Eigentümer zuzuordnen. Dennoch bestehen auch hinsichtlich dieser Risiken abschließende Regelungen in Bezug auf die Organe der Aktiengesellschaft. Denn zur Absicherung der Wirtschaftlichkeit des Handelns der Verwaltung wird sowohl die Geschäftsführungsfunktion des Vorstandes als auch die Kontrollfunktion des Aufsichtsrates von der Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG überlagert. Sie sorgt dafür, dass die Verwaltung zum Wohle der Gesellschaft handelt.⁶²¹ In der Folge können idealiter Gewinne erwirtschaftet und der Unternehmenswert gesteigert werden. Durch die Statuierung dieses Sorgfaltsmaßstabes werden folglich die finanziellen Risiken der Aktionäre reduziert. Die Sorgfaltspflicht ist dabei untrennbar mit den Funktionen der Organe verknüpft. Ähnliches gilt für die Verschwiegenheitspflicht des § 93 Abs. 1 S. 3 AktG. Sie verpflichtet die Verwaltung dazu, bei der Wahrnehmung Ihrer Funktionen Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens zu wahren.⁶²² Dadurch wird das Geschäftsmodell des Unternehmens abgesichert und so Vorteile gegenüber der Konkurrenz gesichert. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG enthält deshalb nach dem funktionellen Ansatz eine abschließende Regelung. Insoweit stimmt der hier erarbeitete Ansatz mit der Ansicht des Bundesgerichtshofes überein. Dieser entschied, dass es sich bei der Vorschrift zur Verschwiegenheitspflicht um eine abschließende Regelung handele, die weder verschärft noch gelockert werden könne.⁶²³ Mittels des Ansatzes der Funktionskreise werden so in Übereinstimmung mit gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Pflichten zu

⁶²¹ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 2; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 93 Rn. 7 ff.; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 93 Rn. 22. Vgl. auch *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926 (928 f.).

⁶²² BGH, Urteil vom 05. Juni 1975, Az. II ZR 156/73, NJW 1975, 1412 (1413); *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 204; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 93 Rn. 142.

⁶²³ BGH, Urteil vom 05. Juni 1975, Az. II ZR 156/73, NJW 1975, 1412. Dies ist in der Literatur inzwischen zurecht anerkannt, *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 152; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 77; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 36; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 164; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 23; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 30; *Vedder*, in:

abschließendem Recht, die dazu beitragen, dass Gewinne erwirtschaftet werden können und der Unternehmenswert erhalten oder gesteigert wird. Indem damit nicht nur Rechte und Befugnisse, sondern auch Pflichten Teil der Funktionskreise sind, wird dem Anlegerschutz aus ex post Sicht zusätzlich Rechnung getragen.

Letztlich ist es dennoch der Funktionskreis der Aktionäre, der maßgeblich zur Minimierung des Substanzerhaltungs- und des Ertragsrisikos beiträgt. Insoweit existieren offensichtlich und unmittelbar den Aktionären zuordenbare Vorschriften, die diesem Zweck dienen. Dazu zählt beispielsweise der Anspruch auf Gewinnbeteiligung nach § 58 Abs. 4 AktG. Gerade an dieser Vorschrift zeigt sich jedoch, dass die Funktionskreise nur soweit abschließend und damit zwingend sein können, wie der Gesetzgeber dies vorsieht. Der Gesetzgeber kann nämlich die funktionellen Normen des Aktiengesetzes durch Öffnungsklauseln Abweichungen zugänglich machen. Dies ist im Rahmen von § 58 Abs. 4 AktG dadurch erfolgt, dass die Möglichkeit eingeräumt wird, durch Satzungsbestimmung eine Ausschüttung der Gewinne an die Aktionäre auszuschließen. Dies erfolgt, obwohl die Gewinnausschüttung entscheidend für die Funktion der Aktionäre als Kapitalgeber ist und elementar für die Investitionsentscheidung des Anlegers. Wegen einzelner gesetzgeberischer Aufweichungen der Funktionskreise auch in materieller Hinsicht kann nicht pauschal davon gesprochen werden, dass das Aktiengesetz hinsichtlich seiner Funktionskreise zwingend ist. Vielmehr sind die Funktionskreise im Aktiengesetz materiell abschließend geregelt. Punktuelle gesetzgeberische Eingriffe in diese Ordnung sind nicht auszuschließen und müssen berücksichtigt werden.

Es existieren darüber hinaus zahlreiche Vorschriften, die dem Funktionskreis der Aktionäre zuzuordnen sind und vom Gesetzgeber nicht für satzungsmäßige Änderungen geöffnet werden. Diese betreffen die Aktionäre oftmals nicht unmittelbar, wie dies beispielsweise beim Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 57 Abs. 1 AktG der Fall ist. Sie sind aber untrennbar mit der Kapitalgeberfunktion des Aktionärs verbunden, sodass der Aktionär jedenfalls mittelbar betroffen ist. Hierzu sind beispielsweise die Vorschriften zur Rücklagenbildung des § 150 AktG oder das Aufrechnungsverbot des § 66 Abs. 1 S. 2 AktG zu zählen. Diese berechtigen den Anleger zwar nicht. Sie sind jedoch essentiell für die Substanzerhaltung des Unternehmens.⁶²⁴ Dadurch schützen sie nicht nur die Gläubiger, sondern reduzieren auch Anlegerrisiken. Nach hier vertretenem Ansatz müssen sie folglich in materiel-

Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 202; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 93 Rn. 175.

⁶²⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2011, Az. II ZR 149/10, NZG 2012, 69 (73 f.); *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit AktG, § 66 Rn. 1; *Koch*, in: Koch AktG, § 150 Rn. 1; *Waclawik*, in: Hölter/Weber AktG, § 150 Rn. 1.

ler Hinsicht abschließend sein. Erneut deckt sich daher die Bestimmung der abschließenden Regelung anhand einer funktionellen Betrachtung mit dem durch den Zweck der Satzungsstrenge gebotenen Ergebnis.

3) Kapitalgeberfunktion

Diese Ausführungen zum Anlegerschutz haben gezeigt, dass der Zweck der Satzungsstrenge, den Anlegerschutz zu gewährleisten, dazu führt, dass sich der Funktionskreis der Aktionäre nicht lediglich aufgrund ihrer Rechte und Pflichten bestimmen kann. Um alle Risiken abdecken zu können, vor denen die Satzungsstrenge schützen soll, ist der Funktionskreis des Aktionärs von seiner Kapitalgeberfunktion aus zu bestimmen. Ähnlich wie also dem Vorstand überlagernd die Geschäftsführungsfunktion und dem Aufsichtsrat eine Überwachungsfunktion zukommen, haben die Aktionäre die Kapitalgeberfunktion. Im Umkehrschluss müssen sie gegen den Kapitalverlust geschützt werden. Dazu ist es im Sinne des Zwecks der Satzungsstrenge erforderlich, dass die Vorschriften, die dem Erhalt der Gesellschaft dienen, ebenfalls abschließend sind. Dies gewährleistet der hier vertretene Ansatz. Folglich steht er im Einklang mit dem Anlegerschutzgedanken der Satzungsstrenge.

cc. Gesellschafterschutz

Neben dem Anlegerschutz wird durch die Satzungsstrenge der Gesellschafterschutz bezweckt. Damit ist gemeint, dass Aktionäre nicht nur in finanzieller Hinsicht, sondern auch in Bezug auf ihre mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten geschützt werden müssen.

1) Eigentümerfunktion

Um einen Ausgleich zwischen der Weisungsfreiheit des Vorstandes und der Gesellschafterstellung der Aktionäre zu schaffen, hat der Gesetzgeber den Gesellschaftern hinsichtlich der Kernentscheidungen innerhalb der Aktiengesellschaft – vermittelt durch die Hauptversammlung – Rechte mit essentieller Bedeutung für die Identität der Gesellschaft eingeräumt. Zu diesen gehören namentlich die Bestimmung des Unternehmensgegenstandes nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG oder die Beschlusserfordernisse nach § 119 AktG. An diesen Beschlüssen nimmt der Aktionär nach §§ 133, 134 AktG durch Ausübung seines Stimmrechts teil. Die Satzungsstrenge im Auftrag des Gesellschafterschutzes wiederum gebietet es, diese Funktion der Hauptversammlung und damit der Gesellschafter als zwingend anzusehen. Anders als bei den Anlegern sind die vordergründigen Rechte hier somit die Herrschafts- oder Informationsrechte der Aktionäre nach §§ 131 Abs. 1, 134 Abs. 1 AktG. Damit die Satzungsstrenge hier den bezweckten Schutz tatsächlich gewährleisten kann, ist es erforderlich, dass der Funktionskreis der Aktionäre aus

zweierlei Perspektive bestimmt wird. In Bezug auf den Anlegerschutz war dies die Funktion des Kapitalgebers. Hinsichtlich der mitgliedschaftlichen Position der Aktionäre kommt die Funktion der Eigentümerstellung des Aktionärs hinzu. Diese Funktion gebietet es, dass der Aktionär in informationeller Hinsicht und in Bezug auf essentielle Entscheidungen der Aktiengesellschaft Schutz durch zwingendes Recht genießt. Durch den so verstandenen Ansatz ist die Satzungsstrenge als Instrument für diesen Schutz nutzbar, wenn der Funktionskreis der Aktionäre in materieller Hinsicht als abschließend angesehen wird.

2) Mehrheiten und Minderheiten

Zu dem so verstandenen Funktionskreis der Aktionäre gehören namentlich Vorschriften, die Minderheitsrechte statuieren oder besondere Mehrheiten fordern. Auch wenn sie dabei regelmäßig nicht bloß einzelne Aktionäre betreffen, dienen sie doch dem Schutz des einzelnen Gesellschafters. Mechanismen, die diesen Schutz gewährleisten sollen, sind beispielsweise der Katalog des § 119 AktG, das Antragsrecht zur Bestellung eines besonderen Vertreters durch ein Zehntel des Grundkapitals nach § 147 AktG oder das Erfordernis einer Dreiviertelmehrheit bezogen auf das Grundkapital bei Änderungen des Unternehmensgegenstandes in § 179 Abs. 2 S. 1, 2 AktG. Diese Schutzinstrumente des Aktiengesetzes sind für die Gesellschafter von elementarer Wichtigkeit. Viele dieser Vorschriften würden ihrer Bedeutung für die Aktionäre indessen nicht gerecht, wenn ihre Mehrheitserfordernisse oder Regelungsgegenstände in der Satzung eingeschränkt werden könnten.

Darüber hinaus gibt es einige Minderheitsrechte der Aktionäre, die auf die Teilhabe an der Gesellschaft ausgelegt sind. Sie dürfen daher nicht von der Mehrheit abdingbar sein. Andernfalls könnte das Mehrheitserfordernis selbst unterlaufen werden. Dies gilt entsprechend für die zur Teilhabe am Entscheidungsprozess erforderlichen Informationsrechte und die Kontrollinstrumente des einzelnen Aktionärs in Bezug auf die Beschlussfassung, namentlich die Klagerechte nach §§ 241 ff. AktG. Auch im Rahmen der Vermögensrechte sieht das Gesetz einzelne Schutzmechanismen vor, die zeigen, dass die Vermögensrechte zugunsten der Minderheit ebenfalls nicht über die gesetzlichen Freiräume hinaus beschränkt werden dürfen. Insgesamt ist dieser Minderheitenschutz zwar kein Wesensmerkmal der Aktiengesellschaft allein, sondern ein das gesamte Gesellschaftsrecht durchziehender Grundsatz,⁶²⁵ er muss aber als wichtiger Grundsatz der gesamten Rechtsordnung umso mehr als zwingend angesehen werden. Gleiches gilt für die

⁶²⁵ Gesetzliche Ausformungen beispielsweise in § 50 GmbHG, §§ 707, 716 BGB, §§ 118, 119 HGB.

Befugnisse des besonderen Vertreters, der gerade dazu eingeschaltet wird, die Minderheitsrechte gegen die Gesellschaft geltend zu machen.⁶²⁶

3) Willensbildung in der Hauptversammlung

Die Wahrnehmung der mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre findet zum Großteil in der Hauptversammlung statt. Diese ist das Organ der Willensbildung der Gesellschaft. Damit die Rechte der Aktionäre ihre Wirkung entfalten können, ist es daher erforderlich, dass auch die Hauptversammlung in ihrer Funktion als Willensbildungsorgan nicht durch ergänzende Satzungsbestimmungen beschränkt werden kann. Denn sie darf nicht dem Willen des Mehrheitsgesellschafters unterworfen werden, sondern muss grundsätzlich als neutrales Sprachrohr innerhalb der Gesellschaft fungieren. Die abschließende Ausgestaltung der Funktion der Hauptversammlung ist demnach zwingende Konsequenz aus dem Gesellschafterschutzzweck der Satzungsstrenge.

4) Relevanz formeller Eingriffe

Bei der Frage, inwieweit das Aktiengesetz abschließend sein muss, damit der Gesellschafterschutz verwirklicht werden kann, ohne eine übermäßige Einschränkung der Privatautonomie zu bewirken, kommt es zugleich auf die Intensität der Betroffenheit des Gesellschafterschutzes an. Dazu ist festzuhalten, dass gerade formelle Ergänzungen in der Satzung nicht dem Gesellschafterschutzgedanken zuwiderlaufen. Dies zeigt sich vor allem an § 134 Abs. 4 AktG, der die Form der Ausübung des Stimmrechts vollständig der Satzung überlässt. Durch diese Vorschrift wird keine Abweichung zugelassen und damit auch kein Funktionskreis durch den Gesetzgeber aufgebrochen. Stattdessen zeigt sich hierin deutlich, dass, obwohl das Stimmrecht zu den wichtigsten Rechten der Aktionäre gehört, die Form dessen Ausübung für den Schutz der Aktionäre aus Sicht des Gesetzgebers unerheblich ist. Folglich muss sie ebenfalls für die Satzungsstrenge unerheblich sein, die den Gesellschafterschutz verwirklicht. Dementsprechend ist die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Eingriffen in die Funktionskreise des Aktiengesetzes im Gesetz angelegt und entspricht den Zwecken der Satzungsstrenge. Der Gesellschafterschutz spricht daher ebenfalls für den hier vertretenen Ansatz, die Funktionskreise des Aktiengesetzes materiell als abschließend anzusehen, sofern der Funktionskreis der Aktionäre nicht nur durch die Funktion als Kapitalgeber, sondern auch als Eigentümer der Gesellschaft bestimmt wird.

⁶²⁶ Vgl. *Arnold*, in: *MüKo AktG*, § 147 Rn. 21.

dd. Gläubigerschutz

Der Gläubigerschutz nimmt eine Sonderstellung im Vergleich zu den übrigen Schutzzwecken der Satzungsstrenge ein. Denn anders als die anderen geschützten Personengruppen sind die Gläubiger weder aktuell noch zukünftig Teil des Binnengefüges der Aktiengesellschaft.

1) Funktionskreis der Gläubiger

Fraglich ist, ob die Gesellschaftsgläubiger einen Funktionskreis innerhalb des Aktiengesetzes innehaben. Eine solche Funktion konnte den übrigen Beteiligten in der Aktiengesellschaft zugeordnet werden, weil ihre Rechte, Befugnisse und Verpflichtungen und der Schutz ihrer Interessen jeweils unter einem Oberbegriff zusammengefasst werden konnten, der ihre Stellung innerhalb der Aktiengesellschaft beschreibt. Ein derartiger Oberbegriff fehlt für die Gläubiger in zweierlei Hinsicht.

Zum einen stehen Gläubiger nicht innerhalb der Aktiengesellschaft. Die Satzung bildet aber gerade das Innenrecht der Aktiengesellschaft. Sie sind weder an der Entstehung der Satzung beteiligt, noch kann in der Begründung der Gläubigerstellung ein freiwilliger Unterwerfungsakt unter die Regelungen der Satzung gesehen werden. Dies gilt für Gläubiger gesetzlicher Forderungen des Delikts- oder Bereicherungsrechts zweifellos, weil in diesem Fall der Begründung der Gläubigerstellung keine Entscheidung der Gläubiger vorausgeht. Aber auch bei der Begründung vertraglicher Beziehungen zu einer Aktiengesellschaft kann nicht angenommen werden, dass mit Vertragsabschluss gleichzeitig durch die Gläubiger erklärt wird, sich an die Satzung binden zu wollen.⁶²⁷ Dies wird regelmäßig schon mangels Kenntnis der Satzung im Detail ausgeschlossen sein. Daher bedürfen die Gläubiger eines besonderen Schutzes durch den Gesetzgeber.

Zum anderen nehmen sie im Aktiengesetz keine Funktion wahr, die ihrer Gläubigerstellung übergeordnet wäre. Stattdessen bedürfen sie des Schutzes, da ihnen zur Befriedigung ihrer Forderungen wie bei allen Kapitalgesellschaften lediglich eine Haftungsmasse und keine natürliche Person zur Verfügung steht, die für ihre Forderung einsteht.⁶²⁸ Dementsprechend existiert kein Funktionskreis der Gläubiger. Um dem Gläubigerschutzgedanken dennoch Rechnung zu tragen, ist auf allgemeine Erwägungen zurückzugreifen.

⁶²⁷ Ähnlich *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 118.

⁶²⁸ *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 104.

2) Verwirklichung des Gläubigerschutzes

Gläubigerschützende Vorschriften müssen wie im gesamten Gesellschaftsrecht als zwingend angesehen werden.⁶²⁹ Da zwingendes Recht im Aktiengesetz durch die Satzungsstrenge bestimmt wird, kann nicht pauschal darauf verwiesen werden, dass gläubigerschützende Vorschriften zwingend sind. Vielmehr muss die Anwendung der Satzungsstrenge entsprechend dieses Schutzgedankens erfolgen. Geboten ist daher im Rahmen der Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG neben dem Ansatz der Funktionskreise bei der Definition der abschließenden Regelung zu berücksichtigen, dass der Gläubigerschutz durch die Satzungsstrenge verwirklicht wird. Demnach ist eine Norm des Aktiengesetzes jedenfalls dann als abschließend anzusehen, wenn sie dem Gläubigerschutz dient. Insoweit gibt es weder historische noch teleologische Gründe dafür, auch im Bereich der Gläubiger eine Differenzierung zwischen formellen und materiellen Eingriffen vorzunehmen. Denn es wäre systemfremd, durch das Innenrecht einer Gesellschaft Gläubigerrechte verändern zu können. Eine derartige Konstruktion würde einem unzulässigen Vertrag zulasten Dritter ähneln. Folglich sind Gläubigerschutzregeln zur Erfüllung der Zwecke der Satzungsstrenge umfassend als abschließend anzusehen. Dies gilt sowohl für Vorschriften, die Gläubiger unmittelbar berechtigen, als auch für solche Vorschriften, die dem Gläubigerschutz dienen.

Dabei kann eine Überlagerung mit dem Funktionskreis der Aktionäre vorliegen. Um den Gläubigerschutz aber ausreichend zu berücksichtigen, muss dieser dem funktionellen Ansatz vorgehen. Sofern also sowohl der Funktionskreis der Aktionäre als auch der Gläubigerschutz betroffen ist, muss die Vorschrift umfassend als abschließend angesehen werden. Eine Unterscheidung zwischen formell und materiell verbietet sich. Denn dadurch wird der Schutz der Aktionäre nicht vermindert, sondern lediglich die Gestaltungsfreiheit der Aktionäre weiter eingeschränkt, um einen weiteren Zweck der Satzungsstrenge zu verwirklichen. Die stärkere Beschränkung der Verbandsautonomie ist deshalb angemessen.

3) Funktionskreise innerhalb des Binnengefüges der Aktiengesellschaft

Aufgrund der gläubigerschützenden Funktion der Satzungsstrenge muss der Ansatz der Funktionskreise demnach eine Einschränkung erfahren. Er kann nur insoweit zur Bestimmung von abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes herangezogen werden, als es sich um Vorschriften des Aktiengesetzes handelt, welche

⁶²⁹ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, Einleitung Rn. 7 ff.; *Petrikowski*, Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit, 111 f. Vgl. beispielsweise zu § 30 GmbHG *Ekkenga*, in: MüKo GmbHG, § 30 Rn. 15; *Schmolke*, in: BeckOK GmbHG, § 30 Rn. 2. Allgemein siehe *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, Einleitung Rn. 5 ff.

die Binnenordnung der Aktiengesellschaft betreffen. Hinsichtlich der Rechte außenstehender Dritter darf die Satzung keine Bestimmungen vorsehen. Deshalb ist für das Außenrecht der Gesellschaft der Ansatz der Funktionskreise insoweit zu erweitern, dass die Außenbeziehungen umfassend abschließend im Aktiengesetz geregelt sind.

V. Fazit

Die Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG hat zunächst gezeigt, dass die bisherigen Ansätze der Literatur keine umfassende Definition des Begriffes der abschließenden Regelung des Aktiengesetzes liefern. Insbesondere stellte sich heraus, dass die Auslegung der Satzungsstrenge an dem Leitbild der Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft zu orientieren, nicht möglich ist, da im Rahmen der Entstehung der Satzungsstrenge keine Unterscheidung zwischen Publikumsgesellschaften und kleinen Aktiengesellschaften vorgenommen wurde. Demgegenüber ist zum einen der Ansatz der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung sowohl historisch als auch teleologisch begründbar, sofern er aus der Trennung von Leitung und Eigentümern in der Aktiengesellschaft hergeleitet wird. Ferner lässt sich ein Ansatz, der die innere Organisation und Zusammensetzung der Organe für abschließend erklärt, aus dem Anlegerschutzgedanken der Satzungsstrenge herleiten. Allerdings kann keiner dieser Ansätze umfassend zu einer Definition der abschließenden Regelung führen. Denn der Ansatz der Zuständigkeits- und Kompetenzordnung berücksichtigt den Zweck der Satzungsstrenge, die Aktionäre zu schützen nicht ausreichend. Wird daneben auch die innere Organisation und Zusammensetzung der Organe als abschließend angesehen, führt dies ebenfalls nicht zur vollständigen Behebung dieser Schutzdefizite.

Dementsprechend war es erforderlich einen grundlegend neuen Ansatz zu entwickeln. Kernfrage war dabei nicht das Vorliegen zwingenden Rechts, sondern das Bestehen abschließender Regelungen. Diese kann nicht dadurch beantwortet werden, eine abschließende Regelung dann anzunehmen, wenn der Gesetzgeber bei Einführung einer Vorschrift eine Interessenabwägung vorgenommen hat. Denn dies würde dazu führen, dass das Aktiengesetz insgesamt abschließend wäre, was der gesetzgeberischen Intention des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG widerspricht. Zudem wäre dabei das Wesen der Aktiengesellschaft nicht betroffen, was nach der historischen Auslegung für einen umfassenden Ansatz jedoch erforderlich wäre. Ebenso wenig taugt die Verkehrsfähigkeit der Aktie allein als maßgebliches Kriterium zur Bestimmung einer abschließenden Regelung. Denn zum einen ist die tatsächliche Betroffenheit der Verkehrsfähigkeit durch Satzungsbestimmungen fak-

tisch kaum feststellbar. Und zum anderen führt diese Unsicherheit bei der Feststellung der Betroffenheit der Verkehrsfähigkeit zu erheblichen Rechtsunsicherheiten, welche die Satzungsstrenge gerade vermeiden soll.

Belegt werden konnte jedoch ein Zusammenhang zwischen den Funktionskreisen des Aktiengesetzes und dem Begriff der abschließenden Regelung. Die Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG hat gezeigt, dass eine Vorschrift des Aktiengesetzes dann abschließend ist, wenn entweder Rechte außenstehender Dritter betroffen sind oder im Innenverhältnis der Aktiengesellschaft die Funktionskreise des Aktiengesetzes materiell betroffen sind. Hinsichtlich einer formellen Betroffenheit der Funktionskreise ist das Aktiengesetz indessen nicht abschließend. Materiell betroffen meint dabei, dass die Rechte, Befugnisse oder Pflichten, aus denen sich die Funktionskreise der Beteiligten in der Aktiengesellschaft ergeben, erweitert, eingeschränkt oder verschoben werden. Eine formelle Betroffenheit liegt demgegenüber vor, wenn lediglich die Art und Weise der Funktionsausübung tangiert wird. Die Funktionskreise können jedoch durch Öffnungsklauseln in Einzelfällen vom Gesetzgeber aufgebrochen werden, was entsprechend zu berücksichtigen ist.

Der funktionelle Ansatz stimmt hinsichtlich der Bestimmung der Reichweite abschließenden Rechts mit den Überlegungen der Gesetzesentwicklung überein. Denn die Funktionskreise leiten sich maßgeblich aus der Trennung von Leitung und Eigentum in der Aktiengesellschaft und den korrespondierenden Kontrollmechanismen ab, die dafür erforderlich sind, dass sich weitere Kapitalgeber für die Aktiengesellschaft finden. Gerade diese Struktur war Leitgedanke des Gesetzgebers im Jahre 1965. Sie ist derart weitreichend, dass durch ihre abschließende Ausgestaltung die für die Verkehrsfähigkeit der Aktie entscheidende Standardisierung bewirkt wird. Dadurch kann auch das Liquiditätsrisiko der Anleger minimiert werden. Zudem bestimmen die Funktionskreise des Aktiengesetzes das Wesen der Aktiengesellschaft und decken alle grundsätzlichen Vorschriften im Sinne der in der Gesetzesbegründung aufgegangenen herrschenden Lehre und der damaligen Rechtsprechung ab.

Gegenüber den bisherigen Ansätzen der Literatur hat der funktionelle Ansatz den Vorteil, dass die Anlegerschutzgesichtspunkte, die gerade historisch gesehen für die Satzungsstrenge fundamental sind, in die strukturelle Betrachtung der abschließenden Wirkung des Aktiengesetzes einbezogen werden. Insoweit wird den Aktionären die bedeutende Funktion der Kapitalgeber und Eigentümer der Gesellschaft zugesprochen. Diese kann sowohl unmittelbar als auch mittelbar betroffen sein. Diese Funktion materiell als abschließend anzusehen, reduziert die Anleger ebenso wie die Gesellschafterrisiken im Sinne der Zwecke der Satzungsstrenge.

Als Teil dieses Funktionskreises werden die Mehr- und Minderheitsrechte innerhalb des Aktiengesetzes abschließend. Außerdem sind die Befugnisse und Pflichten der Hauptversammlung als Sprachrohr der Aktionäre in die Beurteilung aufzunehmen, da dies für den Anlegerschutz entscheidend ist. Letztlich bedingt der Anlegerschutz, dass Pflichten der Beteiligten der Aktiengesellschaft Teil der abschließenden Funktionskreise sind.

Darüber hinaus ergibt sich aus der Auslegung eine Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Eingriffen. Sie entspricht dem Wortlaut des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG, da einzelne Bestimmungen nicht insgesamt, sondern hinsichtlich bestimmter Wirkweisen für abschließend erklärt werden, sodass die Vorschriften des Aktiengesetzes regelmäßig einer Ergänzung zugänglich sind. Die Korrelation zwischen Satzungsbestimmung und Gesetz wird ausreichend berücksichtigt. Dabei wird jedoch die für die Verkehrsfähigkeit der Aktie gebotene Standardisierung in den aus Anlegersicht entscheidenden Bereichen beibehalten. Denn ein Informationsbedürfnis der Anleger bestünde nur hinsichtlich materieller Änderungen, die jedoch gerade ausgeschlossen sind. Außerdem ist das Wesen der Aktiengesellschaft nur dann betroffen, wenn tatsächlich materielle Änderungen vorgenommen werden, womit erneut eine Übereinstimmung mit der Intention des historischen Gesetzgebers erreicht wird. Dies gilt umso mehr, als auch das Reichsgericht die Zulässigkeit einer formellen Ergänzung feststellte.

Die Funktionskreise bestehen jedoch lediglich innerhalb der Aktiengesellschaft, sodass die Betroffenheit außenstehender Dritter separat und zwar nach allgemeinen Kriterien beurteilt werden muss. Danach dürfen die Rechte Dritter nicht durch die Satzung als Innenrecht betroffen werden, weshalb die entsprechenden Vorschriften des Aktiengesetzes stets abschließend sind. Werden dabei Überschneidungen zwischen dem Gläubigerschutz oder einer anderen Betroffenheit Dritter und den Funktionskreisen innerhalb des Aktiengesetzes festgestellt, so ist die Vorschrift stets umfassend abschließend, da der Gläubigerschutz vorrangig ist. Eine Differenzierung zwischen formeller und materieller Betroffenheit darf dabei nicht erfolgen.

Die Auslegung der Satzungsstrenge belegt damit in jeder Hinsicht einen Zusammenhang zwischen der abschließenden Wirkung des Aktiengesetzes und den Funktionskreisen. Denn die funktionelle Verflechtung innerhalb der Aktiengesellschaft ist der einzig taugliche Aspekt, der das Aktiengesetz vollständig durchzieht und dabei sowohl für den Anlegerschutz, als auch die Gewährleistung der Verkehrsfähigkeit der Aktie die entsprechende Reichweite hat. Durch die Unterscheidung nach der Intensität des statuarischen Eingriffs wird gleichzeitig der gesetzgeberischen Intention Rechnung getragen, Ergänzungen dem Grunde nach zuzulassen.

C. Die Funktionskreise des Aktiengesetzes

Bisher wurden die Funktionskreise des Aktiengesetzes im Rahmen der Auslegung lediglich in einzelnen Bereichen dargestellt. Um eine endgültige Definition des Begriffes der abschließenden Regelung zu erhalten, ist es aber erforderlich, umfassend zu beleuchten, welche Funktionen im Aktiengesetz von den verschiedenen Beteiligten eingenommen werden. Sodann sind die Funktionskreise entsprechend zu umreißen. Dadurch wird es möglich, genauere Aussagen über die Intensität des Eingriffes in diese Funktionskreise zu treffen. Sofern dann alle Funktionskreise des Aktiengesetzes ebenso wie die möglichen Eingriffe in diese dargestellt wurden, kann eine Definition des Begriffes der abschließenden Regelung im Sinne der vorangegangenen Auslegung formuliert werden.

I. Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft

Jeder Beteiligte innerhalb der Aktiengesellschaft wurde vom Gesetzgeber aus einem bestimmten Grund als Teil der Gesellschaft eingesetzt. In diesem Grund erklärt sich die Funktion des jeweiligen Teils der Aktiengesellschaft. Dabei hat die Aktiengesellschaft selbst keinen Funktionskreis inne. Sie erfüllt nach innen keinen Selbstzweck. Vielmehr sind die Vorschriften, welche die Aktiengesellschaft als solche betreffen, als Vorschriften mit Bezug zu Dritten zu sehen und daher aus Gründen des Gläubigerschutzes ohne Bezug zu den Funktionskreisen des Aktiengesetzes abschließend und zwingend. Denn es wurde bereits gezeigt, dass der funktionelle Ansatz durch den Gläubigerschutz ergänzt wird und nur im Binnengefüge der Aktiengesellschaft Geltung beanspruchen kann.⁶³⁰ Dementsprechend sind die Funktionen der im Binnengefüge der Aktiengesellschaft existierenden Beteiligten zu bestimmen.

Besondere Bedeutung hat dabei der Vorstand als Leitungsorgan.⁶³¹ Ihm ist gemäß § 76 Abs. 1 AktG die Leitung und nach § 77 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft zugewiesen. Dabei ist die Leitung ein Prozess, der eine Fülle

⁶³⁰ Dazu oben Seiten 134 ff.

⁶³¹ *Bürgers*, in: *Bürgers/Lieder AktG*, § 76 Rn. 2; *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 76 Rn. 4; *Koch*, in: *Koch AktG*, § 76 Rn. 8 ff.; *Oltmanns/Quass*, in: *Heidel Aktienrecht*, § 76 AktG Rn. 2 ff.; *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter AktG*, § 76 Rn. 2.

an Entscheidungen umfasst und die strategische Führungsfunktion des Unternehmens bezeichnet.⁶³² Sie bildet einen herausgehobenen Teilbereich der Geschäftsführung,⁶³³ sodass die Geschäftsführungsfunktion die Leitungsfunktion des Vorstandes umfasst. Zwar existieren nach herrschender Meinung keine subsumtionsfähigen Kriterien zur Abgrenzung zwischen Leitung und Geschäftsführung.⁶³⁴ Dies ist aber für die Zwecke der Funktionsbestimmung des Vorstandes entbehrlich. Denn jedenfalls nimmt er beide Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft wahr. Dementsprechend sollen auch beide Begrifflichkeiten zur Benennung des Funktionskreises herangezogen werden, um zu verdeutlichen, dass es in diesem Fall auf eine Abgrenzung gerade nicht ankommt.

Der Aufsichtsrat übt demgegenüber keine Leitungsmacht aus, obgleich auch er unter den Oberbegriff der Verwaltung zu fassen ist.⁶³⁵ Stattdessen obliegt ihm gemäß § 111 Abs. 1 AktG die Überwachung und Kontrolle des Vorstandes. Seine Funktion liegt folglich in der Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung.⁶³⁶ Diese Kontrolle umfasst sowohl die vergangenheitsbezogene als auch die präventive, mitgestaltende Kontrolle.⁶³⁷ Der Funktionskreis des Aufsichtsrates bestimmt sich maßgeblich an dieser Funktion und wird dabei durch zahlreiche einzelne Normen, den Aufsichtsrat betreffend umrissen.

Als drittes Organ dieser Organisation fungiert die Hauptversammlung. Sie ist Organ der internen Willensbildung der Aktionäre.⁶³⁸ Dabei geht es ausschließlich um

⁶³² *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 76 AktG Rn. 5; *Koch*, in: Koch AktG, § 76 Rn. 10; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 17.

⁶³³ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 76 AktG Rn. 5; *Hüffer*, in: FG Happ 2006, 93 (98 f.); *Koch*, in: Koch AktG, § 76 Rn. 10; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 18.

⁶³⁴ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 76 AktG Rn. 6; *Koch*, in: Koch AktG, § 76 Rn. 13. Ähnlich *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 14; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 17.

⁶³⁵ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 4; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, § 3 Rn. 62; *Wentrup*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 19 Rn. 2.

⁶³⁶ BGH, Urteil vom 25. März 1991, Az. II ZR 188/89, NJW 1991, 1830 (1831); *Habersack*, in: MüKo AktG, Vor § 95 Rn. 2; *Henze*, NJW 1998, 3309 (3309 f.); *Koch*, in: Koch AktG, § 111 Rn. 1; *Seebach*, AG 2012, 70 (70, 73). Vgl. auch *Frerk*, AG 1995, 212.

⁶³⁷ BGH, Urteil vom 25. März 1991, Az. II ZR 188/89, NJW 1991, 1830 (1831); *Habersack*, in: MüKo AktG, Vor § 95 Rn. 2; *Henze*, NJW 1998, 3309 (3309 f.); *Veil*, in: BeckOGK AktG, § 111 Rn. 15 ff.

⁶³⁸ *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 118 Rn. 1; *Hoffmann*, in: BeckOGK AktG, § 118 Rn. 7; *Koch*, in: Koch AktG, § 118 Rn. 2, 6; *Kubis*, in: MüKo AktG, § 118 Rn. 1, 8, § 119 Rn. 3; *Mülbert*, in: GroKo AktG, Vor § 118 Rn. 9, 15.

die Willensbildung zu Gesellschaftsangelegenheiten, die innerhalb der Hauptversammlungszuständigkeit liegen.⁶³⁹ Die Bildung und Erklärung dieses Organwillens erfolgt durch Abstimmung über einen Antrag.⁶⁴⁰ Der so gebildete Wille ist sodann als Beschluss kraft organschaftlicher Zurechnung Wille der Aktiengesellschaft selbst.⁶⁴¹ In dieser Willensbildung liegt die entscheidende Funktion der Hauptversammlung.

Darüber hinaus haben die Aktionäre selbst eine Funktion innerhalb des Binnengefüges der Aktiengesellschaft. Grundsätzlich gilt, dass die Aktionäre aus der Mitgliedschaft ein Bündel an Rechten und Pflichten erhalten, die sie in einem Dauerrechtsverhältnis mit der Aktiengesellschaft verbinden.⁶⁴² Diese Mitgliedschaft wird regelmäßig durch die Aktien verkörpert und ist veräußerlich.⁶⁴³ Doch schon die Auslegung der Satzungsstrenge hat gezeigt, dass diese Mitgliedschaft kein Selbstzweck ist. Vielmehr bedeuten die Rechte und Pflichten, welche die Aktionäre innehaben, zugleich die inhaltliche Ausgestaltung des Eigentums an der Aktiengesellschaft.⁶⁴⁴ Darüber hinaus zeigt sich in dem durch die Aktie verkörperten Kapital, dass den Aktionären eine Kapitalgeberfunktion zukommt.⁶⁴⁵ Auch diese Funktionen werden durch die Rechte und Pflichten ausgedrückt, die aus der Mitgliedschaft folgen. Sie bilden so den Funktionskreis der Aktionäre.

Schließlich werden einzelne Personen im Aktiengesetz benannt, denen ebenfalls eine bestimmte Funktion zugesprochen wird. Zu nennen sind insbesondere die Abschluss-, Sonder- und Gründungsprüfer, deren jeweilige Funktion in der Prüfung verschiedener, oftmals die Rechnungslegung der Gesellschaft betreffender Fragen liegt. Ob sich aus dieser Funktion ein Funktionskreis des Aktiengesetzes ableitet, ist jedoch fraglich. Darüber hinaus nimmt der besondere Vertreter die

⁶³⁹ Koch, in: Koch AktG, § 119 Rn. 2; Kubis, in: MüKo AktG, § 119 Rn. 3; Marsch-Barner/von der Linden, in: Handbuch börsennotierte AG, § 33 Rn. 1.

⁶⁴⁰ Koch, in: Koch AktG, § 119 Rn. 3; Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 118 Rn. 12.

⁶⁴¹ Herrler, in: Grigoleit AktG, § 118 Rn. 1; Hoffmann, in: BeckOGK AktG, § 118 Rn. 7; Koch, in: Koch AktG, § 119 Rn. 3; Liebscher, in: Henssler/Strohn GesR, § 118 AktG Rn. 2; Mülbart, in: GroKo AktG, Vor § 118 Rn. 19; Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 118 Rn. 12.

⁶⁴² Götze, in: MüKo AktG, Vor § 53a Rn. 5 f.; Mimberg, in: Handbuch börsennotierte AG, § 38 Rn. 1.

⁶⁴³ Götze, in: MüKo AktG, Vor § 53a Rn. 5; Mimberg, in: Handbuch börsennotierte AG, § 38 Rn. 2; Vatter, in: BeckOGK AktG, § 13 Rn. 15 ff.; H. Fischer/Wagner, in: Heidel Aktienrecht, § 13 AktG Rn. 4.

⁶⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 7. September 2011, Az. 1 BvR 1460/10, NZG 2011, 1379 (1380); Gaier/Ernst, in: MüKo BGB, Vor § 903 Rn. 50; Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 14 Rn. 310 f.

⁶⁴⁵ BT-Drs. IV/171, 93; Kropff, RegE, 15; Breithaupt, in: Kompendium GesR, Teil 1 § 1 Rn. 11. Vgl. dazu oben Seite 131.

Funktion der Anspruchsverfolgung nach erfolgter Bestellung ein. Auch daraus könnte sich ein Funktionskreis ableiten lassen. Letztlich findet sich das Recht der verbundenen Unternehmen im Aktiengesetz. Auch die Beziehung dieser Vorschriften zur Satzungsstrenge ist zu überprüfen.

II. Begriff des Funktionskreises

Die Vorschriften des Aktiengesetzes, die dazu beitragen, dass die benannten Beteiligten der Aktiengesellschaft ihre Funktion wahrnehmen können, bilden nach der hier vertretenen Ansicht die Funktionskreise des Aktiengesetzes. Denn um ihre Funktionen wahrnehmen zu können, hat der Gesetzgeber ihnen eine Fülle an Befugnissen, Rechten und Pflichten gewährt, die minutiös aufeinander abgestimmt sind und so das vielfach angesprochene Konstrukt der Machtbalance innerhalb der Aktiengesellschaft bilden. Gerade dieses Konstrukt ist es, das zur Erfüllung der Zwecke der Satzungsstrenge abschließend sein muss.

1. Rechte und Befugnisse des Aktiengesetzes

Die Kernvorschriften, aus denen sich die Funktionskreise des Aktiengesetzes ergeben sind die verschiedenen Befugnisnormen. Sie weisen den Aktionären Rechte und den Organen Befugnisse innerhalb des Binnengefüges der Aktiengesellschaft zu. Dabei kann dahinstehen, ob die Normen den Organen lediglich Befugnisse oder echte Rechte verleihen können. Für ersteres spräche, dass die Organe keine Rechtspersönlichkeit haben und deshalb in ihrer Funktion nicht Träger von Rechten sein können.⁶⁴⁶ Allerdings besagt die Überschrift des § 111 AktG ausdrücklich, dass er die „Rechte des Aufsichtsrats“ regelt. Zudem ist § 119 AktG mit „Rechte der Hauptversammlung“ überschrieben. Dies wiederum spricht dafür, dass Organe Träger von Rechten sein können. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung handelt es sich aber um Vorschriften, die den Funktionskreis der jeweiligen Organe prägen. Hommelhoff spricht dabei von der „funktionsbezogenen Berechtigung“ eines Organs, welche sich in das Gesamtgefüge der Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft einfügt.⁶⁴⁷ Deshalb ist auch ohne Bedeutung, inwieweit diese Befugnisse mittels eines Organstreits innerhalb der Aktiengesellschaft durchgesetzt werden können.⁶⁴⁸ Denn jede Befugnisnorm hat in jedem Fall ganz entscheidenden Einfluss auf die Funktionsausübung.

⁶⁴⁶ *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 3 f. Für eine Teilrechtsfähigkeit spricht sich Hommelhoff der Organe selbst aus, *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288 (291, 303 f.).

⁶⁴⁷ *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288 (303).

⁶⁴⁸ Vgl. dazu *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 3 f., 6 f.

Denkbar sind insoweit drei verschiedene Arten von Befugnisnormen. Zunächst gibt es Vorschriften, die wie § 76 Abs. 1 AktG den Organen mit konkretem Funktionsbezug weitreichende Kompetenzen einräumen. Hier ergeben sich die konkreten Befugnisse und damit auch die Reichweite des Funktionskreises nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift. Sie ist vielmehr durch Auslegung zu ermitteln.⁶⁴⁹ Darüber hinaus bestehen ganz konkrete Rechte und Befugnisse, die lediglich Teilbereiche des Funktionskreises ausformen, wie beispielsweise die Einräumung des Stimmrechts zugunsten der Aktionäre nach § 12 Abs. 1 S. 1 AktG. Ferner existieren innerhalb des Aktiengesetzes Vorschriften, die einzelne Beteiligte ausdrücklich von verschiedenen Befugnissen und den damit verbundenen Funktionen ausnehmen. Namentlich zur Sicherung der Geschäftsführungsfunktion des Vorstandes wurde so sowohl nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG der Aufsichtsrat, als auch nach § 119 Abs. 2 AktG die Hauptversammlung weitgehend von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Jede Art dieser Vorschriften mit Bezug zu den Befugnissen bildet jedoch einen Teil des jeweiligen Funktionskreises des Beteiligten in der Aktiengesellschaft.

2. Pflichten des Aktiengesetzes

Über die Rechte und Befugnisse hinaus darf nicht außer Acht gelassen werden, dass Pflichten den Funktionen der Beteiligten zugeordnet werden können. Ganz offensichtlich ist dies bei der Verpflichtung dazu, die jeweilige Funktion tatsächlich wahrzunehmen. Deshalb sind denkllogisch die Pflicht zur Geschäftsführung seitens des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG oder die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates nach § 111 Abs. 1 AktG Teil ihrer Funktionskreise. Daneben existieren Pflichten, die diesen Aufgaben untergeordnet sind. So bestehen die Berichtspflichten des Vorstandes nach § 90 AktG als zwingendes Korrelat zu den Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrates.⁶⁵⁰ Ferner sind die Berichtspflichten des Aufsichtsrates nach § 171 Abs. 2 AktG für die Informationsweitergabe an die Aktionäre und damit deren Eigentümer- und Kapitalgeberfunktion zwingend erforderlich.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ So werden beispielsweise unter den Begriff der Leitung zahlreiche Befugnisse und Pflichten gefasst und dem Vorstand zugeordnet. Siehe dazu *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 76 AktG Rn. 7; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 6 ff.

⁶⁵⁰ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 90 Rn. 1; *Koch*, in: Koch AktG, § 90 Rn. 1.

⁶⁵¹ Dazu *Ekkenga*, in: KK-AktG, § 171 Rn. 65; *Hennrichs/Pöschke*, in: MüKo AktG, § 171 Rn. 204 ff.

a. Einzelne Sonderpflichten

Zur Verdeutlichung der Funktionsbezogenheit einzelner Pflichten soll anhand von Beispielen dargestellt werden, wie sich ein Funktionskreis anhand einer Verpflichtung des Aktiengesetzes bestimmen lässt. Bei den bereits benannten Berichtspflichten ist dieser Bezug offensichtlich. Aber auch die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG i.V.m. § 116 S. 1 AktG hat starken Bezug zur Funktion von Vorstand und Aufsichtsrat. Denn sie dient repressiv dazu etwaiges Fehlverhalten der Verwaltung im Rahmen ihrer Funktionsausübung zu kompensieren.⁶⁵² Noch wichtiger für die Funktionsausübung der Verwaltung ist jedoch, dass diese Schadensersatzverpflichtung präventiv verhaltenssteuernde Wirkung hat. Denn die Gefahr persönlicher Haftung der Verwaltungsmitglieder trägt dazu bei, dass sie keine übermäßigen Risiken eingehen und so das Gesellschaftsvermögen nicht unverhältnismäßig in Gefahr bringen.⁶⁵³ Dementsprechend sind die Schadensersatzverpflichtungen Mittel zur Sicherung der ordnungsgemäßen Verwaltung. Sie tragen somit dazu bei, dass der Vorstand seine Leitungs- und Geschäftsführungsfunktion und der Aufsichtsrat seine Kontroll- und Überwachungsfunktion im Sinne des Gesellschaftswohls ausüben. Folglich bilden sie einen Teil der jeweiligen Funktionskreise.

b. Überlagernde Pflichten

Neben diesen Sonderpflichten existieren Pflichten innerhalb des Aktiengesetzes, welche die Funktionskreise insgesamt überlagern. Die Funktionen von Vorstand und Aufsichtsrat werden beispielsweise von der Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG gegebenenfalls i.V.m. § 116 S. 2 AktG überlagert. Sie erstreckt sich als Ausfluss der organschaftlichen Treuepflicht auf sämtliche Vorstandsmitglieder und verbietet es diesen, Informationen über Geschäftsgeheimnisse oder vertrauliche Angaben weiterzugeben, die sie im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit als Vorstand erfahren haben.⁶⁵⁴ Diese Pflicht ist eng mit der Leitungsfunktion des Vorstandes und der Kontrollfunktion des Aufsichtsrates verbunden.

⁶⁵² BGH, Urteil vom 10. Juli 2018, Az. II ZR 24/17, NZG 2018, 1189 (1193); *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 93 AktG Rn. 1; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 2; *Goette*, in: FS 50 Jahre BGH 2000, 123 (124); *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 93 Rn. 1; *Hopt*, ZIP 2013, 1793 (1795); *Koch*, in: Koch AktG, § 93 Rn. 1.

⁶⁵³ BGH, Urteil vom 10. Juli 2018, Az. II ZR 24/17, NZG 2018, 1189 (1193); *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 93 AktG Rn. 1; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 2; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 93 Rn. 1; *Koch*, in: Koch AktG, § 93 Rn. 1; *Schneider*, in: FS Werner 1984, 795 (807).

⁶⁵⁴ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 93 AktG Rn. 10 f.; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 204 ff.; *Lüneborg*, in: Hölter/Weber AktG, § 93 Rn. 116 ff. Geheimnisse der Gesellschaft sind dabei Tatsachen, die nicht offenkundig sind und nach dem geäußerten oder mutmaßlichen Willen

Denn sie ist ein Ausdruck der Bindung an das Gesellschaftsinteresse⁶⁵⁵ und korrespondiert insbesondere mit den Informationsrechten der anderen Organe und Organteile.⁶⁵⁶ Dementsprechend kann die Verschwiegenheitspflicht dazu beitragen, die Funktionskreise von Vorstand und Aufsichtsrat einzuschränken, indem die Preisgabe bestimmter Informationen verboten wird. Gleichzeitig wird zum Wohl der Gesellschaft der Funktionskreis der Aktionäre durch die Eingrenzung der Auskunftspflichten der Gesellschaft beschränkt.

Weiteres Beispiel für derart überlagernde Pflichten ist der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 53a AktG. Dieser verpflichtet die Organe der Gesellschaft die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.⁶⁵⁷ Er gilt nur für den mitgliedschaftlichen Bereich, also innerhalb der Aktiengesellschaft.⁶⁵⁸ Inhaltlich bedeutet er das Verbot, bei objektiver Betrachtung Aktionäre ohne sachlichen Grund willkürlich ungleich zu behandeln.⁶⁵⁹ Ebenso wie die Informations-, Rede- oder die Klagerechte der Aktionäre verhindert der Gleichbehandlungsgrundsatz sowohl die Benachteiligung der Minderheit als auch deren Bevorteilung.⁶⁶⁰ Dabei ist die Gleichbehandlung grundsätzlich unabhängig von bestimmten Quoren oder Stimmbesitz und schützt jeden Aktionär in gleichem Maße, sofern das Gesetz nicht etwas anderes anordnet.⁶⁶¹ Durch diese Verpflichtung der Organe wird gesichert, dass die Eigentümerstellung der Aktionäre und die damit verbundenen mitgliedschaftlichen Rechte nicht ausgehöhlt werden und der Funktionskreis der Aktionäre beständig ist. Insoweit bildet der Gleichbehandlungsgrundsatz einen fundamentalen Teil des Funktionskreises der Aktionäre.

der Gesellschaft auch nicht offenkundig werden sollen. Vertrauliche Angaben sind Angelegenheiten, deren Mitteilung sich für die Gesellschaft nachteilig auswirken können, auch wenn sie bekannt und demnach keine Geheimnisse sind. Maßgeblich für die Beurteilung, ob es sich um Geheimnisse oder vertrauliche Angaben handelt, ist das Unternehmensinteresse, *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 93 AktG Rn. 13, 15; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 204 ff.; 164; *Lüneborg*, in: Hölter/Weber AktG, § 93 Rn. 115 ff.; *Koch*, in: Koch AktG, § 93 Rn. 63 f.; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 93 Rn. 146.

⁶⁵⁵ *Koch*, in: Koch AktG, § 93 Rn. 63; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 93 Rn. 147.

⁶⁵⁶ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 209; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 93 Rn. 128.

⁶⁵⁷ *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 13; *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 2 ff.; *Götze*, in: MüKo AktG, § 53a Rn. 5 ff.

⁶⁵⁸ *Götze*, in: MüKo AktG, § 53a Rn. 7; *Horcher/Janssen*, in: Heidel Aktienrecht, § 53a AktG Rn. 2.

⁶⁵⁹ *Drygala*, in: KK-AktG, § 53a Rn. 9; *Horcher/Janssen*, in: Heidel Aktienrecht, § 53a AktG Rn. 4.

⁶⁶⁰ *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 13 f.; *Horcher/Janssen*, in: Heidel Aktienrecht, § 53a AktG Rn. 2; *Koch*, in: Koch AktG, § 53a Rn. 1; *Paefgen*, in: Henssler/Strohn GesR, § 53a AktG Rn. 1.

⁶⁶¹ *Drygala*, in: KK-AktG, § 53a Rn. 24.

Diese Beispiele zeigen, dass nicht nur Rechte oder Befugnisse, sondern auch Pflichten funktionsbestimmend sein können. Bei der Abgrenzung der Funktionskreise ist dies zu berücksichtigen.

3. Funktionskreisbestimmung kraft Interessenzusammenhang

Darüber hinaus bestehen Vorschriften, deren Regelungsgehalt für die Funktion eines Beteiligten innerhalb der Aktiengesellschaft von entscheidender Bedeutung ist, ohne diesen oder einen anderen Beteiligten unmittelbar zu berechtigen oder zu verpflichten. Als Beispiel für eine solche Norm des Aktiengesetzes kann § 152 AktG gesehen werden, der rechtsformspezifische Ergänzungen zu den Bilanzierungsregeln der §§ 238 ff. und 264 ff. HGB für die Aktiengesellschaft vorsieht.⁶⁶² Diese Vorschrift berechtigt zwar niemanden innerhalb der Aktiengesellschaft, sie trägt jedoch dazu bei, dass die Informationsasymmetrie zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft verringert wird und hat deshalb eine Relevanz für die Kapitalgeberfunktion der Aktionäre. Dementsprechend ist diese Vorschrift ebenfalls Teil des Funktionskreises der Aktionäre und Satzungsbestimmungen sind nur entsprechend des hier herausgearbeiteten Ansatzes als Ergänzung möglich. Auch solche Vorschriften können somit Teil der Funktionskreise des Aktiengesetzes sein.

4. Gesetzgeberische Eingriffe in die Funktionskreise

Die bisherigen Feststellungen gelten unter der Prämisse, dass die Funktionskreise im Wege der Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG dazu herangezogen werden können, die abschließende Wirkung des Aktiengesetzes festzustellen. Keine endgültige Aussage wird jedoch über den zwingenden Charakter dieser Funktionskreise getroffen. Denn der Gesetzgeber kann durch Öffnungsklauseln im Gesetz gerade eine Durchbrechung der Funktionskreise anordnen. Dies gilt in besonderem Maße, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich Abweichungen vom Gesetz zulässt. Aber auch im Rahmen von Ergänzungen können Öffnungsklauseln in das Gesetz eingeführt werden. Diese haben nach hier vertretener Ansicht⁶⁶³ die Wirkung, dass die konkret betroffene Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers keine abschließende Regelung enthält. Auch dadurch können die Funktionskreise des Aktiengesetzes durchbrochen werden.

⁶⁶² Euler/Sabel, in: BeckOGK AktG, § 152 Rn. 2; Kleindiek, in: Schmidt/Lutter AktG, § 152 Rn. 1; Suchan, in: MüKo AktG, § 152 Rn. 1.

⁶⁶³ Dazu oben Seiten 30 ff.

a. Zulassung von Abweichungen

Beispiele für gesetzliche Zulassungen von Funktionskreis durchbrechenden Satzungsbestimmungen sind unter anderem Folgende: Der Satzungsgeber wird ermächtigt über die Verwendung des Jahresgewinns in § 58 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2, Abs. 4 AktG zu entscheiden, wodurch in die Vermögensrechte des einzelnen Aktionärs qua Satzung eingegriffen werden kann. Hierdurch wird die Kapitalgeberfunktion des Aktionärs betroffen und seine Rechtsstellung maßgeblich beschränkt. Die Ermächtigung nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG unterwirft bestimmte Geschäfte der Geschäftsführung der Zustimmung des Aufsichtsrates, wodurch in die Geschäftsführungsfunktion des Vorstandes eingegriffen wird. Die Möglichkeit nach § 101 Abs. 2 AktG in der Satzung Entsenderechte einzelner Aktionäre in Bezug auf Aufsichtsratsmitglieder vorzusehen, greift in die Willensbildungsfunktion der Hauptversammlung ein, nach § 101 Abs. 1 AktG den Aufsichtsrat zu wählen.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber Öffnungsklauseln in das Aktiengesetz eingeführt, welche die Struktur der Organe selbst betreffen. Dies zeigt sich beispielsweise in den Bestimmungen der §§ 76 bis 78 AktG. In diesen Vorschriften wird dem Satzungsgeber die Möglichkeit gegeben, die Art der Geschäftsführung und Vertretung festzulegen und dadurch die Ermessensausübung des Vorstandes maßgeblich zu beeinflussen. So sind namentlich die Einzelvertretungsbefugnis oder die Gesamtvertretungsbefugnis und eine korrelierende Geschäftsführungsbefugnis denkbare Gestaltungsvarianten. Bei der Wahl einer dieser Alternativen durch die Hauptversammlung wäre grundsätzlich das Geschäftsführungsermessen des Vorstandes⁶⁶⁴ und damit die Leitungs- und Geschäftsführungsfunktion betroffen. Allerdings soll dem Satzungsgeber ein gestalterischer Spielraum eröffnet werden.

Es gibt also eine Vielzahl an gesetzlichen Regelungen, die den zwingenden Charakter der Funktionskreise des Aktiengesetzes aufbrechen, indem Abweichungen zum Gesetz ausdrücklich zugelassen werden. Folglich kann allenfalls von der abschließenden Wirkung der Funktionskreise gesprochen werden.

b. Zulassung von Ergänzungen

Darüber hinaus kann der Gesetzgeber Ergänzungen zum Aktiengesetz zulassen, die bei rein funktioneller Betrachtung gegen den abschließenden Charakter des Aktiengesetzes verstoßen würden. Als Beispiel für eine solche Bestimmung kann § 55 Abs. 1 AktG gesehen werden. Dieser gestattet es dem Aktionär Verpflichtungen aufzuerlegen, die über die Kapitaleinlagepflicht hinausgehen. Dadurch wäre

⁶⁶⁴ *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79).

grundsätzlich insbesondere die Kapitalgeberfunktion betroffen. Denn Teil dieser Funktion ist es, dass der Aktionär davon ausgehen kann, über das eingebrachte Kapital hinaus gerade keine Verpflichtungen einzugehen. Zwar existiert keine Vorschrift, die darüber hinausgehende Verpflichtungen ausdrücklich verbietet, sodass Nebenverbindlichkeiten keine Abweichung zum Gesetz darstellen. Sie wären allerdings ohne gesetzliche Öffnung aufgrund der Erweiterung des Funktionskreises der Aktionäre unzulässig, weil sie gegen den abschließenden Charakter des § 54 Abs. 1 AktG verstoßen würden, der die Verpflichtungen der Aktionäre regelt. Indem der Gesetzgeber hier jedoch eine Öffnungsklausel einführte, stellte er klar, dass dem Grunde nach Nebenverpflichtungen zulässig sind. Wie weitreichend diese Nebenverpflichtungen in der Satzung eingeführt werden können, ist sodann wieder Gegenstand der Auslegung der übrigen Vorschriften des Aktiengesetzes. Für diese Auslegung kann wiederum der funktionelle Ansatz zur Bestimmung von abschließenden Regelungen herangezogen werden. Jedenfalls aber wird deutlich, dass der Gesetzgeber durch die Zulassung von Ergänzungen die Funktionskreise des Aktiengesetzes durchbrechen kann. Dies erscheint aus dem Grund folgerichtig, als nur dadurch die Öffnungsklauseln hinsichtlich ergänzender Satzungsbestimmungen mehr als nur einen klarstellenden Charakter haben.

III. Darstellung der Funktionskreise des Aktiengesetzes

Die beschriebenen, für die Funktionskreise konstitutiven Vorschriften ziehen sich durch das gesamte Aktiengesetz und regeln die Beziehungen zwischen den Organen und den Aktionären innerhalb der Aktiengesellschaft. Rechte, Befugnisse, Pflichten und interessenbestimmende Vorschriften sind dabei ebenso zu berücksichtigen, wie die verschiedenen Öffnungsklauseln des Gesetzgebers. Dabei existieren einige Vorschriften, die beispielhaft zur Verdeutlichung des funktionellen Ansatzes angeführt werden können, da sie zum einen für den jeweiligen Funktionskreis zentral sind und zum anderen die Herangehensweise zur Konturierung des Funktionskreises aufzeigen. Anhand dieser Vorschriften sollen auf der Grundlage der festgestellten Funktionen der Beteiligten innerhalb der Aktiengesellschaft die Funktionskreise zur Bestimmung der abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes umrissen werden.

1. Aktionäre

Die Aktionäre bilden den Grundstein einer jeden Aktiengesellschaft. Denn sie sind zum einen die Eigentümer des Unternehmens und zum anderen diejenigen, die das zur Gründung und sachgemäßen Bewirtschaftung des Unternehmens erfor-

derliche Kapital bereitstellen.⁶⁶⁵ Aufgrund dieser Position ist die Funktion der Aktionäre zweigeteilt. Zum einen erfüllen sie die Eigentümerfunktion und zum anderen die Kapitalgeberfunktion innerhalb der Gesellschaft. Insgesamt bestimmt sich der Funktionskreis der Aktionäre über ihre damit einhergehenden Rechte und Pflichten. Dabei liegt der Fokus der Eigentümerfunktion der Aktionäre in Herrschafts- und Minderheitsrechten, während der Kern der Kapitalgeberfunktion durch die Vermögensrechte und Belange der Kapitalerhaltung definiert wird. Rechte wie der Gleichbehandlungsgrundsatz oder die diversen Informationsrechte der Aktionäre sind für beide Funktionen bedeutsam. Eine Unterscheidung zwischen den Funktionen der Aktionäre ist nicht immer durchführbar, da es Rechte gibt, die beide Funktionen betreffen. Insoweit ist die Funktion der Aktionäre einheitlich zu verstehen und wird durch die Aktionärsrechte und -pflichten im Ganzen bestimmt.

a. Eigentümerfunktion

Die meisten Rechte der Aktionäre – namentlich die für die Eigentümerfunktion maßgeblichen Herrschaftsrechte – werden gemäß § 118 Abs. 1 AktG in der Hauptversammlung wahrgenommen. Für die Ausübung dieser Rechte ist es erforderlich, dass die Aktionäre ein Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung haben. Dies ist zwar nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, aber als selbstverständliche Folge der Mitgliedschaft anerkannt.⁶⁶⁶ Diese Herrschaftsrechte sind die wichtigsten Rechtspositionen der Aktionäre zur Durchsetzung ihrer Interessen innerhalb der Aktiengesellschaft.⁶⁶⁷ Um dabei zu den für den jeweiligen Aktionär interessanten Themen abstimmen und sprechen zu können, wird ebenso wie das Teilnahmerecht des Aktionärs auch ein Antragsrecht anerkannt.⁶⁶⁸ Das wiederum ermöglicht dem Aktionär beispielsweise nach § 119 Abs. 2 AktG auf die Geschäftsführung Einfluss zu nehmen, nach § 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG die Satzung zu verändern und zahlreiche weitere für die Gestaltung der Aktiengesellschaft entscheidende Entschlüsse zu fassen. Damit sind die Herrschaftsrechte die entscheidende Verbindung zwischen den wirtschaftlichen Eigentümern des Unternehmens und der Führungsebene. Die Wichtigkeit dieser Rechte wird ferner in dem eigens eingeführten Kontrollverfahren für die Hauptversammlungsbeschlüsse in §§ 241 ff. AktG deutlich.

⁶⁶⁵ Vgl. *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 54 Rn. 1 ff.; *Heider*, in: MüKo AktG, § 1 Rn. 97; *Albrecht vom Kolke*, in: Hölters/Weber AktG, § 54 Rn. 2.

⁶⁶⁶ *Koch*, in: Koch AktG, § 118 Rn. 24; *Kubis*, in: MüKo AktG, § 118 Rn. 105; *Mülbert*, in: GroKo AktG, § 118 Rn. 66; *Wellkamp*, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre, Rn. 284.

⁶⁶⁷ Vgl. *Heider*, in: MüKo AktG, § 11 Rn. 17 f., § 12 Rn. 6.

⁶⁶⁸ *Marsch-Barner/von der Linden*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 36 Rn. 61; *Wellkamp*, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre, Rn. 235.

Einige Rechte der Aktionäre sind an bestimmte Quoren gebunden. Sofern diese Quoren unterhalb der 50 Prozent Grenze liegen, wird von sogenannten Minderheitsrechten gesprochen. Beispiele dafür sind die Bestellmöglichkeit eines besonderen Vertreters nach § 147 Abs. 2 AktG oder auch die Einberufungsmöglichkeit der Hauptversammlung nach § 122 Abs. 1 AktG. Diese Rechte sind an Quoren gebunden, da das Zustandekommen dieses Quorums die Relevanz und Notwendigkeit des beabsichtigten Erfolges indiziert. Grundsätzlich ist aber die Beteiligung des einzelnen Aktionärs hieran ein enorm wichtiger Teil seiner Mitgliedschaft. Denn die Minderheitsrechte dienen der Durchsetzung seiner Rechte. Durch die Einberufung der Hauptversammlung ist es ihm möglich, sein Stimmrecht und die übrigen hauptversammlungsgebundenen Rechte auszuüben. Mittels des Antrages zur Berufung eines besonderen Vertreters kann der Aktionär unter Umständen Einfluss auf den Bilanzgewinn nehmen, den die Organe innerhalb der Hauptversammlung nicht ausüben wollen. Dadurch ist auch sein Recht auf die Beteiligung am Bilanzgewinn betroffen. Werden diese Quoren verändert, verliert das Stimmrecht der Aktionäre an Bedeutung.

Folge dieses Regelungsgefüges ist, dass jedes einzelne dieser Herrschaftsrechte nicht nur Ausfluss der Mitgliedschaft⁶⁶⁹, sondern elementarer Teil der funktionellen Stellung der Aktionäre ist. In Bezug auf die Rechte, die dem Aktionär unmittelbar zustehen, ist dieser funktionelle Zusammenhang offensichtlich. Aber auch die Minderheitsrechte sind dem Funktionskreis des Aktionärs aufgrund seiner Eigentümerstellung zuzuordnen. Zwar besteht kein Anrecht darauf, dass ein gewisses Quorum erreicht wird, und auch die Minderheit ist als solche keine gleichbleibende Personengruppe innerhalb der Gesellschaft. Allerdings sind Minderheitsrechte vor allem in Bezug auf die Eigentümerfunktion des Aktionärs entscheidendes Mittel der Mitbestimmung und der Einflussnahme auf die Gesellschaft. Dabei genügt die Möglichkeit des Bestehens einer entsprechenden Sperrminorität aus, um eine für die Bestimmung des Funktionskreises ausreichend gesicherte Rechtstellung des Aktionärs zu begründen. Die Minderheitsrechte dienen daher jedenfalls der Eigentümerstellung des Aktionärs und sind aus diesem Grund Teil dessen Funktionskreises.

⁶⁶⁹ *Mimberg*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 38 Rn. 5; *Rieckers*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 17 Rn. 3 ff.

b. Kapitalgeberfunktion

Neben diesen für die Mitbestimmung in der Aktiengesellschaft relevanten Rechten stehen den Aktionären die ebenfalls aus der Mitgliedschaft folgenden Vermögensrechte zu.⁶⁷⁰ Dazu zählen der Anspruch auf den Anteil am Bilanzgewinn nach § 58 Abs. 4 AktG, das Bezugsrecht bei Kapitalerhöhungen gemäß § 186 Abs. 1 AktG oder der Anspruch auf den Liquidationserlös gemäß § 271 AktG.⁶⁷¹ Ein Großteil der Kapitalgeberinteressen der Aktionäre wird durch die Vermögensrechte verwirklicht. Diesbezüglich hat sich an zahlreichen Stellen im Rahmen der Auslegung gezeigt, dass die Vermögensrechte für die Kapitalgeberfunktion der Aktionäre elementar sind. Sie sorgen dafür, dass eine positive Investitionsentscheidung sich auszahlen kann.

An diesen Rechten zeigt sich jedoch auch, dass die Kapitalgeberfunktion des einzelnen Aktionärs aus Sicht des Gesetzgebers sowohl dem Gesellschaftswohl insgesamt als auch den Interessen der Mehrheit untergeordnet ist. Denn wie bereits angesprochen ist der Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn nach § 58 Abs. 4 S. 1 AktG namentlich durch die Satzung einschränkbar. Ebenso kann das Bezugsrecht der Aktionäre nach § 186 Abs. 3 AktG ausgeschlossen werden. Aufgrund der jeweils ausdrücklichen Benennung der Abweichungsmöglichkeiten ist dies jedoch für die Bestimmung der abschließenden Wirkung unerheblich. Vielmehr wird der Funktionskreis der Aktionäre durch den Gesetzgeber derart gestaltet, dass gesamtgesellschaftliche Interessen in den Vordergrund gestellt werden. Die Begrenzungen des Funktionskreises der Aktionäre muss entsprechend dieser gesetzgeberischen Wertung erfolgen.

Zusätzlich zu den echten Vermögensrechten sind im Funktionskreis der Aktionäre aufgrund der Kapitalgeberfunktion die Vorschriften zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung zu verorten. Dazu zählen beispielsweise die §§ 9 Abs. 1, 26, 27, 57 Abs. 1 AktG oder die Vorschriften zur Rücklagenbildung nach § 150 AktG. Obgleich all diese Vorschriften erwiesenermaßen zum Funktionskreis der Aktionäre zu zählen sind, ist hier in nahezu allen Fällen eine Überlagerung mit dem Gläubigerschutz gegeben.⁶⁷² Wird eine solche Überlagerung festgestellt, tritt der funktionelle Ansatz in den Hintergrund, da die Außenbeziehungen der Aktiengesellschaft

⁶⁷⁰ *Mimberg*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 38 Rn. 5; *Rieckers*, in: MÜHdB GesR, Band 4, § 17 Rn. 3 ff.

⁶⁷¹ Zu weiteren Ansprüchen vgl. *Rieckers*, in: MÜHdB GesR, Band 4, § 17 Rn. 4.

⁶⁷² *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 57 Rn. 7; *Katzenstein*, in: BeckOGK AktG, § 27 Rn. 4; *Koch*, in: Koch AktG, § 9 Rn. 1, § 26 Rn. 1, § 27 Rn. 1, § 57 Rn. 1, § 150 Rn. 1; *Albrecht vom Kolke*, in: Hölter/Weber AktG, § 57 Rn. 2; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 26 Rn. 2; *Solveen*,

betroffen sind. Der Gläubigerschutz gebietet eine zwingende Ausgestaltung dieser Vorschriften sowohl hinsichtlich Abweichungen als auch Ergänzungen. Deshalb sind diese Vorschriften stets abschließend, unabhängig von der Art der Satzungsbestimmung. Aus diesem Grund definiert sich letztlich die Kapitalgeberfunktion der Aktionäre doch maßgeblich aus den Vorschriften, welche die Aktionäre unmittelbar berechtigen oder verpflichten.

c. Umfassende Rechte

Um ihre Herrschafts- und Minderheitsrechte wahrnehmen zu können oder die tatsächlichen Erträge ihrer Investition kontrollieren zu können, benötigen die Aktionäre vorrangig Informationen über die Geschicke der Gesellschaft. Anderenfalls ist es ihnen nicht möglich, ihre Interessen in der Hauptversammlung durchzusetzen.⁶⁷³ Essentiell ist daher das Informationsrecht der Aktionäre nach § 131 Abs. 1 AktG.⁶⁷⁴ Seine besondere Bedeutung liegt darin, dass, anders als beispielsweise durch die Ad-hoc-Publizität oder die Berichtspflichten gegenüber der Hauptversammlung, Informationen aus Eigeninitiative erlangt werden können.⁶⁷⁵ Dabei haben nach § 131 Abs. 1 AktG die Aktionäre das Recht innerhalb der Hauptversammlung, Auskünfte über die Angelegenheiten der Gesellschaft vom Vorstand zu verlangen, der die Gesellschaft als Schuldnerin des Auskunftsanspruchs vertritt.⁶⁷⁶ Dies gilt, sofern die jeweilige Auskunft zur Beurteilung eines Tagesordnungspunktes erforderlich ist.

Seine Schranke findet das Auskunftsrecht neben der allgemeinen Begrenzung durch die Tagesordnung in den Auskunftsverweigerungsrechten des § 131 Abs. 3 AktG. Dabei kann eine Begrenzung beispielsweise nach § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG durch zwingende Gründe des Gesellschaftsinteresses oder gemäß § 131 Abs. 3 Nr. 5 AktG durch zwingende Gründe von Seiten des Vorstandes gerechtfertigt werden. Dementsprechend stehen dem Auskunftsrecht die Interessen anderer Gesellschaftsteile gegenüber. Das Auskunftsrecht findet demnach seine Schranken in allgemeinen und übergeordneten Erwägungen des Gesetzgebers. So wird

in: Hölters/Weber AktG, § 9 Rn. 1, § 26 Rn. 2, § 27 Rn. 3; Vatter, in: BeckOGK AktG, § 9 Rn. 2; Waclawik, in: Hölters/Weber AktG, § 150 Rn. 1.

⁶⁷³ Heidel, in: Heidel Aktienrecht, § 131 AktG Rn. 1; Kubis, in: MüKo AktG, § 131 Rn. 1.

⁶⁷⁴ Zu den Möglichkeiten das Frage- und Rederecht durch die Satzung zu beschränken und auszugestalten vgl. Seiten 254 ff.

⁶⁷⁵ Heidel, in: Heidel Aktienrecht, § 131 AktG Rn. 1. Vgl. weiterführend Kersting, in: KK-AktG, § 131 Rn. 26 ff.

⁶⁷⁶ Koch, in: Koch AktG, § 131 Rn. 6; Kubis, in: MüKo AktG, § 131 Rn. 19.

der Funktionskreis der Aktionäre zum Wohle der Gesellschaft und dem Funktionieren der Hauptversammlung⁶⁷⁷ begrenzt. An der materiell abschließenden Wirkung des Frage- und Rederechts kann dies jedoch nichts ändern.

Obwohl nach teilweise vertretener Ansicht durch dieses Recht nicht allein der Aktionär, sondern auch die Effektivität des Kapitalmarkts gestärkt werden soll,⁶⁷⁸ ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Informationsweitergabe an die Aktionäre als elementarer Teil sowohl ihrer Eigentümer- als auch ihrer Kapitalgeberfunktion dazu dienen, dass sie ihre Interessen durchsetzen und den Einsatz ihres Kapitals kontrollieren können. Dies wird schon daraus deutlich, dass ein großes Problem des Anlegerschutzes die Informationsasymmetrie zwischen Anleger und Gesellschaft ist. Diese Asymmetrie wird durch den hier beschriebenen Informationsanspruch relativiert. Dementsprechend sind auch die Informationsrechte im Sinne der Zwecke der Satzungsstrenge dem Funktionskreis der Aktionäre zuzuordnen.

2. Hauptversammlung

Die Hauptversammlung setzt sich aus den Aktionären zusammen und ist eines der drei notwendigen Organe der Aktiengesellschaft.⁶⁷⁹ In Bezug auf die Satzung stellt die Hauptversammlung das wichtigste Organ der Aktiengesellschaft dar, da sie nach § 179 Abs. 1 AktG zu Satzungsänderungen befugt ist. Durch ihre übrigen Beschlusskompetenzen trifft sie zudem die Kernentscheidungen des Unternehmens. Sie hat dementsprechend als Organ die Funktion der Willensbildung der Aktionäre. Aufgrund dieser Stellung, die in engem Zusammenhang mit den Aktionären steht, ist hinsichtlich ihres Funktionskreises oftmals eine Abgrenzung zu dem Funktionskreis der Aktionäre erforderlich. Entscheidend ist dabei, ob die Vorschrift der Eigentümer- oder Kapitalgeberfunktion des einzelnen Aktionärs dient oder ob es sich um eine Vorschrift handelt, die für die Hauptversammlung als Kollektivorgan bestimmend ist.

a. Prozess der Willensbildung

Im Rahmen der Willensbildungsfunktion der Hauptversammlung geht es in einem ersten Schritt darum, dass die Abläufe im Rahmen der Veranstaltung der Hauptversammlung gewährleisten, dass sich der einzelne Aktionär das erforderliche Bild

⁶⁷⁷ *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 118 Rn. 1; *Hoffmann*, in: BeckOGK AktG, § 118 Rn. 7; *Koch*, in: Koch AktG, § 118 Rn. 1 f.; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 118 Rn. 10.

⁶⁷⁸ *Poelzig*, in: BeckOGK AktG, § 131 Rn. 6. Andere vorzugswürdige Ansicht *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 13 ff.

⁶⁷⁹ *Göhmman*, in: Handbuch des Aktienrechts, Kap. 9 Rn. 2; *Marsch-Barner/von der Linden*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 33 Rn. 1.

über die Themen der jeweiligen Beschlussgegenstände machen kann, um dann entsprechend agieren zu können.

Dabei ist fraglich, ob die Vorschriften zur Einberufung der Hauptversammlung in §§ 121 ff. AktG, die minutiöse Regeln zu Inhalt und Form der Einladung enthalten, dem Funktionskreis der Aktionäre oder der Hauptversammlung zuzuordnen sind. Denn sie dienen grundsätzlich den Aktionärsinteressen, indem sie die Wahrnehmung der Aktionärsrechte in der Hauptversammlung sichern und deren Teilnahme an der Hauptversammlung aktivieren sollen.⁶⁸⁰ Dabei wird jedoch nicht der einzelne Aktionär berechtigt. Es geht vielmehr darum, dass die Aktionäre als Kollektiv tatsächlich zusammenkommen. Dementsprechend liegt der Fokus auf der Hauptversammlung, was auch die systematische Stellung innerhalb des Abschnitts zur Hauptversammlung belegt. Insoweit steht der Willensbetätigungsaspekt im Vordergrund. Ausnahmen zu diesem Befund bilden die Minderheitsrechte zur Einberufung der Hauptversammlung nach § 122 AktG, da sie nicht die Willensbildung, sondern die Durchsetzung der Aktionärsrechte im Fokus haben. Überwiegend sind die Vorschriften über die Einberufung der Hauptversammlung jedoch der Willensbildungsfunktion der Hauptversammlung zuzuordnen und bilden folglich den Funktionskreis der Hauptversammlung.

Gleiches gilt für die Vorschriften über das Verfahren von Ergänzungsverlangen in § 124 AktG oder zur Antragsstellung in § 126 AktG. Zwar wird hier sowohl auf die Minderheitsrechte in § 124 Abs. 1 S. 1 AktG und den einzelnen Aktionär in § 126 Abs. 1 S. 1 AktG Bezug genommen. Die Vorschriften dienen jedoch weniger der Durchsetzung der Aktionärsrechte als vielmehr dazu, dass die Geltendmachung dieser Rechte ausreichend Berücksichtigung im Rahmen des Plenums erhalten können. Sie sind folglich Instrument der Willensbildung der Hauptversammlung und als solche dem Funktionskreis der Hauptversammlung zuzuordnen.

b. Beschlüsse der Hauptversammlung

Die Willensbildung der Hauptversammlung erfolgt letztlich durch Beschluss.⁶⁸¹ Insoweit stellt ein Hauptversammlungsbeschluss die Bildung und Erklärung des Organwillens dar.⁶⁸² Demnach wird auch die Funktion der Hauptversammlung durch

⁶⁸⁰ *Drinhausen*, in: Hölters/Weber AktG, § 121 Rn. 1; *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 121 Rn. 1; *Hoffmann*, in: BeckOGK AktG, § 118 Rn. 7; *Kubis*, in: MüKo AktG, § 121 Rn. 1.

⁶⁸¹ *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 118 Rn. 1; *Koch*, in: Koch AktG, § 118 Rn. 3, § 119 Rn. 2; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 118 Rn. 12.

⁶⁸² *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 118 Rn. 1; *Hoffmann*, in: BeckOGK AktG, § 118 Rn. 7; *Koch*, in: Koch AktG, § 119 Rn. 3; *Liebscher*, in: Henssler/Strohn GesR, § 118 AktG Rn. 2; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 118 Rn. 12.

die entsprechenden Beschlüsse verwirklicht, die gemäß § 119 Abs. 1 AktG lediglich in den gesetzlich oder in der Satzung vorgesehenen Fällen zulässig sind. Darüber hinaus sind Hauptversammlungsbeschlüsse auf Verlangen des Vorstandes nach Abs. 2 oder aufgrund von Richterrecht⁶⁸³ denkbar. Für die Beschlüsse gilt, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, das Erfordernis einfacher Mehrheit nach § 133 Abs. 1 AktG. Auffällig in Bezug auf die Funktionskreise ist, dass der Hauptversammlung durch § 119 Abs. 1 AktG die Möglichkeit eröffnet wird, sich durch die Satzung selbst Beschlusskompetenzen zuzuweisen. Hier muss sich trotz der Öffnung des Gesetzes jedoch die Satzungsbestimmung an § 23 Abs. 5 AktG messen lassen.⁶⁸⁴ Dementsprechend ist die Passage des § 119 Abs. 1 AktG lediglich als Öffnungsklausel für Ergänzungen zu sehen, die zwar ausdrückt, dass § 119 AktG derartigen Satzungsbestimmungen nicht entgegensteht. Im Übrigen wird aber keine Aussage über die Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen getroffen. Folglich ist die Grenze dieser ergänzenden Satzungsbestimmungen gerade durch den funktionellen Ansatz zur Bestimmung von abschließenden Regelungen festzulegen.

Die für die Satzungsstrenge wichtigsten der gesetzlichen Zuweisungen sind die Fälle der satzungsändernden Beschlüsse nach § 179 Abs. 1 und 2 AktG. Nach dessen Abs. 1 S. 1 ist die Hauptversammlung grundsätzlich exklusiv für die Änderungen der Satzung zuständig, soweit das Aktiengesetz selbst keine Ausnahmen vorsieht.⁶⁸⁵ Diese Vorschrift ist nach allgemeiner Meinung zwingend.⁶⁸⁶ Erforderlich für die Satzungsänderung ist nach § 179 Abs. 1 AktG ein Beschluss der Hauptversammlung, bei dem Dreiviertel der abgegebenen Stimmen für die Satzungsänderung stimmen. Die daraus folgende Alleinzuständigkeit der Hauptversammlung als Kollektivorgan lässt sich mit dem Erfordernis begründen, dass die Mitglieder eines Verbandes stets Herr ihrer Verfassung sein müssen und daher die Organisationshoheit innehaben.⁶⁸⁷ Vorschriften, welche diese Alleinzuständigkeit begrenzen, wie die Ermächtigungen zu Fassungsänderungen nach § 179 Abs. 1 S. 2 AktG oder Kapitalerhöhungen in Höhe des genehmigten Kapitals nach

⁶⁸³ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 15. Januar 2001, Az. II ZR 124/99, BGHZ 146, 288; Urteil vom 26. April 2004, Az. II ZR 154/02, NZG 2004, 575; Urteil vom 26. April 2004, Az. II ZR 155/02, BGHZ 159, 30.

⁶⁸⁴ *Kubis*, in: MüKo AktG, § 119 Rn. 17; *Mülbert*, in: GroKo AktG, § 119 Rn. 190.

⁶⁸⁵ *Holzborn*, in: BeckOGK AktG, § 179 Rn. 3; *Koch*, in: Koch AktG, § 179 Rn. 10; *Würz*, in: Handbuch des Aktienrechts, Kap. 4 Rn. 86.

⁶⁸⁶ *Holzborn*, in: BeckOGK AktG, § 179 Rn. 6; *Koch*, in: Koch AktG, § 179 Rn. 10; *Stelmaszczyk*, in: Henssler/Strohn GesR, § 179 AktG Rn. 1.

⁶⁸⁷ *Holzborn*, in: BeckOGK AktG, § 179 Rn. 3.

§ 202 Abs. 1 AktG, verleihen entweder keine Befugnis zur materiellen Rechtsänderung⁶⁸⁸ oder basieren auf einer vorgelagerten Entscheidung der Hauptversammlung in Bezug auf den materiellen Regelungsgehalt der Satzungsbestimmung.⁶⁸⁹ Hinsichtlich materieller Satzungsbestimmungen ist somit die Hauptversammlung stets umfassend berechtigt.⁶⁹⁰

Im Ergebnis bestimmt sich damit der Funktionskreis abseits von Verfahrensregeln maßgeblich durch die gesetzlich vorgesehenen Beschlussgegenstände. Dazu zählt auch die Willensbildung hinsichtlich der Satzung selbst. Die Grenze dieses Funktionskreises bilden die Funktionskreise der übrigen Beteiligten. Besondere Bedeutung für die Bestimmung dieser Grenze des Funktionskreises der Hauptversammlung hat dabei die negative Kompetenzzuweisung des § 119 Abs. 2 AktG, welche die Hauptversammlung von der Geschäftsführung und den damit zusammenhängenden Befugnissen ausschließt.⁶⁹¹ So wird deutlich, dass die Geschäftsführung ausschließlich dem Vorstand obliegt und verfestigt somit die Grenze der Hauptversammlungsrechte und der Geschäftsführung.⁶⁹² Diese Grenze kann nur auf ausdrückliches Verlangen des Vorstandes durchbrochen werden, was wiederum die Rechtsmacht des Vorstandes bestärkt, in Fragen der Geschäftsführung über eine uneingeschränkte Entscheidungshoheit zu verfügen.⁶⁹³ Entsprechend dieser Abgrenzung ist die Begrenzung des Funktionskreises der Hauptversammlung vorzunehmen. Die Willensbildungsfunktion ist in Bezug auf die Beschlüsse nur für Kernfragen innerhalb des Aktiengesetzes zulässig, die dem Stellenwert der gesetzlich zugewiesenen Beschlussgegenstände entsprechen. Die Funktion, über Geschäftsführungsfragen zu entscheiden, ist der Hauptversammlung ausdrücklich nicht zugewiesen. Entsprechend ist auch die Öffnungsklausel des § 119 Abs. 1

⁶⁸⁸ So die Fassungsänderung gemäß § 179 Abs. 1 S. 2 AktG, vgl. *Koch*, in: Koch AktG, § 179 Rn. 11; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 179 Rn. 23 f.; *Voß*, in: MAH Aktienrecht, § 7 Rn. 51 f.

⁶⁸⁹ So das genehmigte Kapital gemäß § 202 Abs. 1 AktG, vgl. *Stelmaszczyk*, in: Henssler/Strohn GesR, § 202 AktG Rn. 3; *Apfelbacher/Metzner*, in: Hölters/Weber AktG, § 202 Rn. 30.

⁶⁹⁰ Vgl. auch *Holzborn*, in: BeckOGK AktG, § 179 Rn. 3.

⁶⁹¹ *Hoffmann*, in: BeckOGK AktG, § 119 Rn. 1; *Liebscher*, in: Henssler/Strohn GesR, § 119 AktG Rn. 1; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 1.

⁶⁹² *Kubis*, in: MüKo AktG, § 119 Rn. 18.

⁶⁹³ *Krenek*, in: Heidel Aktienrecht, § 119 AktG Rn. 15 ff.; *Kubis*, in: MüKo AktG, § 119 Rn. 20 ff.; *Wellkamp*, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionär, Rn. 221. Wann der Vorstand zu diesem Verlangen verpflichtet ist, soll in dieser Abhandlung offengelassen werden. Vgl. dazu *Kubis*, in: MüKo AktG, § 119 Rn. 32 ff.; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 26 ff.

AktG zu deuten. Dass dadurch für statuarische Beschlussgegenstände kaum Raum bleibt, wird insoweit hingenommen.⁶⁹⁴

3. Vorstand

Weniger für die Gestaltung der Satzung als für den Auftritt der Aktiengesellschaft und ihre Handlungsfähigkeit ist der Vorstand das bedeutsamste Organ der Aktiengesellschaft. Diese Bedeutung zeigt sich in der Stellung der Regelungen über den Vorstand zu Beginn des vierten Teils des Aktiengesetzes „Verfassung der Aktiengesellschaft“.⁶⁹⁵ Als Geschäftsleitungs- und Vertretungsorgan wird er gemäß § 84 AktG vom Aufsichtsrat bestellt, um das Unternehmen in eigener Verantwortung zu leiten und die Geschäfte zu führen.⁶⁹⁶

a. Leitung und Geschäftsführung

Die Kernaufgaben des Vorstandes sind die Geschäftsleitung und Geschäftsführung nach §§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 AktG. Sie stellen sowohl Recht als auch Pflicht des Vorstandes dar.⁶⁹⁷ Es besteht ein bisher unentschiedener Streit um die Begrifflichkeiten Leitung und Geschäftsführung hinsichtlich der Frage, wie sie voneinander abzugrenzen sind und welche Bedeutungen sie haben.⁶⁹⁸ Vorzugswürdig ist die Ansicht, nach der die Geschäftsführung als sämtliche tatsächliche und rechtliche Handlungen für die Aktiengesellschaft, sowohl intern als auch extern definiert wird⁶⁹⁹, während die Leitung als herausgehobener Teil der Geschäftsführung im Bereich grundlegender Entscheidungen angesehen wird.⁷⁰⁰ Die Unter-

⁶⁹⁴ *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 119 Rn. 12; *Reger*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 119 Rn. 8; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 1 f.

⁶⁹⁵ *Frodermann/v. Eiff*, in: Handbuch des Aktienrechts, Kap. 7 Rn. 2; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 76 Rn. 1. Vgl. zur übergeordneten Rolle des Vorstandes auch *Koch*, in: 50 Jahre AktG, 65 (83).

⁶⁹⁶ *Arnold*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 20 Rn. 1, 5; *Frodermann/v. Eiff*, in: Handbuch des Aktienrechts, Kap. 7 Rn. 2.

⁶⁹⁷ *Frodermann/v. Eiff*, in: Handbuch des Aktienrechts, Kap. 7 Rn. 2; *Kort*, in: GroKo AktG, § 77 Rn. 6; *Oltmanns/Quass*, in: Heidel Aktienrecht, § 76 AktG Rn. 1; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 76 Rn. 9; *Weber*, in: Hölters/Weber AktG, § 76 Rn. 8.

⁶⁹⁸ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 12; *Koch*, in: Koch AktG, § 76 Rn. 10 ff.; *Weber*, in: Hölters/Weber AktG, § 76 Rn. 8.

⁶⁹⁹ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 3; *Oltmanns*, in: Heidel Aktienrecht, § 76 AktG Rn. 5; *Koch*, in: Koch AktG, § 77 Rn. 3.

⁷⁰⁰ *Kort*, in: GroKo AktG, § 76 Rn. 28; *Oltmanns*, in: Heidel Aktienrecht, § 76 AktG Rn. 5; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 76 Rn. 9; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 15.

scheidung ist im Besonderen für die Frage nach einer Delegation von Vorstandsaufgaben durch den Vorstand selbst relevant.⁷⁰¹ Da der entscheidende Unterschied zwischen Leitungs- und Geschäftsführungsaufgabe das Bestehen einer Delegationsbefugnis durch den Vorstand ist, nicht aber die Delegation durch die Hauptversammlung, ist diese Abgrenzung für Satzungsbestimmungen indessen unerheblich. Entscheidend für die Bestimmung der abschließenden Regelung ist lediglich, dass der Vorstand sowohl die Leitungs- als auch die Geschäftsführungsfunktion innehat. Der Funktionskreis des Vorstandes bestimmt sich folglich anhand beider Begrifflichkeiten.

Wie weitreichend der dadurch bezeichnete Funktionskreis ist, richtet sich entscheidend nach der Ausgestaltung der Geschäftsführungsbefugnis. Dabei wird dem Vorstand ein grundsätzlich freies Ermessen eingeräumt, da im Gesetz keine Indikatoren für eine Beschränkbarkeit vorhanden sind.⁷⁰² Deshalb besteht auch grundsätzlich keine Pflicht, Hauptversammlungsbeschlüssen oder Weisungen des Aufsichtsrates zu folgen.⁷⁰³ Ferner erstreckt sich das freie Ermessen des Vorstandes auf die Entscheidung, die Initiative für Leitungs- und Geschäftsentscheidungen zu ergreifen.⁷⁰⁴ Ausnahmen dieser Freiheit bestehen lediglich in punktuellen, ausdrücklichen Anordnungen des Gesetzes, wie die bindende Wirkung eines nach § 119 Abs. 2 AktG durch den Vorstand eingeforderten Hauptversammlungsbeschlusses oder die Zustimmungserfordernisse durch den Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 4 AktG.⁷⁰⁵ Über diese Einzelfälle hinaus wird die Geschäftsführungsbefugnis nur durch den in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand begrenzt.⁷⁰⁶

⁷⁰¹ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 12 ff.; *Koch*, in: Koch AktG, § 76 Rn. 8; *Kort*, in: GroKo AktG, § 76 Rn. 32a; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 20 f.; *Weber*, in: Hölters/Weber AktG, § 76 Rn. 8; *Wellkamp*, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre, Rn. 6.

⁷⁰² *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (80); *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 22; *Wellkamp*, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre, Rn. 9; mit Einschränkungen *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 11 ff. A.A. *Zöllner*, in: KK-AktG, 2. Auflage, § 179 Rn. 27.

⁷⁰³ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 76 AktG Rn. 9; *Oltmanns*, in: Heidel Aktienrecht, § 76 AktG Rn. 7.

⁷⁰⁴ *Koch*, in: 50 Jahre AktG, 65 (82).

⁷⁰⁵ *Arnold*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 20 Rn. 13; *Koch*, in: Koch AktG, § 76 Rn. 62; *Oltmanns*, in: Heidel Aktienrecht, § 76 AktG Rn. 7; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 22. Darüber hinaus könnte eine Ausnahme in der Holz Müller-Rechtsprechung gesehen werden. Vgl. dazu BGH, Urteil vom 15. Januar 2001, Az. II ZR 124/99, BGHZ 146, 288. Siehe auch *Koch*, in: 50 Jahre AktG, 65 (69).

⁷⁰⁶ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 69; *Kort*, in: GroKo AktG, § 76 Rn. 45; *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1720); *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 18. Vgl. zu den Grenzen Seiten 275 ff.

Mit Ausnahme dieser gesetzlich ausdrücklich bestimmten Grenzen der Leitungs- und Geschäftsführungsfunktion des Vorstandes ist der Funktionskreis abschließend geregelt. Namentlich das in der bisherigen Literatur zur Satzungsstrenge thematisierte freie Ermessen des Vorstandes⁷⁰⁷ muss gewährleistet sein, da andernfalls die Funktion des Vorstandes ausgehöhlt würde. Denn nur auf diese Weise wird die funktionelle Struktur der Aktiengesellschaft der gesamtwirtschaftlichen Ausrichtung im Sinne größtmöglicher Wirtschaftlichkeit gerecht.⁷⁰⁸ Bindungen des Vorstandes in seiner Funktion als Geschäftsführungsorgan werden deshalb durch diverse Berichtspflichten und die Kontrolle durch den Aufsichtsrat verwirklicht, nicht aber durch die Satzung. Innerhalb seines Funktionskreises ist der Vorstand daher frei von materieller statuarischer Bindung.

b. Unbeschränkbare Vertretungsbefugnis

Mit der Geschäftsführungsbefugnis als rechtliches „Dürfen“ geht die Vertretungsbefugnis nach § 78 Abs. 1 S. 1 AktG als rechtliches „Können“ einher.⁷⁰⁹ Sie ist gemäß § 82 Abs. 1 AktG unbeschränkbar. Die Vertretungsmacht korrespondiert dabei mit der Geschäftsführungsbefugnis, indem die Geschäftsführungsbefugnis das Innenverhältnis, die Vertretungsmacht hingegen das Außenverhältnis der Aktiengesellschaft betrifft.⁷¹⁰ Dabei stellt die Vertretungsbefugnis zwar ein Recht des Vorstandes dar, da sie aber das Außenverhältnis der Aktiengesellschaft betrifft, ist die Vertretung gleichbedeutend mit dem Handeln der Gesellschaft selbst.⁷¹¹ Die Vertretung ist damit gleichzeitig Recht des Vorstandes und die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft. Beschränkungen nach § 82 Abs. 1 AktG sind ausdrücklich nicht zulässig. Dabei dient ihre Unantastbarkeit vorrangig dem Verkehrsschutz.⁷¹²

Darin zeigt sich, dass in der Vertretung der Gesellschaft sicherlich eine Funktion des Vorstandes liegt, die die übrigen Beteiligten der Aktiengesellschaft von dieser Vertretung grundsätzlich ausschließt. Allerdings liegt diese Funktion vorrangig im Außenverhältnis und dient damit dem Gläubigerschutz. Diese Erwägung geht den Erwägungen der Funktionskreise vor, sodass unabhängig von der Intensität des

⁷⁰⁷ Dazu oben Seiten 60.

⁷⁰⁸ Vgl. ähnlich *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719).

⁷⁰⁹ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 5; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 82 AktG Rn. 1; *Oltmanns/Quass*, in: Heidel Aktienrecht, § 82 AktG Rn. 1; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 82 Rn. 6.

⁷¹⁰ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 5; *Koch*, in: Koch AktG, § 77 Rn. 3.

⁷¹¹ *Koch*, in: Koch AktG, § 78 Rn. 3; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 78 Rn. 2 f.

⁷¹² *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 82 AktG Rn. 2; *Oltmanns/Quass*, in: Heidel Aktienrecht, § 82 AktG Rn. 1; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 82 Rn. 7.

statuarischen Eingriffs in diese Befugnis des Vorstandes eine Satzungsbestimmung jedenfalls unwirksam ist.

4. Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat ist gemäß § 111 Abs. 1 AktG das Kontrollorgan, dessen Aufgabe im dualistischen System der Aktiengesellschaft darin besteht, die Geschäftsführung durch den Vorstand zu überwachen.⁷¹³ Damit unterliegen auch die Leitungsaufgaben des Vorstandes der Überwachung.⁷¹⁴ Bei dieser Überwachung handelt es sich nicht nur um eine Rechtmäßigkeitskontrolle. Stattdessen sind auch die Ordnungsmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit Gegenstand der Kontrolle.⁷¹⁵ Um diese Funktion erfüllen zu können, wurde der Aufsichtsrat vom Gesetzgeber mit verschiedenen Rechten ausgestattet, die jedoch eher fragmentarisch zugewiesen werden.⁷¹⁶

Bestellt wird der Aufsichtsrat nach § 101 Abs. 1 AktG durch die Hauptversammlung. Er ist somit ein mittelndes Organ zwischen den wirtschaftlichen Eigentümern und der Geschäftsführung, das indirekt Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben kann.⁷¹⁷ Alle Entscheidungen, die der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung trifft, werden gemäß § 108 Abs. 1 AktG durch Beschluss gefasst. Dabei entscheidet er nach pflichtgemäßem Ermessen, ist weisungsfrei und unabhängig.⁷¹⁸ Dies gilt insbesondere für Weisungen durch die Aktionäre, sodass der Aufsichtsrat nicht als Vertreter der Aktionäre angesehen werden kann.⁷¹⁹ Auch

⁷¹³ *Habersack*, in: MüKo AktG, Vor § 95 Rn. 1; *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 29 Rn. 28; *Koch*, in: Koch AktG, § 111 Rn. 1.

⁷¹⁴ So auch *Habersack*, in: MüKo AktG, § 111 Rn. 20; *Wellkamp*, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre, Rn. 87. Zu der Frage, ob es sich sogar um eine organbezogene Aufgabe handelt, vgl. *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 111 Rn. 112.

⁷¹⁵ BGH, Urteil vom 25. März 1991, Az. II ZR 188/89, NJW 1991, 1830 (1831); *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 21; *Henze*, NJW 1998, 3309 (3310); *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 111 Rn. 14; *Veil*, in: BeckOGK AktG, § 111 Rn. 15 ff.; *Vetter*, in: 50 Jahre AktG, 103 (114).

⁷¹⁶ Vgl. *Vetter*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 27 Rn. 1 ff. Zum Verfahren und den Zusammenhängen mit dem Anstellungsvertrag vgl. *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 84 AktG Rn. 14 ff.; *Oltmanns/Quass*, in: Heidel Aktienrecht, § 84 AktG Rn. 3 ff.

⁷¹⁷ *Vetter*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 24 Rn. 15, 18, 21; *Wolff*, in: Handbuch des Aktienrechts, Kap. 8 Rn. 2 ff.

⁷¹⁸ *Habersack*, in: MüKo AktG, § 114 Rn. 31, § 116 Rn. 39; *Henssler*, in: Henssler/Strohn GesR, § 114 AktG Rn. 19; *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 13.

⁷¹⁹ *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 15 Rn. 97. Vgl. umfassend zur Bedeutung von Weisungsrechten gegenüber dem Aufsichtsrat *Fischer*, AG 1982, 85.

durch Hauptversammlungsbeschlüsse dürfen keine Weisungen oder andere Ermessensbeschränkungen an den Aufsichtsrat erfolgen.⁷²⁰ Der Hauptversammlung stehen in Bezug auf das Innenleben des Aufsichtsrates jedoch Mittel der Einflussnahme zu. Gemeint sind die Möglichkeiten der Hauptversammlung, in den gesetzlichen Grenzen der §§ 107–110 AktG die Geschäftsordnung des Aufsichtsrates durch die Satzung der Aktiengesellschaft zu gestalten.⁷²¹ Dementsprechend werden dem Aufsichtsrat Freiheiten bezüglich seiner inneren Ordnung nur in durch das Gesetz begrenztem Maße gewährt.⁷²²

a. Befugnisse gegenüber dem Vorstand

Im Rahmen seiner Kontrollaufgabe stellt die Bestellungs- und Abberufungsbefugnis als sogenannte Personalkompetenz aus § 84 Abs. 1, 3 AktG eines der wichtigsten Druckmittel des Aufsichtsrates dar.⁷²³ Bei der Ausübung dieser Kompetenz steht dem Aufsichtsrat wie bei all seinen Befugnissen in der Entscheidung ein freies Ermessen zu.⁷²⁴ In die Beziehung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat fügt sich auch die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand nach § 112 AktG ein. Dadurch soll die potentielle Befangenheit des Vorstandes bei Geschäften der Gesellschaft mit Vorstandsmitgliedern ausgeschlossen werden.⁷²⁵ Durch § 112 AktG wird dem Aufsichtsrat das Recht eingeräumt das Gesellschaftsinteresse im Verhältnis zum Vorstand zu wahren.⁷²⁶

In diesen Rechten wird deutlich, dass der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungs- und Kontrollfunktion gegenüber dem Vorstand zugleich die handelnde Instanz der Gesellschaft ist. Sowohl in Bezug auf die Vertretung als auch hinsichtlich seiner Personalkompetenz drückt sich der Funktionskreis des Aufsichtsrates daher in diesen Befugnissen gegenüber dem Vorstand aus. Dabei nehmen die Ver-

⁷²⁰ In diesem Sinne *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79 f.).

⁷²¹ Siehe dazu *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 31 Rn. 2; *Vetter*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 28 Rn. 2.

⁷²² *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 31 Rn. 2.

⁷²³ *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 84 AktG Rn. 1; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 1; *Habersack*, in: MüKo AktG, Vor § 95 Rn. 2; *Koch*, in: Koch AktG, § 84 Rn. 1; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 84 Rn. 1; *Wellkamp*, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre, Rn. 47; *Wolff*, in: Handbuch des Aktienrechts, Kap. 8 Rn. 13.

⁷²⁴ *Cahn*, in: KK-AktG, Vorb. § 76 Rn. 13.

⁷²⁵ Diese Vertretungsnorm wird ebenfalls als zwingend angesehen, *Habersack*, in: MüKo AktG, § 112 Rn. 1, 3; *Groß-Bölting/Rabe*, in: Hölter/Weber AktG, § 112 Rn. 35; *Henssler*, in: Henssler/Strohn GesR, § 112 AktG Rn. 1.

⁷²⁶ *Koch*, in: Koch AktG, § 112 Rn. 1; *Veil*, in: BeckOGK AktG, § 112 Rn. 2.

vertretungsbefugnisse des Aufsichtsrates wiederum eine Sonderstellung ein. So bestehen Vertretungsbefugnisse des Aufsichtsrates nicht lediglich gegenüber dem Vorstand, sondern beispielsweise auch gegenüber einem Sachverständigen nach § 111 Abs. 2 S. 2 AktG oder nach § 246 Abs. 2 S. 2 AktG als Doppelvertretung gemeinsam mit dem Vorstand. All diesen Vertretungsregeln ist gemein, dass sie nicht ausschließlich Innenrecht der Aktiengesellschaft regeln. Denn selbst bei der Vertretung gegenüber dem Vorstand vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft und nicht sich selbst. Deshalb sind alle Vertretungsregeln als Regelungen in der Beziehung zu Dritten zwar der Funktion des Aufsichtsrates zuzuordnen. Sie betreffen jedoch Handlungen der Aktiengesellschaft selbst und sind deshalb insgesamt abschließend. Die Eingriffsintensität spielt dabei keine Rolle.

b. Informationsrechte

Im Zusammenhang zur präventiven wie auch der repressiven Überwachung und Kontrolle sind es die Informationsrechte des Aufsichtsrates, die eine Kontrolle überhaupt erst ermöglichen. Sie teilen sich grundlegend in das Recht des Aufsichtsrates zur Einsichtnahme und das Recht, verschiedene Berichte vom Vorstand zu erhalten.

Das Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrates ergibt sich aus § 111 Abs. 2 S. 1 AktG. Mit diesem Recht hat der Aufsichtsrat Zugang zum gesamten Datenbestand der Gesellschaft, kann diesen einsehen und prüfen.⁷²⁷ Es ist nicht abhängig von einem konkreten Anlass,⁷²⁸ steht allerdings dem Grunde nach nur dem gesamten Aufsichtsrat als Organ zu.⁷²⁹ Es besteht gegenüber dem Vorstand und oktroyiert dem Vorstand die Informationsherausgabe auf.⁷³⁰ Dabei wird deutlich, dass jede denkbare Art der Informationsbeschaffung für den Aufsichtsrat möglich ist und er im Ergebnis umfassend informiert sein soll. Dementsprechend bedeutet § 111 Abs. 2 AktG nicht nur ein Recht zur Einsichtnahme, sondern zu einer umfassenden Information.

⁷²⁷ Hüffer, NZG 2007, 47 (53); Koch, in: Koch AktG, § 111 Rn. 34.

⁷²⁸ Cahn, WM 2013, 1293 (1299); Habersack, in: MüKo AktG, § 111 Rn. 78; Koch, in: Koch AktG, § 111 Rn. 34.

⁷²⁹ OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Mai 2007, Az. 20 U 14/06, NZG 2007, 549; Koch, in: Koch AktG, § 111 Rn. 35.

⁷³⁰ Breuer/Fraune, in: Heidel Aktienrecht, § 111 AktG Rn. 15; Veil, in: BeckOGK AktG, § 111 Rn. 53.

Teil dieser umfassenden Information sind auch die in § 90 AktG geregelten Berichtspflichten. Dabei muss der Vorstand dem Aufsichtsrat zu bestimmten Fragen⁷³¹ nach § 90 Abs. 1, 2 AktG in regelmäßigen Intervallen Bericht erstatten. Diese Berichte können aber nach § 90 Abs. 3 AktG auch jederzeit vom Aufsichtsrat eingefordert werden.⁷³² Beachtlich ist, dass auch einfache Fragen an den Vorstand als Minusmaßnahme zu einem vollständigen Bericht von der Ermächtigung des § 90 Abs. 3 AktG gedeckt sind. Sie unterliegen dementsprechend denselben Voraussetzungen wie ein Berichtsverlangen nach § 90 AktG.⁷³³ Über die Berichte hinaus muss dem Aufsichtsrat gemäß § 170 Abs. 1 S. 1 AktG der Jahresabschluss vorgelegt werden, denn nur nach der Billigung des Aufsichtsrates nach § 172 AktG kann der Jahresabschluss durch die Hauptversammlung festgestellt werden. Auch dies ist eine Ausformung der Überwachungspflicht des Aufsichtsrates.⁷³⁴

Der umfassende Informationsanspruch des Aufsichtsrates ist elementar für eine geeignete Überwachung und Kontrolle des Vorstandes. Die entsprechenden Informationsrechte sind folglich bezeichnend für den Funktionskreis des Aufsichtsrates, da sie das einzige Mittel sind, durch das die Gefahren der Trennung von Leitung und Eigentümerstellung im Sinne des durch die Satzungsstrenge verwirklichten Anlegerschutzes minimiert werden können. Insoweit müssen diese Rechte nach dem funktionellen Ansatz materiell abschließender Teil des Funktionskreises des Aufsichtsrates sein.

c. Zustimmungserfordernisse

Die Zustimmungsrechte aus § 111 Abs. 4 AktG sind das schärfste Schwert des Aufsichtsrates gegenüber der Geschäftsführungskompetenz des Vorstandes. So bestimmt § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, dass bestimmte Geschäfte der Gesellschaft nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates durchgeführt werden dürfen. Ein satzungsmäßiger Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte ist gesetzlich verpflichtend. Ein Ermessen besteht lediglich hinsichtlich der Art der zustimmungspflichtigen Geschäfte.⁷³⁵ Daneben kann der Aufsichtsrat selbst ein Zustimmungserfordernis bei-

⁷³¹ Aufgelistet in § 90 Abs. 1 S.1 AktG.

⁷³² Seine Grenze hat dieses Verlangen in rechtsmissbräuchlichem Verhalten, *Koch*, in: Koch AktG, § 90 Rn. 3; *Wellkamp*, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre, Rn. 442.

⁷³³ *Habersack*, in: MüKo AktG, § 111 Rn. 65; *Veil*, in: BeckOGK AktG, § 111 Rn. 44.

⁷³⁴ *Euler/Klein*, in: BeckOGK AktG, § 171 Rn. 1; *Hennrichs/Pöschke*, in: MüKo AktG, § 171 Rn. 6 f. Vgl. auch *Vetter*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 27 Rn. 53 ff.

⁷³⁵ *Koch*, in: Koch AktG, § 111 Rn. 59; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 111 Rn. 98.

spielsweise in seiner Geschäftsordnung vorsehen. Dieses Recht des Aufsichtsrates geht nach der herrschenden Meinung sogar so weit, dass der Aufsichtsrat eine Ad-hoc-Zustimmungspflicht begründen kann.⁷³⁶ Die Grenze des Zustimmungsrechts ist nur die in § 111 Abs. 4 S. 3 AktG gesetzlich vorgesehene Möglichkeit die Zustimmung des Aufsichtsrates durch einen Hauptversammlungsbeschluss zu ersetzen. Insgesamt beschränken die Rechte aus § 111 Abs. 4 S. 2 AktG – gleich ob mittels Satzungsbestimmung, Geschäftsordnung oder ad-hoc – zwar die Geschäftsführungskompetenz des Vorstandes. Sie soll jedoch im Kern unangetastet bleiben. Dies zeigt sich darin, dass bei erteilter Zustimmung keine Ausführungspflicht besteht und das Initiativrecht für Geschäftsführungsmaßnahmen beim Vorstand verbleibt,⁷³⁷ sowie der fehlenden Weisungsbefugnis des Aufsichtsrates.⁷³⁸ In jedem Fall verbleibt somit ein Geschäftsführungsermessen beim Vorstand.

Für die Funktionskreise der Aktiengesellschaft bedeutet dies, dass die Funktion der Geschäftsführung trotz einiger gesetzlicher Durchbrechungen beim Vorstand verbleibt. Im Funktionskreis des Aufsichtsrates stellen derartige Rechte einzelne weitere Kontrollmechanismen gegenüber dem Vorstand dar, die für die Aufgabewahrnehmung des Aufsichtsrates fundamental sind. Sie sind jedoch, obgleich sie die Geschäftsführung betreffen, allein der Überwachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrates zuzuordnen. Eine darüber hinausgehende Funktion nimmt der Aufsichtsrat innerhalb der Gesellschaft nicht ein.

5. Weitere Funktionsträger des Aktiengesetzes

Neben den bereits besprochenen Hauptakteuren der Aktiengesellschaft – Hauptversammlung, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre, die jeweils von erheblicher Bedeutung für den Bestand der Gesellschaft sind, werden im Aktiengesetz einige weitere Funktionsträger benannt.⁷³⁹ So ist beispielsweise in den §§ 162 Abs. 3, 142 Abs. 1, 33 Abs. 2 AktG die Rede von einem Abschluss-, Sonder- und Gründungsprüfer. Darüber hinaus kennt das Aktiengesetz nach § 147 Abs. 2 S. 1 AktG

⁷³⁶ BGH, Urteil vom 15. November 1993, Az. II ZR 235/92, NJW 1994, 520 (524); *Habersack*, in: MüKo AktG, § 111 Rn. 131; *Henssler*, in: Henssler/Strohn GesR, § 111 AktG Rn. 20; *Semler*, AG 1983, 141 (142); *Veil*, in: BeckOGK AktG, § 111 Rn. 88. Vgl. auch zur Überwachungsaufgabe *Henze*, BB 2000, 209. Dabei ist anzunehmen, dass einer solcher ad-hoc Zustimmungspflicht nur grundlegende Geschäfte unterfallen, *Habersack*, in: MüKo AktG, § 111 Rn. 121; *Koch*, in: Koch AktG, § 111 Rn. 62; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 111 Rn. 105.

⁷³⁷ *Habersack*, in: MüKo AktG, § 111 Rn. 111; *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 29 Rn. 58; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 111 Rn. 114. Vgl. auch *Koch*, in: 50 Jahre AktG, 65 (85).

⁷³⁸ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 67; *Vetter*, in: 50 Jahre AktG, 103 (115); a.A. *Wellkamp*, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre, Rn. 931. Vgl. auch Seite 157.

⁷³⁹ Der Arbeitsdirektor soll hier trotz gesetzlicher Nennung in § 76 Abs. 2 S. 3 AktG außen vor bleiben, da er lediglich Teil des Vorstandes ist.

das Amt des besonderen Vertreters. Zudem finden im Aktiengesetz sowohl die Gläubiger⁷⁴⁰, wozu auch die Arbeitnehmer zu zählen sind, als auch verbundene Unternehmen⁷⁴¹ Erwähnung. Auch bezüglich der Vorschriften zu diesen Rechtsinhabern des Aktiengesetzes stellt sich die Frage nach der abschließenden Wirkung. Bei der Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG fanden sie jedoch mit Ausnahme der Gläubiger keine Erwähnung.⁷⁴² Fraglich ist, inwieweit der Ansatz der Funktionskreise die weiteren Vorschriften abdeckt und ob die benannten Personen einen eigenen Funktionskreis im Sinne der Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG haben.

a. Abschluss-, Sonder- und Gründungsprüfer

Der Abschlussprüfer, als Funktionär im öffentlichen Interesse für den Schutz außenstehender Dritter im Rahmen einer unabhängigen Prüfung,⁷⁴³ erhält seine Rechte nicht auf der Grundlage des Aktiengesetzes, sondern nach §§ 316 ff. HGB. Er ist keine Figur innerhalb des Binnengefüges der Aktiengesellschaft, sondern eine von außen in den Rechtskreis der Aktiengesellschaft tretende Person. Das Aktiengesetz beschränkt sich darauf, eine Abschlussprüfung in bestimmten Fällen anzuordnen. Der Zweck der Abschlussprüfung liegt jedoch im Gläubigerschutz.⁷⁴⁴ Gleiches gilt für die Gründungsprüfung. Auch sie hat im Interesse der künftigen Gläubiger und Aktionäre stattzufinden.⁷⁴⁵

In Bezug auf die Satzungsstrenge bedeutet dies, dass letztlich die Rechte außenstehender Dritter betroffen sind. Obgleich damit begrifflich sicherlich davon gesprochen werden kann, dass sie eine Funktion – nämlich die Abschluss- oder Gründungsprüfung – innehaben, greift der Ansatz der Funktionskreise hier nicht, da nicht ausschließlich das Binnengefüge der Aktiengesellschaft betroffen ist. Dementsprechend sind diejenigen Vorschriften des Aktiengesetzes, die sich mit diesen Prüfungen befassen, Gläubigerschutzvorschriften mit abschließender Wirkung. Auf die Funktionskreise kommt es insoweit nicht an.

⁷⁴⁰ So beispielsweise in §§ 93 Abs. 5, 225 Abs. 1, 233 Abs. 2 S. 2 AktG.

⁷⁴¹ Insbesondere in den §§ 15 ff. AktG.

⁷⁴² Gläubigerschützende Vorschriften sind dabei aufgrund der Zwecke der Satzungsstrenge stets als abschließend anzusehen. Denn die Gläubiger haben keine Mitsprachemöglichkeiten bei der Satzungsgebung und bedürfen daher besonderen Schutzes. Dazu oben Seiten 134 ff.

⁷⁴³ *Rabenhorst*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 60 Rn. 1 ff.; *Wentrup*, in: MÜHdB GesR, Band 4, § 19 Rn. 11.

⁷⁴⁴ *Rabenhorst*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 60 Rn. 1.

⁷⁴⁵ *Kropff*, RegBegr, 53. Vgl. auch *Bayer*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 33 Rn. 1; *Koch*, in: Koch AktG, § 33 Rn. 1; *Pentz*, in: MÜKo AktG, § 33 Rn. 4.

Etwas Anderes könnte in Bezug auf die Sonderprüfung gelten. Denn diese bezweckt nicht den Gläubiger-, sondern den Minderheitenschutz. Insoweit dient sie dazu, die Aufklärung der tatsächlichen Grundlage etwaiger Ersatzansprüche der Aktiengesellschaft gegen ihre Gründer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder vorzubereiten.⁷⁴⁶ Aus dieser Zweckbindung wird deutlich, dass die Sonderprüfung keinen Selbstzweck hat und dementsprechend keine dauerhafte Funktion innerhalb des Binnengefüges der Aktiengesellschaft einnimmt. Stattdessen besteht eine Zuordnung zur Eigentümerfunktion der Aktionäre. Dass Minderheitsrechte dieser Funktion zuzuordnen sind, wurde bereits festgestellt. Dementsprechend gehören die Vorschriften über die Sonderprüfung zum Funktionskreis der Aktionäre. Dies wiederum bedeutet, dass sie in materieller Hinsicht abschließend sind.

b. Besonderer Vertreter

Für den besonderen Vertreter nach § 147 Abs. 2, 3 AktG könnte hingegen ein eigener Funktionskreis innerhalb des Aktiengesetzes bestehen. Er hat die Funktion bestimmte Sachverhalte zu prüfen und die daraus folgenden Ersatzansprüche für die Gesellschaft geltend zu machen.⁷⁴⁷ Er tritt dabei innerhalb des Binnengefüges der Aktiengesellschaft auf, was sich schon darin zeigt, dass ihm Organqualität zugesprochen wird.⁷⁴⁸ Dabei hat er besondere Informationsbefugnisse, die ihm die Geltendmachung der entsprechenden Ansprüche ermöglichen sollen.⁷⁴⁹ Darüber hinaus erlangt er in dem Maße die Rechtsstellung der anderen Organe, wie dies zur Verfolgung der jeweiligen Rechte erforderlich ist.⁷⁵⁰ Allerdings stellen seine Befugnisse lediglich Annexkompetenzen dar, die sich aus der ihm aufgetragenen Anspruchsgeltendmachung ableiten.⁷⁵¹ Im Ergebnis hat der besondere Vertreter deshalb lediglich die Funktion der Anspruchsgeltendmachung.

Fraglich ist, ob diese Funktion einen Funktionskreis innerhalb der Aktiengesellschaft begründet oder ob – ähnlich wie bei der Stellung des Sonderprüfers – die

⁷⁴⁶ *Arnold*, in: MüKo AktG, § 142 Rn. 6 f.; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit AktG, § 142 Rn. 1; *Koch*, in: Koch AktG, § 142 Rn. 1; *Mock*, in: BeckOGK AktG, § 142 Rn. 7 ff.

⁷⁴⁷ *Mock*, in: BeckOGK AktG, § 147 Rn. 149; *Schmolke*, in: GroKo AktG, § 147 Rn. 5.

⁷⁴⁸ BGH, Urteil vom 04. Juni 1981, Az. III ZR 4/80, ZIP 1981, 1097 (1098); *Koch*, in: Koch AktG, § 147 Rn. 23; *Lochner*, in: Heidel Aktienrecht, § 147 AktG Rn. 16; *Mock*, in: BeckOGK AktG, § 147 Rn. 149; *Schmolke*, in: GroKo AktG, § 147 Rn. 399; *Wentrup*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 19 Rn. 11.

⁷⁴⁹ *Koch*, in: Koch AktG, § 147 Rn. 26 f.; *Mock*, in: BeckOGK AktG, § 147 Rn. 190 ff.; differenzierter *Humrich*, NZG 2014, 441 (443).

⁷⁵⁰ *Lochner*, in: Heidel Aktienrecht, § 147 AktG Rn. 24.

⁷⁵¹ *Koch*, in: Koch AktG, § 147 Rn. 26 f.; Vgl. ausführlich bei *Schmolke*, in: GroKo AktG, § 147 Rn. 399 ff.

Funktion des besonderen Vertreters Teil des Funktionskreises eines anderen Beteiligten innerhalb der Aktiengesellschaft ist. Dafür müsste er als verlängerter Arm eines der Organe gelten. Dabei ist zunächst an die Hauptversammlung zu denken, da sie den besonderen Vertreter gemäß § 147 Abs. 2 S. 1 AktG bestellen kann. Gemäß § 147 Abs. 2 S. 2 AktG kann jedoch das Gericht auf Antrag einer Aktionärsminorität den besonderen Vertreter bestellen, sofern es dies für zweckmäßig hält. Damit besteht sowohl ein Bezug zum Funktionskreis der Hauptversammlung, da sie den entsprechenden Beschluss fassen kann, als auch zum Funktionskreis der Aktionäre, weil sie mittels ihrer Minderheitsrechte ebenfalls die Bestellung des besonderen Vertreters herbeiführen können. Diese doppelte Zuordnung zu Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft in Verbindung mit der herausragenden Stellung des besonderen Vertreters als temporäres Organ führt dazu, dass er einen eigenen Funktionskreis innerhalb der Aktiengesellschaft hat.

Dies steht im Einklang mit den Zwecken der Satzungsstrenge. Denn zum einen stärkt der besondere Vertreter die Aktionäre. Er dient damit dem Anlegerschutz, indem er dazu beiträgt, Regressforderungen für Schäden der Aktiengesellschaft einzutreiben. Mittelbar sichert er damit auch die Kapitalausstattung der Gesellschaft. Wichtiger noch ist jedoch, dass seine Einsetzungsmöglichkeit verhaltenssteuernde Wirkung auf die Verwaltung der Aktiengesellschaft hat⁷⁵² und gleichzeitig die unvoreingenommene Geltendmachung der Ersatzansprüche gegen die Verwaltung sichert.⁷⁵³ Denn so trägt auch der besondere Vertreter dazu bei, dass die Risikolage der Aktionäre entschärft wird, die sich aus der Trennung von Leitung und Eigentümern ergibt. Und gerade darin lag ein zentraler Belang der Satzungsstrenge. Folglich existiert ein von der Satzungsstrenge geschützter Funktionskreis des besonderen Vertreters, der sich durch die Funktion der Anspruchsgeltendmachung definiert. Die Vorschriften, die den besonderen Vertreter betreffen, sind deshalb schon vor dessen Einsetzung in materieller Hinsicht als abschließend im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG anzusehen.

c. Verbundene Unternehmen

Die Vorschriften über verbundene Unternehmen stellen Vorschriften dar, die regelnd in die Beziehung der Aktiengesellschaft zu Dritten eingreifen. Denn § 15 AktG besagt eindeutig, dass verbundene Unternehmen rechtlich selbständige Unternehmen sind. Allerdings können sie an der Entstehung der Satzung beteiligt

⁷⁵² *Brander*, in: FS Lutter 2000, 317 (318).

⁷⁵³ *Lochner*, in: Heidel Aktienrecht, § 147 AktG Rn. 16. Vgl. dazu auch *Kling*, ZGR 2009, 190 (193); *Mock*, DB 2008, 393 (394).

sein, da sie oftmals zugleich Aktionär der Aktiengesellschaft sind.⁷⁵⁴ Zudem kann entweder in der Übernahme einer Mehrheitsbeteiligung oder dem Abschluss eines Unternehmensvertrages nach §§ 291 ff. AktG ein freiwilliger Unterwerfungsakt unter die Regelungen der Satzung gesehen werden. Insoweit unterscheiden sich verbundene Unternehmen von Gläubigern der Aktiengesellschaft.

Allerdings liegt der Zweck des in den Vorschriften zu verbundenen Unternehmen geregelten Konzernrechts vorrangig im Schutz der Gläubiger und Minderheitsaktionäre.⁷⁵⁵ Denn gerade im Konzernrecht bestehen für Gläubiger erhebliche Gefahren dadurch, dass zum einen die Leitungsmacht gerade anders als in der idealtypischen Aktiengesellschaft verteilt ist⁷⁵⁶ und zum anderen die Vermögensbasis der abhängigen Gesellschaft durch Aushöhlung und Gewinnabschöpfung untergraben werden kann.⁷⁵⁷ Zum Zwecke des Gläubigerschutzes ist es demnach erforderlich, dass die Vorschriften des Konzernrechts insgesamt zwingend und damit abschließend sind. Der funktionelle Ansatz greift hier nicht.

IV. Satzungsmaßiger Eingriff in die Funktionskreise

Sofern es sich um eine Satzungsbestimmung handelt, die nicht das Außenverhältnis betrifft, sondern im Innengefüge der Aktiengesellschaft Wirkung entfaltet, kann ein Eingriff in die Funktionskreise in verschiedenen Gestaltungsformen erfolgen. Im Rahmen der Beurteilung von § 23 Abs. 5 AktG ist das Instrument dieser Eingriffe stets die Satzung. Sie wird von der Hauptversammlung dazu nutzbar gemacht, um als Verfassung der Aktiengesellschaft Rechte, Befugnisse und Pflichten und damit insbesondere die Funktionskreise innerhalb der Aktiengesellschaft zu modifizieren. Derartige Modifizierungen sind in verschiedenen Varianten denkbar von denen nicht alle gleichermaßen zulässig sind. Denn die Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG hat gezeigt, dass die Art des statuarischen Eingriffs in die Funktionskreise das entscheidende Kriterium für die Beurteilung der abschließenden Wirkung einer Regelung des Aktiengesetzes ist. Liegt nämlich lediglich ein formeller Eingriff in die Funktionskreise des Aktiengesetzes vor, enthält die Bestimmung, in die eingegriffen wird, keine abschließende Regelung. Materielle Ein-

⁷⁵⁴ Insoweit kommt der Mehrheitsbeteiligung eine gewichtige Rolle im Rahmen des Rechts der verbundenen Unternehmen zu, vgl. §§ 16, 17 AktG.

⁷⁵⁵ *Kropff*, RegBegr, 374; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack Konzernrecht, Einleitung Rn. 1; *Koch*, in: Koch AktG, § 15 Rn. 3; *Peres/Walden*, in: Heidel Aktienrecht, Vor §§ 15-18 AktG Rn. 3; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 15 Rn. 13.

⁷⁵⁶ *Kropff*, RegBegr, 374; *Peres/Walden*, in: Heidel Aktienrecht, Vor §§ 15-18 AktG Rn. 3.

⁷⁵⁷ *Kropff*, RegBegr, 373 f.; *Koch*, in: Koch AktG, § 15 Rn. 3.

griffe hingegen verstoßen gegen die Intentionen hinter der Satzungsstrenge. Dementsprechend ist insoweit von einer abschließenden Regelungswirkung der betroffenen Vorschrift auszugehen.

1. Materieller Eingriff

Ein materieller Eingriff in die Funktionskreise des Aktiengesetzes liegt vor, wenn die Funktion eines Beteiligten innerhalb der Aktiengesellschaft teilweise ausgeschlossen, zulasten eines anderen Beteiligten innerhalb der Aktiengesellschaft erweitert oder auf einen anderen Beteiligten verschoben wird. Damit ist gemeint, dass die Ausübung der konkreten Funktion, also das „Ob“ der funktionellen Zuordnung verändert wird. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn eine Satzungsbestimmung vorsehen würde, dass die Bestellung des Vorstandes nach § 84 Abs. 1 AktG nur aus einer zuvor von der Hauptversammlung beschlossenen Liste von Personen erfolgen dürfte. Denn dadurch würde die Personalkompetenz des Aufsichtsrates erheblich eingeschränkt. Diese ist als Druckmittel jedoch entscheidend für die Überwachungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates. Damit wäre faktisch die Funktionsausübung des Aufsichtsrates auf die Hauptversammlung verschoben. Ein solcher materieller Eingriff ist unzulässig. § 84 Abs. 1 AktG enthält insoweit eine abschließende Regelung.

Aber auch Pflichten dürfen materiell nicht ergänzt werden. So wäre es beispielsweise unzulässig, neben der Einlagepflicht der Aktionäre nach § 54 AktG im Krisenfall der Gesellschaft eine Nachschusspflicht vorzusehen. Denn diese Ergänzung fiel zum einen nicht unter die Öffnungsklausel des § 55 Abs. 1 AktG, da es sich um monetäre Zuwendungen handelte. Zum anderen wird dadurch die Kapitalgeberfunktion der Aktionäre erheblich erweitert. Denn grundsätzlich geht ein Aktionär davon aus, dass mit Leistung der Einlage keine weiteren Verpflichtungen auf ihn zukommen. Auch hierin läge demnach ein materieller Eingriff in die Funktionskreise des Aktiengesetzes, der unzulässig ist. Hinsichtlich dieses Eingriffes stellt § 54 Abs. 1 AktG wegen der Kapitalgeberfunktion der Aktionäre eine abschließende Regelung dar.

Derartige Eingriffe sind in jedem Bereich eines Funktionskreises des Aktiengesetzes denkbar. Da sie jedoch stets die Struktur der Aktiengesellschaft verändern, müssen sie zur Verwirklichung der Zwecke der Satzungsstrenge abseits von ausdrücklichen gesetzlichen Zulassungen als unzulässig qualifiziert werden.

2. Formeller Eingriff

Anderes muss gelten, wenn durch die Satzungsbestimmung lediglich die konkrete Art der Ausübung der Funktion innerhalb des Aktiengesetzes modifiziert wird. In

diesem Fall liegt lediglich ein formeller Eingriff in die Funktionskreise vor, der zulässig ist.

Für eine formelle Ergänzung der Funktionskreise des Aktiengesetzes kann als Beispiel angeführt werden, dass die Satzung weitere wichtige Gründe zum Widerruf der Bestellung des Vorstandes im Sinne des § 84 Abs. 3 S. 1 AktG vorsieht. Denn dadurch werden die Leitlinien des Aufsichtsrates ergänzt. Allerdings bedeutet das Vorliegen des wichtigen Grundes nicht, dass der Aufsichtsrat den Vorstand tatsächlich abberufen muss. Ihm steht insoweit bei seiner Personalkompetenz weiterhin das volle Ermessen zu.⁷⁵⁸ Die durch die Personalkompetenz beschriebene Funktion des Aufsichtsrates wird daher weder beschränkt noch auf die Hauptversammlung verschoben. Es handelt sich lediglich um einen formellen Eingriff in dem Sinne, dass der Aufsichtsrat bei seiner Kompetenzausübung zusätzlich den statuarischen wichtigen Grund zu berücksichtigen hat. Diese Berücksichtigung betrifft jedoch lediglich die Art und Weise der Ausübung seiner Überwachungs- und Kontrollfunktion. § 84 Abs. 3 AktG enthält diesbezüglich keine abschließende Regelung.

Hinsichtlich der Einlagenverpflichtung der Aktionäre wäre ein lediglich formeller Eingriff beispielsweise dann gegeben, wenn die Satzung bestimmen würde, dass die Einlagepflicht nicht in Euro, sondern in einer gesetzlichen Auslandswährung auf ein Auslandskonto erfolgen soll.⁷⁵⁹ Denn dadurch wird die tatsächliche Belastung der Aktionäre nicht verändert. Lediglich das „Wie“, also die Art und Weise der Kapitalgeberfunktion ist betroffen.

Derartige Eingriffe wirken sich weder auf die Struktur der Gesellschaft aus, noch werden die Schutzzwecke der Satzungsstrenge unangemessen betroffen. Sie regeln vielmehr den Gang der Geschäfte innerhalb der Aktiengesellschaft, ohne dabei einzelne Positionen von Organen oder Aktionären negativ zu beeinträchtigen. Aus diesem Grund sind sie auch nicht von Relevanz für die Anlageentscheidung. Sowohl der Wert der Mitgliedschaft, als auch die Rechte, welche die Mitgliedschaft mit sich bringt, bestehen weiter. Dementsprechend wird zudem die Standardisierung der Aktie nicht in einer Weise betroffen, die Auswirkungen auf die Verkehrsfähigkeit der Aktie hat. Ferner waren solche Eingriffe schon historisch betrachtet

⁷⁵⁸ Vgl. zum Ermessen des Aufsichtsrates *Koch*, in: Koch AktG, § 84 Rn. 55; *Lieder*, ZGR 2018, 523 (540 ff.); *Weber*, in: Hölter/Weber AktG, § 84 Rn. 71. A.A. *Janzen*, NZG 2003, 468 (471); *Wentrup*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 20 Rn. 67.

⁷⁵⁹ Vgl. zu Währungsfragen *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 54 Rn. 54 f.; *Götze*, in: MüKo AktG, § 54 Rn. 66 f; *Koch*, in: Koch AktG, § 54 Rn. 16.

bedenkenlos möglich.⁷⁶⁰ Daraus kann gefolgert werden, dass die ergänzte, funktionsbeschreibende Vorschrift bei Vorliegen eines solchen Eingriffs in einen Funktionskreis des Aktiengesetzes keine abschließende Regelung enthält. Liegt eine derartige Modifikation vor, ist deshalb davon auszugehen, dass eine Zulässigkeit nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG gegeben ist.

V. Zusammenfassung

Für die Herausarbeitung der abschließenden Wirkung des Aktiengesetzes ist nach dem oben Gesagten folgendes entscheidend: Sofern nicht die Rechte außenstehender Dritter betroffen sind, ist eine abschließende Regelung anhand der Funktionskreise des Aktiengesetzes zu ermitteln. Dabei hat der Vorstand den Funktionskreis der Leitung und Geschäftsführung, der Aufsichtsrat den Funktionskreis interner Kontrolle und Überwachung und die Hauptversammlung den Funktionskreis der internen Willensbildung inne. Die Aktionäre erfüllen zugleich die Eigentümer- und die Kapitalgeberfunktion innerhalb der Aktiengesellschaft, woraus sich auch für sie ein entsprechender Funktionskreis ergibt. Im Übrigen nimmt nur der besondere Vertreter temporär eine für § 23 Abs. 5 S. 2 AktG relevante Funktion innerhalb des Binnengefüges der Aktiengesellschaft ein. Weitere Funktionskreise bestehen nicht. Denn zum einen sind die diversen Prüfungsmöglichkeiten innerhalb des Aktiengesetzes Teil des Funktionskreises der Aktionäre oder bezwecken den Gläubigerschutz. Zum anderen dienen die Vorschriften über verbundene Unternehmen dem Gläubigerschutz und sind deshalb wie alle gläubigerschützenden Vorschriften insgesamt abschließend.

Die jeweiligen Funktionskreise bestimmen sich sowohl durch die Befugnisse, Rechte und Pflichten der Beteiligten als auch durch die ihrer Funktion zugehörigen Interessen. Zwingend sind diese Funktionskreise abseits gesetzlicher Öffnungsklauseln nur in Bezug auf ergänzende Satzungsbestimmungen, die materielle Eingriffe bedeuten. Nicht abschließend und damit auch nicht zwingend sind Vorschriften des Aktiengesetzes jedoch, soweit die Funktionskreise durch die ergänzende Satzungsbestimmung lediglich formell betroffen werden.

D. Zulässigkeit statuarischer Ergänzungen zum Aktiengesetz

Die Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG hat ergeben, dass in den bisherigen Ansätzen der Literatur zur Bestimmung der Zulässigkeit von statuarischen Ergänzungen zum Aktiengesetz kein Ansatz eine umfassende Beurteilung aller Satzungsbestimmungen ermöglichte. Gleichzeitig hat die Auslegung aber auch gezeigt, dass

⁷⁶⁰ Vgl. zu all diesen Erwägungen Seiten 86 ff.

die Feststellung der abschließenden Wirkung des Aktiengesetzes durch die Bestimmung der Funktionskreise des Aktiengesetzes schematisch durchgeführt werden kann. Somit ist es nunmehr möglich, allgemeingültig festzuhalten, wie die Zulässigkeit von Ergänzungen zum Aktiengesetz in der Satzung der Aktiengesellschaft bestimmt werden kann.

I. Feststellung einer Ergänzung

In einem ersten Schritt ist in Entsprechung zur bisherigen Praxis festzustellen, ob die Satzungsbestimmung eine Abweichung oder eine Ergänzung darstellt. Eine Ergänzung liegt vor, wenn das Gesetz eine der Satzungsbestimmung entsprechende Regelung nicht enthält oder eine gesetzliche Regelung durch die Satzungsbestimmung dem Gedanken nach weitergeführt wird, im Grundsatz jedoch unberührt bleibt. Erforderlich ist damit, dass eine Regelungslücke besteht, die entweder ausdrücklich benannt werden kann oder durch jedwedes Schweigen des Gesetzes markiert wird. Diese Regelungslücke ergibt sich daraus, dass eine gesetzliche Regelung nur einen begrenzten Anwendungsbereich hat, über den die Satzungsbestimmung hinausgeht. Zu beachten ist, dass eine Regelungslücke mit Bezug auf mehrere gesetzliche Regelungen bestehen kann. Denkbar, wenn auch unwahrscheinlich, ist ferner, dass eine Ergänzung vorliegt, weil die Satzungsbestimmung einen völlig unregelmäßigem Bereich betrifft.

II. Zulässigkeit der Satzungsbestimmung

Eine ergänzende Satzungsbestimmung ist sodann auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen. Dabei bilden zunächst die allgemeinen Gesetze eine Schranke für den Satzungsgeber. Liegt ein Verstoß gegen die allgemeinen Gesetze nicht vor, kommt es darauf an, ob die Vorschriften des Aktiengesetzes, die durch die Satzungsbestimmung ergänzt werden, abschließende Wirkung entfalten. Dabei sind die Auslegungsergebnisse anzuwenden.

Dementsprechend ist eine ergänzte Regelung des Aktiengesetzes jedenfalls dann abschließend, wenn sie Außenwirkung entfaltet und damit dem Gläubigerschutz dient. Denn sobald Schutzbelange außerhalb der Aktiengesellschaft betroffen sind, darf nicht mittels Satzung eingegriffen werden. Eine Differenzierung zwischen formeller und materieller Betroffenheit darf dabei nicht erfolgen. Indes ist eine Norm des Aktiengesetzes dann nicht abschließend, wenn sie eine Öffnungsklausel enthält. Die Funktionskreise können nämlich in Einzelfällen vom Gesetzgeber aufgebrochen werden. Allerdings ist die Grenze der gesetzlichen Öffnungsklausel hier anhand der abschließenden Wirkung der zusätzlich durch die Ergänzung betroffenen Vorschriften zu bestimmen.

Abseits von Gläubigerschutz und Öffnungsklauseln des Gesetzes bilden die Funktionskreise des Aktiengesetzes das Mittel zur Bestimmung abschließenden Aktienrechts. Dies ist der Regelfall für die Beurteilung von Satzungsbestimmungen, die lediglich das Innenleben der Aktiengesellschaft betreffen. Dabei hat der Vorstand den Funktionskreis der Leitung und Geschäftsführung, der Aufsichtsrat den Funktionskreis interner Kontrolle und Überwachung und die Hauptversammlung den Funktionskreis der internen Willensbildung inne. Der Funktionskreis der Aktionäre ergibt sich aus ihrer Eigentümer- und Kapitalgeberfunktion. Im Übrigen nimmt nur der besondere Vertreter temporär die Funktion der Anspruchsgeltendmachung ein.

Eine Vorschrift des Aktiengesetzes ist dann abschließend, wenn die Funktionskreise des Aktiengesetzes materiell betroffen sind. Hinsichtlich einer formellen Betroffenheit der Funktionskreise ist das Aktiengesetz hingegen nicht abschließend. Materiell betroffen meint dabei, dass die Rechte, Befugnisse oder Pflichten, aus denen sich die Funktionskreise der Beteiligten in der Aktiengesellschaft ergeben, erweitert, eingeschränkt oder verschoben werden. Eine formelle Betroffenheit liegt vor, wenn lediglich die Art und Weise der Funktionsausübung tangiert wird. Stellt die Satzungsbestimmung einen materiellen Eingriff in die ergänzte Vorschrift des Aktiengesetzes dar und gehört diese zu einem Funktionskreis innerhalb der Aktiengesellschaft, so entfaltet die Regelung des Aktiengesetzes abschließende Wirkung. Die Satzungsbestimmung wäre dann unzulässig.

III. Definition der abschließenden Regelung

Als Vereinfachung dieser allgemeingültigen Herangehensweise zur Bestimmung der Zulässigkeit ergänzender Satzungsbestimmungen zum Aktiengesetz sind die Ergebnisse der Auslegung des Begriffes „abschließende Regelung“ nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG in eine allgemeine Definition aufzunehmen. Diese muss wie folgt lauten:

Eine Vorschrift des Aktiengesetzes enthält dann eine abschließende Regelung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG, wenn die Regelung dem Schutz außenstehender Dritter dient oder eine materielle Regelung des Funktionskreises eines Beteiligten in der Aktiengesellschaft betroffen ist, soweit dieser Funktionskreis nicht durch eine Öffnungsklausel durchbrochen wird.

§ 5 Zulässigkeit ausgewählter Satzungsbestimmungen

Der Meinungsstand zur Zulässigkeit von Ergänzungen zum Aktiengesetz in der Satzung der Aktiengesellschaft hat gezeigt, dass die bisherige Literatur sich überwiegend darauf beschränkte, Einzelfälle zu entscheiden. In vielen dieser Einzelfälle entwickelte sich keine gefestigte Rechtsprechung, weshalb die Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Zulässigkeit zahlreicher Satzungsbestimmungen weiterhin für Unsicherheit sorgen. Ziel der Arbeit ist es, diese teilweise umfassenden Meinungsstreitigkeiten zur Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen einheitlich zu beurteilen. Das dadurch gewonnene Mehr an Rechtssicherheit soll der Kautelarpraxis zugutekommen und zu größerer Gestaltungsvielfalt in der Satzung der Aktiengesellschaft beitragen. In diesem Sinne sind die bisher abstrakt gebliebenen Erwägungen auf einige ausgewählte Satzungsbestimmungen anzuwenden, die in der bisherigen Literatur und in Teilen auch von der Rechtsprechung diskutiert wurden.

A. Schiedsklauseln

Im Rahmen der Diskussionen zu § 23 Abs. 5 S. 2 AktG wird immer wieder die Frage aufgeworfen, ob in der Satzung der Aktiengesellschaft Klauseln enthalten sein dürfen, die Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis den staatlichen Gerichten entziehen und Schiedsgerichten zuweisen. Dass es in der Praxis ein starkes Bedürfnis für die Einführung von Schiedsklauseln gibt, wird besonders deutlich, wenn man sich die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit vor Augen führt.⁷⁶¹ Dazu zählt namentlich, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz des § 169 S. 1 GVG im Schiedsverfahren nicht gilt,⁷⁶² weil sowohl die betroffene Aktiengesellschaft, als auch die Parteien ein Interesse daran haben, dass die unter Umständen rufschädigenden Informationen des Verfahrens nicht nach außen dringen.⁷⁶³ Weitere Vorteile von Schiedsverfahren sind ihre hohe Flexibilität und Schnelligkeit, welche

⁷⁶¹ Hierzu können die Kosten nicht gezahlt werden, da nicht vorab bestimmt werden kann, ob das staatliche oder das schiedsgerichtliche Verfahren günstiger ist. Der fehlende Instanzenzug spricht für das Schiedsverfahren. Das möglicherweise einzuleitende Nachverfahren gegen ein solches, vgl. *Borris*, NZG 2010, 481 (485); *Münch*, in: MüKo ZPO, Vor § 1025 Rn. 112 ff.; *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 33. A.A *Rodloff*, DStR 1997, 1408 (1408).

⁷⁶² *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (683); *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (2); *Herresthal*, ZIP 2014, 345 (345); *Münch*, in: MüKo ZPO, Vor § 1025 Rn. 122; *Leuring*, NJW 2014, 657 (658); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 26 f.

⁷⁶³ *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (683); *Leuring*, NJW 2014, 657 (658); *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (298); *Rodloff*, DStR 1997, 1408 (1408); *Thümmel*, in: FS Geimer 2002, 1331 (1334). Vgl. mit Einschränkungen wegen der kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 27.

sich aus der Verfahrensherrschaft der Parteien ergibt.⁷⁶⁴ Dies führt regelmäßig auch zur Umgehung von Beweisnöten und Verzögerungen durch Formalitäten im Prozess.⁷⁶⁵ Zudem bestellen die Parteien im Vorfeld des Prozesses die Richter, sodass die besondere Sach- oder Sprachkunde des Gerichts sichergestellt werden kann.⁷⁶⁶ Nachteilig kann sich demgegenüber auswirken, dass den schiedsgerichtlichen Entscheidungen die Präzedenzwirkung fehlt.⁷⁶⁷ Denn dadurch wird die Entwicklung einer einheitlichen Rechtsprechung deutlich schwieriger und es mangelt in der Folge an Rechtssicherheit. Darüber hinaus sind prozessrechtliche Instrumentarien wie Streitverkündung oder Nebenintervention allenfalls mit Zustimmung der Parteien möglich.⁷⁶⁸ Letztlich besteht zudem die Gefahr der Voreingenommenheit der durch die Parteien bestellten Schiedsrichter.⁷⁶⁹ Insgesamt führen diese Erwägungen dennoch dazu, dass vielfach die Einführung von Schiedsklauseln sinnvoll sein wird. Die Beurteilung ihrer Zulässigkeit hat dementsprechend erhebliche praktische Bedeutung. Sie ist bisher allerdings sowohl hinsichtlich der Schranken der allgemeinen Gesetze, als auch der aktienrechtlichen Zulässigkeit stark umstritten.

I. Meinungsstand

Grob lässt sich der Meinungsstand in drei Lager unterteilen. Erstens werden Einschränkungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Schiedsklauseln in den allgemeinen Gesetzen gesehen, zu denen die Regelungen der Zivilprozessordnung und

⁷⁶⁴ *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (683); *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (2); *Münch*, in: MüKo ZPO, Vor § 1025 Rn. 128 ff.; *Leuering*, NJW 2014, 657 (660); *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (298); *Rodloff*, DStR 1997, 1408 (1408).

⁷⁶⁵ *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (683); *Leuering*, NJW 2014, 657 (660).

⁷⁶⁶ *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (683); *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (2); *Leuering*, NJW 2014, 657 (659); *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (298); *Münch*, in: MüKo ZPO, Vor § 1025 Rn. 119, 121; *Rodloff*, DStR 1997, 1408 (1409); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 27 f.; *Thümmel*, in: FS Geimer 2002, 1331 (1335).

⁷⁶⁷ *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (684); *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (3); *Münch*, in: MüKo ZPO, Vor § 1025 Rn. 113; *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 29. Ferner können im Bereich des Europarechts keine Grundsatzentscheidungen des EuGH erfolgen, da Schiedsgerichte nicht vorlageberechtigt nach Art. 267 AEUV sind, *Wegener*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, AEUV Art. 267 Rn. 20 f.

⁷⁶⁸ *Althammer*, in: Zöller ZPO, § 66 Rn. 3; *Schultes*, in: MüKo ZPO, § 66 Rn. 2.

⁷⁶⁹ Dazu *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (267 ff.).

die aus § 138 BGB hergeleiteten Grundsätze des Bundesgerichtshofes zu Beschlussmängelstreitigkeiten bei der GmbH zählen.⁷⁷⁰ Zweitens werden aktienrechtliche Schranken gegen die Zulässigkeit von statuarischen Schiedsklauseln vorgebracht.⁷⁷¹ Und zuletzt gibt es einige Stimmen in der Literatur, die umfassende Zuweisungen von Streitigkeiten an die Schiedsgerichte für zulässig erachten.⁷⁷² Innerhalb dieses Meinungsspektrums existieren jedoch zahlreiche Unterschiede hinsichtlich der jeweiligen Streitgegenstände, die den Schiedsgerichten zugeordnet werden sollen. Entsprechend breit ist der Meinungsstand zur Zulässigkeit der Schiedsklauseln.

1. Schranken der allgemeinen Gesetze

Den allgemeinen Gesetzen wird inzwischen keine allgemeine Unzulässigkeit der Schiedsbindung von Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis mehr entnommen. Dennoch verneinen vereinzelt Stimmen in der Literatur die Zulässigkeit einer statuarischen Schiedsbindung für Streitigkeiten um den Bestand des Organverhältnisses und generell Streitigkeiten der Gesellschaft mit den Organen aus allgemeinen Erwägungen der Zivilprozessordnung. § 138 BGB hingegen wird herangezogen, um sehr ausdifferenzierte Voraussetzungen für die Schiedsbindung von Beschlussmängelstreitigkeiten aufzustellen.

⁷⁷⁰ *Thümmel*, in: FS Geimer 2002, 1331 (1337). Keine Unzulässigkeit von Schiedsklauseln kann jedoch aus der Klauselrichtlinie (RL 93/13/EWG) hergeleitet werden. Denn nach Erwägungsgrund 10 dieser Richtlinie werden Anstellungsverträge ebenso wie Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts nicht von der Richtlinie erfasst. Zudem bezieht sich der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie ausweislich Art. 1 Abs. 1 RL 93/13/EWG ausschließlich auf Verträge und nicht Satzungen. Vgl. dazu *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (679); *Graph von Westphalen*, ZIP 2013, 2184; *Herresthal*, ZIP 2014, 345 (348).

⁷⁷¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 156; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Göz/Peitsmeyer*, DB 2009, 1915 (1916); *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 225; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.10; *Reichert*, in: FS Ulmer 2003, 511 (530 f.); *K. Schmidt*, AG 1995, 551 (553); *K. Schmidt*, ZGR 1988, 523 (537); *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41; *Westermann*, in: Schiedsgerichtsbarkeit 1996, 31 (46). In einem obiter dictum stellte auch der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit von Schiedsklauseln in der Satzung der Aktiengesellschaft mit Verweis auf § 23 Abs. 5 AktG in Frage, BGH, Urteil vom 29. März 1996, Az. II ZR 124/95, BGHZ 132, 278. Ob er daran auch nach der inzwischen erfolgten Rechtsprechungsänderung festhalten würde, ist jedoch zweifelhaft.

⁷⁷² *Borris*, NZG 2010, 481 (483); *Borris*, SchiedsVZ 2018, 242 (245); *Goette*, GWR 2009, 103 (105); *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (257 ff.); *Riegger/Wilske*, ZGR 2010, 733 (748); *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Vollmer*, ZGR 1982, 15 (30, 42 f.); *Werner*, NZG 2023, 458 (459). Wohl auch *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577 (587).

a. Die Regeln der Zivilprozessordnung

In der Zivilprozessordnung finden sich in den §§ 1025 ff. ZPO-Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit. Dabei werden zum einen Anforderungen an die Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten im Allgemeinen und darüber hinaus auch Regelungen für statuarische Schiedsklauseln aufgestellt. Beide Regelungsbereiche stehen Satzungsbestimmungen potentiell entgegen.

aa. Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten

Relevanz wird zunächst § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO beigemessen, der fordert, dass es sich bei der an das Schiedsgericht verwiesenen Streitigkeit um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handeln muss. Insoweit ist einhellige Auffassung, dass Fragen der Vorstands- oder Aufsichtsratschaftung unter § 1030 Abs. 1 S. 1 AktG zu subsumieren sind, da es hier um Schadensausgleichung als Vermögensposition geht.⁷⁷³ Weniger trivial ist dies bei Beschlussmängelstreitigkeiten, weil sie grundsätzlich nur mitgliedschaftliche Rechte betreffen. Dennoch werden hier keine Einwände gegen die Schiedsfähigkeit der Streitigkeiten erhoben, da die Mitgliedschaft des Aktionärs als eine seiner Vermögenspositionen zu sehen sei.⁷⁷⁴ Dagegen spreche auch nicht die Gestaltungswirkung von Beschlussmängelstreitigkeiten.⁷⁷⁵

Nach ganz herrschender Ansicht sind zudem Streitigkeiten, die den Bestand der Organstellung betreffen als vermögensrechtliche Streitigkeiten schiedsfähig.⁷⁷⁶ Denn jedenfalls werde der Wert des Unternehmens betroffen, der vermögensrechtliche Relevanz habe.⁷⁷⁷ Dem wird vereinzelt entgegengetreten. Der Bestand des Organverhältnisses sei gerade von Vergütungsfragen oder Schadensersatzansprüchen gegen die Organe abzugrenzen und daher nicht vermögensrechtlich.⁷⁷⁸ Diese Streitigkeiten seien nicht nach § 1030 ZPO schiedsfähig und könnten folglich nicht durch Satzung an die Schiedsgerichte übertragen werden. Mangels Vergleichsfähigkeit könne eine Schiedsfähigkeit ferner nicht nach § 1030 Abs. 1 S. 2 ZPO hergestellt werden.⁷⁷⁹

⁷⁷³ Habersack/Wasserbäch, AG 2016, 2 (12); Leuering, NJW 2014, 657 (657); Umbeck, SchiedsVZ 2009, 143 (144).

⁷⁷⁴ Mock, in: FS Meilicke 2010, 489 (491 f.).

⁷⁷⁵ K. Schmidt, AG 1995, 551 (551 f.); Mock, in: FS Meilicke 2010, 489 (491).

⁷⁷⁶ Bauer/Arnold/Kramer, AG 2014, 677 (682); Habersack/Wasserbäch, AG 2016, 2 (10); Pappmehl, Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, 225; Vollmer, ZGR 1982, 15 (26 ff.).

⁷⁷⁷ Habersack/Wasserbäch, AG 2016, 2 (10).

⁷⁷⁸ Cahn, in: KK-AktG, § 84 Rn. 103.

⁷⁷⁹ Cahn, in: KK-AktG, § 84 Rn. 103.

bb. Formerfordernisse

Ferner wird den Formanforderungen des § 1031 ZPO Bedeutung für die Beurteilung statuarischer Schiedsklauseln beigemessen. Nach einhelliger Auffassung werden durch die Satzung die Formanforderungen des § 1031 Abs. 1 bis 4 ZPO gewahrt.⁷⁸⁰ Demgegenüber könnte § 1031 Abs. 5 ZPO in Bezug auf Rechtsstreitigkeiten der Gesellschaft mit dem Vorstand zusätzliche Formanforderungen für die Satzung aufstellen. Nach dieser Vorschrift ist bei Schiedsabreden mit Verbrauchern stets die eigenhändige Unterschrift des Verbrauchers erforderlich. Als Verbraucher sei der Vorstand der Aktiengesellschaft in Entsprechung der Rechtsprechung zum GmbH-Geschäftsführer⁷⁸¹ bei Abschluss seines Anstellungsvertrages anzusehen.⁷⁸² Aus diesem Grund seien die Formanforderungen des § 1031 Abs. 5 ZPO einzuhalten, was der Wirksamkeit einer entsprechenden Schiedsklausel entgegenstehe.⁷⁸³

Dies wird inzwischen weit überwiegend verneint, da die Formvorschrift des § 1031 ZPO in Bezug auf statuarische Schiedsklauseln insgesamt durch den spezielleren § 1066 ZPO verdrängt werde.⁷⁸⁴ Dessen Wortlaut „in gesetzlich statthafter Weise“ stelle insoweit ein eigenes Wirksamkeitserfordernis dar, durch das spezielle Formerfordernisse statuarischer Schiedsklauseln aufgestellt würden.⁷⁸⁵ Dies sei mit

⁷⁸⁰ Darüber hinaus kann aus § 101 Abs. 3 ArbGG hinsichtlich der Streitigkeiten der Gesellschaft mit den Organmitgliedern nichts anderes folgen, da sie jedenfalls nicht Arbeitnehmer sind. Vgl. *Umbeck*, *SchiedsVZ* 2009, 143 (144).

⁷⁸¹ Siehe insbesondere BGH, Urteil vom 8. November 2005, Az. XI ZR 34/05, *NJW* 2006, 431.

⁷⁸² OLG Hamm, Beschluss vom 18. Juli 2007, Az. 8 Sch 2/07, *AG* 2007, 910 (911 f.); *Bauer/Arnold/Kramer*, *AG* 2014, 677 (678 ff.); *Voit*, in: Musielak/Voit ZPO, § 1031 Rn. 9. Vgl. auch *Spindler*, in: *MüKo AktG*, § 84 Rn. 187; *Thümmel*, in: *FS Geimer* 2002, 1331 (1337). Dagegen nimmt Herresthal an, dass aufgrund einer teleologischen des § 13 BGB der Vorstand im Rahmen von Schiedsabreden nicht als Verbraucher angesehen werden könne, *Herresthal*, *ZIP* 2014, 345 (349).

⁷⁸³ So *Thümmel*, in: *FS Geimer* 2002, 1331 (1337). Vgl. auch *Göz/Peitsmeyer*, *DB* 2009, 1915 (1919).

⁷⁸⁴ *Borris*, *NZG* 2010, 481 (484); *Ebbing*, *NZG* 1998, 281 (282); *Althammer*, in: *Zöller ZPO*, § 1066 Rn. 2; *Göz/Peitsmeyer*, *DB* 2009, 1915 (1918); *Habersack/Wasserbäch*, *AG* 2016, 2 (6); *Hauschild/Böttcher*, *DNotZ* 2012, 577 (579, 588); *Herresthal*, *ZIP* 2014, 345 (353); *Münch*, in: *MüKo ZPO*, § 1066 Rn. 15; *Reichert*, in: *FS Ulmer* 2003, 511 (529); *Reichert/Harbarth*, *NZG* 2003, 379 (380); *Schlüter*, *Schiedsbindung von Organmitgliedern*, 138 ff.; *Thümmel*, in: *FS Schütze* 2014, 633 (641); *Umbeck*, *SchiedsVZ* 2009, 143 (145); *Voit*, in: *Musielak/Voit ZPO*, § 1031 Rn. 9; *Werner*, *NZG* 2023, 458 (459). Anders nur *Thümmel*, in: *FS Geimer* 2002, 1331 (1337). Vgl. zum Vereinsrecht BGH, Urteil vom 02. April 2000, Az. II ZR 373/98, *MDR* 2000, 777. Zum Streit im Personengesellschaftsrecht vgl. *Habersack*, *SchiedsVZ* 2003, 241 (242).

⁷⁸⁵ *Habersack/Wasserbäch*, *AG* 2016, 2 (6); *Münch*, in: *MüKo ZPO*, § 1066 Rn. 15. Bei dem Verweis des § 1066 ZPO handele es sich lediglich um einen Rechtsfolgenverweis, *Habersack/Wasserbäch*, *AG* 2016, 2 (6).

Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Vereinsrecht⁷⁸⁶ konsequent.⁷⁸⁷ Zudem sei den Schutzanforderungen des § 1031 ZPO mit Blick auf die Formanforderungen der Satzung der Aktiengesellschaft ebenso wie dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit ausreichend Rechnung getragen.⁷⁸⁸ Dies zeige sich unter anderem in der generellen Möglichkeit, die Schriftform stets durch die notarielle Beurkundung zu ersetzen.⁷⁸⁹ Darüber hinaus passten die §§ 1029 ff. ZPO ohnehin nicht auf die Interessenlage bei statuarischen Schiedsklauseln.⁷⁹⁰

b. Die Schranke des § 138 BGB

Mehr noch als über Schiedsklauseln in der Satzung der Aktiengesellschaft wurde in den vergangenen Jahren darüber diskutiert, ob Schiedsklauseln zu Beschlussmängelstreitigkeiten in die Satzung einer GmbH aufgenommen werden dürfen. Deren Zulässigkeit wurde vom Bundesgerichtshof bejaht.⁷⁹¹ Er entwickelte jedoch strikte Voraussetzungen für die Gestaltung dieser Klauseln. Teilweise wird angenommen, dass diese Grundsätze auf die Aktiengesellschaft Anwendung finden müssten und einer nachträglich eingeführten Schiedsklausel entgegenstünden.⁷⁹²

aa. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Der Bundesgerichtshof nimmt in Bezug auf Beschlussmängelstreitigkeiten⁷⁹³ an, dass statuarische Schiedsklauseln nach Maßgabe des § 138 BGB nur unter sehr engen Voraussetzungen Wirksamkeit beanspruchen könnten. Denn nur so könne die Gleichwertigkeit des Schiedsverfahrens zu den staatlichen Verfahren sichergestellt werden, was wegen des besonderen Eingriffs in die Rechtsschutzmöglichkeiten im Beschlussmängelrecht aufgrund der potentiellen Rechtskrafterstreckung nach §§ 248 f. AktG erforderlich sei.⁷⁹⁴ Deshalb sei ein einstimmiger Beschluss

⁷⁸⁶ BGH, Urteil vom 02. April 2000, Az. II ZR 373/98, MDR 2000, 777.

⁷⁸⁷ Vgl. *Althammer*, in: Zöllner ZPO, § 1066 Rn. 2.

⁷⁸⁸ *Althammer*, in: Zöllner ZPO, § 1066 Rn. 2; *Herresthal*, ZIP 2014, 345 (353). Vgl. auch *Saenger*, in: *Saenger ZPO*, § 1031 Rn. 9 ff.

⁷⁸⁹ *Herresthal*, ZIP 2014, 345 (353); *Saenger*, in: *Saenger ZPO*, § 1031 Rn. 9 ff.

⁷⁹⁰ *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 139 f.

⁷⁹¹ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221.

⁷⁹² Dazu sogleich.

⁷⁹³ Für andere Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis sollen die folgenden Grundsätze laut Bundesgerichtshof ausdrücklich nicht gelten, BGH, Beschluss vom 16. April 2015, Az. I ZB 3/14, NJW 2015, 3234.

⁷⁹⁴ BGH, Beschluss vom 16. April 2015, Az. I ZB 3/14, NJW 2015, 3234 (3235); Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (228). Der Bundesgerichtshof kehrt dabei ausdrücklich von seiner ursprünglichen Ansicht aus dem Jahr 1996 ab. Damals hielt er Schiedsklauseln schon aus

unter Beteiligung aller Gesellschafter bei der Einführung der Schiedsklausel zu fordern. Die bloße Austrittsmöglichkeit genüge nicht.⁷⁹⁵ Weiterhin müsse jeder Gesellschafter über den Verfahrensgang durch die Gesellschaft informiert werden, um beitreten zu können.⁷⁹⁶ Die Nebenintervention müsse stets möglich sein.⁷⁹⁷ Ferner sollten alle Gesellschafter die Möglichkeit haben, bei der Richterbestimmung mitzuwirken.⁷⁹⁸ Und zuletzt müssten in Entsprechung zum Mechanismus des § 246 Abs. 3 AktG alle Streitigkeiten bezüglich des Beschlusses an einem Schiedsgericht konzentriert werden.⁷⁹⁹ Diese zur GmbH entwickelten Grundsätze wendet der Bundesgerichtshof inzwischen auch auf Beschlussmängelklagen im Personengesellschaftsrecht an.⁸⁰⁰ Zur Anwendbarkeit auf die Aktiengesellschaft wurde bisher keine Stellung genommen.

bb. Übertragbarkeit auf die Aktiengesellschaft

Dennoch werden diese Grundsätze von der Literatur teilweise auf die Aktiengesellschaft übertragen. Dies dürfe jedoch nicht ohne genaue Prüfung jeder einzelnen Voraussetzung des Bundesgerichtshofes erfolgen, da die Grundsätze zur Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten mit besonderem Augenmerk auf das personalistische Gepräge der GmbH entwickelt worden seien.⁸⁰¹ Indessen gebiete namentlich der Anlegerschutz, dass eine Schiedsklausel gleichwohl sämtliche vom Bundesgerichtshof aufgestellten Erfordernisse berücksichtigen müsse, um einen ausreichenden Schutz zu gewährleisten.⁸⁰²

aktienrechtlichen Gründen im Beschlussmängelrecht für unzulässig, BGH, Urteil vom 29. März 1996, Az. II ZR 124/95, BGHZ 132, 278.

⁷⁹⁵ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (228). Zum Vereinsrecht BGH, Urteil vom 03. April 2000, Az. II ZR 373/98, NJW 2000, 1713.

⁷⁹⁶ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (228).

⁷⁹⁷ Vgl. dazu auch *Göz/Peitsmeyer*, DB 2009, 1915 (1916).

⁷⁹⁸ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (229); Zu Mehrheitserfordernissen vgl. *Albrecht*, NZG 2010, 486 (488); *Goette*, GWR 2009, 103 (105).

⁷⁹⁹ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (229).

⁸⁰⁰ BGH, Beschluss vom 23. September 2021, Az. I ZB 13/21, NZG 2022, 264; Beschluss vom 06. April 2017, Az. I ZB 23/16, WM 2017, 961. Vgl. Dazu auch *Borris/Schenk-Busch*, NZG 2022, 259.

⁸⁰¹ *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 204.

⁸⁰² *Mock*, in: FS Meilicke 2010, 489 (494).

Bei der Schiedsrichterbestellung müsse deshalb für die potentiellen Parteien des Prozesses auch bei der Aktiengesellschaft zumindest die Möglichkeit einer Mitwirkung bestehen.⁸⁰³ Ferner sei die Wirkung der Konzentrationsmaxime im Schiedsverfahren durch entsprechende Gestaltung der Schiedsklausel herbeizuführen.⁸⁰⁴ Ebenso sei es erforderlich, dass die Beteiligungsmöglichkeiten Dritter denjenigen bei staatlichen Rechtsstreitigkeiten entsprechen.⁸⁰⁵ Die dazu erforderliche Informationsweitergabe an die potentiellen Nebenintervenienten sei durch den anwendbaren § 246 Abs. 4 AktG gewährleistet.⁸⁰⁶ Ergänzend folge ein Anspruch auf Unterrichtung über das Verfahren unmittelbar aus Art. 103 Abs. 1 GG.⁸⁰⁷ Darüber hinaus sei die Rechtskraftwirkung bei Beschlussmängelstreitigkeiten entsprechend derjenigen bei Verfahren vor den staatlichen Gerichten auszugestalten. Dies sei unproblematisch, wenn alle potentiell von der Rechtskrafterstreckung betroffenen Personen die Möglichkeit hatten, Einfluss auf die Entscheidung zu nehmen.⁸⁰⁸

Zuletzt wird angenommen, dass ein einstimmiger Beschluss bei der Einführung der Schiedsklausel zu fordern sei.⁸⁰⁹ Dies ergebe sich daraus, dass das Schiedsgericht seine Gewalt aus der Parteiunterwerfung generiere.⁸¹⁰ Namentlich bei Satzungsänderungen folge ein Zustimmungserfordernis aller Gesellschafter daraus, dass das Recht auf staatliche Gerichtsbarkeit zum Kernbereich der Mitgliedschaft gehöre, sodass Eingriffe in dieses Recht nicht dem Mehrheitsprinzip unterworfen seien.⁸¹¹ Gleichzeitig gebiete der Justizgewährleistungsanspruch eine entsprechende Zustimmung der Betroffenen.⁸¹² Dem wird entgegengehalten, aufgrund

⁸⁰³ *Borris*, NZG 2010, 481 (484). Dazu ausführlich *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (278 ff., 295 ff.).

⁸⁰⁴ *Borris*, NZG 2010, 481 (484); *Ebbing*, NZG 1998, 281 (286).

⁸⁰⁵ *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (292); *Vollmer*, ZGR 1982, 15 (39).

⁸⁰⁶ *Borris*, NZG 2010, 481 (484); *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (290).

⁸⁰⁷ *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (291).

⁸⁰⁸ *Vollmer*, ZGR 1982, 15 (40). Ähnlich *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (272).

⁸⁰⁹ *Albrecht*, NZG 2010, 486 (486 f.); *Reichert/Harbarth*, NZG 2003, 379 (380); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 165 f. Zur GmbH *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577 (598 f.). Zum Verein BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221. A.A. OLG München, Urteil vom 09. Februar 1999, Az. 30 U 709/97, NZG 1999, 780 (781). In Einzelfällen könne ein Zustimmungszwang aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht folgen, *Göz/Peitsmeyer*, DB 2009, 1915 (1918). Diskutiert wird zudem, ob die Änderung einer bislang unwirksamen Schiedsklausel in eine wirksame ebenfalls Einstimmigkeit erfordert, *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577 (596).

⁸¹⁰ *Albrecht*, NZG 2010, 486 (486).

⁸¹¹ *Albrecht*, NZG 2010, 486 (487); *K. Schmidt*, BB 2001, 1857 (1861); *Reichert/Harbarth*, NZG 2003, 379 (380 f.); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 165 ff.

⁸¹² *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 165.

der grundsätzlichen Gleichwertigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens zur staatlichen Gerichtsbarkeit, sei der Kernbereich der Mitgliedschaft nicht betroffen.⁸¹³ Darüber hinaus werde der Kernbereich der Mitgliedschaft im Aktienrecht durch die Satzungsstrenge gegen statuarische Eingriffe geschützt. Sofern die Satzungsstrenge demnach nicht berührt sei, könne auch kein Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft vorliegen, weshalb eine einstimmige Entscheidung nicht erforderlich sei.⁸¹⁴

2. Erfordernis eines freiwilligen Unterwerfungsaktes

Über das Einstimmigkeitserfordernis des Bundesgerichtshofes hinaus wird für eintretende Gesellschafter oder Organe von Teilen der Literatur ein freiwilliger Unterwerfungsakt unter die Schiedsklausel gefordert, um so dem Umstand Rechnung zu tragen, dass über die Dauer der Aktiengesellschaft die Gesellschaftsstruktur nicht stets gleichbleibend ist.⁸¹⁵ Ein solcher Unterwerfungsakt wird überwiegend darin gesehen, dass mit Eintritt in die Gesellschaft zugleich der Wille geäußert werde, sich den Satzungsbestimmungen zu unterwerfen.⁸¹⁶ Da die Satzung frei zugänglich sei und somit eine hinreichende Informationsgrundlage zur Verfügung stehe, müsse dies als ausreichende Einwilligung angesehen werden.⁸¹⁷ So seien auch die Organe einer Aktiengesellschaft, unabhängig von einer Mitwirkung, an die Satzung als Verfassung der Aktiengesellschaft gebunden.⁸¹⁸ Teilweise wird mit Verweis auf § 1066 ZPO ein freiwilliger Unterwerfungsakt sogar als entbehrlich angesehen, da das Verbandsrecht dieses Zustimmungserfordernis überbrücke.⁸¹⁹ Differenzierend nimmt Schlüter an, dass eine Zustimmung der Organmitglieder im

⁸¹³ *Borris*, NZG 2010, 481 (483); *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (8).

⁸¹⁴ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (8); *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 171.

⁸¹⁵ *Albrecht*, NZG 2010, 486 (486 f.); *Lüneborg*, in: Hölters/Weber AktG, § 93 Rn. 333 f.; *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 166 f. Zum Vereinsrecht *Haas*, ZGR 2001, 325 (341). Dagegen *Ebbing*, NZG 2000, 898.

⁸¹⁶ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (7); *Herresthal*, ZIP 2014, 345 (347); *Leuring*, NJW 2014, 657 (657); *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 127; *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143 (144). Es ist jedoch umstritten, ob hierfür stets Kenntnis erforderlich ist. Vgl. *Lüneborg*, in: Hölters/Weber AktG, § 93 Rn. 333, die auf „[E]rkennbar[keit]“ abstellen. In diesem Zusammenhang bezeichnet Schröder die Einsichtnahme als unrealistisch, die Kenntnis aber auch als nicht erforderlich, *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 128 f.

⁸¹⁷ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (7).

⁸¹⁸ *Lutter*, in: FS Quack 1991, 301 (308).

⁸¹⁹ *Ebbing*, NZG 2000, 898; *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (7); *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577 (576).

Fall der nachträglichen Einführung der Schiedsklausel in die Satzung erforderlich sei, da in diesem Fall keine faktische Unterwerfung unter eben diese Satzungsbestimmung vorläge.⁸²⁰ Demgegenüber wird angenommen, dass lediglich die Unterwerfung von Streitigkeiten unter die Schiedsgerichtsbarkeit, die nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis folgen und individualrechtlichen Charakter haben, an die Zustimmung der betroffenen Organmitgliedern gebunden sei.⁸²¹

3. Aktienrechtliche Schranken

Der Grundsatz der Satzungsstrenge für sich genommen steht nach teilweise vertretenen Ansicht der allgemeinen Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten nicht entgegen. Denn sofern lediglich die Kontrolle der Einhaltung zwingenden Rechts den Schiedsgerichten zugeordnet werde, blieben sowohl die Organisationsstruktur als auch die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft unberührt.⁸²² Darüber hinaus seien die Zwecke der Satzungsstrenge nicht betroffen, da weder die Rechtssicherheit einen Schaden nehme, noch der Anlegerschutz durch die Verlagerung der Rechtsstreitigkeiten auf die Schiedsgerichte betroffen sei.⁸²³ Lüke/Blenske vertreten dabei die Ansicht, dass das Verfahrensrecht der Zivilprozessordnung die aktienrechtlichen Schranken im Wege der Spezialität ohnehin verdrängen würde, sodass es auf die Erwägungen zur Satzungsstrenge letztlich nicht ankäme.⁸²⁴ Dagegen wird vorgebracht, dass die Vorschriften der Zivilprozessordnung und insbesondere § 1066 ZPO auf die Vorschriften des Aktiengesetzes verweisen würden, womit gerade die Vorschriften des Aktiengesetzes entscheidend seien.⁸²⁵ Namentlich in der Kommentarliteratur findet sich dabei die verbreitete Ansicht, dass Schiedsklauseln zulässig seien, soweit nicht der Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten im Aktiengesetz vorgesehen sei.⁸²⁶ Deshalb sei

⁸²⁰ *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 171 ff.

⁸²¹ *Rodloff*, DStR 1997, 1408 (1411).

⁸²² *Riegger/Wilske*, ZGR 2010, 733 (749); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 203; *Vollmer*, ZGR 1982, 15 (30). Vgl. zu der Frage, ob ein Schiedsgericht im Gesellschaftsrecht zu einer Entscheidung über zwingendes Recht befugt ist, BGH, Urteil vom 19. Juli 2004, Az. II ZR 65/03, NZG 2004, 905 (907). Diese Frage wird im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofes inzwischen einhellig bejaht.

⁸²³ *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (258). A.A. *Reichert*, in: FS Ulmer 2003, 511 (530).

⁸²⁴ *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253 (259).

⁸²⁵ *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 202.

⁸²⁶ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 156; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 43; *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 225; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.10; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 41. Ebenso *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 204; *Westermann*, in: Schiedsgerichtsbarkeit 1996, 31

eine Schiedsklausel in Bezug auf Streitigkeiten über die Einlageforderung oder eine Vertragsstrafe zulässig, während die Geltendmachung von Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen von Hauptversammlungsbeschlüssen nicht zulässig sei.⁸²⁷ Insoweit bildeten die § 241 ff. AktG abschließende Regelungen von denen nicht abgewichen werden dürfe.⁸²⁸ Schon daran wird erkennbar, dass sehr differenzierte Ansichten zur Zulässigkeit von Schiedsklauseln hinsichtlich Beschlussmängelstreitigkeiten, Besetzungstreitigkeiten und Haftungstreitigkeiten der Organe bestehen, die streng voneinander abzugrenzen sind.

a. Beschlussmängelstreitigkeiten

Aktienrechtliche Hindernisse der Zulässigkeit statuarischer Schiedsklauseln zu Beschlussmängelstreitigkeiten werden in den Vorschriften der §§ 243 ff. AktG gesehen.⁸²⁹

Dabei wird § 246 Abs. 3 AktG gegen die aktienrechtliche Zulässigkeit angeführt, welche die zwingende Zuweisung der Streitigkeiten an die staatlichen Gerichte vorsehe.⁸³⁰ Diese Auslegung gebiete eine Gesamtschau der §§ 243 ff. AktG, deren Zweck es sei, den Aktionären Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten zu garantieren.⁸³¹ Eine Schiedsklausel bedeute deshalb eine unzulässige Abweichung gemäß § 23 Abs. 5 S. 1 AktG zu dieser Vorschrift.⁸³² Insoweit bestehe ein Unterschied zum Recht der GmbH.⁸³³ Dem wird entgegengehalten, dass entsprechend den Ausführungen des Bundesgerichtshofes zu Schiedsklauseln bei der GmbH⁸³⁴ § 246 Abs. 3 AktG lediglich die örtliche und sachliche Zuständigkeit regle. Eine Zuweisung an die staatlichen Gerichte enthalte die Vorschrift demgegenüber

(46). Schlüter verweist dabei namentlich auf die §§ 147 Abs. 2 S. 1, 148 Abs. 3, 4, 5, 246 Abs. 2 S. 5, 248 Abs. 1 S. 1 AktG, *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 204.

⁸²⁷ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 167; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 1.10.

⁸²⁸ *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 225.

⁸²⁹ Schröder erwägt einen Verstoß gegen die Vorschriften zur Streitwertspaltung in § 247 Abs. 2 AktG i.V.m. § 23 Abs. 5 AktG, kommt jedoch richtigerweise zu dem Schluss, dass sich diese Regelungsanordnungen auch im Schiedsverfahren verwirklichen lassen, *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 148 ff.

⁸³⁰ *K. Schmidt*, BB 2001, 1857 (1861); *K. Schmidt*, AG 1995, 551 (553); *K. Schmidt*, ZGR 1988, 523 (537). Ähnlich *Göz/Peitsmeyer*, DB 2009, 1915 (1916).

⁸³¹ *K. Schmidt*, BB 2001, 1857 (1861).

⁸³² *Ehmann*, in: Grigoleit AktG, § 246 Rn. 28; *Reichert*, in: FS Ulmer 2003, 511 (531); *K. Schmidt*, AG 1995, 551 (553); *K. Schmidt*, ZGR 1988, 523 (537). Ähnlich *Westermann*, in: Schiedsgerichtsbarkeit 1996, 31 (46).

⁸³³ *K. Schmidt*, AG 1995, 551 (553); *K. Schmidt*, ZGR 1988, 523 (537).

⁸³⁴ BGH, Urteil vom 29. März 1996, Az. II ZR 124/95, BGHZ 132, 278 (281).

nicht.⁸³⁵ Denn eine solche Zuweisung würde insbesondere dem Zweck der §§ 1029 ff. ZPO widersprechen. Kein Gesetz kenne eine generelle Zuordnung zu staatlichen Gerichten.⁸³⁶ Daran ändere sich auch dann nichts, wenn § 23 Abs. 5 AktG bei der Beurteilung ergänzend herangezogen werde, da eine Abweichung jedenfalls nicht vorliege.⁸³⁷

Teilweise wird jedoch angenommen, dass durch die Schiedsklausel von der Anordnung der Rechtskrafterstreckung in Beschlussmängelstreitigkeiten nach §§ 248 Abs. 1 S. 1, 249 Abs. 1 S. 1 AktG durch die Verlagerung auf Schiedsgerichte abgewichen werde. Der dadurch verminderte Schutz der am Verfahren nicht beteiligten Dritten sei nicht hinnehmbar.⁸³⁸ Jede Verfahrensregel über den Klageweg diene dabei dem Minderheitenschutz. Dementsprechend würde jede verfahrensregelnde Satzungsbestimmung eine Abweichung von diesem Schutzniveau darstellen.⁸³⁹ Dagegen wird eingewandt, dass der Bundesgerichtshof zum Beschlussmängelrecht der GmbH festgestellt habe, dass die §§ 248 Abs. 1 S. 1, 249 Abs. 1 S. 1 AktG in analoger Anwendung auch für Schiedssprüche gelten.⁸⁴⁰ Dies müsse für die Aktiengesellschaft, für welche die Vorschriften grundsätzlich unmittelbar Anwendung finden, in gleichem Maße gelten.⁸⁴¹ Der Begriff des „Urteils“ in den §§ 248, 249 AktG könne zudem so ausgelegt werden, dass Schiedssprüche als Urteile im Sinne dieser Vorschriften zu verstehen seien. Einer analogen Anwendung bedürfe es dann nicht.⁸⁴² Schutzdefizite der am Verfahren nicht beteiligten Dritten bestünden bei der staatlichen Gerichtsbarkeit in gleichem Maße wie vor

⁸³⁵ *Bork*, ZHR 160 (1996), 374 (376); *Borris*, NZG 2010, 481 (482); *Ebbing*, NZG 1998, 281 (285); *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577 (586); *Mock*, in: FS Meilicke 2010, 489 (494); *Rieger/Wilske*, ZGR 2010, 733 (749); *Zöllner*, AG 2000, 145 (150). Eine Ausführliche Auslegung zu diesem Ergebnis findet sich bei *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 136 ff.

⁸³⁶ *Mock*, in: FS Meilicke 2010, 489 (494). Vgl. auch *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 136 ff.

⁸³⁷ *Bork*, ZHR 160 (1996), 374 (377).

⁸³⁸ *Bork*, ZHR 160 (1996), 374 (380).

⁸³⁹ *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 204.

⁸⁴⁰ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (227).

⁸⁴¹ *Ebbing*, NZG 1998, 281 (285); *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577 (586); *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 155, 221 ff.

⁸⁴² Vgl. *Schäfer*, in: MüKo AktG, § 248 Rn. 9.

Schiedsgerichten, seien aber zugunsten erhöhter Rechtssicherheit hinzunehmen.⁸⁴³ Im Übrigen könne eine Rechtskraft erstreckende Wirkung auch durch Satzungsgestaltung erreicht werden.⁸⁴⁴

b. Besetzungstreitigkeiten

Die zweite Gruppe von Streitgegenständen, gegen deren Schiedsfähigkeit in der Literatur Einwände erhoben werden, sind Streitigkeiten, die sich mit der Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern befassen.

Zwar wird im Einklang mit der überwiegend befürworteten Auslegung des § 246 Abs. 3 AktG grundsätzlich angenommen, dass Besetzungstreitigkeiten nicht zwingend der staatlichen Gerichtsbarkeit zugeordnet werden, sodass eine Schiedsklausel keine Abweichung von § 98 Abs. 1 AktG bedeute.⁸⁴⁵ Allerdings werde durch die Verlagerung der Streitigkeiten über den Bestand des Organverhältnisses auf die Schiedsgerichte die Zuständigkeitsregelung des § 84 Abs. 1 S. 1 AktG unterlaufen,⁸⁴⁶ welche die Personalkompetenz des Aufsichtsrates für die Bestellung des Vorstandes normiert. Eine solche Verlagerung verstoße gegen die nach § 23 Abs. 5 AktG zwingende Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft.⁸⁴⁷ Es werde mit dem Schiedsgericht eine Art viertes Organ der Aktiengesellschaft geschaffen.⁸⁴⁸ Eine Satzungsbestimmung, die eine entsprechende Ermächtigung des Schiedsgerichtes enthalte, stelle folglich eine unzulässige Abweichung nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG dar.⁸⁴⁹

⁸⁴³ *Ebbing*, NZG 1998, 281 (286).

⁸⁴⁴ *Zöllner*, AG 2000, 145 (151).

⁸⁴⁵ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (11); *Papmehl*, Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, 155.

⁸⁴⁶ *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288 (312).

⁸⁴⁷ Vgl. *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 133.

⁸⁴⁸ *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288 (312).

⁸⁴⁹ *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), 288 (313).

Nach der Gegenansicht wird nicht die Personalkompetenz auf das Schiedsgericht übertragen, sondern lediglich die Entscheidung über die Gesetzmäßigkeit der Bestellung.⁸⁵⁰ Insoweit kontrolliere das Schiedsgericht ebenso wie ein staatliches Gericht lediglich die Rechtmäßigkeit der Aufsichtsratsentscheidung.⁸⁵¹ Dies sei insbesondere daran zu erkennen, dass das Schiedsgericht anders als der Aufsichtsrat keine Ermessensentscheidung vornehme.⁸⁵² Abweichendes gelte dann, wenn eine Billigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts hinsichtlich der Besetzungsstreitigkeiten zugelassen würde. Denn dann werde eine Ermessensentscheidung vom Schiedsgericht vorgenommen, die eine unternehmerische Entscheidung darstellen würde. In diesem Fall läge ausnahmsweise doch ein unzulässiger Eingriff in die Kompetenzverteilung der Organe vor.⁸⁵³

Anders als die Besetzungsstreitigkeiten bezüglich des Vorstandes werden Streitigkeiten um die Bestellung und Abberufung des Aufsichtsrates weit überwiegend als unproblematisch hinsichtlich ihrer Schiedsfähigkeit angesehen.⁸⁵⁴ Lediglich Schlüter ist der Ansicht, dass die gerichtliche Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern gemäß § 103 Abs. 3 S. 1 AktG ausschließlich durch die staatlichen Gerichte erfolgen dürfe. Dies ergebe sich zum einen aus dem Wortlaut der Vorschrift, die von „Gericht“ spreche, und zum anderen aus den aktienrechtlichen Verfahrensregelungen in § 103 Abs. 3 S. 3 und 4 AktG.⁸⁵⁵ Schiedsklauseln, die diese Streitigkeiten betreffen, seien deshalb als unzulässige Abweichung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG zu klassifizieren.⁸⁵⁶

c. Haftungsstreitigkeiten

In Bezug auf Haftungsstreitigkeiten der Aktiengesellschaft mit den Organmitgliedern wird von der ganz herrschenden Ansicht eine Schranke der Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen zu schiedsgerichtlichen Verfahren in den §§ 93 Abs. 4

⁸⁵⁰ *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (682); *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (11); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 203; *Vollmer*, ZGR 1982, 15 (31).

⁸⁵¹ *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 203; *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 159.

⁸⁵² *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (682). Siehe auch *Papmehl*, Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, 155; *Vollmer*, ZGR 1982, 15 (31).

⁸⁵³ *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 160 f. Schröder nimmt entsprechendes auch für Billigkeitsentscheidungen im Rahmen von Beschlussmängelstreitigkeiten an, *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 147.

⁸⁵⁴ Vgl. dazu *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (11 f.).

⁸⁵⁵ *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 206 f.

⁸⁵⁶ *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 207.

S. 3, 116 AktG gesehen.⁸⁵⁷ In diesen Vorschriften werden für Organhaftungsansprüche Verzichts- und Vergleichsschranken aufgestellt. Dadurch sei die Möglichkeit versperrt, eine Ermächtigung nach den §§ 1051 Abs. 3 S. 1, 1053 ZPO in der Schiedsklausel vorzusehen, wonach Schiedssprüche mit einer Entscheidung nach Billigkeit oder Schiedssprüche mit vereinbartem Wortlaut ergehen dürften. Die Ermächtigung hierzu käme einem Verzicht gleich und werde damit in § 93 Abs. 4 S. 3 AktG ausdrücklich untersagt.⁸⁵⁸

d. Klageerzwingungsverfahren

In engem Zusammenhang mit Haftungsstreitigkeiten ist das Klageerzwingungsverfahren gemäß § 148 AktG zu sehen. Erneut werden Bedenken gegen die Zuweisung dieses Verfahrens an die Schiedsgerichte durch Satzungsbestimmung geäußert. Diese liegen nicht in der Zuständigkeitsregelung des § 148 Abs. 2 S. 1 AktG. Denn wegen der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit⁸⁵⁹ gebe es keinen sachlichen Grund dafür, § 148 AktG abweichend von § 246 Abs. 3 AktG auszulegen.⁸⁶⁰ Dementsprechend sei das Klageerzwingungsverfahren ebenso wie das Klageverfahren nicht ausschließlich der staatlichen Gerichtsbarkeit zugeordnet.⁸⁶¹ Ferner sei das Erfordernis der Beteiligung von bisherigen Antragstellern oder Klägern aus § 148 Abs. 3 S. 3 AktG am Klageerzwingungsverfahren, welche im Schiedsverfahren nicht ohne Zustimmung der Parteien erfolgen könne, kein Hindernis der Schiedsfähigkeit von Klageerzwingungsverfahren.⁸⁶² Den Anforderungen des § 148 Abs. 3 S. 3. AktG könne vielmehr durch eine entsprechende Ausgestaltung der Satzungsbestimmung genügt werden.⁸⁶³ Einzig zu beachten sei, dass nach der Intention des § 148 Abs. 4 S. 1 AktG zwingend das Klagezulassungsverfahren und das Klageverfahren vor demselben Gericht durchzuführen seien. Schiedsklauseln die diese Wirkung ausschließen, seien folglich

⁸⁵⁷ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (12); *Scholz/Weiß*, AG 2015, 523 (523 ff.). Siehe aber *Wilske/Markert*, in: BeckOK ZPO, § 1051 Rn. 12.3.

⁸⁵⁸ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (12); *Scholz/Weiß*, AG 2015, 523 (523 ff.); *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 160.

⁸⁵⁹ *Mock*, in: FS Meilicke 2010, 489 (494); *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143 (147).

⁸⁶⁰ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (12). Insbesondere darf aus dem zwingenden Charakter des Aktienrechts nichts Gegenteiliges gefolgert werden, *Mock*, in: FS Meilicke 2010, 489 (494).

⁸⁶¹ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (12 f.); *Mock*, in: FS Meilicke 2010, 489 (506).

⁸⁶² *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (13).

⁸⁶³ Schlüter hingegen nimmt an, dass eine entsprechende Ausgestaltung dieses Problem nicht beheben kann. Vielmehr sei schon das Vorliegen dieser Verfahrensregel der Grund dafür, dass eine entsprechende Satzungsbestimmung eine Abweichung darstelle, *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 210 ff.

als Abweichung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG zu klassifizieren.⁸⁶⁴ Im Übrigen sei eine Schiedsklausel generell als zulässige Ergänzung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG anzusehen.⁸⁶⁵

II. Streitentscheid

Es wird bis hierher deutlich, dass die Frage der Zulässigkeit von Schiedsklauseln in der Satzung der Aktiengesellschaft nicht pauschal beantwortet werden kann. Vielmehr ist eine Unterteilung in zahlreiche potentielle Streitstände vorzunehmen, bei denen jeweils einzeln untersucht werden muss, inwieweit die Vorschriften des Aktiengesetzes oder die allgemeinen Gesetze einer Zuweisung an die Schiedsgerichte in der Satzung entgegenstehen. Dabei soll es genügen, die bisher in der Literatur diskutierten Streitgegenstände der Beschlussmängelstreitigkeiten, der Streitigkeiten aus dem Organverhältnis, der Haftungsstreitigkeiten und des Klageerzwingungsverfahrens näher zu beleuchten. Dabei ist zunächst das Erfordernis eines freiwilligen Unterwerfungsaktes unter die Satzung zu beleuchten. Sodann kann die dargestellte Herangehensweise zur Bestimmung der Zulässigkeit von Ergänzungen zum Aktiengesetzes in der Satzung der Aktiengesellschaft mittels der herausgearbeiteten Definition der abschließenden Regelung einen Streitentscheid liefern.

1. Freiwilliger Unterwerfungsakt

Die Forderung eines freiwilligen Unterwerfungsaktes der von der Schiedsklausel betroffenen Personen kann nicht als echtes Wirksamkeitserfordernis der Satzungsbestimmung angesehen werden. Es geht hier vielmehr darum, ob auch die Organe an eine entsprechende Satzungsbestimmung gebunden sind, obwohl sie bei ihrer Konstituierung nicht aktiv beteiligt sind. Dabei ist der Ansicht der Vorzug einzuräumen, die von der Entbehrlichkeit eines solchen Unterwerfungsaktes ausgeht, weil eine fehlende individuelle Unterwerfung unter eine Schiedsklausel durch das Verbandsrecht überbrückt wird.⁸⁶⁶ Denn es ist gerade ein Charakteristikum des Kapitalgesellschaftsrechts, dass alle Beteiligten der Gesellschaft der Satzung unterworfen werden, selbst wenn sie zu einer konkreten Satzungsbestimmung keine Zustimmung gegeben haben. Die Konstruktion eines freiwilligen Unterwerfungsaktes, der gerade nicht gesetzlich vorgesehen ist, läuft dieser Systematik

⁸⁶⁴ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (13); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 210, 213.

⁸⁶⁵ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (12).

⁸⁶⁶ Siehe insbesondere *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (7).

entgegen. Jedenfalls im Recht der Aktiengesellschaft können dadurch keine Unbilligkeiten entstehen, da § 23 Abs. 5 AktG diese ausschließt. Ferner bedarf es eines freiwilligen Unterwerfungsaktes unter die Satzung hinsichtlich des schiedsgerichtlichen Verfahrens nicht, weil dieses der staatlichen Gerichtsbarkeit grundsätzlich gleichwertig ist.⁸⁶⁷ Das verbandsrechtlich Gebotene bedarf daher keiner Korrektur aus Schutzaspekten oder Billigkeitsgesichtspunkten. Ein freiwilliger Unterwerfungsakt unter die Schiedsklausel darf folglich nicht gefordert werden.

2. Aktienrechtliche Schranken

Entscheidend für die Zulässigkeit von Schiedsklauseln in der Satzung der Aktiengesellschaft ist die Satzungsstrenge, obwohl sie im Meinungsstand eine nur untergeordnete Rolle spielt. § 23 Abs. 5 AktG ist die zentrale Norm für die Beurteilung der Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen. Auch die Schranken der allgemeinen Gesetze fließen hier hinein. Denn wie bereits mehrfach festgestellt wurde, bilden nicht nur die abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes, sondern auch die allgemeinen Gesetze die Grenze für statuarische Ergänzungen. Vorrangig stellt sich aber die Frage, ob Schiedsklauseln schon deshalb unzulässig sind, weil sie nicht zugelassene Abweichungen zum Aktiengesetz darstellen.

a. Gesetz im Sinne des § 23 Abs. 5 AktG

Im ersten Schritt müssen die von Schiedsklauseln betroffenen Vorschriften des Aktiengesetzes herausgearbeitet werden, um eine Zuordnung der Klauseln unter die Begriffe der Abweichung oder Ergänzung zu erreichen. Je nach der Art des Streitgegenstandes unterscheiden sich die betroffenen Vorschriften erheblich. Im Rahmen von Beschlussmängelstreitigkeiten sind die §§ 246, 248 Abs. 1 S. 1, 249 Abs. 1 S. 1 AktG zu beleuchten, welche sich neben der Zuständigkeit des Landgerichts mit der Rechtskrafterstreckung von Beschlussmängelstreitigkeiten befassen. Bei Streitigkeiten um den Bestand des Organverhältnisses sind die §§ 84, 101 und 103 AktG betroffen, welche die Zuständigkeit für die Bestellung und Abberufung der Organe regeln. Zudem existiert mit § 98 Abs. 1 AktG eine Vorschrift über die gerichtliche Zuständigkeit. Bei Organhaftungsansprüchen können je nach Ausgestaltung der Satzungsklauseln die §§ 93 Abs. 4 S. 3, 116 AktG betroffen sein.⁸⁶⁸ Das Klageerzwingungsverfahren ist umfassend in § 148 AktG geregelt, der ebenfalls näher zu beleuchten ist. In Bezug auf diese Vorschriften ist zunächst fraglich,

⁸⁶⁷ Dazu *Althammer*, in: Zöller ZPO, Vorb. §§ 1025-1033 Rn. 1; *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (8); *Mock*, in: FS Meilicke 2010, 489 (494); *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 143; *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143 (147).

⁸⁶⁸ *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (12); *Leuring*, NJW 2014, 657 (657).

ob eine Schiedsklausel im Bereich einer Regelungslücke liegt oder ob eine Abweichung zum Aktiengesetz vorliegt. Die oben diskutierten Vorschriften der §§ 1029 ff. ZPO und § 138 BGB sind für diese Einteilung zunächst unerheblich, da nur das Aktiengesetz als Gesetz im Sinne dieser Vorschrift gilt.

b. Abweichungen

Eine unzulässige Abweichung vom Aktiengesetz – insbesondere von den §§ 93 Abs. 4 S. 3, 116 AktG – könnte eine Schiedsklausel dann sein, wenn sie Haftungsstreitigkeiten mit den Organen der Schiedsgerichtsbarkeit zuordnet und dabei entweder von der Ermächtigung des § 1051 Abs. 3 ZPO oder der Gestaltungsmöglichkeit des § 1053 ZPO Gebrauch macht. Darin ist zum einen die Entscheidung des Schiedsgerichts nach Billigkeit und zum anderen der Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut vorgesehen. Beide Vorschriften könnten als Verzicht oder Vergleich im Sinne des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zu werten sein und damit eine Abweichung darstellen. Eine Abweichung liegt vor, wenn die gesetzliche Regelung durch eine Satzungsklausel ersetzt wurde. Sie ist nur zulässig, wenn sie ausdrücklich durch Benennung im Wortlaut der Norm des Aktiengesetzes zugelassen ist. Nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG kann die Gesellschaft auf Ersatzansprüche erst drei Jahre nach ihrer Entstehung verzichten oder sich über sie vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt. Diese gesetzliche Anordnung wird bei einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut, der im Verfahren ohne Beteiligung der Hauptversammlung erklärt würde, unterlaufen, da es sich bei diesem Schiedsspruch faktisch um einen Vergleich handelt. Eine Billigkeitsentscheidung des Gerichts bedeutet demgegenüber potentiell einen Verzicht zumindest auf Teile des Anspruches nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Denn im Grunde wird das Schiedsgericht zur Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen befugt und entscheidet damit, getragen durch die Ermächtigung der Parteien, faktisch über die Höhe der Leistung. Eine Bindung an das geschriebene Recht besteht dabei grundsätzlich nicht.⁸⁶⁹ Erkennt das Schiedsgericht dementsprechend nicht den vollen Schadenersatzanspruch zu, obwohl dieser besteht, liegt damit eine Kürzung des Anspruches vor, der auf dem Willen der Parteien beruht. Dies stellt einen Verzicht dar, der nicht den Anforderungen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG entspricht. Auch in der Billigkeitsentscheidung läge folglich eine Abweichung zum Aktiengesetz. Entsprechende gesetzliche Zulassungen bestehen nicht. Mithin dürfen Schiedsklauseln wegen § 23 Abs. 5 S. 1

⁸⁶⁹ In diesem Sinne *Münch*, in: MüKo ZPO, § 1051 Rn. 66; *Voit*, in: Musielak/Voit ZPO, § 1051 Rn. 4 f.; *Wilske/Markert*, in: BeckOK ZPO, § 1051 Rn. 12.3.

AktG weder von der Billigkeitsentscheidung nach § 1051 Abs. 3 ZPO noch von einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut nach § 1053 ZPO Gebrauch machen.

c. Ergänzungen

Im Übrigen könnten die in der Literatur diskutierten Schiedsklauseln Ergänzungen zum Aktiengesetz darstellen. Eine Ergänzung liegt vor, wenn das Gesetz eine der Satzungsbestimmung entsprechende Regelung nicht enthält oder eine gesetzliche Regelung durch die Satzungsbestimmung dem Gedanken nach weitergeführt wird, im Grundsatz jedoch unberührt bleibt. Erforderlich ist damit, dass eine Regelungslücke besteht, die entweder ausdrücklich benannt wurde oder durch ein Schweigen des Gesetzes markiert wird.

aa. *Beschlussmängelstreitigkeiten*

Besonders umstritten ist die Zulässigkeit statuarischer Schiedsklauseln, welche die Entscheidung über die Beschlussmängelstreitigkeiten nach §§ 243 ff. AktG den Schiedsgerichten zuweisen und damit das Schiedsgericht dazu ermächtigen, Hauptversammlungsbeschlüsse aufzuheben oder für nichtig zu erklären.

1) *Regelungslücke*

Eine solche Satzungsbestimmung stellt eine Ergänzung dar, da sie in dem durch das Aktiengesetz nicht geregelten Bereich der Zuordnung von Streitigkeiten an die Schiedsgerichte liegt. Diesbezüglich ist zunächst klarzustellen, dass es sich entgegen der insbesondere von Schmidt⁸⁷⁰ vertretenen Ansicht nicht um eine Abweichung von der Zuständigkeitsregel des § 246 Abs. 3 AktG handelt. Insoweit ist dem Bundesgerichtshof zuzustimmen, der dies schon in seiner Schiedsfähigkeit I-Entscheidung⁸⁷¹ verneinte. Denn die Zuständigkeitsregeln des Aktiengesetzes regeln lediglich die sachliche und örtliche Zuständigkeit, wenn die staatlichen Gerichte überhaupt zuständig sind, während die Schiedsklausel die Zuständigkeit nichtstaatlicher Gerichte regelt. Wie schon Mock richtig erkannte, kennt kein Gesetz eine generelle Zuordnung zu staatlichen Gerichten.⁸⁷² Namentlich wegen der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit⁸⁷³ gibt es keinen

⁸⁷⁰ K. Schmidt, BB 2001, 1857 (1861); K. Schmidt, AG 1995, 551 (553); K. Schmidt, ZGR 1988, 523 (537).

⁸⁷¹ BGH, Urteil vom 29. März 1996, Az. II ZR 124/95, BGHZ 132, 278.

⁸⁷² Mock, in: FS Meilicke 2010, 489 (494); Schröder, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 136 ff. Vgl. auch BT-Drs 13/5274, 34 f.

⁸⁷³ Althammer, in: Zöller ZPO, Vorb. §§ 1025-1033 Rn. 1; Habersack/Wasserbäch, AG 2016, 2 (8); Mock, in: FS Meilicke 2010, 489 (494); Schröder, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 143; Umbeck, SchiedsVZ 2009, 143 (147).

sachlichen Grund dafür, die Vorschriften des Aktiengesetzes abweichend auszulegen. Folglich haben Schiedsklauseln keine Berührungspunkte mit den gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen, weshalb eine Ergänzung vorliegt.

Allerdings könnte durch die Schiedsklausel von der grundsätzlichen Rechtskrafterstreckung in Beschlussmängelstreitigkeiten nach §§ 248 Abs. 1 S. 1, 249 Abs. 1 S. 1 AktG abgewichen werden. Dies wäre der Fall, wenn die Satzung eine Rechtskrafterstreckung ausdrücklich ausschließen würde. Satzungsklauseln mit diesem Regelungsgehalt wären daher mangels ausdrücklicher Zulassung nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG unwirksam. Abseits dieses offensichtlichen Falles der Satzungs-gestaltung contra legem könnte indessen wiederum eine Ergänzung zum Aktien-gesetz vorliegen. Allerdings hat der Bundesgerichtshof zum Beschlussmängel-recht der GmbH festgestellt, dass die §§ 248 Abs. 1 S. 1, 249 Abs. 1 S. 1 AktG in analoger Anwendung auch für Schiedssprüche gelten.⁸⁷⁴ Dieser analogen Anwen-dung bedarf es im Aktienrecht nicht. Denn die §§ 248, 249 AktG finden Anwen-dung auf rechtskräftige Urteile. Als ein solches wirkt gemäß § 1055 ZPO auch der Schiedsspruch. Dies widerspricht nicht dem gesetzgeberischen Willen, der eine Anwendbarkeit auf Schiedssprüche ausdrücklich offenließ.⁸⁷⁵ Zudem entstehen durch die Anwendung der Vorschriften über die Rechtskrafterstreckung keine Schutzdefizite der Betroffenen gegenüber den Verfahren vor der staatlichen Ge-richtsbarkeit. Denn auch § 246 Abs. 4 AktG ist auf schiedsgerichtliche Verfahren anzuwenden,⁸⁷⁶ sodass eine ausreichende Information über die Streitigkeit ge-währleistet ist. Unter Schutzgesichtspunkten sind die §§ 248, 249 AktG demnach ebenfalls so auszulegen, dass sie unmittelbar auf Schiedsverfahren anzuwenden sind. Es bleibt damit schlicht bei der Anwendung dieser Vorschriften im Schieds-verfahren, sodass keine Regelungslücke besteht. Eine Ergänzung liegt folglich le-diglich hinsichtlich der Zuständigkeitsregelung des § 246 Abs. 3 AktG vor.

2) Allgemeine Gesetze

Der Zulässigkeit dieser Ergänzung könnten mit § 138 BGB zunächst die Schran-ken der allgemeinen Gesetze entgegenstehen. Das wäre der Fall, wenn die vom Bundesgerichtshof⁸⁷⁷ entwickelten Grundsätze zur Schiedsklausel in der Satzung

⁸⁷⁴ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (227).

⁸⁷⁵ BT-Drs. 13/5274, 35.

⁸⁷⁶ Dabei ist hinsichtlich der Gestaltung der Schiedsklausel die Regelungsanordnung des § 246 Abs. 4 S. 2 AktG zu verwirklichen. Dies ist jedoch ohnehin durch § 138 BGB geboten, sodass eine entgegengesetzte Gestaltung nicht als Abweichung diskutiert werden soll. Vgl. zur Möglichkeit der Nebenintervention im Beschlussmängelverfahren vor den Schiedsgerichten Seiten 185 ff.

⁸⁷⁷ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221.

der GmbH auf die Aktiengesellschaft übertragbar wären. Dabei ist im Ausgangspunkt davon auszugehen, dass nach dem Bundesgerichtshof Schiedsklauseln nach § 138 BGB nur unter engen Voraussetzungen zulässig sind, weil das schiedsgerichtliche Verfahren nur unter diesen Voraussetzungen mit dem staatlichen Verfahren gleichwertig ist.⁸⁷⁸ Gerade die Gleichwertigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens, ist aber für die Auslegung des § 246 Abs. 3 AktG entscheidend gewesen, sodass nur aufgrund einer Gleichwertigkeit nicht von einer generellen Zuweisung an die staatlichen Gerichte ausgegangen werden konnte. Dementsprechend muss zwingend die Gleichwertigkeit gewährleistet sein. Dies ist dem Bundesgerichtshof folgend mittels § 138 BGB zu erreichen. Dabei sind die Anforderungen an die Schiedsklausel der GmbH jedoch nicht mit denen bei der Aktiengesellschaft identisch.

Das Problem der Gleichwertigkeit des Verfahrens gründet in der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Rechtskrafterstreckung. Denn zum einen sind schiedsgerichtliche Verfahren grundsätzlich vertraulich, sodass die Gefahr besteht, dass auch jene an die Rechtskraftwirkung eines Schiedsspruches gebunden sind, die von dem Rechtsstreit keine Kenntnis hatten. Zum anderen ist im schiedsgerichtlichen Verfahren eine Nebenintervention grundsätzlich nicht vorgesehen, weshalb die Gefahr besteht, dass Aktionäre von der Rechtskrafterstreckung getroffen werden, die keine Möglichkeit hatten auf den Rechtsstreit Einfluss zu nehmen. Beides wäre unbillig und würde zu eklatanten Schutzdefiziten gegenüber dem staatlichen Verfahren führen. Allerdings gilt die Vertraulichkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens im Beschlussmängelrecht nicht uneingeschränkt. Zwar sind die Verfahren mangels Anwendbarkeit des § 169 S. 1 GVG nicht öffentlich. Die Gesellschaft trifft jedoch die Informationspflicht aus § 246 Abs. 4 S. 1 AktG auch wenn eine Klage vor den Schiedsgerichten erhoben wird. Dementsprechend wird der Aktionär in einer Weise über die Klage informiert, die dem staatlichen Verfahren entspricht. Dabei ist eine umfassende Information über den Verfahrensgang, wie sie der Bundesgerichtshof fordert,⁸⁷⁹ nicht erforderlich, da eine Nebenintervention, die § 246 Abs. 4 S. 1 AktG gerade ermöglichen soll,⁸⁸⁰ nach § 246 Abs. 4 S. 2 AktG ohnehin nur innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung der Klage möglich ist. Die Informationen nach § 246 Abs. 4 AktG reichen zudem für die Entscheidung über die Nebenintervention aus. Dem Informationsbedürfnis ist damit durch die Vor-

⁸⁷⁸ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (228).

⁸⁷⁹ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (228).

⁸⁸⁰ *Vatter*, in: BeckOGK AktG, § 246 Rn. 57; *Ehmann*, in: Grigoleit AktG, § 246 Rn. 20 f.; *Koch*, in: Koch AktG, § 246 Rn. 40.

schriften des Aktiengesetzes genüge getan. Die Nebenintervention muss allerdings durch die Schiedsklausel ermöglicht werden. Denn sie ist im schiedsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich nur mit Zustimmung der Beteiligten möglich.⁸⁸¹ Dies ist jedoch durch entsprechende Gestaltung der Satzungsbestimmung zu erreichen und stellt keine generelle Schranke der Schiedsfähigkeit dar. Dasselbe muss für die vom Bundesgerichtshof aufgestellten Voraussetzungen gelten, wonach alle Gesellschafter die Möglichkeit haben müssen, bei der Richterbestimmung mitzuwirken und die Konzentrationswirkung des § 246 Abs. 3 AktG auch im schiedsgerichtlichen Verfahren verwirklicht werden muss.⁸⁸² Diese Voraussetzungen sind zwar für die Gleichwertigkeit der Verfahren zwingend, da ohne sie nicht überbrückbare Schutzdefizite der Aktionäre entstünden. Gleichzeitig stehen sie bei entsprechender Gestaltung der Satzungsbestimmung der Wirksamkeit einer Schiedsklausel jedoch nicht entgegen.

In Bezug auf die letzte vom Bundesgerichtshof aufgestellte Voraussetzung des einstimmigen Beschlusses unter Beteiligung sämtlicher Gesellschafter bei der Einführung der Satzungsbestimmung⁸⁸³ wird namentlich die Publikums-Aktiengesellschaft vor ein nahezu unlösbares Problem gestellt.⁸⁸⁴ Hinsichtlich dieses Erfordernisses ist jedoch die Strukturverschiedenheit von Aktiengesellschaft und GmbH zu berücksichtigen. Während bei der personalistisch organisierten GmbH der Einfluss der Gesellschafter charakteristisch für alle Entscheidungen ist, handelt es sich bei der Aktiengesellschaft um eine weitgehend anonyme Gesellschaft.⁸⁸⁵ Daraus folgt, dass das Mehrheitsprinzip⁸⁸⁶ bei der Aktiengesellschaft deutlich stärker ausgeprägt ist als bei der GmbH. Folglich kann das Einstimmigkeitserfordernis bei der Aktiengesellschaft nicht durchgehalten werden. Um dem strukturellen Unterschied zwischen Aktiengesellschaft und GmbH gerecht zu werden, muss vielmehr eine qualifizierte Mehrheit ausreichen. Auch der Bundesgerichtshof hat in seiner das Personengesellschaftsrecht betreffenden Entscheidung festgestellt, dass Modifikationen aufgrund abweichender Gesellschaftsformen geboten sein können.⁸⁸⁷ Die

⁸⁸¹ Da somit eine Nebenintervention ohnehin stets möglich ist, erübrigt sich die Frage, ob eine Schiedsklausel ohne vorgesehene Nebenintervention eine Abweichung zu § 246 Abs. 4 S. 2 AktG darstellt. Dies könnte gerade aus dem Grund problematisch sein, dass § 246 Abs. 4 S. 2 AktG grundsätzlich die Nebenintervention nicht ermöglichen, sondern beschränken soll. Vgl. *Ehmann*, in: *Grigoleit AktG*, § 246 Rn. 20; *Koch*, in: *Koch AktG*, § 246 Rn. 40.

⁸⁸² BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (229).

⁸⁸³ BGH, Urteil vom 06. April 2009, Az. II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 (229).

⁸⁸⁴ *Borris*, NZG 2010, 481 (486).

⁸⁸⁵ Vgl. *Liebscher*, in: *MüKo GmbHG*, § 45 Rn. 18; *Schüppen*, in: *MAH Aktienrecht*, § 2 Rn. 16 ff.

⁸⁸⁶ Vgl. dazu *Drygala*, *KapGesR*, § 1 Rn. 8; *Fleischer*, in: *MüKo GmbHG*, Einleitung Rn. 32.

⁸⁸⁷ BGH, Beschluss vom 06. April 2017, Az. I ZB 23/16, WM 2017, 961 (962).

Aktiengesellschaft, die den Idealtypus der Publikumsgesellschaft darstellt, kann aus diesem Grund nicht an ein derartiges Einstimmigkeitserfordernis gebunden werden. Etwas anderes kann sich auch nicht aus der in der Literatur angeführten Kernbereichslehre ergeben. Denn obgleich man der Ansicht sein kann, dass der Rechtsschutz hinsichtlich der mitgliedschaftlichen Rechte Teil des Kernbereichs ist, so wird dieser Tatsache auch durch ein schiedsgerichtliches Verfahren Rechnung getragen. Denn auch die Schiedsgerichte sind an das anwendbare Recht gemäß § 1051 Abs. 1 S. 1 ZPO gebunden. Effektiver Rechtsschutz ist daher gewährleistet. Insgesamt ist eine Zustimmung zu Schiedsklauseln folglich nicht erforderlich.

Die allgemeinen Gesetze stellen somit Beschränkungen zulässiger Schiedsklauseln in der Satzung der Aktiengesellschaft dar, schließen deren generelle Zulässigkeit aber nicht aus. Stattdessen ist die Möglichkeit der Nebenintervention, die Verfahrenskonzentration und eine Beteiligungsmöglichkeit bei der Schiedsrichterbestellung durch die von der Rechtskrafterstreckung betroffenen Aktionäre vorzusehen. Im Übrigen bestehen aufgrund der Anwendbarkeit des § 246 Abs. 4 S. 1 AktG und den charakteristischen Unterschieden der Aktiengesellschaft zur GmbH keine Schranken der allgemeinen Gesetze.

3) Abschließende Regelungen

Entscheidend für die grundsätzliche Zulässigkeit der Schiedsklauseln ist daher, ob die Zuständigkeitsregelung des § 246 Abs. 3 AktG eine abschließende Regelung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG enthält. Dies ist dann der Fall, wenn die Regelung dem Schutz außenstehender Dritter dient oder eine materielle Regelung des Funktionskreises eines Beteiligten in der Aktiengesellschaft betroffen ist, soweit dieser Funktionskreis nicht durch eine Öffnungsklausel durchbrochen wird. Außenstehende Dritte sind nicht betroffen, da die Parteien von Beschlussmängelstreitigkeiten alle als Beteiligte der Aktiengesellschaft anzusehen sind. Folglich kommt es maßgeblich auf die Frage an, ob es sich bei der Regelung der gerichtlichen Zuständigkeit um die materielle Regelung eines Funktionskreises innerhalb der Aktiengesellschaft handelt.

Dies ist im Grundsatz zu verneinen. Zunächst ist festzustellen, dass hier der Funktionskreis der Hauptversammlung und der Funktionskreis der Aktionäre betroffen sind. Denn der gerichtlich überprüfbare Beschluss stellt den in der Hauptversammlung gebildeten Willen dar. Er ist bestimmend für die Funktion als Willensbildungsorgan. Gleichzeitig ist die Eigentümerfunktion der Aktionäre betroffen. Denn mittels des Klagerechts kann der einzelne Aktionär die wegweisenden Entscheidungen innerhalb der Gesellschaft überprüfen lassen. Es steht in engem Zusammen-

hang mit seinem Stimmrecht aus §§ 12 Abs. 1 S. 1, 134 AktG. Keine dieser Funktionen ist jedoch materiell betroffen. Denn es geht bei der schiedsgerichtlichen Entscheidung im Unterschied zur Entscheidung durch ein staatliches Gericht nicht darum, dass ein Beschluss oder eine Stimmrechtsausübung bei einer der Rechtsprechungsinstanzen anders beurteilt würde als bei der anderen. Nach § 1051 Abs. 1 ZPO sind auch die Schiedsgerichte an das materielle Recht gebunden. Sie entscheiden daher ebenso wie ein staatliches Gericht unter Anwendung der §§ 241, 243 AktG darüber, inwieweit die Nichtigkeit der Beschlüsse festzustellen ist. Wird durch Satzungsbestimmung vom Regelfall der Befassung staatlicher Gerichte abgesehen und eine Entscheidung durch die Schiedsgerichte herbeigeführt, wird dadurch lediglich die Art und Weise der gerichtlichen Befassung verändert. Folglich ist auch nicht das Bestehen eines Beschlusses durch die Satzungsbestimmung betroffen. Somit sind die Funktionskreise nicht materiell, sondern lediglich formell von der Satzungsbestimmung betroffen. Aus diesem Grund stellt § 246 Abs. 3 AktG in Bezug auf Schiedsklauseln in der Satzung keine abschließende Regelung dar.

Eine Ausnahme bildet die Entscheidung nach Billigkeit im Sinne des § 1051 Abs. 3 S. 1 ZPO. Zu dieser Billigkeitsentscheidung darf das Schiedsgericht im Rahmen von Beschlussmängelstreitigkeiten nicht ermächtigt werden. Denn dadurch wäre es nicht mehr an die §§ 241, 243 AktG gebunden und könnte nach grundsätzlich freiem Ermessen über die Wirksamkeit eines Beschlusses entscheiden. Mithin läge die Effektivität der Funktionsausübung der Hauptversammlung ebenso im Ermessen des Gerichtes wie die Effektivität des Stimmrechts der Aktionäre. In diesem Fall ginge die schiedsgerichtliche Entscheidung über eine Rechtmäßigkeitskontrolle hinaus. Die Funktionsausübung sowohl der Hauptversammlung als auch der Aktionäre wäre dem Schiedsgericht zumindest potentiell übertragen. Der darin liegende Eingriff in die Funktionskreise des Aktiengesetzes führt dazu, dass § 246 Abs. 3 AktG in Bezug auf eine Schiedsklausel mit Ermächtigung zur Billigkeitsentscheidung eine abschließende Regelung enthält. Die entsprechende Satzungsbestimmung ist demnach gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG unzulässig. Im Übrigen bestehen hinsichtlich der Zulässigkeit von statutarischen Schiedsklauseln zu Beschlussmängelstreitigkeiten keine Bedenken.

bb. Besetzungstreitigkeiten

Ähnlich umstritten wie Schiedsklauseln zu Beschlussmängelstreitigkeiten sind Satzungsbestimmungen, die Rechtsstreitigkeiten rund um das Organverhältnis der Schiedsgerichtsbarkeit zuweisen. Insoweit sind zum einen Streitigkeiten zu nen-

nen, die sich mit der Wirksamkeit der organschaftlichen Bestellung und Abberufung befassen. Zum anderen sind Streitigkeiten zu begutachten, die das schuldrechtliche Anstellungsverhältnis der Organe betreffen.

1) *Regelungslücke*

In Bezug auf Streitigkeiten um den Bestand des Organverhältnisses wurde bereits festgestellt, dass die §§ 84, 98 Abs. 1, 101 und 103 AktG betroffen sind. Dass diese Vorschriften lediglich ergänzt werden, wurde namentlich von Hommelhoff bestritten.⁸⁸⁸ Dem ist aus folgenden Gründen nicht zuzustimmen: Das Schiedsgericht übt, anders als der Aufsichtsrat, bei der Bestellung des Vorstandes kein Ermessen aus.⁸⁸⁹ Dementsprechend wird es ebenso wenig Organ der Aktiengesellschaft wie ein staatliches Gericht. Es geht erneut ausschließlich um die Verlagerung der Rechtmäßigkeitskontrolle. Über diese Kontrolle trifft § 84 AktG keine Aussage. Die Vorschrift hat folglich einen anderen Regelungsbereich als die Satzungsbestimmung. Gegenteiliges wäre in Übereinstimmung mit den Ausführungen Schröders⁸⁹⁰ nur dann anzunehmen, wenn das Schiedsgericht zu einer Entscheidung nach Billigkeit ermächtigt würde. Nur in diesem Fall würde das Schiedsgericht unternehmerisches Ermessen ausüben. Die Satzungsbestimmung würde eine Abweichung zu § 84 Abs. 1 AktG darstellen, die unzulässig ist. Abseits dieses Ausnahmefalles liegt keine Abweichung zum Aktiengesetz vor. Gleiches muss auch bei der Bestellung des Aufsichtsrates nach § 101 AktG gelten. Hinsichtlich der §§ 84, 101 AktG stellt eine Schiedsklausel daher mangels entsprechender Vorschrift im Aktiengesetz eine Ergänzung dar.

An dieser Einordnung als Ergänzung ändert § 98 Abs. 1 AktG nichts. Dieser weist die Zuständigkeit für gerichtliche Auseinandersetzungen dem Landgericht zu, in dessen Bezirk die Aktiengesellschaft ihren Sitz hat. Ihr Regelungsgehalt entspricht dabei dem des § 246 Abs. 3 AktG. Geregelt wird dementsprechend lediglich die sachliche und örtliche Zuständigkeit. Über die Zuweisung der Streitigkeit zur staatlichen Gerichtsbarkeit wird erneut keine Aussage getroffen. Denn eine solche Zuordnung ist der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich fremd. Zudem fehlt es

⁸⁸⁸ Hommelhoff, ZHR 143 (1979), 288 (313).

⁸⁸⁹ So auch Bauer/Arnold/Kramer, AG 2014, 677 (682); Habersack/Wasserbäch, AG 2016, 2 (11); Schlüter, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 203; Vollmer, ZGR 1982, 15 (31).

⁸⁹⁰ Schröder, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 147.

aufgrund der Gleichwertigkeit des Schiedsverfahrens⁸⁹¹ an einem entsprechenden Bedürfnis. Auch in Bezug auf § 98 Abs. 1 AktG liegt folglich eine Ergänzung vor.

Betreffend die Abberufung des Aufsichtsrates kann die gerichtliche Bestellung gemäß § 103 Abs. 3 S. 1 AktG einem Schiedsgericht aufgetragen werden, da die entsprechende Satzungsbestimmung keine Abweichung zu dieser Vorschrift ist. Dies gebietet der Wortlaut der Vorschrift „Gericht“. Denn auch im Schiedsverfahren wird durch ein Gericht entschieden. Dass in § 103 Abs. 3 S. 1 AktG ausschließlich staatliche Gerichte gemeint sind, ist der Vorschrift nicht zu entnehmen. Folglich führt die Satzungsbestimmung den Gedanken des § 103 Abs. 3 S. 1 AktG weiter, indem festgestellt wird, um welches Gericht es sich handeln soll. Erneut liegt die Satzungsbestimmung in einer Regelungslücke des Aktiengesetzes. Sie stellt mithin auch in Bezug auf diese Vorschrift eine Ergänzung dar.

Der Anstellungsvertrag ist im Aktiengesetz lediglich punktuell geregelt – so beispielsweise in § 84 Abs. 1 S. 5 AktG oder in den Vorschriften zur Vorstandvergütung nach §§ 87 f. AktG. Im Übrigen gilt jedoch Dienstvertragsrecht.⁸⁹² Über die gerichtliche Zuständigkeit bei Streitigkeiten betreffend den Anstellungsvertrag finden sich keine Bestimmungen im Aktiengesetz. Etwaige Satzungsbestimmungen betreffen folglich einen nicht geregelten Bereich des Aktiengesetzes und stellen damit eine satzungsmäßige Ergänzung dar.

Insgesamt existiert damit keine gesetzliche Vorschrift, von der durch Schiedsklauseln betreffend das Organverhältnis abgewichen würde. Solche Satzungsbestimmungen stellen vielmehr Ergänzungen zu den §§ 84, 98, 101, 103 AktG dar.

2) Allgemeine Gesetze

Die Diskussion in der Literatur um diese Ergänzungen zum Aktiengesetz drehen sich erneut vorrangig um die allgemeinen Gesetze. In Bezug auf die Streitigkeiten um den Bestand des Organverhältnisses wurde namentlich angeführt, dass es sich nicht um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handle und dementsprechend eine Schiedsfähigkeit gemäß § 1030 Abs. 1 AktG nicht gegeben sei.⁸⁹³ Vermö-

⁸⁹¹ *Althammer*, in: Zöller ZPO, Vorb. §§ 1025-1033 Rn. 1; *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (8); *Mock*, in: FS Meilicke 2010, 489 (494); *Schröder*, Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, 143; *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143 (147).

⁸⁹² *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 84 AktG Rn. 15; *Grigoleit*, in: Grigoleit AktG, § 84 Rn. 18; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 84 Rn. 65.

⁸⁹³ *Cahn*, in: KK-AktG, § 84 Rn. 103.

gensrechtlich ist eine Streitigkeit dann, wenn sie sich entweder aus Vermögensrechten ableitet oder wenigstens auf eine vermögenswerte Leistung abzielt.⁸⁹⁴ Auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis kommt es dabei nicht an.⁸⁹⁵ Entscheidend ist insoweit, ob um wirtschaftliche oder personenrechtliche Belange gestritten wird.⁸⁹⁶ Denn bei letzteren wird sich der Staat das Rechtsprechungsmonopol erhalten wollen.⁸⁹⁷ Unter diesen Gesichtspunkten muss auch die Streitigkeit um den Bestand des Organverhältnisses als vermögensrechtlich eingestuft werden. Denn es handelt sich bei der Tätigkeit der Organe um eine Leistung gegen Entgelt, so dass die Wirtschaftlichkeit der Streitigkeit im Vordergrund steht. Dass der Staat sich hier ein Rechtssprechungsmonopol erhalten wollte, ist aus dem Grund abwegig, dass es sich bei allen Verhältnissen innerhalb der Gesellschaft um privatrechtlich geprägte Streitigkeiten handelt, die abseits von § 23 Abs. 5 AktG der Parteiautonomie unterliegen. Folglich steht § 1030 ZPO der Schiedsfähigkeit nicht entgegen. Entsprechende Satzungsbestimmungen sind, gemessen an den allgemeinen Gesetzen, zulässig.

Hinsichtlich der Streitigkeiten um den Anstellungsvertrag wurde angeführt, dass die Satzungsklausel den besonderen Formanforderungen des § 1031 Abs. 5 ZPO genügen müsse, um Wirksamkeit beanspruchen zu können.⁸⁹⁸ Hier ist mit der ganz herrschenden Meinung⁸⁹⁹ anzunehmen, dass die Formvorschrift des § 1031 ZPO von § 1066 ZPO verdrängt wird. Denn anderenfalls liefe diese Norm leer, die statuarische Schiedsklauseln gerade ermöglichen soll, weil die Formanforderungen des § 1031 Abs. 5 ZPO bei Satzungen regelmäßig nicht einhaltbar wären. Der Hauptanwendungsfall des § 1066 ZPO wäre ausgeschlossen. Folglich kann § 1031 Abs. 5 AktG der Schiedsfähigkeit nicht entgegenstehen. Schranken der allgemeinen Gesetze bestehen daher nicht.

⁸⁹⁴ *Münch*, in: MüKo ZPO, § 1030 Rn. 13; *Sänger*, in: *Sänger ZPO*, § 1030 Rn. 2; *Voit*, in: *Musielak/Voit ZPO*, § 1030 Rn. 2.

⁸⁹⁵ *Sänger*, in: *Sänger ZPO*, § 1030 Rn. 2.

⁸⁹⁶ *Münch*, in: MüKo ZPO, § 1030 Rn. 13; *Sänger*, in: *Sänger ZPO*, § 1030 Rn. 2.

⁸⁹⁷ *Voit*, in: *Musielak/Voit ZPO*, § 1030 Rn. 2.

⁸⁹⁸ So *Thümmel*, in: FS Geimer 2002, 1331 (1337). Vgl. auch *Göz/Peitsmeyer*, DB 2009, 1915 (1919).

⁸⁹⁹ *Borris*, NZG 2010, 481 (484); *Ebbing*, NZG 1998, 281 (282); *Althammer*, in: *Zöller ZPO*, § 1066 Rn. 2; *Göz/Peitsmeyer*, DB 2009, 1915 (1918); *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (6); *Hauschild/Böttcher*, DNotZ 2012, 577 (579, 588); *Herresthal*, ZIP 2014, 345 (353); *Münch*, in: MüKo ZPO, § 1066 Rn. 15; *Reichert*, in: FS Ulmer 2003, 511 (529); *Reichert/Harbarth*, NZG 2003, 379 (380); *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 138 ff.; *Thümmel*, in: FS Schütze 2014, 633 (641); *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143 (145); *Voit*, in: *Musielak/Voit ZPO*, § 1031 Rn. 9.

3) Abschließende Regelung

Für die Zulässigkeit von Schiedsklauseln zu Streitigkeiten rund um das Organverhältnis kommt es daher erneut darauf an, ob die ergänzten Vorschriften der §§ 84, 98, 101, 103 AktG abschließende Regelungen enthalten. Denn diese Vorschriften dienen offensichtlich nicht dem Schutz Dritter und Öffnungsklauseln sind nicht ersichtlich. Eine abschließende Regelung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG liegt vor, wenn eine materielle Regelung des Funktionskreises eines Beteiligten in der Aktiengesellschaft betroffen ist. Dies ist hinsichtlich § 98 Abs. 1 AktG unproblematisch nicht der Fall, da es entsprechend den Ausführungen zu § 246 Abs. 3 AktG erneut lediglich um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit geht. Folglich handelt es sich jedenfalls nicht um einen materiellen Eingriff. Aber auch in Bezug auf §§ 84 Abs. 1 und 101 Abs. 1 AktG wird kein Funktionskreis durch die Zuweisung von Streitigkeiten an die Schiedsgerichte materiell betroffen. Zwar dient die Personalkompetenz aus § 84 Abs. 1 AktG der Überwachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrates und die Wahl nach § 101 Abs. 1 AktG stellt einen Teil der Willensbildung innerhalb der Hauptversammlung dar. Allerdings wird das Schiedsgericht lediglich zur Rechtmäßigkeitskontrolle ermächtigt, wodurch nicht die Funktionsausübung als solche beschränkt wird. Vielmehr soll gerade kontrolliert werden, dass die Funktionsausübung entsprechend der gesetzlichen Regelungen erfolgte. Ein materieller Eingriff ist darin nicht zu sehen.

Anders könnte dies in Bezug auf die Regelung des § 103 Abs. 3 S. 1 AktG sein, da hier das Gericht nicht lediglich die Maßnahme eines Organs der Aktiengesellschaft kontrolliert, sondern vielmehr selbst die Abberufung vornimmt. Insoweit ist die Zusammensetzung des Aufsichtsrates selbst betroffen, die für die Ausübung seiner Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft von entscheidender Bedeutung ist. Dennoch liegt in der Verlagerung der Entscheidung auf ein Schiedsgericht in zweierlei Hinsicht kein materieller Eingriff in den Funktionskreis des Aufsichtsrates. Zum einen wird aus der Formulierung „hat (...) abzubrufen“ deutlich, dass dem Schiedsgericht kein Ermessen zusteht. Es prüft vielmehr, ob ein wichtiger Grund zur Abberufung vorliegt und muss dann entsprechend agieren. Dementsprechend wird es schlicht rechtsanwendend tätig und übt kein unternehmerisches Ermessen aus. Ihm wird folglich keine Funktionsausübung übertragen. Zum anderen ist die Zusammensetzung des Aufsichtsrates in der gesetzlich vorgesehenen Weise betroffen. Der Gesetzgeber sah gerade vor, dass ein gerichtlicher Eingriff in die Zusammensetzung des Aufsichtsrates möglich ist. Die Funktionsausübung des Aufsichtsrates ist folglich stets mit dieser Abberufungsmöglichkeit belastet. Der statuarische Eingriff liegt lediglich darin, dass die Entscheidung nicht von einem staatlichen Gericht, sondern einem Schiedsgericht vorgenommen wird. Dadurch

ist keine Beschneidung der Funktion des Aufsichtsrates zu sehen, sondern lediglich die Modifizierung der Modalitäten. Es handelt sich mithin um einen formellen Eingriff in die Funktionsausübung des Aufsichtsrates. Dementsprechend enthält das Aktiengesetz keine abschließenden Regelungen mit Blick auf Schiedsklauseln, die das Organverhältnis betreffen. Sie sind abgesehen von Ermächtigungen zu Billigkeitsentscheidungen im Lichte des § 23 Abs. 5 AktG zulässig.

cc. Klageerzwingungsverfahren

Schließlich wurden in der bisherigen Literatur Schiedsklauseln diskutiert, die nicht nur das eigentliche Klageverfahren von Organhaftungsstreitigkeiten den Schiedsgerichten zuweisen, sondern auch das Klageerzwingungsverfahren nach § 148 AktG. Auch ihre Zulässigkeit bemisst sich nach § 23 Abs. 5 AktG.

1) Regelungslücke

Mit § 148 Abs. 2 S. 1 AktG sieht das Aktiengesetz ein drittes Mal die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichtes in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat vor. In Bezug auf diese Vorschrift kann abermals in der Schiedsklausel keine Abweichung zum Aktiengesetz gesehen werden, da auch diese Vorschrift lediglich die sachliche und örtliche Zuständigkeit regelt. Entsprechend den Ausführungen zu §§ 98 Abs. 1 und 246 Abs. 3 AktG wird das Klageerzwingungsverfahren nicht der staatlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen. Diesbezüglich liegt eine Regelungslücke vor, sodass eine entsprechende Schiedsklausel eine Ergänzung zu § 148 Abs. 2 S. 1 AktG darstellt.

Ausnahmsweise läge in dem unwahrscheinlichen Fall eine Abweichung vor, dass die Satzungsklausel entgegen § 148 Abs. 4 S. 1 AktG vorsehen würde, dass für das Klageverfahren und das Klageerzwingungsverfahren unterschiedliche Gerichte zuständig wären. Dementsprechend muss eine Schiedsklausel, die das Klageerzwingungsverfahren den Schiedsgerichten zuweist, diesem Schiedsgericht auch das Klageverfahren zuweisen. Denn nur dadurch kann der Zweck des § 148 Abs. 4 S. 1 AktG erreicht werden, der in der Prozessökonomie und der Kostenersparnis für den Kläger liegt. Da die Verfahrensbündelung an einem Gericht aber regelmäßig auch im Sinne der Satzungsgeber sein wird, sollte diese durch § 23 Abs. 5 S. 1 AktG aufgestellte Zulässigkeitschranke faktisch kein Problem darstellen.

2) Abschließende Regelung

Allgemein ist die Schiedsklausel zum Klageerzwingungsverfahren nach den bisherigen Ausführungen dann zulässig, wenn § 148 Abs. 2 S. 1 AktG keine abschließende Regelung diesbezüglich enthält. Das ist gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG dann der Fall, wenn die Regelung nicht dem Schutz außenstehender Dritter dient und

keine materielle Regelung des Funktionskreises eines Beteiligten in der Aktiengesellschaft vorliegt. Denn jedenfalls ist keine Öffnungsklausel gegeben. Alle potentiellen Parteien des Klageerzwingungsverfahrens sind Beteiligte der Aktiengesellschaft. Folglich ist keine Vorschrift zum Schutz außenstehender Dritter betroffen. Es ist daher maßgeblich, ob durch die Schiedsklausel in einen Funktionskreis innerhalb der Aktiengesellschaft materiell eingegriffen wird. In Entsprechung zu den bisherigen Erwägungen zu Schiedsklauseln ist dies aber nicht der Fall. Denn unabhängig davon, welche Funktionskreise betroffen sind, wird lediglich die Rechtmäßigkeitskontrolle modifiziert. Funktionsausübungen werden dadurch weder eingeschränkt, noch erweitert oder verlagert. § 148 Abs. 2 S. 1 AktG enthält somit keine abschließende Regelung in Bezug auf Schiedsklauseln. Diese sind vielmehr gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zulässig.

III. Ergebnis

Im Ergebnis bilden Schiedsklauseln Ergänzungen zum Aktiengesetz, die nicht von abschließenden Regelungen konterkariert werden, da sie nicht in das Binnengefüge der Aktiengesellschaft eingreifen, sondern vielmehr eine Modifikation der Rechtmäßigkeitskontrolle und Rechtsanwendung durch die Gerichte darstellen. Abweichungen liegen aus dem Grund nicht vor, dass das Aktiengesetz keine strikte Zuweisung von Streitigkeiten an die staatlichen Gerichte kennt. Eine Ausnahme hierzu bildet die Ermächtigung des Schiedsgerichtes nach Billigkeit zu entscheiden. Sie führt regelmäßig zu einer unzulässigen Abweichung vom Gesetz. Im Rahmen von Haftungsstreitigkeiten ist zudem die Vergleichsschranke des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zu beachten. Im Übrigen sind Schiedsklauseln gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG grundsätzlich zulässig. Zivilprozessuale Einschränkungen der Schiedsfähigkeit bestehen nicht. Einzelne Mechanismen des Aktiengesetzes wie die Konzentrationswirkung des § 148 Abs. 4 S. 1 AktG können gestalterisch Berücksichtigung finden.⁹⁰⁰ Ferner können die Vorgaben der allgemeinen Gesetze bei Beschlussmängelstreitigkeiten durch entsprechende Kautelen umgesetzt wer-

⁹⁰⁰ Es muss berücksichtigt werden, dass auch Personen von der Schiedsklausel betroffen sind, die bei Einführung der Satzungsbestimmung unter Umständen nicht gleich Beachtung gefunden haben. So beispielsweise die Rechtsnachfolger von Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (14), austretende Gesellschafter oder Organe, BGH, Beschluss vom 01. August 2002, Az. III ZB 66/01, NZG 2002, 955; *Habersack*, SchiedsVZ 2003, 241 (243), oder D&O Versicherungen und Insolvenzverwalter, *Habersack/Wasserbäch*, AG 2016, 2 (15); *Umbeck*, SchiedsVZ 2009, 143 (147 f.).

den. Dabei finden jedoch die Grundsätze der Rechtsprechung zu Beschlussmängelstreitigkeiten bei der GmbH nur mit Einschränkungen Anwendung.⁹⁰¹ Namentlich die Zustimmung der Gesellschafter zu Schiedsklauseln ist nicht erforderlich.

B. Gerichtsstandsklauseln

Eine häufig im Zusammenhang mit § 23 Abs. 5 AktG benannte Satzungsbestimmung ist die Gerichtsstandsklausel.⁹⁰² Durch sie soll der Gerichtsstand eines konkret bezeichneten staatlichen Gerichtes begründet werden. Fraglich ist die Zulässigkeit solcher Satzungsbestimmungen in der Satzung der Aktiengesellschaft. Dabei lag der Schwerpunkt der Diskussion in der Literatur ursprünglich auf der europarechtlichen Zulässigkeit. Problematisiert wurde ein möglicher Verstoß gegen Art. 17 Abs. 1 lit. a EuGVÜ, der forderte, dass Gerichtsstandsvereinbarungen nur schriftlich oder mit schriftlicher Bestätigung geschlossen werden durften. Diese Diskussion kann inzwischen insoweit als geklärt bezeichnet werden, als der EuGH⁹⁰³ feststellte, dass Satzungen nach autonomer Auslegung auf europäischer Ebene unter den Begriff der Gerichtsstandsvereinbarung des Art. 17 EuGVÜ fallen und durch die Satzung den Formanforderungen des Art. 17 Abs. 1 lit. a EuGVÜ genügt wird.⁹⁰⁴ Insbesondere ist das Schriftformerfordernis eingehalten. Die erforderliche Bestimmtheit ergibt sich daraus, dass lediglich Streitigkeiten, die aus dem Gesellschaftsverhältnis folgen, der Gerichtsstandsvereinbarung unterstellt werden können. Die ebenfalls erforderliche Zustimmung zur Gerichtsstandsvereinbarung muss im Eintritt in die Aktiengesellschaft als einverständliche Willensbetätigung gesehen werden.⁹⁰⁵ Dies gilt auch für die nachträgliche Satzungsänderung gegen den Willen einzelner Gesellschafter, da sie sich durch Eintritt in die Gesellschaft dem Mehrheitswillen unterworfen haben.⁹⁰⁶ Die gleichen Überlegungen führen

⁹⁰¹ Dementsprechend ist hier eine ausführliche Formulierung der Schiedsklausel erforderlich. Ein dynamischer Verweis auf die ergänzenden Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS-ERGeS) hilft bei der Aktiengesellschaft nicht weiter, da andere Maßstäbe gelten.

⁹⁰² *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 156; *Bork*, ZHR 157 (1993), 48; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 46; *Mormann*, AG 2011, 10; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01. Rn. 1.10; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 39; *Waclawik*, DB 2005, 1151 (1156).

⁹⁰³ EuGH, Urteil vom 10. März 1992, Az. C-214/89, Slg. 1992, I-1745, WM 1992, 943. Im Anschluss daran BGH, Urteil vom 11. Oktober 1993, Az. II ZR 155/92, NJW 1994, 51 mit Hinweis auf das Bestimmtheiterfordernis der Gerichtsstandsklausel.

⁹⁰⁴ Zustimmend *Wilm*, WiB 1994, 253.

⁹⁰⁵ *Haas*, ZGR 2001, 325 (344).

⁹⁰⁶ *Schmid/Hartmann*, in: GroKo ZPO, § 38 Rn. 123; a.A. *Bork*, ZHR 157 (1993), 48 (54 f.).

dazu, dass auch unter Wirksamkeit der Nachfolgeregelungen des Art. 17 EuGVÜ, sowohl Art. 23 Brüssel I-VO⁹⁰⁷ als auch dem aktuell gültigen Art. 25 Brüssel Ia-VO⁹⁰⁸ weiterhin von der europarechtlichen Zulässigkeit auszugehen ist.⁹⁰⁹ Unter europarechtlichen Gesichtspunkten bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen.

I. Klassifizierung als Ergänzung

Es kommt für die allgemeine Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen in der Satzung der Aktiengesellschaft daher maßgeblich darauf an, ob § 23 Abs. 5 AktG Gerichtsstandsklauseln zulässt. Dabei muss zunächst die Frage gestellt werden, welche gesetzlichen Vorschriften von Gerichtsstandsklauseln betroffen sind und ob dabei im Verhältnis zum Gesetz eine Abweichung oder eine Ergänzung vorliegt. Sobald die staatlichen Gerichte zuständig sind, stellen die Zuständigkeitsregelungen im Aktiengesetz in Bezug auf örtliche und sachliche Zuständigkeit stets ausschließliche Zuständigkeiten dar. Dementsprechend sind Gerichtsstandsklauseln Abweichungen, sobald eine gesetzliche Regelung über die Zuständigkeit staatlicher Gerichte vorliegt.⁹¹⁰ Dies ist sowohl für § 98 Abs. 1 AktG⁹¹¹ wie auch für § 148 Abs. 2, 3 AktG⁹¹² und § 246 Abs. 3 AktG⁹¹³ nach einhelliger Auffassung der Fall. Mangels ausdrücklicher Zulassung sind entgegenstehende Gerichtsstandsklauseln nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG unzulässig.

In jenen Fällen, in denen eine gesetzliche Bestimmung fehlt, besteht eine Regelungslücke in Bezug auf die gerichtliche Zuständigkeit, da keine aktienrechtliche Generalklausel für die gerichtliche Zuständigkeit existiert.⁹¹⁴ Ergänzt werden dabei die jeweils materiell streitentscheidenden Normen des Aktiengesetzes. Ihnen wird

⁹⁰⁷ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (Brüssel I-VO).

⁹⁰⁸ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (Brüssel Ia-VO).

⁹⁰⁹ Vgl. *Koch*, in: *Koch AktG*, § 23 Rn. 38. Siehe *Mormann*, AG 2011, 10 (14 ff.) zur Rechtslage unter Geltung von Art. 23 Brüssel I-VO, die auf den derzeit gültigen Art. 25 Brüssel Ia-VO übertragbar sind.

⁹¹⁰ Zur Möglichkeit der Umgehung dieser Regelungen durch Schiedsklauseln siehe *Borris*, NZG 2010, 481 (482).

⁹¹¹ *Habersack*, in: *MüKo AktG*, § 98 Rn. 1; *Henssler*, in: *Henssler/Strohn GesR*, § 98 AktG Rn. 3; *Koch*, in: *Koch AktG*, § 98 Rn. 2; *Spindler*, in: *BeckOGK AktG*, § 98 Rn. 6; *Tomasic*, in: *Grigoleit AktG*, § 98 Rn. 1.

⁹¹² *Koch*, in: *Koch AktG*, § 148 Rn. 12; *Liebscher*, in: *Henssler/Strohn GesR*, § 148 AktG Rn. 8.

⁹¹³ *Vatter*, in: *BeckOGK AktG*, § 246 Rn. 43; *Ehmann*, in: *Grigoleit AktG*, § 246 Rn. 16; *Englisch/Ruttman*, in: *Hölters/Weber AktG*, § 246 Rn. 46; *Schäfer*, in: *MüKo AktG*, § 246 Rn. 70 ff.; *Koch*, in: *Koch AktG*, § 246 Rn. 37.

⁹¹⁴ So auch *Mülbert*, ZZZ 118 (2005), 313 (322).

eine Regelung angefügt, die den Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten über die Vorschrift regelt. Die ergänzten Vorschriften dieser Regelungslücke sind daher zahlreich. Fraglich ist, ob derartige Ergänzungen zulässig sind.

II. Meinungsstand

Im Bereich dieser Regelungslücke bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, ob Gerichtsstandsklauseln zulässig sind. Das Entgegenstehen aktienrechtlicher Vorschriften spielt dabei eine ähnlich große Rolle wie die allgemeinen Gesetze.

1. Schranke der allgemeinen Gesetze

Als allgemeines Gesetz, das der Zulässigkeit von Gerichtsstandsklauseln entgegenstehen könnte, kommt namentlich die Zivilprozessordnung in Betracht. So wird angedacht, dass sich Gerichtsstandsklauseln ebenso wie Gerichtsstandsvereinbarungen an § 38 ZPO messen lassen müssten.⁹¹⁵ Dessen Abs. 1 gibt vor, dass Gerichtsstandsvereinbarungen schrankenlos nur durch Vollkaufleute abgeschlossen werden dürfen. Ansonsten können Gerichtsstandsvereinbarungen vor der Entstehung der Streitigkeit durch Nicht-Kaufleute lediglich abgeschlossen werden, wenn eine Partei der Vereinbarung keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat oder sie für den Fall geschlossen wird, dass eine Partei ihren Wohnsitz während der Gültigkeit der Vereinbarung ändert oder dieser unbekannt ist. Deshalb hätte die Anwendbarkeit des § 38 ZPO zur Folge, dass die Gerichtsstandsklauseln in der Satzung für Kaufleute Geltung beanspruchen würde, während andere Aktionäre nicht an sie gebunden wären. Insoweit wird vorgebracht, eine derartige Ungleichbehandlung sei unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Aktionäre nach § 53a AktG unzulässig.⁹¹⁶

Dieses Problem könne dadurch umgangen werden, dass § 1066 ZPO⁹¹⁷ analog für die Zulässigkeitsprüfung von Gerichtsstandsklauseln nach der Zivilprozessordnung herangezogen würde.⁹¹⁸ Insoweit sei nach nationaler Auslegung, welche von der autonomen europäischen Auslegung des EuGH zu Art. 17 EuGVÜ abweichen dürfe, eine Satzungsbestimmung nicht als Vereinbarung im Sinne des § 38 ZPO zu sehen. Dies gelte schon deshalb, weil dem Recht der EU eine dem § 1066 ZPO ähnliche Regelung fremd sei.⁹¹⁹ Die für die analoge Anwendung erforderliche

⁹¹⁵ Bork, ZHR 157 (1993), 48 (57 f.).

⁹¹⁶ Bork, ZHR 157 (1993), 48 (57 f.).

⁹¹⁷ Früher § 1048 ZPO in der Fassung bis zum 31. Dezember 1999.

⁹¹⁸ So Bork, ZHR 157 (1993), 48 (58 ff.); Hausmann, in: GroKo ZPO, 3. Auflage, § 38 Rn. 89.

⁹¹⁹ Bork, ZHR 157 (1993), 48 (60).

planwidrige Regelungslücke ergebe sich somit aus der Unanwendbarkeit von § 38 ZPO.⁹²⁰ Dementsprechend existierten im Gesetz lediglich Bestimmungen zu statutarischen Schiedsklauseln, nicht aber zu Gerichtsstandsklauseln.⁹²¹ Bei Einhaltung der Voraussetzungen des § 1066 ZPO analog wäre jedoch die Zulässigkeit statutarischer Gerichtsstandsklauseln gegeben, da insbesondere alle Aktionäre gleichermaßen gebunden werden könnten.

2. Aktienrechtliche Zulässigkeit

Speziell in Bezug auf das Aktiengesetz wurden Gerichtsstandsklauseln sowohl von der Rechtsprechung⁹²² als auch von der ganz herrschenden Meinung in Anbetracht des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG als zulässig angesehen.⁹²³ Eine andere Ansicht lehnt demgegenüber die Zulässigkeit ab, da für Gerichtsstandsvereinbarungen ein einstimmiger Beschluss erforderlich sei.⁹²⁴ Trotz dieses klaren Meinungsbildes entbehren sämtliche Befürworter der Zulässigkeit von Gerichtsstandsklauseln einer konkreten Begründung. Letztlich wird nur auf das wegweisende Urteil des Bundesgerichtshofes vom 11. Oktober 1993⁹²⁵ verwiesen, in dem Gerichtsstandsvereinbarungen in den Satzungen der Aktiengesellschaft für zulässig erklärt wurden. In diesem Urteil ging der BGH jedoch nicht auf die Satzungsstrenge ein, sondern lediglich darauf, dass Gerichtsstandsvereinbarungen ohnehin in Nebenabreden zulässig seien. Ihre Zulässigkeit in der Satzung wurde aus diesem Grund schlicht vorausgesetzt.⁹²⁶

III. Streitentscheid

Nachdem bereits festgestellt wurde, dass es sich bei Gerichtsstandsklauseln um Ergänzungen zum Aktiengesetz handelt, ist für die Zulässigkeit dieser Klauseln in der Satzung der Aktiengesellschaft § 23 Abs. 5 S. 2 AktG maßgeblich. Nach diesem ist eine Satzungsbestimmung dann zulässig, wenn sie zum einen nicht den

⁹²⁰ Bork, ZHR 157 (1993), 48 (58).

⁹²¹ Bork, ZHR 157 (1993), 48 (59).

⁹²² BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az. II ZR 123/81, NJW 1982, 1525; LG München, Urteil vom 13. April 2006, Az. 5 HK O 4326/05, AG 2007, 255.

⁹²³ Arnold, in: KK-AktG, § 23 Rn. 156; Braunfels, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 44; Althammer, in: Zöller ZPO, § 1066 Rn. 12; Koch, in: Koch AktG, § 23 Rn. 38; Mülberr, ZZP 118 (2005), 313 (321); Pentz, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 169; Röhrich/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 246; Seibt, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 57; Waclawik, DB 2005, 1151 (1156).

⁹²⁴ Wilm, WiB 1994, 253 (254).

⁹²⁵ BGH, Urteil vom 11. Oktober 1993, Az. II ZR 155/92, NJW 1994, 51.

⁹²⁶ BGH, Urteil vom 11. Oktober 1993, Az. II ZR 155/92, NJW 1994, 51 (52 f.).

allgemeinen Gesetzen entgegensteht und zum anderen keine abschließende Regelung des Aktiengesetzes vorliegt.

1. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Zivilprozessordnung

Hinsichtlich der Zulässigkeit nach den allgemeinen Gesetzen ist festzuhalten, dass die Zivilprozessordnung statutarischen Gerichtsstandsklauseln nicht entgegensteht, da § 38 ZPO nicht anwendbar ist. Vielmehr ist § 1066 ZPO analog anzuwenden. Diese Auslegung korrespondiert mit der oben vertretenen Ansicht, dass sich auch die Form von Schiedsklauseln nach § 1066 ZPO richtet, da sie gerade nicht als Vereinbarung Wirkung entfalten.⁹²⁷ Insoweit wäre es inkonsequent, im Rahmen von Gerichtsstandsklauseln eine Subsumtion unter den Begriff der „Vereinbarung“ vorzunehmen, während bei Schiedsklauseln, die in der Sache gleich ausgestaltet sind, eine Beurteilung nach § 1066 ZPO erfolgt.

Für eine direkte Anwendung des § 1066 ZPO ist jedoch kein Raum, da er lediglich die Bestimmung der Zuständigkeit von Schiedsgerichten regelt. Die für die analoge Anwendung erforderliche planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage ergibt sich aus der Unanwendbarkeit von § 38 ZPO. Die Zivilprozessordnung kennt lediglich Voraussetzungen für Gerichtsstandsvereinbarungen im Sinne von vertraglichen nicht statutarischen Rechtsgebilden. Da damit nicht gleichzeitig eine schrankenlose Verbreitung von Gerichtsstandsklauseln beabsichtigt ist, muss diese Lücke als planwidrig angesehen werden. Eine vergleichbare Interessenlage zu § 1066 ZPO besteht aus dem Grund, dass sowohl Schiedsklauseln als auch Gerichtsstandsklauseln regeln, dass das gesetzlich vorgesehene Gericht aufgrund privatautonomer Entscheidung für unzuständig erklärt wird. Folglich liegen die Voraussetzungen einer Analogie vor.⁹²⁸ Die zivilprozessuale Zulässigkeit von Gerichtsstandsklauseln in Satzungen bestimmt sich somit nach § 1066 ZPO analog.

Die Vorschrift des § 1066 ZPO setzt als Wirksamkeitsvoraussetzung lediglich das Zustandekommen der Klausel in gesetzlich statthafter Weise voraus und verweist damit insbesondere auf die Vorschriften zur Feststellung der Satzung und der Satzungsänderung im Aktiengesetz. Daneben sind bei der Einführung von Gerichtsstandsklauseln lediglich allgemeine Vorschriften, wie das Bestimmtheitsgebot des

⁹²⁷ Vgl. Seiten 179 ff.

⁹²⁸ So auch *Bork*, ZHR 157 (1993), 48 (58 ff.).

§ 40 ZPO zu berücksichtigen.⁹²⁹ Die allgemeinen Gesetze stehen einer Gerichtsstandsklausel daher nicht entgegen.

2. Abschließende Regelung des Aktiengesetzes

Bei Gerichtsstandsklauseln handelt es sich nach den bisherigen Feststellungen um Ergänzungen zum Aktiengesetz, denen die allgemeinen Gesetze nicht entgegenstehen. Ergänzt werden dabei nicht etwa die Vorschriften zu den ausschließlichen Gerichtsständen des Aktiengesetzes in §§ 98 Abs. 1, 148 Abs. 2, 3, 246 Abs. 3 AktG, sondern die jeweils streitentscheidenden Normen des Aktiengesetzes. Entscheidend ist damit, ob diese Vorschriften abschließend sind. Das ist der Fall, wenn es sich entweder um eine Vorschrift zum Schutz außenstehender Dritter handelt oder eine materielle Regelung des Funktionskreises eines Beteiligten in der Aktiengesellschaft betroffen ist und dieser nicht durch eine Öffnungsklausel durchbrochen wird.

Damit steht zunächst fest, dass durch die Satzung nicht über die Rechtsverfolgung der Parteien außerhalb der Aktiengesellschaft entschieden werden darf. Da im Aktiengesetz keine Öffnungsklauseln bestehen, kommt es im Übrigen auf die funktionelle Einordnung der Gerichtsstandsklauseln an. Die Möglichkeit, einen Rechtsstreit vor einem bestimmten Gericht auszutragen, stellt ein Recht dar, das jeweils dem streitigen Rechtsverhältnis zuzuordnen ist. Innerhalb der Aktiengesellschaft stellen Bestimmungen über Gerichtsstände dementsprechend einen Annex zu den jeweiligen Befugnisnormen oder Verpflichtungen dar, die den Funktionskreisen zugeordnet sind. Die Funktionskreise sind folglich betroffen, sodass es letztlich entscheidend ist, ob hier ein materieller Eingriff vorliegt.

Als materiell gilt ein Eingriff dann, wenn er die Funktionsausübung innerhalb der Aktiengesellschaft einschränkt, erweitert oder auf einen anderen Beteiligten verschiebt. Diese Wirkung ist Gerichtsstandsklauseln nicht zuzuschreiben. Denn sie betreffen lediglich die rechtliche Überprüfung der funktionsbezogenen Rechtsverhältnisse und nicht deren Bestehen. Darüber hinaus verschlechtert sich die Rechtsschutzmöglichkeit in rechtlicher Hinsicht nicht durch einen vorab bestimmten Gerichtsstand. Für die Durchsetzung der Ansprüche ergeben sich daher keine materiellen Nachteile für einzelne Parteien des Rechtsstreits. Abschließende Regelungen stehen Gerichtsstandsvereinbarungen innerhalb der Aktiengesellschaft somit nicht entgegen. Satzungsbestimmungen, die einen Gerichtsstand festlegen, sind daher in Anbetracht des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zulässig.

⁹²⁹ Hierauf geht auch der BGH ausführlich ein, BGH, Urteil vom 11. Oktober 1993, Az. II ZR 155/92, NJW 1994, 51 (52).

IV. Ergebnis

Der funktionelle Ansatz bestätigt somit die ganz herrschende Lehre, die eine Zulässigkeit von Gerichtsstandsklauseln in der Satzung der Aktiengesellschaft abseits der §§ 98 Abs. 1, 148 Abs. 2, 3, 246 Abs. 3 AktG annimmt. Derartigen Ergänzungen stehen, soweit keine Rechte außenstehender Dritter betroffen sind, keine abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG entgegen.

C. Vorstandshaftung

In den vergangenen Jahren wurde sehr intensiv über eine Möglichkeit diskutiert, die Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 AktG zu begrenzen. In diesem Zusammenhang reichen die Ansätze von einer Reduzierung der Regressansprüche der Gesellschaft unter Treuepflichtgesichtspunkten⁹³⁰ über die Diskussion um das Erfordernis einer Gesetzesänderung⁹³¹ bis hin zu dem Vorschlag eine Haftungshöchstsumme mittels Satzungsklausel einzuführen⁹³². Ausgangspunkt dieser Diskussionen war die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH⁹³³, wonach der Aufsichtsrat verpflichtet ist, die Regressansprüche gegen den Vorstand geltend zu machen.⁹³⁴ Die Diskussionen wurden zudem dadurch befeuert, dass die Haftungssummen, denen sich die Vorstandsmitglieder schon bei leichtester Fahrlässigkeit ausgesetzt sehen können, immer häufiger existenzgefährdende Höhen erreichen.⁹³⁵ Dies wird von der Mehrheit der mit dem Thema befassten Autoren als unangemessen eingestuft.⁹³⁶

⁹³⁰ Grundlegend *Koch*, in: GS Winter 2011, 327; *Koch*, AG 2012, 429.

⁹³¹ Vgl. *Bachmann*, Gutachten 70. DJT.

⁹³² So erstmalig *Grunewald*, AG 2013, 813 (816).

⁹³³ BGH, Urteil vom 21. April 1997, Az. II ZR 175/95, NJW 1997, 1926.

⁹³⁴ BGH, Urteil vom 21. April 1997, Az. II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 (1927). Zur Frage, ob möglicherweise dennoch eine Möglichkeit besteht, dem Aufsichtsrat hinsichtlich der Geltendmachung der Ansprüche ein Ermessen einzuräumen, vgl. *Fehrenbach*, AG 2015, 761 (766); *Grunewald*, AG 2013, 813, (814); *Koch*, AG 2012, 429 (431); *Paefgen*, AG 2014, 554 (571); *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756 (763). Zu einer neueren Entscheidung (BGH, Urteil vom 08. Juli 2014, Az. II ZR 174/13, NZG 2014, 1058) in Bezug auf die ARAG/Garmenbeck-Grundsätze siehe *Habersack*, NZG 2015, 1297 (1299); *Seibt*, NZG 2016, 361 (366).

⁹³⁵ *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1305); *Koch*, AG 2012, 429 (429); *Koch*, AG 2014, 513 (520). Prominentestes Beispiel war dabei der Rechtsstreit Kirch gegen Deutsche Bank. Weitere Beispiele bei *Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1393).

⁹³⁶ Vgl. beispielsweise *Fehrenbach*, AG 2015, 761 (761 f.); *Koch*, in: GS Winter 2011, 327; *Koch*, AG 2012, 429 (432); *Koch*, AG 2014, 513 (514); *Seibt*, NZG 2016, 361. Ähnliche Argumente finden sich in Bezug auf kartellrechtliche Bußgeldverfahren, die hier nicht weiter vertieft werden sollen.

Deshalb wurde umfassend diskutiert, ob eine Haftungsmilderung de lege lata möglich sei.⁹³⁷ Vorgeschlagen wurde insoweit in Anlehnung an die Grundsätze betrieblich veranlasster Tätigkeit aus dem Arbeitsrecht⁹³⁸, die Treubindungen innerhalb der Gesellschaft nutzbar zu machen, um die Haftung des Vorstandes zu reduzieren.⁹³⁹ Denn die Stellung des Vorstandes sei mit der des Arbeitnehmers namentlich wegen der Fremdnützigkeit seiner Tätigkeit vergleichbar.⁹⁴⁰ Dabei wird zwar kein vollständiger Gleichlauf zum Arbeitsrecht angenommen, da ein vollständiger Haftungsausschluss mit § 93 Abs. 2 S. 3 AktG unvereinbar sei.⁹⁴¹ Dennoch sei eine interessengerechte Kürzung des Haftungsanspruches im Sinne einer Quote denkbar.⁹⁴² Problematisch an diesem Ansatz ist, dass das tatsächliche Haftungsrisiko im Voraus oftmals nicht abgeschätzt werden kann und die erforderliche Einzelfallbestimmung Rechtsunsicherheiten mit sich bringt. Deshalb wurde vorgeschlagen, eine Bestimmung in die Satzung der Aktiengesellschaft aufzunehmen, die eine Reduzierung der Vorstandshaftung durch das Vorsehen einer Haftungshöchstsumme erreicht.⁹⁴³ Die Zulässigkeit einer solchen Satzungsbestimmung ist umstritten.

⁹³⁷ *Bachmann*, Gutachten 70. DJT, E56 f.; *Bachmann*, ZIP 2014, 579 (582); *Brommer*, AG 2013, 121 (127 ff.); *Casper*, ZHR 176 (2012), 617 (625 ff.); *Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1393 ff.); *Koch*, AG 2012, 429 (429 ff.); *Koch*, in: Koch AktG, § 93 Rn. 96 ff.; *Lotze*, NZKart 2014, 162 (167 f.); *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723 (730); *Peltzer*, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 861 (865 ff.); *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756 (772 ff.); *Spindler*, AG 2013, 889 (894 f.); *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (533 f.).

⁹³⁸ BAG Großer Senat, Beschluss vom 27. September 1994, Az. GS 1/89 (A), NJW 1995, 210. Inzwischen als anerkannte Grundsätze, vgl. *Henssler*, in: MüKo BGB, § 619a Rn. 10; *Wullenkord*, in: BeckOK ArbR, § 619a Rn. 5 ff.; *Preis/Greiner*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 619a Rn. 9 ff. Eine Haftungshöchstsumme wurde im Arbeitsrecht von der Rechtsprechung bisher allerdings kategorisch abgelehnt, BAG, Urteil vom 23. Januar 1997, Az. 8 AZR 893/95, NZA 1998, 140; Urteil vom 15. November 2012, Az. 8 AZR 705/11, NZA 2013, 640.

⁹³⁹ *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 93 Rn. 399; *Koch*, in: Koch AktG, § 93 Rn. 98; *Koch*, AG 2014, 513 (515 ff., 521). *Seibt* will dieses Ergebnis zudem aus Grundrechtswertungen herleiten, *Seibt*, NZG 2015, 1097 (1101). Vgl. dazu auch *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 244 ff.

⁹⁴⁰ *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 93 Rn. 399; *Koch*, in: GS Winter 2011, 327 (341 ff.); *Koch*, AG 2012, 429 (436 f.); *Koch*, AG 2014, 513 (514, 516). Vgl. auch *Bachmann*, Gutachten 70. DJT, E 57. Dagegen *Fehrenbach*, AG 2015, 761 (771); *Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1397); *Paefgen*, AG 2014, 554 (568); *Schöne/Petersen*, AG 2012, 700 (701); *Spindler*, AG 2013, 889 (894).

⁹⁴¹ *Koch*, AG 2012, 429 (435 f., 439); so auch *Reichert*, ZHR 177 (2013), 756 (778).

⁹⁴² *Koch*, AG 2012, 429 (436).

⁹⁴³ *Grunewald*, AG 2013, 813, (815 ff.).

I. Meinungsstand

Von der ganz überwiegenden Ansicht werden Satzungsbestimmungen abgelehnt, die eine Haftungsreduzierung oder eine Haftungshöchstsumme für den Vorstand vorsehen.⁹⁴⁴ Häufig wird dabei pauschal darauf verwiesen, dass eine solche Satzungsbestimmung eine unzulässige Abweichung nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG sei.⁹⁴⁵ Andererseits wird auch angenommen, dass eine entsprechende Satzungsbestimmung nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG unzulässig sei, da § 93 Abs. 2 S. 1 AktG eine abschließende Regelung enthielte.⁹⁴⁶ Teilweise wird sogar angenommen, dass § 93 AktG unabhängig von § 23 Abs. 5 AktG zwingende Wirkung entfalte, die einer Satzungsbestimmung entgegenstünde.⁹⁴⁷ Dem tritt eine vereinzelt vertretene Meinung entgegen, wonach Haftungshöchstsummen in der Satzung zulässig seien, da sie die Vorschriften des Aktiengesetzes lediglich ergänzten.⁹⁴⁸ Auch die Vertreter letzterer Ansicht sehen jedoch unumstößliche Schranken in einzelnen Regelungsanordnungen des § 93 AktG, die nicht unterlaufen werden dürfen. Hinsichtlich der Unzulässigkeit bestimmter Satzungsgestaltungen besteht damit Einigkeit.

⁹⁴⁴ *Bastuck*, Enthftung des Managements, 95; *Bauer/Krets*, DB 2003, 811 (813); *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926 (928); *Brommer*, Beschränkung der Vorstandsinnenhaftung, 181 ff.; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 93 AktG Rn. 3; *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1305 f.); *Fleischer*, in: Beck OGK AktG, § 93 Rn. 4; *Gaul*, AG 2015, 109 (115); *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (84); *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 93 Rn. 123; *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115 (2116); *Habersack*, NZG 2015, 1297 (1299); *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (794); *Heyers*, WM 2016, 581 (583 f.); *Hölters/Hölters*, in: Hölters/Weber AktG, § 93 Rn. 11; *Koch*, AG 2014, 513 (524); *Koch*, in: Koch AktG, § 93 Rn. 2; *Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 93 Rn. 3; *Lutter*, in: HdB Managerhaftung, § 1 Rn. 19; *Mack*, Regresshaftung von Vorstandsmitgliedern, 122 f.; *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung, 348; *Paefgen*, AG 2014, 554 (569); *Roth*, Unternehmerisches Ermessen, 38; *Schmolke*, Organwalterhaftung, 291; *Schneider*, in: FS Werner 1984, 795 (803 f.); *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 108 ff.; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 93 Rn. 27; *Thümmel*, Haftung von Managern, Rn. 350; *Vetter*, NZG 2014, 921 (922 f.). Ähnlich *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 93.

⁹⁴⁵ *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115 (2116); *Habersack*, NZG 2015, 1297 (1299); *Lüneborg*, in: Hölters/Weber AktG, § 93 Rn. 11; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 93 Rn. 3; *Schneider*, in: FS Werner 1984, 795 (803 f.); *Vetter*, NZG 2014, 921 (922 f.). Ohne Differenzierung innerhalb des § 23 Abs. 5 AktG *Bastuck*, Enthftung des Managements, 95; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 93 Rn. 123; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 4; *Roth*, Unternehmerisches Ermessen, 38.

⁹⁴⁶ *Gaul*, AG 2015, 109 (115); *Mack*, Regresshaftung von Vorstandsmitgliedern, 122 f.; *Paefgen*, AG 2014, 554 (569 f.).

⁹⁴⁷ *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung, 348; *Schmolke*, Organwalterhaftung, 291. Ähnlich *Bauer/Krets*, DB 2003, 811 (813), die annehmen, sowohl § 93 AktG als auch § 23 Abs. 5 S. 1 AktG stünden einer Satzungsbestimmung entgegen.

⁹⁴⁸ *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 158 f.; *Grunewald*, AG 2013, 813, (815 ff.); *Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1395).

1. Unumstrittene Zulässigkeitsschranken

Von den Befürwortern der statuarischen Haftungshöchstsummen für Verwaltungsmitglieder werden einige Schranken des Aktiengesetzes anerkannt, die hier nicht in Abrede gestellt werden sollen. So ist inzwischen wohl unumstritten, dass der Haftungsmaßstab des § 93 AktG jedenfalls durch die Satzung nicht abänderbar ist. Demnach muss es bei einer Haftung für *omnis culpa* nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bleiben.⁹⁴⁹ Andernfalls läge eine nicht zulässige Abweichung nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG vor, weil die tatbestandliche Regelungsanordnung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG durch einen anderen Verschuldensmaßstab ersetzt würde. Nicht angezweifelt wird zudem, dass auch durch die Satzung keine Möglichkeit besteht, den Selbstbehalt des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG auszuschließen.⁹⁵⁰ Diese Vorschrift weist dem jeweiligen Verwaltungsmitglied einen Selbstbehalt von 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der jährlichen festen Vergütung des Vorstandsmitglieds zwingend zu. Dieser darf mangels gesetzlicher Zulassung nicht durch etwaige Haftungsreduzierungen – auch nicht in der Satzung – umgangen werden.⁹⁵¹ Erneut läge in einer entgegengesetzten Satzungsbestimmung eine unzulässige Abweichung nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG. Zuletzt darf auch die Regelungsanordnung des § 93 Abs. 5 AktG nicht durch die Satzungsbestimmung modifiziert werden, da hier der Schutz außenstehender Dritter betroffen ist.⁹⁵² Nach § 93 Abs. 5 S. 3 AktG würde eine Satzungsbestimmung lediglich im Verhältnis der Gesellschaft zu den Verwaltungsmitgliedern Wirkung entfalten.⁹⁵³ Eine Satzungsbestimmung kann folglich nur den Ersatzanspruch im Innenverhältnis der Gesellschaft betreffen. Zwar verweist § 93 Abs. 5 S. 1 AktG auf „den Ersatzanspruch“ und macht dadurch deutlich, dass der Anspruch der Gesellschafter grundsätzlich das Schicksal des Anspruches im Innenverhältnis teilt, sodass in einer Haftungsreduzierung auch im Außenverhältnis keine Abweichung, sondern eine Ergänzung vorliegt. Da diese Ergänzung jedoch bei bestehender Außenwir-

⁹⁴⁹ *Bastuck*, Enthftung des Managements, 95; *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 132; *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1306); *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 5 f.; *Grunewald*, AG 2013, 813 (815); *Schmidt*, in: Heidel Aktienrecht, § 93 AktG Rn. 5. Vgl. auch *Spindler*, in: MüKo AktG, § 93 Rn. 32, 34. Insbesondere Schmidt nimmt eine Haftungserleichterung oder Verschärfung nur für den Anstellungsvertrag an.

⁹⁵⁰ Vgl. dazu *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 154; *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 317 ff.

⁹⁵¹ *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 317.

⁹⁵² Vgl. dazu *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (804).

⁹⁵³ Zur Begründung siehe nur *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 175 f.

kung den Gläubigerschutz unterlaufen würde, stellt § 93 Abs. 5 AktG eine abschließende Regelung dar, sodass Satzungsbestimmungen mit Außenwirkung nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG unzulässig sind.

2. Zulässigkeit von Haftungshöchstsummen in der Satzung

Sofern abseits der soeben dargestellten Grenzen für die Satzungsgestaltung die Zulässigkeit einer Haftungshöchstsumme in der Satzung befürwortet wird, werden vorrangig folgende Erwägungen zur Begründung herangezogen.

Zunächst wird dargestellt, dass weder von der Verzichtsschranke des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG abgewichen werde,⁹⁵⁴ noch eine abschließende Regelung in dieser Vorschrift liege.⁹⁵⁵ Insoweit umfasse der Regelungsgehalt des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG gerade keinen vollständigen Ausschluss jedweder Haftungsreduzierung.⁹⁵⁶ Dies könne allenfalls durch eine analoge Anwendung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG erreicht werden, die aber gerade nicht angezeigt sei.⁹⁵⁷ Denn dessen Zweck liege darin, einen Verzicht erst dann zu gestatten, wenn das Ausmaß der Haftung ersichtlich sei, also nach Entstehung des Anspruches. Wenn indessen noch kein Anspruch entstanden sei, bestehe kein Informationsgefälle zwischen Verwaltung und Hauptversammlung, in das durch eine Verzichtsschranke einzugreifen wäre.⁹⁵⁸ Die Haftungsreduzierung in der Satzung führe zudem nicht zu einem Verzicht, sondern dazu, dass der Anspruch schon vor seiner Entstehung nur in der in der Satzung festgelegten Höhe entstehen könne.⁹⁵⁹ Da sowohl über den Verzicht als auch die Satzungsänderung die Hauptversammlung entscheide, werde zudem die

⁹⁵⁴ Dies gelte jedenfalls soweit eine Satzungsänderung nicht zu einer nachträglichen Reduzierung der Haftung führe. Denn in diesem Fall läge auch in der Satzungsregelung ein Verzicht, der nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG ausnahmsweise unzulässig sei. Vgl. dazu *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 160 f. Zur Problematik der nachträglichen Satzungsänderung als Verzicht auf bereits entstandene Ansprüche auch *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926 (931 f.).

⁹⁵⁵ *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 179 f.; *Grunewald*, AG 2013, 813 (815 f.).

⁹⁵⁶ *Grunewald*, AG 2013, 813 (815).

⁹⁵⁷ *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 161 ff.

⁹⁵⁸ *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 171 ff.

⁹⁵⁹ *Grunewald*, AG 2013, 813 (816). Mit anderem Ergebnis erkennen dies auch *Bauer/Krets*, DB 2003, 811 (813); *Schneider*, in: FS Werner 1984, 795 (802 f.); *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 109. Namentlich Scholz verweist dabei darauf, dass durch den Selbstbehalt in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG und die Verzichtsmöglichkeit des § 93 Abs. 4 S. 2 AktG deutlich werde, dass der Kompensationsgedanke nicht unabdingbar sei. Dies gelte jedoch ausdrücklich nicht für Satzungsbestimmungen, *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 108 f., 281. Vgl. auch *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926 (928).

Zuständigkeit der Hauptversammlung nicht berührt und die Gefahr einer Enthaltung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand bestehe nicht.⁹⁶⁰

Namentlich Fischer vertritt zudem die Ansicht, dass eine Satzungsbestimmung mit einer Haftungshöchstgrenze jedenfalls keine Abweichung zu § 93 Abs. 2 S. 1 AktG sei, da sie lediglich die Rechtsfolgenseite der Haftung betreffe und diese nicht im Aktiengesetz geregelt sei.⁹⁶¹ Vielmehr werde aus der Formulierung „des daraus entstandenen Schadens“ in § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, die mit dem Wortlaut des § 280 Abs. 1 BGB identisch sei, der Verweis auf die §§ 249 ff. BGB deutlich. Da dies keine Vorschriften des Aktiengesetzes seien, könne es sich dabei nicht um eine abschließende Regelung „dieses Gesetzes“ im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG handeln und die Normen des Aktiengesetzes seien daher auf Rechtsfolgenseite unvollständig.⁹⁶² Aufgrund dieses Zusammenhanges könne auch nicht von einem zwingenden Erfordernis der Totalreparation ausgegangen werden,⁹⁶³ zumal gerade die verhaltenssteuernde Wirkung der Schadensersatznorm auch bei Bestehen einer nur begrenzten Haftung beibehalten werde.⁹⁶⁴

3. Argumente der herrschenden Lehre

Sofern eine dezidierte Argumentation stattfindet, wird im Wesentlichen in zwei Richtungen argumentiert, die im Kern das Gegenteil der Argumentation der Mindermeinung ist. So stelle § 93 Abs. 4 S. 3 AktG nicht nur eine abschließende Regelung dar. Vielmehr liege in einer haftungsreduzierenden Satzungsbestimmung eine Abweichung zu dieser Vorschrift, die mangels Zulassung nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG unzulässig sei.⁹⁶⁵ Wenn schon ein Verzicht oder ein Vergleich über den Schadensersatzanspruch nur unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zulässig sei, müsse dies erst recht für Haftungsmilderungen gelten.⁹⁶⁶ Denn letztlich führe die Haftungsbeschränkung unabhängig davon, dass sie bereits vor

⁹⁶⁰ Fischer, Existenzvernichtende Haftung, 165; Grunewald, AG 2013, 813 (816).

⁹⁶¹ Fischer, Existenzvernichtende Haftung, 140 ff., 158 f.

⁹⁶² Fischer, Existenzvernichtende Haftung, 143 f.

⁹⁶³ Fischer, Existenzvernichtende Haftung, 141 f., 145 ff. So auch Grunewald, AG 2013, 813 (815).

⁹⁶⁴ Fischer, Existenzvernichtende Haftung, 152 ff. Für eine Optimierung der Verhaltenssteuerung auch Bayer/Scholz, NZG 2014, 926 (927 f.); Scholz, Existenzvernichtende Haftung, 297; a.A. Fehrenbach, AG 2015, 761 (774).

⁹⁶⁵ Oltmanns, Geschäftsleiterhaftung, 348; Scholz, Existenzvernichtende Haftung, 109. Zur Zweifelhafteigkeit der Effektivität dieser Verzichtsschranke vgl. Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115 (2122 f.).

⁹⁶⁶ Bauer/Krets, DB 2003, 811 (813); Schneider, in: FS Werner 1984, 795 (800).

entstehen des Anspruches greife, Rechtsfolgen herbei, die lediglich bei Eintritt besonderer tatbestandlicher Voraussetzungen eintreten dürften.⁹⁶⁷ Insbesondere der in § 93 Abs. 4 S. 3 AktG vorgesehene Minderheitenschutz werde bei einem satzungändernden Beschluss nicht ausreichend berücksichtigt.⁹⁶⁸ Ferner werde von § 93 Abs. 2 S. 1 AktG abgewichen, da diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut „Ersatz des daraus resultierenden Schadens“ und Zweck den Ersatz des gesamten entstandenen Schadens gebiete.⁹⁶⁹ Denn die Vorschrift diene auch dem Gläubigerschutz.⁹⁷⁰ Dagegen könne nicht angeführt werden, dass die Norm des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG auf Rechtsfolgenseite unvollständig sei, denn durch den Verweis auf § 249 ff. BGB werde das Gebot der vollständigen Kompensation gerade betont.⁹⁷¹ Namentlich aus § 254 BGB könne die Zulässigkeit einer Haftungshöchstsumme nicht hergeleitet werden.⁹⁷² Auch die Regelung eines Selbstbehaltes für das Vorstandsmitglied in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG spreche dafür, dass der Gesetzgeber eine umfassende Haftung des Vorstandes bezweckte.⁹⁷³ In diesem Sinne verweist Fleischer zudem darauf, dass nach dem historischen Willen des Gesetzgebers eine Haftungsmilderung gerade nicht vorgenommen werden dürfe.⁹⁷⁴ Zuletzt wird angeführt, dass die Vorstandshaftung maßgeblich dazu beitrage, dass die Aktie ein standardisiertes Produkt sei, weshalb gerade hier § 23 Abs. 5 AktG greifen müsse.⁹⁷⁵

II. Streitentscheid

Die Kernvorschriften der Beurteilung von satzungsmäßigen Haftungshöchstsummen sind damit schon im Meinungsstand umfassend benannt. Entscheidend ist dabei die Frage, ob von den einzelnen Regelungen des § 93 AktG in unzulässiger Weise abgewichen wird oder ob etwaigen Ergänzungen abschließende Regelungen entgegenstehen. Die Antwort dazu liefert die Anwendung des § 23 Abs. 5 AktG auf die streitentscheidenden Normen.

⁹⁶⁷ *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 109 f.

⁹⁶⁸ *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 110.

⁹⁶⁹ *Koch*, in: *Koch AktG*, § 93 Rn. 2; *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 108 f.; *Spindler*, in: *MüKo AktG*, § 93 Rn. 27.

⁹⁷⁰ *Schmidt*, in: *Heidel Aktienrecht*, § 93 AktG Rn. 5.

⁹⁷¹ *Spindler*, in: *MüKo AktG*, § 93 Rn. 27.

⁹⁷² *Spindler*, in: *MüKo AktG*, § 93 Rn. 30.

⁹⁷³ *Spindler*, in: *MüKo AktG*, § 93 Rn. 33 f.

⁹⁷⁴ *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 4; *Fleischer*, ZIP 2014, 1305.

⁹⁷⁵ *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926 (931).

1. Ergänzung statt Abweichung

In Bezug auf die Frage, ob in einer statuarischen Haftungshöchstsumme eine Abweichung oder eine Ergänzung zum Aktiengesetz liegt, ist der Mindermeinung⁹⁷⁶ beizupflichten. Eine solche Satzungsbestimmung weicht nicht von den Regelungen des § 93 AktG ab, sondern ergänzt diese.

a. Ergänzung zu § 93 Abs. 2 S. 1 AktG

Die Satzungsbestimmung zur Haftungsreduzierung konfligiert nicht mit dem Tatbestand des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Dabei würde es bei der Beurteilung des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG ausreichen, dass sich eine Abweichung aus einer Auslegung der gesetzlichen Vorschrift ergibt. Eine Abweichung liegt vor, wenn die gesetzliche Regelung durch eine Satzungsklausel ersetzt wurde.⁹⁷⁷ Eine Auslegung des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ergibt jedoch, dass eine Satzungsbestimmung mit Haftungshöchstsumme nicht mit der Regelungsanordnung des Aktiengesetzes in Widerspruch steht. Ausdrücklich benannt wird eine Unbeschränkbarkeit der Haftung des Vorstandes nicht. Die Formulierung „des daraus entstehenden Schadens“, welche sich nahezu vollständig mit der Formulierung der Anspruchsgrundlage des § 280 Abs. 1 BGB deckt, deutet jedoch eindeutig auf eine Parallelität zum allgemeinen Schadensrecht hin.⁹⁷⁸ In diesem ist eine Haftungsreduzierung jedoch stets denkbar. Darin zeigt sich, dass die von der Satzungsbestimmung betroffene Rechtsfolge nicht im Aktiengesetz sondern in den §§ 249 ff. BGB geregelt ist.⁹⁷⁹ Der Wortlaut des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG spricht daher für die generelle Beschränkbarkeit der Haftung. Dies wird systematisch dadurch bestärkt, dass durch den Selbstbehalt in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG und die Verzichtsmöglichkeit des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG deutlich wird, dass der Kompensationsgedanke nicht unabdingbar ist.⁹⁸⁰ Und auch der verhaltenssteuernde Zweck des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG wird durch eine Haftungshöchstsumme nicht ausgeschlossen. Im Einzelfall kann eine Haftungshöchstsumme sogar risikooptimierend auf die Verwaltung einwirken.⁹⁸¹ Folglich

⁹⁷⁶ *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 158 f.; *Grunewald*, AG 2013, 813, (815 ff.); *Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1395).

⁹⁷⁷ *Koch*, in: *Koch AktG*, § 23 Rn. 35; *Pentz*, in: *MüKo AktG*, § 23 Rn. 160; *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter AktG*, § 23 Rn. 54; *Solveen*, in: *Hölters/Weber AktG*, § 23 Rn. 30.

⁹⁷⁸ So auch *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 140 ff., 158 f.

⁹⁷⁹ So auch *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 140 ff.

⁹⁸⁰ *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926 (928); *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 281.

⁹⁸¹ *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926 (927 f.); *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 297. Vgl. auch *Bachmann*, Gutachten 70. DJT, E 63; *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 296 f.; *Spindler*, AG 2013, 889 (895).

ergibt eine Auslegung, dass durch eine Haftungsbeschränkung nicht die Regulationsanordnung des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ersetzt wird, sondern vielmehr die Rechtsfolgenseite geregelt wird, zu der das Aktiengesetz gerade keine Regelungen enthält.

Es kann sich daher allenfalls um eine Ergänzung zu § 93 Abs. 2 S. 1 AktG handeln. Eine Ergänzung liegt vor, wenn das Gesetz eine der Satzungsbestimmung entsprechende Regelung nicht enthält oder eine gesetzliche Regelung durch die Satzungsbestimmung dem Gedanken nach weitergeführt wird, im Grundsatz jedoch unberührt bleibt. Dies ist hier der Fall, da das Aktiengesetz keine Rechtsfolgenregelungen enthält und damit die Haftungsnorm weitergeführt wird. Sie bleibt jedoch im Grundsatz unberührt, da keine der tatbestandlichen Voraussetzungen von der Satzungsbestimmung betroffen sind.

b. Ergänzung zu § 93 Abs. 4 S. 3 AktG

Durch eine Haftungsreduzierung wird ferner nicht von der Verzichtsschranke des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG abgewichen. Denn der Regelungsgehalt des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG umfasst gerade keinen vollständigen Ausschluss jedweder Haftungsreduzierung.⁹⁸² Der Zweck der Norm liegt vielmehr darin, das Informationsgefälle hinsichtlich des schadensursächlichen Ereignisses zu reduzieren, indem eine ausreichend lange Frist für Nachforschungen eingeräumt wird.⁹⁸³ Dieses Informationsgefälle besteht bei einer von vorneherein gedeckelten Haftung nicht. Der Unterschied zwischen Verzicht und Haftungsbegrenzung in der Satzung liegt nämlich im Zeitpunkt der Haftungsreduzierung. Während durch die Satzungsklausel der Schadensersatzanspruch erst gar nicht in voller Höhe entsteht, betrifft der Verzicht auf den Schadensersatz einen nachträglichen Wegfall. In Bezug auf eine potentielle Abweichung vom Gesetz bedeutet dies, dass durch die Satzung und das Gesetz nicht derselbe Regelungsbereich betroffen wird. Vielmehr setzt die Satzungsklausel zu einem früheren Zeitpunkt an und modifiziert einen vom Gesetz nicht geregelten Bereich im Rahmen der Anspruchsentstehung.

Im Verhältnis zu § 93 Abs. 4 S. 3 AktG liegt somit aus dem Grund eine Ergänzung vor, dass ihr Regelungsgehalt von der Satzungsbestimmung nicht berührt wird. Die Satzungsbestimmung greift vor Anspruchsentstehung ein, während die gesetzliche Regelung das Verfahren nach Entstehen des Anspruches regelt.⁹⁸⁴

⁹⁸² So schon *Grunewald*, AG 2013, 813 (815).

⁹⁸³ Vgl. *Koch*, in: *Koch AktG*, § 93 Rn. 158; *Scholz*, Existenzvernichtende Haftung, 288.

⁹⁸⁴ Hierbei ist jedoch davon auszugehen, dass bei der Einführung einer Haftungsbegrenzung durch Satzungsänderung bereits entstandene Ansprüche ausgenommen werden, um einen Konflikt zum Regelungsgehalt des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG tatsächlich auszuschließen.

2. Zulässigkeit einer Satzungsbestimmung

Dementsprechend reduziert sich die Beurteilung der Zulässigkeit von haftungsreduzierenden Satzungsbestimmungen auf die Frage nach dem abschließenden Charakter der Haftungsnorm des § 93 AktG. Dies wurde bisher lediglich mit Blick auf § 93 Abs. 4 S. 3 AktG untersucht mit dem Ergebnis, die Vorschrift sei nicht abschließend, weil der Zweck der Norm nicht von der Satzungsbestimmung berührt werde.⁹⁸⁵ Dieses Ergebnis kann indessen nicht überzeugen. Denn obgleich § 93 Abs. 4 S. 3 AktG keine abschließende Regelung enthält, ist dem § 93 Abs. 2 S. 1 AktG eine abschließende Regelung zu entnehmen. Eine Vorschrift des Aktiengesetzes enthält dann eine abschließende Regelung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG, wenn die Regelung dem Schutz außenstehender Dritter dient oder eine materielle Regelung des Funktionskreises eines Beteiligten in der Aktiengesellschaft vorliegt, soweit dieser Funktionskreis nicht durch eine Öffnungsklausel durchbrochen wird.

a. Betroffenheit der Rechte Dritter

Nach den bisherigen Vorgaben dürfen Ansprüche Dritter nicht betroffen sein. Namentlich aus § 93 Abs. 5 S. 3 AktG ergibt sich, dass die Anspruchsgeltendmachung durch die Gläubiger nicht durch Satzungsbestimmungen aus dem Innenverhältnis der Aktiengesellschaft beschränkt werden kann. Zulässige Ergänzungen können daher lediglich dann vorliegen, wenn diese Maßgabe des § 93 Abs. 5 S. 3 AktG gestalterisch Berücksichtigung findet. Im Übrigen sind Rechte Dritter nicht betroffen, sodass es auf die funktionelle Beurteilung der ergänzenden Satzungsbestimmung ankommt.

b. Keine funktionelle Betroffenheit des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG

§ 93 Abs. 4 S. 3 AktG enthält nur insoweit eine abschließende Regelung, als der Funktionskreis der Hauptversammlung materiell betroffen ist. Denn durch die Verzichtsschranke in dieser Vorschrift wird die Willensbildungsfunktion der Hauptversammlung dadurch konturiert, dass in Bezug auf den Willen, auf Ansprüche gegen die Verwaltung zu verzichten, zur Vermeidung von Informationsdefiziten erst nach Ablauf von drei Jahren entschieden werden kann. Entsprechend den bisherigen Ausführungen geht es hierbei jedoch ausschließlich um bereits entstandene Ansprüche. Die Vorschrift beschränkt daher die Willensbildungsfunktion hinsichtlich einer vorab festgelegten Begrenzung der Verwaltungshaftung nicht. Vielmehr existieren keine Vorschriften im Aktiengesetz, die bezüglich dieses Beschlussgegen-

⁹⁸⁵ *Fischer*, Existenzvernichtende Haftung, 159 ff.

standes regulierend und funktionskreisbestimmend eingreifen würde. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die satzungsändernde Mehrheit nach § 179 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 AktG eine Dreiviertelmehrheit ist, während über den Verzicht gemäß § 133 Abs. 1 AktG mit einfacher Mehrheit entschieden werden kann. Denn die Willensbildung über eine statuarische Haftungshöchstsumme ist strikt von derjenigen über einen nachträglichen Verzicht zu trennen. Dementsprechend kann den unterschiedlichen Mehrheitserfordernissen keine Indizwirkung beigegeben werden. Mangels Betroffenheit des Funktionskreises der Hauptversammlung steht § 93 Abs. 4 S. 3 AktG haftungsbegrenzenden Satzungsbestimmungen nicht entgegen, sofern von der Satzungsbestimmung keine bereits entstandenen Ansprüche betroffen sind.

c. Materieller Eingriff in § 93 Abs. 2 S. 1 AktG

Die Haftungsregelung des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG spielt ihrerseits eine gewichtige Rolle für die Funktionskreise des Aktiengesetzes. Mit Blick auf den Aufsichtsrat stellt sie die Anspruchsgrundlage dar, mittels derer ein etwaiges Fehlverhalten des Vorstandes sanktioniert werden kann. Als Teil seiner Überwachungs- und Kontrollfunktion ist der Aufsichtsrat nach den ARAG/Garmenbeck-Grundsätzen dazu angehalten, diesen Anspruch stets geltend zu machen. Dabei ist die Höhe des Schadensersatzanspruches für die Funktion des Aufsichtsrates aus §§ 111, 112 AktG allerdings kein materiell entscheidender Gesichtspunkt. Es wird vielmehr lediglich die Art und Weise der Ausübung der Kontrolle verändert. Folglich ist auch der Funktionskreis des Aufsichtsrates nicht materiell betroffen.

Größere funktionelle Bedeutung hat die Haftungsnorm des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG für den Funktionskreis des Vorstandes. Betreffend die für die Satzungsstrenge aufgrund der Trennung von Leitung und Eigentümern so relevante Regulierung der Freiheiten des Vorstandes kommt der Norm eine verhaltenssteuernde Wirkung zu. Sie bestimmt die Ausübung der Leitungs- und Geschäftsführungsfunktion durch den Vorstand dahingehend, dass grundsätzlich nur wirtschaftlich vernünftige unternehmerische Entscheidungen getroffen werden können. Dadurch trägt die potentielle Haftung der Vorstandsmitglieder zu einer Reduzierung des aufgrund des Anlegerschutzzweckes der Satzungsstrenge so bedeutsamen Substanzerhaltungsrisikos bei. Im Umkehrschluss ist die Funktionsausübung des Vorstandes aber nur insoweit materiell betroffen, als die verhaltenssteuernde Wirkung eingeschränkt oder ausgeschlossen wird. Dies ist nicht der Fall, wenn der Vorstand zwar nicht in voller Höhe, aber dennoch in beträchtlichem Ausmaß zur Haftung herangezogen wird. Denn eine Haftungsreduzierung kann verhaltensoptimierend wirken. Namentlich durch den Selbstbehalt des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG wird deut-

lich, dass es für die Verhaltenssteuerung ausreicht, dass der Vorstand zur Begleichung einer geringeren Summe verpflichtet wird. Da diese Grenze aber auch durch die Haftungsreduzierung einzuhalten ist, wird lediglich die Art und Weise der Verhaltenssteuerung reguliert. Dementsprechend ist nicht das „Ob“ der funktionsbestimmenden Wirkung des § 93 Abs. 2 S. 1 AktG bezüglich des Funktionskreises des Vorstandes betroffen. Stattdessen liegt ein formeller Eingriff in den Funktionskreis des Vorstandes vor, der grundsätzlich zulässig wäre.

Die Vorstandshaftung ist ferner für die Kapitalgeberfunktion der Aktionäre von Bedeutung. Denn als Teil dieser Kapitalgeberfunktion sind Vorschriften anzusehen, die das Substanzerhaltungsrisiko minimieren. Dies gilt indessen nur dann, wenn nicht nur Einfluss auf das Verhalten der Beteiligten innerhalb der Aktiengesellschaft genommen wird, sondern tatsächlich die monetäre Ausstattung der Gesellschaft und der Unternehmenswert betroffen sind. Die Verhaltenssteuerung ist wie bereits dargelegt jeweils demjenigen Beteiligten in der Aktiengesellschaft funktionell zuzuordnen, dessen Handeln reguliert werden soll. Die Kapitalausstattung demgegenüber ist funktionell den Aktionären zuzuordnen. Letzteres ist deshalb der Fall, weil die Deckelung der Vorstandshaftung, insbesondere wenn sie nur knapp über den Grenzen des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG liegt, zu erheblichen Einschnitten in den Regressmöglichkeiten der Aktiengesellschaft führt. Die Kompensation der Verluste wird weitreichend ausgeschlossen. Dementsprechend kann namentlich in den Fällen, in denen die Schäden für den Vorstand existenzbedrohende Höhen annehmen, eine Relevanz für den Unternehmenswert bestehen. Durch die damit gleichzeitig potentiell verringerte Kapitalausstattung der Gesellschaft kann der mögliche Ertrag des eingesetzten Kapitals gemindert werden. Dabei kann es nicht auf die Wahrscheinlichkeit der Realisierung des Anspruches ankommen. Denn namentlich durch die Versicherungsmöglichkeit, können oftmals die Ansprüche gegen die Verwaltung auch in für den Unternehmenswert relevanten Höhen reguliert werden. Daraus folgt, dass nicht nur das Substanzerhaltungsrisiko, sondern auch das Ertragsrisiko durch haftungsbeschränkende Satzungsbestimmungen betroffen ist. Dabei geht es nicht nur darum, wie die Substanz und der Ertrag gesichert werden, sondern vielmehr darum, ob eine umfassende Sicherung überhaupt besteht. Somit greifen Satzungsbestimmungen, die Haftungshöchstsummen festlegen materiell in den Funktionskreis der Aktionäre ein. Diese materielle Betroffenheit führt dazu, dass § 93 Abs. 2 S. 1 AktG hinsichtlich derartiger Satzungsbestimmungen eine abschließende Regelung enthält. Die hier diskutierten Ergänzungen sind demnach gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG unzulässig.

III. Ergebnis

Satzungsbestimmungen die Haftungshöchstsummen für Regressansprüche gegen Verwaltungsmitglieder vorsehen sind somit unzulässig. Dies ergibt sich bei Unterschreitung des Selbstbehaltes des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG schon daraus, dass eine unzulässige Abweichung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG vorliegt. Im Übrigen ergibt sich eine Unzulässigkeit aus § 23 Abs. 5 S. 2 AktG, da die Satzungsbestimmung zwar eine Ergänzung darstellt, aber sowohl § 93 Abs. 2 S. 1 AktG als auch § 93 Abs. 5 S. 3 AktG abschließende Regelungen des Aktiengesetzes enthalten. Dementsprechend kommt es nicht darauf an, dass § 93 Abs. 4 S. 3 AktG keine abschließende Regelung enthält.

D. Mehrheiten im Aufsichtsrat

Eine weitere in der Literatur angedachte Satzungsbestimmung zielt darauf ab, die Mehrheitserfordernisse für Aufsichtsratsbeschlüsse durch die Satzung zu verändern. Gemäß § 108 Abs. 1 AktG entscheidet der Aufsichtsrat durch Beschluss. Durch das Ergebnis dieser Beschlussfassung wird der Wille des Organs abgebildet.⁹⁸⁶ Damit geht einher, dass Entscheidungen des Aufsichtsrates einer gewissen Mehrheit bedürfen. Ausdrücklich finden sich solche Mehrheitserfordernisse in den §§ 111 Abs. 3 und 103 Abs. 3 AktG. Danach entscheidet der Aufsichtsrat in den hier geregelten Fällen mit einfacher Mehrheit. Abseits dieser Regelungen existieren jedoch keine Normen des Aktiengesetzes, die ein generelles Mehrheitserfordernis für Beschlüsse des Aufsichtsrates aufstellen.⁹⁸⁷ Allerdings wird teilweise aus §§ 111 Abs. 3 S. 2 und 103 Abs. 3 S. 2 AktG⁹⁸⁸, nach vorzugswürdiger Ansicht aber aus § 32 Abs. 1 S. 3 BGB und § 133 Abs. 1 AktG⁹⁸⁹ ein allgemeiner Rechtsgedanke hergeleitet, der die Beschlussfassung mit einfacher Mehrheit für alle Aufsichtsratsbeschlüsse vorsieht.⁹⁹⁰ Fraglich ist nun, inwieweit die Satzung dieses Mehrheitserfordernis modifizieren kann. Vorgeschlagen wird zum einen das

⁹⁸⁶ *Breuer/Fraune*, in: Heidel Aktienrecht, § 108 AktG Rn. 2; *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (114).

⁹⁸⁷ *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (113); *Kruchen*, in: Backhaus/Tielmann Der Aufsichtsrat, § 108 Rn. 126.

⁹⁸⁸ *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8.

⁹⁸⁹ *Breuer/Fraune*, in: Heidel Aktienrecht, § 108 AktG Rn. 2; *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 31 Rn. 66; *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 108 Rn. 38; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 108 Rn. 57; *Walla*, in: BeckOGK AktG, § 108 Rn. 24.

⁹⁹⁰ Inzwischen somit allgemeine Ansicht. Zur Entwicklung in der Literatur vgl. *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (118 ff.); *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 603 ff. Vorzugswürdig erscheint es, eine Herleitung aus § 32 Abs. 1 S. 3 und 133 Abs. 1 AktG vorzunehmen, da es inkonsequent wäre, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz aus Vorschriften herzuleiten, denen lediglich klarstellender Charakter beizumessen ist.

Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit⁹⁹¹ aufzustellen und zum anderen Stimmenthaltungen ein Stimmgewicht zuzuweisen.⁹⁹² Außen vor bleiben sollen an dieser Stelle etwaige Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit im Innenbereich des Aufsichtsrates aufgrund des Mitbestimmungsrechts, da sich dessen zwingender Charakter nicht aus dem Aktiengesetz, sondern aus den verschiedenen Mitbestimmungsgesetzen ergibt.⁹⁹³

I. Mehrheitserfordernisse durch Satzungsbestimmungen

Mehrheitserfordernisse für Aufsichtsratsbeschlüsse können drei verschiedene Bezugspunkte hinsichtlich ihrer Beschlussgegenstände haben. Erstens existieren Beschlussgegenstände, die dem Aufsichtsrat durch Gesetz zwingend zugewiesen sind. Zweitens ist es denkbar, dass dem Aufsichtsrat Beschlussgegenstände abseits des Gesetzes durch Satzung zugewiesen sind. Drittens gibt es gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG Beschlussgegenstände, die zwar gesetzlich zwingend in der Satzung vorgesehen werden müssen, über deren konkreten Gegenstand der Satzungsgeber aber weitgehend frei disponieren kann. Je nachdem welcher dieser Fälle vorliegt, wird die Modifizierung der Mehrheitserfordernisse in der Literatur unterschiedlich bewertet.

1. Meinungsstand

Allgemeine Meinung ist, dass Satzungsfreiheit hinsichtlich der Mehrheitserfordernisse besteht, wenn der Beschlussgegenstand überhaupt erst durch die Satzung eingeführt wurde. Da derartige Beschlüsse völlig am Gesetz vorbeigehen, könne die Satzung die Beschlussmehrheiten hier beliebig ausgestalten.⁹⁹⁴ Im Übrigen wird die Satzungsfreiheit überwiegend verneint.

⁹⁹¹ Denkbar sind dabei anstelle der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen Verschärfungen, die entweder die Mehrheit der anwesenden Stimmen oder die Einführung einer Zweidrittel- bzw. Dreiviertelmehrheit vorsehen. Ein Einstimmigkeitserfordernis wird indessen nicht ernsthaft diskutiert, vgl. nur *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (155 ff.). Ebenso außen vor bleibt an dieser Stelle die Frage nach der Einführung eines Ehrenvorsitzenden des Aufsichtsrates und seiner Stimmmöglichkeiten. Dazu *Mohamed/Nitschmann*, ZIP 2024, 2673.

⁹⁹² *Breuer/Fraune*, in: Heidel Aktienrecht, § 108 AktG Rn. 7; *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 108 Rn. 33; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 108 Rn. 60; *Kruchen*, in: Backhaus/Tielmann Der Aufsichtsrat, § 108 Rn. 127.

⁹⁹³ *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 31 Rn. 67; *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 108 Rn. 43; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 108 Rn. 60. Vgl. zu dem Verhältnis zur Satzungsstrenge auch *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (125). Zur Zulässigkeit verschiedener Gestaltungen mit Bezug zum Mitbestimmungsrecht vgl. *Kruchen*, in: Backhaus/Tielmann Der Aufsichtsrat, § 108 Rn. 128 ff.

⁹⁹⁴ *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 108 Rn. 32; *Habersack*, in: MüKo AktG, § 108 Rn. 24; *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, § 11

a. Unzulässigkeit bei gesetzlich vorgesehenen Beschlussgegenständen

In Bezug auf qualifizierte Mehrheiten für gesetzlich vorgesehene Aufsichtsratsbeschlüsse sieht die ganz überwiegende Meinung die Einführung entsprechender Satzungsbestimmungen als unzulässig an.⁹⁹⁵ Als Begründung dafür wird ohne direkten Bezug zu § 23 Abs. 5 AktG angegeben, dass das Erfordernis derartiger Mehrheiten gegen abschließende Regelungen des Aktiengesetzes – namentlich § 108 AktG – verstoße.⁹⁹⁶ Denn in der Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben müsse der Aufsichtsrat frei von Bindungen bleiben.⁹⁹⁷ Zum Teil wird dies in Bezug auf Aufsichtsräte von mitbestimmten Aktiengesellschaften daraus abgeleitet, dass es einen Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aufsichtsratsmitglieder gebe, den es zu wahren gelte.⁹⁹⁸ Der abschließende Charakter wird zudem damit begründet, dass durch die Erhöhung der Mehrheitsschwelle die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates beeinträchtigt werde.⁹⁹⁹ Dadurch, dass der Aufsichtsrat für seine Aufgabenwahrnehmung stets eine höhere Schwelle überschreiten müsse, werde die Aufgabenwahrnehmung des Aufsichtsrates an sich angegriffen.¹⁰⁰⁰ Dies entspricht der allgemeinen Ablehnung satzungsmäßiger Vetorechte einzelner Aufsichtsratsmitglieder.¹⁰⁰¹ Denn auch durch derartige Satzungsbestimmungen wird die Arbeit des Aufsichtsrates als Gremium statischer und damit negativ beeinträchtigt, da eine Entscheidung hier nur von der Stimme eines Einzelnen abhängig ist.

Rn. 735; *Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 108 Rn. 19; *Vetter*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 28 Rn. 58.

⁹⁹⁵ *Breuer/Fraune*, in: Heidel Aktienrecht, § 108 AktG Rn. 9; *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 108 Rn. 32; *Feldmann*, DB 1986, 29 (30); *Fritzsche*, WM 1984, 1243 (1244); *Habersack*, in: MüKo AktG, § 108 Rn. 24; *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 31 Rn. 69; *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 108 Rn. 43; *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8; *Oetker*, BB 1984, 1766 (1770); *Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 108 Rn. 19; *Vetter*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 27 Rn. 58.

⁹⁹⁶ *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8.

⁹⁹⁷ *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8; *Vetter*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 28 Rn. 58.

⁹⁹⁸ BGH, Urteil vom 25. Februar 1982, Az. II ZR 123/81, NJW 1982, 1525; *Feldmann*, DB 1986, 29 (30); *Oetker*, BB 1984, 1766 (1770). Vgl. aber inzwischen § 29 MitbestG, der die einfache Mehrheit gesetzlich vorschreibt. Dazu *Ulmer*, ZHR 141 (1977), 490 (503 ff.).

⁹⁹⁹ *Habersack*, in: MüKo AktG, § 108 Rn. 24; *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8; *Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 108 Rn. 19.

¹⁰⁰⁰ *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 108 Rn. 46; *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8.

¹⁰⁰¹ *Habersack*, in: MüKo AktG, § 108 Rn. 25; *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 108 Rn. 38; *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8; *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 609.

Dem wird entgegengehalten, dass kein allgemeiner Grundsatz der einfachen Mehrheit bestehe. Deshalb existiere keine Regelungsgrundlage, von der abgewichen werden oder die sich als abschließend darstellen könne.¹⁰⁰² Dies wird daraus hergeleitet, dass Vorschriften wie §§ 103 Abs. 3 S. 2 und 111 Abs. 3 S. 2 AktG überflüssig wären, sofern ohnehin ein allgemeiner Grundsatz der einfachen Mehrheit bestünde.¹⁰⁰³ Sie hätten allenfalls den Sinn, dass sie als gesetzlich geregelte Ausnahmefälle aufgrund ihrer Wichtigkeit mit geringerer Mehrheit gefasst werden müssten.¹⁰⁰⁴ Alle übrigen Beschlüsse dürften indessen mit einer größeren Mehrheit gefasst werden. Es wird weiter argumentiert, ein gesetzgeberischer Wille für einen Grundsatz der einfachen Mehrheit ließe sich nicht erkennen, da bei Einführung der §§ 103 Abs. 3 S. 2, 108 Abs. 1 und 111 Abs. 3 S. 2 AktG im Vordergrund gestanden habe, dass überhaupt im Beschlusswege entschieden werde.¹⁰⁰⁵ Zudem werde die Kapitalmarktfähigkeit der Aktie durch die Einführung anderer Mehrheitserfordernisse nicht beeinträchtigt.¹⁰⁰⁶ Schließlich sei eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates hinnehmbar, weil mit § 111 Abs. 3 AktG ein Kontrollmechanismus bestehe, in dem die einfache Mehrheit zwingend vorgesehen sei.¹⁰⁰⁷ Letztlich werde so auch der Minderheitenschutz der verschiedenen Interessenvertreter im Aufsichtsrat gestärkt.¹⁰⁰⁸ Aus diesen Gründen liege weder eine Abweichung noch eine abschließende Regelung vor, sodass eine Satzungsbestimmung nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zulässig sei.¹⁰⁰⁹

b. Sonderfall des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG

Besonders umstritten ist die Frage, ob Beschlussgegenstände, die dem Aufsichtsrat als Zustimmung zu einer Geschäftsführungsmaßnahme nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG durch Satzung zugewiesen wurden, zu gesetzlich zugewiesenen Beschlussgegenständen zählen. Die Mehrheitserfordernisse bei diesen Beschlüssen wären dann nach der herrschenden Ansicht entsprechend der obigen Ausführungen nicht

¹⁰⁰² *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (134); in diesem Sinne auch *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 605.

¹⁰⁰³ *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (134); *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 605.

¹⁰⁰⁴ *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (134).

¹⁰⁰⁵ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 603 f.

¹⁰⁰⁶ *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (130).

¹⁰⁰⁷ *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (131).

¹⁰⁰⁸ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 606 f.

¹⁰⁰⁹ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 609.

abänderbar.¹⁰¹⁰ Da es sich bei dem Zustimmungserfordernis um ein zentrales Mittel der Vorstandsüberwachung handele, das die Geschäftsführung in außerordentlich weitem Maße beeinträchtigen könne, sei jedenfalls zweifelhaft, ob es in das Belieben des Satzungsgebers gestellt werden dürfe, ob die Hürde der qualifizierten Mehrheit für Geschäftsführungsmaßnahmen aufgestellt werde.¹⁰¹¹

Dagegen wird angeführt, dass diese Zustimmungserfordernisse durch Satzung gegebene Zuständigkeiten des Aufsichtsrates seien. Daher werde durch eine Satzungsbestimmung zur Mehrheit im Aufsichtsrat nicht das Gesetz, sondern die Satzung selbst ergänzt, weshalb es keine abschließende Regelung geben könne.¹⁰¹² Zudem könne der Aufsichtsrat in seiner Geschäftsordnung aus eigener Initiative Zustimmungsvorbehalte einführen, wodurch die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrates faktisch kaum durch Satzungsbestimmungen zu Mehrheitserfordernissen beeinträchtigt sei.¹⁰¹³ Dies führe wiederum dazu, dass der Festlegung einer besonderen Mehrheit nichts im Wege stehe.¹⁰¹⁴

2. Streitentscheid

Die Frage nach der Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen, die qualifizierte Mehrheiten für Aufsichtsratsbeschlüsse fordern, muss durch Anwendung des § 23 Abs. 5 AktG beantwortet werden. Dabei stellt sich zunächst die Frage, welche Rolle der Grundsatz der einfachen Mehrheit bei dieser Gesetzesanwendung spielt. Zunächst ist festzustellen, dass der Grundsatz der einfachen Mehrheit tatsächlich besteht. So geht insbesondere der Schluss fehl, wegen der Bestimmungen der §§ 103 Abs. 3 S. 2 und 111 Abs. 3 S. 2 AktG existiere kein Grundsatz der einfachen Mehrheit. Sicherlich ist anzuerkennen, dass klarstellende Regelungen im Gesetz eher ungewöhnlich sind und daher nicht ohne Weiteres angenommen werden dürfen.¹⁰¹⁵ Ausgeschlossen sind sie indessen nicht. Dass auch der Gesetzgeber von dem Grundsatz der einfachen Mehrheit ausgeht, lässt sich zudem aus § 107 Abs. 1 AktG herleiten, der die Wahlen des Aufsichtsratsvorsitzenden regelt.

¹⁰¹⁰ *Breuer/Fraune*, in: Heidel Aktienrecht, § 108 AktG Rn. 9; *Habersack*, in: MüKo AktG, § 108 Rn. 24; *Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 108 Rn. 19. In diesem Sinne auch *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (131 ff.); *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 609.

¹⁰¹¹ *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8.

¹⁰¹² In diesem Sinne *Spindler*, in: Spindler/Stilz AktG, § 108 Rn. 26.

¹⁰¹³ *Habersack*, in: MüKo AktG, § 108 Rn. 24.

¹⁰¹⁴ *Hoffmann-Becking*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 31 Rn. 69; *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 108 Rn. 45; *Vetter*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 28 Rn. 58.

¹⁰¹⁵ Dahingehend *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 605.

Hier ist weithin anerkannt, dass abweichende Gremien durch die Satzung bestimmt werden können.¹⁰¹⁶ Da im Wortlaut dieser Vorschrift eine Öffnung für die Satzung zugelassen wurde, ging auch der Gesetzgeber von einem Grundsatz der einfachen Mehrheit in Bezug auf Aufsichtsratsbeschlüsse aus. Das Bestehen dieses Grundsatzes sagt jedoch nichts über seine Satzungsfestigkeit aus. Denn unabhängig davon, ob er aus den klarstellenden Vorschriften des Aktiengesetzes oder § 32 Abs. 1 S. 3 BGB und § 133 Abs. 1 AktG hergeleitet wird, kann nicht von einer gesetzlichen Verankerung gesprochen werden. Er wird nicht durch Auslegung entwickelt, sondern stellt einen ungeschriebenen Grundsatz dar, der in verschiedenen Vorschriften der Rechtsordnung Ausdruck gefunden hat. Ungeschriebene Grundsätze dürfen jedoch bei der Beurteilung zwingenden Aktienrechts nicht für sich genommen dazu führen, dass Satzungsbestimmungen unzulässig sind.¹⁰¹⁷ Diese Schlussfolgerung kann nur aus § 23 Abs. 5 AktG folgen, wonach Satzungsbestimmungen nur dann unzulässig sind, wenn eine nicht zugelassene Abweichung oder eine Ergänzung vorliegt, die gegen allgemeine Gesetze oder abschließende Regelungen des Aktiengesetzes verstößt. Die Verwendung des Begriffes der „abschließenden Regelung“¹⁰¹⁸ zeigt, dass auch die bisherigen Stimmen in der Literatur sich im Ergebnis mit der Satzungsstrenge auseinandersetzen.

a. Abgrenzung zwischen Abweichung und Ergänzung

Fraglich ist zunächst, ob Mehrheitserfordernisse in der Satzung Abweichungen oder Ergänzungen im Verhältnis zum Gesetz sind. Mehrheitserfordernisse im Aufsichtsrat sieht das Gesetz in den §§ 103 Abs. 3 S. 2, 111 Abs. 3 S. 2 und 124 Abs. 3 S. 5 AktG vor. Es wird jeweils die einfache Mehrheit gefordert, weshalb in den hier geregelten Fällen Satzungsbestimmungen, die für die jeweiligen Regelungsbereiche andere Mehrheiten vorsehen, denselben Regelungsgegenstand hätten, aber Abweichendes bestimmen. Dies führt dazu, dass es sich bei solchen Satzungsbestimmungen um unzulässige Abweichungen im Sinne von § 23 Abs. 5 S. 1 AktG handelt.¹⁰¹⁹ Im Übrigen gibt es keine gesetzlichen Vorschriften über Mehrheitserfordernisse bei Aufsichtsratsbeschlüssen. Das Erfordernis der einfachen Mehrheit ist nicht in § 108 Abs. 1 AktG im Wege der Auslegung hineinzulesen, der die Entscheidung des Aufsichtsrates durch Beschluss regelt. Auch dies

¹⁰¹⁶ *Habersack*, in: MüKo AktG, § 107 Rn. 24; *Hopt/Roth*, in: GroKo AktG, § 108 Rn. 45; *Koch*, in: Koch AktG, § 107 Rn. 4.

¹⁰¹⁷ Dazu oben Seiten 36 ff.

¹⁰¹⁸ Vgl. *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8.

¹⁰¹⁹ Dies erkennt auch *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (124 ff.).

würde dazu führen, dass sich eine Abweichung nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG begründen ließe. Da dies nicht der Fall ist, liegt eine Regelungslücke vor, die durch die Satzungsbestimmung ergänzt werden kann. Ergänzt wird dabei § 108 Abs. 1 AktG.

b. Abschließende Regelung

Ob diese Ergänzung in Anbetracht des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zulässig ist, bestimmt sich folglich danach, ob § 108 Abs. 1 AktG eine abschließende Regelung enthält. Da es sich bei dem Innenrecht des Aufsichtsrates nicht um drittschützende Vorschriften mit Außenwirkung handelt und keine Öffnungsklausel im Gesetz existiert, enthält diese Vorschrift dann eine abschließende Regelung, wenn eine materielle Regelung des Funktionskreises eines Beteiligten in der Aktiengesellschaft betroffen ist.

aa. Kapitalgeber- und Eigentümerfunktion der Aktionäre

Soweit in der Literatur die Betroffenheit der Kapitalmarktfähigkeit der Aktie ange-dacht wurde,¹⁰²⁰ könnte darin ein Grund dafür gesehen werden, dass in die Kapitalgeberfunktion der Aktionäre eingegriffen wird. Denn eine Reduzierung der Kapitalmarktfähigkeit führt zu einem erhöhten Liquiditätsrisiko der Aktionäre. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Selbst wenn angenommen würde, dass die Kontrolle des Vorstandes abgeschwächt würde, so wird sie jedenfalls nicht vollständig ausgehebelt. Zudem sind derartige Mehrheitserfordernisse kaum in den Aktienkurs einzupreisen. Dementsprechend sind die Auswirkungen auf die Veräußerbarkeit der Aktie nicht messbar. Aufgrund einer solchen Satzungsbestimmung wird die Investitionsentscheidung eines Anlegers nicht ausschlaggebend verändert. Das Liquiditätsrisiko der Aktionäre verändert sich folglich nicht. Mithin ist auch die Kapitalgeberfunktion der Aktionäre nicht betroffen.

bb. Überwachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrates

Sofern qualifizierte Mehrheiten für Aufsichtsratsbeschlüsse statuiert werden, liegt hierin in jedem Fall eine Beeinträchtigung der Funktionsausübung des Aufsichtsrates. Die Instrumentarien gegen den Vorstand, wie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die damit in Verbindung stehende Vertretung gegenüber dem Vorstand nach § 112 AktG, sowie die Zustimmungserfordernisse nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, sind dem Plenum vorbehalten. Diese Zustimmungserfordernisse sind elementarer Bestandteil der Kontrolle des Vorstandes sind. Darin zeigt sich, dass es für die funktionelle Betrachtung keinen Unterschied machen

¹⁰²⁰ *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (130).

kann, ob es sich um nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG durch die Satzung zugewiesene Beschlussgegenstände handelt, da im Rahmen von § 111 Abs. 4 S. 2 AktG die Funktion des Aufsichtsrates in besonderem Maße betroffen ist.

Sowohl hinsichtlich gesetzlich zugewiesener Beschlussgegenstände als auch der Zustimmungsbeschlüsse nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG ist damit die Überwachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrates betroffen. Entscheidend für die abschließende Wirkung des § 108 Abs. 1 AktG ist folglich, ob die Veränderung der Mehrheiten einen materiellen Eingriff in diese Funktion darstellt oder lediglich formell die Art und Weise der Beschlussfassung betrifft. Hierbei ist entscheidend, dass die Funktionsausübung des Aufsichtsrates in seinem freien Ermessen liegt, da sie nur so effektiv wahrgenommen werden kann. Durch die Einführung eines qualifizierten Mehrheitserfordernisses wird der Entscheidungsprozess innerhalb des Aufsichtsrates gesteuert. Die Ermessensausübung wird um die Prämisse erweitert, dass stets erwogen werden muss, ob eine qualifizierte Mehrheit erreicht wird. Dies könnte einzelne Aufsichtsräte beispielsweise bei der Bestellung des Vorstandes dazu veranlassen, entgegen ihrer eigentlichen Überzeugung abzustimmen, um eine führungslose Aktiengesellschaft oder eine gerichtliche Bestelungsentscheidung zu vermeiden. Folglich liegt ein Eingriff in das freie Ermessen vor. Dieser Eingriff betrifft den materiellen Regelungsgehalt des § 108 Abs. 1 AktG. Durch die Einführung qualifizierter Mehrheiten wird zudem das Machtgefüge zwischen Vorstand und Aufsichtsrat deutlich zugunsten des Vorstandes verändert, da die Wahrscheinlichkeit für den Vorstand sinkt, vom Aufsichtsrat belangt zu werden. Denn die entscheidenden Beschlüsse müssen die nicht im Gesetz vorgesehene Hürde der qualifizierten Mehrheit nehmen. Die Überwachung und Kontrolle des Vorstandes werden statischer, weshalb die Wahrnehmung der Funktion des Aufsichtsrates als solche betroffen ist.

Diese funktionelle Betrachtung entspricht im Kern der Argumentation, dass die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates angegriffen werde, da durch die Gefahr der Handlungsunfähigkeit des Aufsichtsrates das Ermessen beeinflusst werde.¹⁰²¹ Denn die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrates bestimmt sich danach, ob der Aufsichtsrat seine Aufgabe der Kontrolle und Überwachung im Binnengefüge der Aktiengesellschaft ungehindert ausüben kann. Das Argument, der Aufsichtsrat könne weiterhin die Kontrolle des Vorstandes gewährleisten,¹⁰²² ist zudem ein Scheinargument, weil nicht die Abschwächung der Kontrolle aus dem Grund für zulässig

¹⁰²¹ Dazu *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 108 Rn. 32; *Habersack*, in: MüKo AktG, § 108 Rn. 24; *Koch*, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8; *Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 108 Rn. 19.

¹⁰²² *Jürgenmeyer*, ZGR 2007, 112 (131).

erklärt werden kann, dass weiterhin Kontrollmöglichkeiten bestehen und nicht völlig aufgehoben werden.

Folglich ist § 108 Abs. 1 AktG in Bezug auf die Überwachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrates als abschließend anzusehen. Ergänzende Satzungsbestimmungen betreffend qualifizierte Mehrheiten für Beschlüsse des Aufsichtsrates sind folglich nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG unzulässig.

3. Fazit

Abermals hat sich gezeigt, dass der Regelungsanordnung des § 23 Abs. 5 AktG nicht die ihm gebührende Bedeutung beigemessen wurde. Diese Norm muss stets der Kern einer Diskussion um die Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen sein. Konsequenterweise führt sie dazu, dass auch unabhängig vom Grundsatz der einfachen Mehrheit qualifizierte Mehrheitserfordernisse für Aufsichtsratsbeschlüsse nicht in die Satzung eingeführt werden dürfen. Da § 108 Abs. 1 AktG diesbezüglich eine abschließende Regelung enthält, sind entsprechende Satzungsbestimmungen gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG unzulässig.

II. Stimmwert von Enthaltungen

Offen blieb bisher die Frage, inwieweit Stimmenthaltungen bei Aufsichtsratsbeschlüssen durch die Satzung ein Stimmgewicht beigemessen werden kann. Dies ist dergestalt denkbar, dass eine Enthaltung als „Ja-Stimme“ oder als „Nein-Stimme“ zu bewerten ist.

1. Meinungsstand

Ob diese Art der Satzungsklauseln zulässig ist, wird uneinheitlich beurteilt. Während vereinzelt die faktische Abschaffung der Möglichkeit einer Stimmenthaltung zumindest als zweifelhaft angesehen wird,¹⁰²³ spricht sich Drygala generell gegen die Zulässigkeit einer entsprechenden Satzungsbestimmung aus.¹⁰²⁴ Grund dafür sei, dass bei der Einführung eines Stimmgewichts für Stimmenthaltungen eine Verschärfung des Grundsatzes der einfachen Mehrheit vorliege. So sei statt der Mehrheit der abgegebenen Stimmen die Mehrheit der anwesenden Stimmen für einen Beschluss erforderlich. Dadurch würde insbesondere bei der Zählung einer Enthaltung als ablehnende Stimme die Entscheidungsfindung des Aufsichtsrates

¹⁰²³ Koch, in: Koch AktG, § 108 Rn. 8.

¹⁰²⁴ Drygala, in: Schmidt/Lutter AktG, § 108 Rn. 33.

erheblich eingeschränkt.¹⁰²⁵ Zustimmungse Beschlüsse würden unwahrscheinlicher.

Eine entgegenstehende Ansicht hält zumindest die Bewertung als „Nein-Stimme“, zum Teil sogar als „Ja-Stimme“ für zulässig.¹⁰²⁶ Begründet wird dies damit, dass der Stimme lediglich die Neutralität genommen werde, worauf sich die Aufsichtsräte einstellen könnten.¹⁰²⁷ Damit ginge einher, dass das Ergebnis der Entscheidung von dieser Satzungsbestimmung nicht berührt werde.

2. Streitentscheid anhand der Funktionskreise

Entschieden werden soll auch dieser Streit anhand der Funktionskreise in der Aktiengesellschaft. Eine Regelung über die Beschlussfassung des Aufsichtsrates ist, wie auch die Einführung von Mehrheitserfordernissen, als Ergänzung des § 108 Abs. 1 AktG gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG einzuordnen.¹⁰²⁸ Dementsprechend ist der Maßstab der Zulässigkeit, obgleich die Literatur hierauf wiederum nicht explizit eingeht, der Grundsatz der Satzungsstrenge. Da es sich erneut nicht um eine Regelung betreffend außenstehende Dritte handelt und Öffnungsklauseln nicht existieren, ist eine Einordnung in die Funktionskreise des Aktiengesetzes vorzunehmen. Dabei wird wiederum in die Beschlussfassung des Aufsichtsrates und dessen freie Ermessensausübung eingegriffen. Fraglich ist, ob es sich bei der Abschaffung von Stimmenthaltungen lediglich um eine Modifizierung der Art und Weise der Beschlussfassung handelt oder materiell in die Beschlusskompetenzen des Aufsichtsrates eingegriffen wird.

Insoweit ist zunächst festzustellen, dass durch die Satzungsbestimmung Einfluss auf die freie Ermessensausübung des Aufsichtsrates genommen wird. Es ist verfehlt, anzunehmen, der Stimme werde lediglich die Neutralität genommen, auf das Entscheidungsverhalten habe dies keinen Einfluss.¹⁰²⁹ Denn nach Einführung der hier besprochenen Satzungsbestimmungen beruht der Beschluss und damit zugleich die Willensbildung des Aufsichtsrates auf einer anderen Prämisse. Es entsteht der Zwang, sich für oder gegen einen Beschlussgegenstand zu entscheiden. Dadurch fällt die Möglichkeit weg, anderen Aufsichtsräten, die unter Umständen

¹⁰²⁵ *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 108 Rn. 33.

¹⁰²⁶ *Habersack*, in: MüKo AktG, § 108 Rn. 25; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, § 11 Rn. 735; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 108 Rn. 60.

¹⁰²⁷ *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 108 Rn. 60.

¹⁰²⁸ Vgl. oben Seite 227.

¹⁰²⁹ *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 108 Rn. 60.

besser mit dem Thema vertraut oder qualifizierter für eine bestimmte Entscheidung sind, in ihrem Abstimmungsverhalten zu vertrauen, ohne dass das Erfordernis bestünde, sich in seinem Abstimmungsverhalten einem einzelnen Aufsichtsrat anzuschließen. Dementsprechend kommt es dazu, dass ein Aufsichtsrat teilweise nicht mehr nach seinem eigenen Gewissen und Kenntnissen, sondern in Entsprechung zu anderen Aufsichtsräten abstimmt. Dies führt im Ergebnis zu einer Ermessensreduzierung in der Willensbildung des gesamten Aufsichtsrates. Diese Reduzierung führt zwar nicht zu einer generell bestehenden Ermessenslenkung durch die Hauptversammlung in eine bestimmte Richtung für alle Beschlüsse. Dennoch geht sie über einen formellen Eingriff in die Funktionsausübung – also eine Verfahrensregelung – hinaus. Denn erneut werden die Effektivität der Überwachung und Kontrolle des Vorstandes durch den Aufsichtsrat untergraben. Würde mit der Gegenansicht eine Auswirkung auf die Beschlussfassung verneint, wäre schon die Sinnhaftigkeit einer solchen Klausel abzulehnen. Da somit ein materieller statuarischer Eingriff in den Funktionskreis des Aufsichtsrates vorliegt, sind auch Satzungsbestimmungen über Enthaltungen im Aufsichtsrat gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG unzulässig.

III. Ergebnis

Die Beschlussfassung innerhalb des Aufsichtsrates ist weitgehend frei von statuarischen Bindungen. Namentlich der Grundsatz der einfachen Mehrheit für Aufsichtsratsbeschlüsse darf nicht durchbrochen werden. Dies folgt zwar nicht aus dem zwingenden Charakter dieses Grundsatzes, aber aus der abschließenden Wirkung des § 108 Abs. 1 AktG. Diese führt dazu, dass durch Satzungsbestimmungen weder mit qualifizierten Mehrheiten noch durch den Ausschluss von Stimmenthaltungen in die Funktionsausübung des Aufsichtsrates eingegriffen werden kann. Derartige Ergänzungen zu § 108 Abs. 1 AktG sind gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG unzulässig.

E. Vorerwerbsrechte

Eine weitere in der Diskussion stehende Satzungsbestimmung soll es ermöglichen, Vorerwerbsrechte in Bezug auf die Veräußerung der Aktien einer Aktiengesellschaft in die Satzung aufzunehmen. Ein Bedarf für diese Art der Satzungsgestaltung besteht vor allem für kleine Aktiengesellschaften, die sich eventuell sogar im Familienbesitz befinden. In diesen Fällen werden die Aktionäre regelmäßig ein

Interesse an einem Schutz vor Überfremdung der Gesellschaft haben.¹⁰³⁰ Statuarische Vorerwerbsrechte wären grundsätzlich das geeignete Mittel, diese Interessen umzusetzen.

I. Meinungsstand

Trotz des faktischen Bedürfnisses statuarischer Vorerwerbsrechte hält sie die weit überwiegende Ansicht in der Literatur für unzulässig.¹⁰³¹ Dabei lassen sich verschiedene Begründungsansätze erkennen. Namentlich seit einer Entscheidung des LG München¹⁰³² finden sich jedoch vermehrt Stimmen in der Literatur, die dieser herrschenden Lehre entgegentreten.¹⁰³³

1. Vinkulierung von Namensaktien

Zum Teil wird darauf abgestellt, dass ein statuarisches Vorerwerbsrecht den Regelungsbereich des § 68 Abs. 2 AktG betreffe. Nach dieser Vorschrift kann die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden werden. Die Norm lege damit fest, dass eine Vinkulierung als einzige Erschwernis der Veräußerung von Aktien nur unter den Voraussetzungen dieser Norm in die Satzung eingeführt werden dürfe.¹⁰³⁴ Diese als Ausnahmeregelung konzipierte Vorschrift bedeute im Umkehrschluss, dass andere Arten der Erschwernis der Veräußerung, wozu auch die Saturierung von Vorerwerbsrechten zähle, nicht möglich seien.¹⁰³⁵ Dabei wird zum Teil die Formulierung verwendet, dass es sich

¹⁰³⁰ Vgl. dazu ausführlich *Heckschen/Weitbrecht*, NZG 2019, 721.

¹⁰³¹ *Bayer*, in: MüKo AktG, § 68 Rn. 39; *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (225); *Bezenberger*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 68 Rn. 16; *Gätsch*, in: Happ Aktienrecht, 4.03 Rn. 1.3; *Hueck*, in: FS Larenz 1973, 749 (755); *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 734 f.; *Lutter/Drygala*, in: KK-AktG, § 68 Rn. 57; *Merkt*, in: GroKo AktG, § 68 Rn. 300; *Reichert*, AG 2016, 677 (679); *Zöllner-Petzoldt/Jursch*, NZG 2025, 824 (825). Als allgemeine Meinung bezeichnet bei *Heinrich/Illner*, in: Heidel Aktienrecht, § 68 AktG Rn. 11. Wohl gegen die Zulässigkeit von Vorerwerbsrechten auch BGH, Urteil vom 20. September 2004, Az. II ZR 288/02, NJW 2004, 3561 (3562); BayOLG, Beschluss vom 24. November 1988, Az. BReg 3 Z 111/88, NJW-RR 1989, 687 (688). Zum umgekehrten Fall der Zwangsabtretungsklausel vgl. *Cremers*, NZG 2023, 723.

¹⁰³² LG München, Beschluss vom 27. Februar 2017, Az. 5 HK O 14748/16, AG 2017, 591.

¹⁰³³ *Giedinghagen*, AG 2017, R243 (R244); *Koch*, in: Koch AktG, § 68 Rn. 14; *Liebscher*, Konzernbildungskontrolle, 386 ff. Vgl. auch *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693.

¹⁰³⁴ *Gätsch*, in: Happ Aktienrecht, 4.03 Rn. 1.1; *Merkt*, in: GroKo AktG, § 68 Rn. 300; *Heinrich/Illner*, in: Heidel Aktienrecht, § 68 AktG Rn. 11.

¹⁰³⁵ *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 282; *Stupp*, NZG 2005, 205 (206).

bei § 68 Abs. 2 AktG um eine abschließende Regelung handele, ohne dass konkret auf § 23 Abs. 5 S. 2 AktG abgestellt würde.¹⁰³⁶

Nach Ansicht einiger Autoren könne der Regulationsanordnung des § 68 Abs. 2 AktG dadurch entsprochen werden, dass die Zustimmungserteilung der Gesellschaft an die Gewährung eines Vorerwerbsrechts zugunsten einer in der Satzung bestimmten Person gebunden würde. Denn bei der Gestaltung des Zustimmungserfordernisses bestünden weite Spielräume.¹⁰³⁷ Dadurch sei entsprechend § 68 Abs. 2 AktG die Vinkulierung nur durch eine Zustimmung gebunden und dennoch faktisch der Zwang eines Vorerwerbsrechts sichergestellt.¹⁰³⁸ Dagegen wird eingewandt, dass die Formulierung des § 68 Abs. 2 AktG damit ausgehöhlt werde, so dass im Ergebnis dennoch eine nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG unzulässige Abweichung vorläge. Denn aufgrund des Wortlautes „darf“ in § 68 Abs. 2 S. 4 AktG könne jedenfalls keine Zustimmungsverweigerungspflicht statuiert werden.¹⁰³⁹ Ferner spreche der Zweck des § 68 Abs. 2 AktG gegen jede Art der Beschränkung der Veräußerungsmöglichkeiten der Aktie, die über die einfache Zustimmung der Gesellschaft hinausgehe.¹⁰⁴⁰

Dem wird entgegengehalten, dass durch die Statuierung eines Vorerwerbsrechts gerade keine Erschwernis der Veräußerung begründet werde.¹⁰⁴¹ Nach der Ansicht des LG München seien satzungsmäßige Vorerwerbsrechte mit schuldrechtlichen Verpflichtungen vergleichbar,¹⁰⁴² weshalb es auf § 23 Abs. 5 AktG nicht ankomme.¹⁰⁴³ In der Literatur wird angenommen ein derartiges Vorerwerbsrecht sei als zulässige Ergänzung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG anzusehen, da es die

¹⁰³⁶ *Gätsch*, in: *Happ Aktienrecht*, 4.03 Rn. 1.3; *Hueck*, in: *FS Larenz 1973*, 749 (755); *Merkt*, in: *GroKo AktG*, § 68 Rn. 300.

¹⁰³⁷ Namentlich eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH, Urteil vom 20. September 2004, Az. II ZR 288/02, *NJW* 2004, 3561 (3562)) könne dahingehend interpretiert werden, *Stupp*, *NZG* 2005, 205 (206).

¹⁰³⁸ *Lutter/Drygala*, in: *KK-AktG*, § 68 Rn. 70.

¹⁰³⁹ *Grigoleit/Rachlitz*, in: *Grigoleit AktG*, § 68 Rn. 28; *Heckschen/Weitbrecht*, *NZG* 2019, 721 (725); *Stupp*, *NZG* 2005, 205 (206).

¹⁰⁴⁰ In diesem Sinne *Reichert*, *AG*, 2016, 677 (679). Vgl. auch BGH, Urteil vom 20. September 2004, Az. II ZR 288/02, *NJW* 2004, 3561 (3562).

¹⁰⁴¹ LG München, Beschluss vom 27. Februar 2017, Az. 5 HK O 14748/16, *AG* 2017, 591 (593); *Koch*, in: *Koch AktG*, § 68 Rn. 14.

¹⁰⁴² LG München, Beschluss vom 27. Februar 2017, Az. 5 HK O 14748/16, *AG* 2017, 591 (593).

¹⁰⁴³ *Giedinghagen*, *AG* 2017, R243 (R244).

Übertragung der Aktie weder unmöglich mache, noch einen bestimmten Preis aufoktroyiere.¹⁰⁴⁴ Modifiziert werde daher lediglich das „Wie“ nicht das „Ob“ der Übertragung.¹⁰⁴⁵

2. Vorerwerbsrechte als Nebenleistungspflichten

Als weiteres Argument gegen die Zulässigkeit statutarischer Vorerwerbsrechte wird angeführt, dass Beschränkungen der Veräußerbarkeit von Aktien Nebenleistungspflichten der Aktionäre darstellen. Diese seien nur in den Grenzen der §§ 54, 55 AktG zulässig.¹⁰⁴⁶ Da ein Vorerwerbsrecht keine wiederkehrende Pflicht sei, stelle jede Satzungsbestimmung, die den Aktionären Pflichten auferlegt, eine Abweichung von den §§ 54, 55 AktG dar. Deshalb seien derartige Klauseln nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG nichtig.¹⁰⁴⁷ Hueck leitet dieses Ergebnis daraus her, dass Vorerwerbsrechte zwar nicht geregelt seien und eine Abweichung deshalb nicht vorliegen könne. Stattdessen sei ein abschließender Charakter des § 55 Abs. 1 AktG anzunehmen, weshalb die Nichtigkeit der Satzungsbestimmung aus § 23 Abs. 5 S. 2 AktG folge.¹⁰⁴⁸ Für dieses Ergebnis spreche zudem der Zweck der Satzungsstrenge, die Verkehrsfähigkeit der Aktie zu sichern.¹⁰⁴⁹ Vorerwerbsrechte, die dazu führten, dass die Aktie nicht mehr frei handelbar sei, würden diesem Zweck zuwiderlaufen. Dies werde dadurch unterstützt, dass die Handelbarkeit der Aktie unter den Schutz des Art. 14 GG falle und deshalb von besonderer Bedeutung sei.¹⁰⁵⁰

Demgegenüber wird aus denselben Erwägungen, die zu § 68 Abs. 2 AktG ange stellt wurden, von der Mindermeinung angenommen, dass die §§ 54, 55 AktG ergänzt würden und keine abschließenden Regelungen enthielten.¹⁰⁵¹ Immerhin

¹⁰⁴⁴ *Giedinghagen*, AG 2017, R243 (R244).

¹⁰⁴⁵ *Giedinghagen*, AG 2017, R243 (R244).

¹⁰⁴⁶ *Kuntz*, Gestaltung bei Kapitalgesellschaften, 735; *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 282. Ähnliche Argumentation bei BGH, Urteil vom 20. September 2004, Az. II ZR 288/02, NJW 2004, 3561 (3562).

¹⁰⁴⁷ *Kuntz*, Gestaltung bei Kapitalgesellschaften, 735 f.

¹⁰⁴⁸ *Hueck*, in: FS Larenz 1973, 749 (755). Ähnlich *Stupp*, NZG 2005, 205 (206), der sich jedoch nicht auf eine Variante des § 23 Abs. 5 AktG festlegt. Ebenfalls mit Bezug zu § 23 Abs. 5 AktG im Zusammenhang mit Veräußerungsverpflichtungen BayOLG, Beschluss vom 24. November 1988, Az. BReg 3 Z 111/88, NJW-RR 1989, 687 (688).

¹⁰⁴⁹ *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (225). Vgl. dazu auch oben Seiten 106 ff.

¹⁰⁵⁰ *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (225).

¹⁰⁵¹ *Giedinghagen*, AG 2017, R243 (R244).

seien weder die Gläubiger noch das Gesellschaftsvermögen durch Vorerwerbsrechte gefährdet.¹⁰⁵²

3. Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Aktien

Zuletzt wird der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien gegen eine Zulässigkeit von statuarischen Vorerwerbsrechten angeführt.¹⁰⁵³ Er stünde Vorerwerbsrechten entgegen, obwohl er nicht gesetzlich normiert sei, da er schon vor der Einführung des Aktiengesetzes bestanden habe und als Selbstverständlichkeit hinzunehmen sei.¹⁰⁵⁴ Er sei unantastbar und führe dazu, dass mit Ausnahme einer ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung selbst wenn gemäß § 180 Abs. 2 AktG der betroffene Aktionär zugestimmt habe, nicht von ihm abgewichen werden dürfe.¹⁰⁵⁵

Nach der Gegenansicht ist der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien nicht zwingend.¹⁰⁵⁶ Der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien sei in § 68 Abs. 2 AktG ausdrücklich durchbrochen, weshalb es zweifelhaft sei, einen zwingenden ungeschriebenen Grundsatz anzunehmen.¹⁰⁵⁷ Aufgrund dessen wird argumentiert, namentlich in Bezug auf Ergänzungen müsse im Zweifel die Satzungsautonomie gelten und umgekehrt der abschließende Charakter einer gesetzlichen Regelung eindeutig erkennbar sein.¹⁰⁵⁸ Es könne nicht davon gesprochen werden, dass von „Vorschriften dieses Gesetzes“ abgewichen werde.¹⁰⁵⁹ Die freie Übertragbarkeit der Aktien sei gerade nicht ausdrücklich im Aktiengesetz statuiert, weshalb eine konterkarierende Satzungsbestimmung allenfalls als zulässige Ergänzung angesehen werden könne.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵² *Giedinghagen*, AG 2017, R243 (R244).

¹⁰⁵³ BGH, Urteil vom 20. September 2004, Az. II ZR 288/02, NJW 2004, 3561 (3562); *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (224); *Bezenberger*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 68 Rn. 16.

¹⁰⁵⁴ BayOLG, Beschluss vom 24. November 1988, Az. BReg 3 Z 111/88, NJW-RR 1989, 687 (688); *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (224).

¹⁰⁵⁵ In diesem Sinne *Bezenberger*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 68 Rn. 16.

¹⁰⁵⁶ *Liebscher*, Konzernbildungskontrolle, 386 ff.; mit Verweis auf *Becker*, ZGR 1986, 383 (393). Vorsichtiger formulieren *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (702).

¹⁰⁵⁷ *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (702).

¹⁰⁵⁸ „in dubio pro statuto“, *Becker*, ZGR 1986, 383 (393). Dies gelte nach *Liebscher* jedenfalls bei der personalistischen Aktiengesellschaft, *Liebscher*, Konzernbildungskontrolle, 388. Geboten sei eine restriktive Auslegung, *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (702).

¹⁰⁵⁹ In diese Richtung *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (702).

¹⁰⁶⁰ *Liebscher*, Konzernbildungskontrolle, 387.

II. Stellungnahme

Einen Streitentscheid liefert die Anwendung des § 23 Abs. 5 AktG auf die Satzungsbestimmung. Dabei sind die §§ 54, 55, und 68 Abs. 2 AktG ebenso wie der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktie in die Überlegung einzubeziehen. Letztlich ist die Statuierung von Vorerwerbsrechten in der Satzung allenfalls dann zulässig, wenn es sich bei der entsprechenden Satzungsbestimmung um eine nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zulässige Ergänzung handelt, sofern nicht die Satzungsermächtigung des § 68 Abs. 2 S. 1 AktG auch zu einem Zustimmungsmodell berechtigt, das Vorerwerbsrechte umfasst.

1. Klassifizierung als Ergänzung

Unzulässig sind statuarische Vorerwerbsrechte jedenfalls dann, wenn durch sie vom Aktiengesetz abgewichen wird, ohne dass dies durch eine Öffnungsklausel ausdrücklich zugelassen würde. Eine Abweichung liegt vor, wenn die gesetzliche Regelung durch eine Satzungsklausel ersetzt wird. Unabhängig von seinem Bestehen, kann jedenfalls der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien keine derartige Regelung darstellen, da er nicht auf einer ausdrücklichen Normierung im Aktiengesetz gründet. Gesetzliche Regelungen, von denen abgewichen wird, können entsprechend den obigen Ausführungen nur dann vorliegen, wenn sie tatsächlich Niederschlag im Gesetz gefunden haben. Ungeschriebene Grundsätze hingegen dürfen keine Berücksichtigung finden.¹⁰⁶¹ Der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien stellt einen solchen ungeschriebenen Grundsatz dar, weil er nicht aus § 68 Abs. 2 AktG hergeleitet werden kann, sondern diese Vorschrift allenfalls Ausdruck für die Tatsache seines Bestehens ist. Schon der Bundesgerichtshof leitete diesen Grundsatz nicht unmittelbar aus dem Gesetz ab.¹⁰⁶² Mangels geschriebener gesetzlicher Regelung liegt keine Abweichung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG vom Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien vor. Er steht der Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen folglich nicht entgegen.

Im Gegensatz dazu ist die Vinkulierung der Aktien in § 68 Abs. 2 AktG ausdrücklich normiert. Fraglich ist, ob die Statuierung eines allgemein geltenden Vorerwerbsrechts dabei eine Abweichung von § 68 Abs. 2 AktG darstellt oder diese Vorschrift lediglich ergänzt. Eine Ergänzung liegt vor, wenn das Gesetz eine der Satzungsbestimmung entsprechende Regelung nicht enthält oder eine gesetzliche Regelung durch die Satzungsbestimmung dem Gedanken nach weitergeführt wird, im Grundsatz jedoch unberührt bleibt. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln. Der

¹⁰⁶¹ Vgl. dazu oben Seiten 36 ff.

¹⁰⁶² BGH, Urteil vom 20. September 2004, Az. II ZR 288/02, NJW 2004, 3561 (3562).

Wortlaut der Vorschrift betrifft ausdrücklich nur Namensaktien und die Möglichkeit ihre Übertragbarkeit an Zustimmungserfordernisse zu binden. Damit Vorerwerbsrechte als Abweichung von dieser Vorschrift klassifiziert werden könnten, müsste in § 68 Abs. 2 AktG gleichzeitig das Verbot der anderweitigen Vinkulierung von Aktien enthalten sein.¹⁰⁶³ Als Ausnahmeregelung zum Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien muss § 68 Abs. 2 AktG restriktiv ausgelegt werden. Von der Vorschrift werden entsprechend ihrem Wortlaut ausschließlich Zustimmungserfordernisse bei der Vinkulierung von Namensaktien geregelt. Folglich trifft die Vorschrift keine Aussage über Inhaberaktien und keine Aussage über Vorerwerbsrechte. In Bezug auf diesen Regelungsgehalt besteht daher eine Regelungslücke des Gesetzes, welche durch die hier in Rede stehende Satzungsbestimmung ausgefüllt würde. Es handelt sich bei statuarischen Vorerwerbsrechten folglich um eine Ergänzung zu § 68 Abs. 2 AktG.

Allerdings könnte eine Abweichung von § 55 AktG vorliegen. Darin ist geregelt, dass Nebenleistungspflichten lediglich als wiederkehrende Leistungen an die Gesellschaft vorgesehen werden dürfen. Dabei sind Nebenleistungspflichten nur für vinkulierte Namensaktien zulässig.¹⁰⁶⁴ Das Vorerwerbsrecht könnte insoweit eine Nebenleistungspflicht sein, als sich der Aktionär gegenüber der Gesellschaft und gegenüber dem Berechtigten des Vorerwerbsrechts verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen eine Veräußerung an den Berechtigten vorzunehmen. Unter Nebenleistungspflichten im Sinne des § 55 AktG fallen allerdings nur wiederkehrenden Leistungen. Darüber hinaus wird in § 55 AktG nicht ausdrücklich festgelegt, dass andere Verpflichtungen der Aktionäre nicht statthaft sind. Weil die Verpflichtung zur Gewährung eines Vorerwerbsrechts eine einmalige Leistung ist, stellt sie keine Abweichung zu § 55 AktG dar. Da Vorerwerbsrechte daher nicht von § 55 Abs. 1 AktG geregelt werden, besteht eine Regelungslücke des Aktiengesetzes auch in Bezug auf § 55 AktG. Folglich handelt es sich bei Satzungsbestimmungen über Vorerwerbsrechte um Ergänzungen zu §§ 55 und 68 Abs. 2 AktG im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG.

2. Abschließende Regelung

Die durch die Etablierung von Vorerwerbsrechten in die Satzung eingeführte Ergänzung ist zulässig, wenn weder § 55 AktG noch § 68 Abs. 2 AktG eine abschließende Regelung enthalten. Eine Vorschrift des Aktiengesetzes enthält eine abschließende Regelung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG, wenn die Regelung

¹⁰⁶³ In diese Richtung *Stupp*, NZG 2005, 205 (206).

¹⁰⁶⁴ *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 55 Rn. 17; *Koch*, in: Koch AktG, § 55 Rn. 2; *Lieder*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 55 Rn. 3.

dem Schutz außenstehender Dritter dient oder eine materielle Regelung des Funktionskreises eines Beteiligten in der Aktiengesellschaft betroffen ist, soweit dieser Funktionskreis nicht durch eine Öffnungsklausel durchbrochen wird.

a. Betroffenheit Dritter

Dabei wäre zunächst daran zu denken, dass Vorerwerbsrechte Außenwirkung entfalten und schon aus diesem Grund die §§ 55 Abs. 1, 68 Abs. 2 AktG als abschließend ausgelegt werden müssten. Diese Argumentation läuft zum einen leer, wenn die Vorerwerbsrechte zugunsten der Gesellschaft selbst oder anderen Aktionären eingeräumt würden. Aber auch wenn das Vorerwerbsrecht einen außenstehenden Dritten begünstigt, wird dem eigentlichen Käufer der Aktie keine besondere Pflicht auferlegt. Er sieht sich wie jeder Käufer eines beliebigen Gegenstandes lediglich dem Risiko ausgesetzt, dass sein Verkäufer nicht leistet. Er wird folglich nicht entgegen der gesetzgeberischen Konzeption belastet. §§ 55 Abs. 1, 68 Abs. 2 AktG haben dementsprechend keine gläubigerschützende Funktion, die eine abschließende Regelung begründen könnte.

b. Öffnungsklausel des Gesetzes

Der abschließenden Wirkung des § 68 Abs. 2 AktG könnte entgegenstehen, dass der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift eine Öffnung des Gesetzes für die Gestaltung der Satzung vorgesehen hat. Dadurch könnte insbesondere eine Satzungsbestimmung für zulässig erklärt werden, welche die Zustimmungserteilung durch die Gesellschaft zwingend an die Einräumung eines Vorerwerbsrechts bindet. Da nach dieser Öffnungsklausel jedoch ausschließlich Zustimmungserfordernisse für Namensaktien eingeführt werden dürfen, betrifft die Öffnungsklausel keine Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien. Darüber hinaus sind Vorerwerbsrechte unabhängig von einer Zustimmung ganz offensichtlich nicht von dieser Öffnungsklausel umfasst. Eine Auslegung, wonach die Zustimmung nur erteilt werden darf, wenn ein Vorerwerbsrecht gewährt wurde, steht der Wortlaut des § 68 Abs. 2 S. 4 AktG entgegen, weil hier lediglich davon die Rede ist, zu bestimmen, wann die Zustimmung verweigert werden „darf“. Die Satzung kann hingegen nicht vorsehen, wann die Zustimmung verweigert werden muss. Folglich ist keine Gestaltungsvariante der Satzung denkbar durch die die Bindung der Aktienübertragung an ein Vorerwerbsrecht von § 68 Abs. 2 AktG zugelassen werden sollte. Dementsprechend führt jedenfalls diese Öffnungsklausel nicht dazu, dass § 68 Abs. 2 AktG keine abschließende Regelung enthält.

c. Kapitalgeberfunktion der Aktionäre

Die abschließende Wirkung sowohl des § 68 Abs. 2 AktG als auch der §§ 54, 55 AktG könnte sich jedoch aus einer Beurteilung der Funktionskreise des Aktiengesetzes ergeben. Die Vorschriften enthielten dann abschließende Regelungen, wenn durch die Statuierung von Vorerwerbsrechten der Funktionskreis eines Beteiligten der Aktiengesellschaft materiell betroffen wäre.

Hier könnte der Funktionskreis der Aktionäre betroffen sein, wenn die Kapitalgeberfunktion dadurch belastet würde, dass in der Statuierung von Vorerwerbsrechten eine Erschwernis der Veräußerung läge. Denn um aus der Aktiengesellschaft auszutreten, besteht für die Aktionäre lediglich die Möglichkeit der Veräußerung der Anteile. Diese muss zum Zwecke der Entscheidungsfreiheit des Aktionärs aufrechterhalten bleiben.¹⁰⁶⁵ Andernfalls bestünde für Kapitalgeber bei der Aktiengesellschaft ein erhöhtes Liquiditätsrisiko. Dabei beschreibt § 68 Abs. 2 AktG den Funktionskreis der Aktionäre in der Weise, dass die Veräußerung der Anteile durch die Satzung nur bei Namensaktien und nur durch das Zustimmungserfordernis der Gesellschaft erschwert werden darf. Wäre aufgrund der Vorerwerbsklausel die Veräußerung der Anteile erschwert, läge darin deshalb ein materieller Eingriff in den Funktionskreis der Aktionäre. Sofern Vorerwerbsrechte demgegenüber die Veräußerung nicht behindern und lediglich gestaltend in den Ausstieg aus der Gesellschaft eingreifen, läge ein formeller Eingriff in den Funktionskreis der Aktionäre vor. Eine abschließende Regelung wäre nicht gegeben.

Das ausschlaggebende Kriterium ist damit, ob der Austritt aus der Aktiengesellschaft bei Bestehen eines Vorerwerbsrechts tatsächlich schwieriger ist. Dies wäre dann der Fall, wenn potentielle Erwerber als Dritte von dem Erwerb der Anteile aus dem Grund Abstand nähmen, dass ein Vorerwerbsrecht besteht. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn der Erwerber setzt sich keinen zusätzlichen Risiken aus, wenn er Anteile erwirbt, die mit Vorerwerbsrechten belastet sind. Ähnlich wie in dem Fall, dass ein Vorkaufsrecht schuldrechtlich vereinbart wurde, besteht für den Erwerber nur die Gefahr, dass der Kaufvertrag über die Anteile nicht erfüllt wird. Dieses Risiko besteht indessen bei jedem Kaufvertrag. Eine geminderte Nachfrage nach den Anteilen ergibt sich daraus nicht. Selbst dann, wenn der Anteilserwerb dem aus der Satzung hervorgehenden Vorerwerbsberechtigten vor dem eigentlich anvisierten Verkauf der Anteile angeboten werden muss, hindert dies den Aktionär nicht am Austritt aus der Gesellschaft. Stattdessen existiert schlicht ein weiterer potentieller Erwerber. Folglich liegt weder eine Erschwernis des Austritts aus der Gesellschaft noch der Veräußerung der Anteile vor. Im Hinblick auf die

¹⁰⁶⁵ So auch *Bayer/Lieder*, LMK 2004, 224 (225); *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 282.

durch § 68 Abs. 2 AktG beschriebene Kapitalgeberfunktion der Aktionäre kann somit keine abschließende Regelung festgestellt werden.

d. Eigentümerfunktion der Aktionäre

Der Funktionskreis der Aktionäre als Eigentümer der Gesellschaft könnte durch Vorerwerbsrechte insoweit betroffen sein, als §§ 54, 55 AktG festlegen, dass den Aktionären neben der Einlagepflicht lediglich die in § 55 AktG vorgesehenen Nebenleistungspflichten auferlegt werden können. Dies stünde der Statuierung von Vorerwerbsrechten entgegen, weil die Aktionäre mit der Pflicht zur Andienung der Anteile belastet wären. Diese Pflicht, deren Verletzung potentiell Schadensersatzverpflichtungen mit sich bringt, ist im Aktiengesetz nicht vorgesehen. Folglich ist auch der Funktionskreis der Aktionäre nach der gesetzgeberischen Konzeption nicht mit diesen Pflichten belastet. Aus einer Gesamtschau der §§ 55, 68 Abs. 2 und 180 AktG ergibt sich, dass den Aktionären grundsätzlich mit Ausnahme der Einlagepflicht überhaupt keine Pflichten auferlegt werden sollen. Lediglich in dem seltenen Fall, dass die Aktiengesellschaft Namensaktien ausgibt, werden einzelne zusätzliche Pflichten gestattet. Aber auch diese sollen nur unter konkreten Vorzeichen stehen. Sie sollen nämlich wiederkehrend sein und damit einen Bezug zum Verbleib des Aktionärs in dem Verband haben. Dies ist für Vorerwerbsrechte nicht der Fall, da sie gerade dann greifen, wenn der Austritt aus dem Verband beabsichtigt ist. Sofern keine Namensaktien ausgegeben wurden, liegt der Fall noch offensichtlicher. Aktionäre sollen keine zusätzlichen Pflichten haben. Dies widerspricht der kapitalmarktorientierten Ausrichtung der Aktiengesellschaft. Der Funktionskreis der Aktionäre ist damit frei von einmaligen besonderen Verpflichtungen. Dies würde durch die Statuierung von Vorerwerbsrechten verändert. Darin liegt auch ein materieller Eingriff in den Funktionskreis, weil Pflichten entstehen und nicht modifiziert werden. Folglich ist § 55 Abs. 1 AktG als abschließende Regelung in Bezug auf Vorerwerbsrechte anzusehen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 180 Abs. 1 AktG. Dieser bindet die Auferlegung von Nebenverpflichtungen an die Zustimmung des betroffenen Aktionärs. Da der Begriff der Nebenverpflichtung im Lichte des § 55 Abs. 1 AktG gesehen werden muss, betrifft § 180 Abs. 1 AktG jedoch nur die in § 55 Abs. 1 AktG zugelassenen Nebenverpflichtungen¹⁰⁶⁶ und somit lediglich wiederkehrende Leistungen des Aktionärs. Diese parallele Auslegung führt dazu, dass kein Zustimmungserfordernis für die Einführung von Vorerwerbsrechten nach § 180 Abs. 1 AktG besteht, weil sie gerade keine wiederkehrenden Verpflichtungen darstellen.

¹⁰⁶⁶ Vgl. *Greitemann/Pfefferler*, in: *Hölters/Weber AktG*, § 180 Rn. 2; *Holzborn*, in: *BeckOGK AktG*, § 180 Rn. 4; *Koch*, in: *Koch AktG*, § 180 Rn. 2.

Die abschließende Wirkung des § 55 Abs. 1 AktG wird somit nicht dadurch aufgehoben, dass alle betroffenen Aktionäre der entsprechenden Satzungsbestimmung zustimmen.

III. Ergebnis

Vorerwerbsrechte können folglich nicht in der Satzung festgeschrieben werden. Zwar geht mit ihnen keine Erschwerung der Veräußerung einher, die § 68 Abs. 2 AktG verbieten würde. Allerdings sind Satzungsbestimmungen, die Vorerwerbsrechte vorsehen, nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG unzulässig, weil § 55 Abs. 1 AktG eine abschließende Regelung vorsieht.

§ 6 Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Satzungsstrenge

Bisher wurde umfassend dargelegt, wann eine Satzungsbestimmung aufgrund ihres Verhältnisses zum Aktiengesetz gemäß § 23 Abs. 5 AktG unzulässig ist. Offen geblieben ist jedoch, zu welcher Rechtsfolge der Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG führt. Dabei sind drei verschiedene Situationen zu unterscheiden in denen sich die Unzulässigkeit von Satzungsbestimmungen auswirken kann. Vor der Registereintragung der Gesellschaft führen Verstöße gegen die Satzungsstrenge zu einem Errichtungsmangel, sodass nach § 38 Abs. 1 S. 2 AktG nicht eingetragen werden darf.¹⁰⁶⁷ Erfolgte dennoch die Eintragung, führen Mängel der Gründungssatzung jedenfalls zur Nichtigkeit der entsprechenden Klausel. Nach vorzugswürdiger Ansicht folgt diese Nichtigkeitsfolge unmittelbar aus § 23 Abs. 5 AktG.¹⁰⁶⁸ Denn nur dadurch ist dem Zweck der Satzungsstrenge ausreichend Rechnung getragen.¹⁰⁶⁹ Problematisch ist die dritte Konstellation, in der eine Satzungsbestimmung unter Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG erst durch satzungsändernden Beschluss eingeführt werden soll.

A. Meinungsstand

Hinsichtlich der Nichtigkeit satzungsändernder Hauptversammlungsbeschlüsse wird überwiegend die Nichtigkeitsfolge nicht aus § 23 Abs. 5 AktG, sondern aus § 241 Nr. 3 AktG hergeleitet.¹⁰⁷⁰ Dabei könne es nach Ansicht einiger dazu kommen, dass trotz eines Verstoßes gegen die Satzungsstrenge der entsprechende Hauptversammlungsbeschluss lediglich anfechtbar sei,¹⁰⁷¹ mit der Folge, dass

¹⁰⁶⁷ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 157; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 43; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 47; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 54; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 259; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 62; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 42; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 25.

¹⁰⁶⁸ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 43; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 170; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 260. A.A. *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 158; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 125, 137; *Sailer-Coceani*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 6 Rn. 12; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 32. Vertreter der Gegenansicht wollen auch auf die Gründungssatzung § 241 Nr. 3 AktG analog anwenden. Dies ist schon mangels planwidriger Regelungslücke abzulehnen.

¹⁰⁶⁹ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 170.

¹⁰⁷⁰ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 158; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 122 ff.; *Huber*, in: FS Coing 1982, 167 (187); *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (388); *Koch*, in: Koch AktG, § 241 Rn. 15; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 47; *Schäfer*, in: MüKo AktG, § 241 Rn. 71; *Schwab*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 241 Rn. 24; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 61; *Solveen*, in: Hölter/Weber AktG, § 23 Rn. 32; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 42.

¹⁰⁷¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 158; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 122 ff.; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 47; *Schäfer*, in: MüKo AktG, § 241 Rn. 71; *Schwab*, in: Schmidt/Lutter AktG, §

auch gesetzeswidrige Satzungsbestimmungen nach Ablauf der Anfechtungsfrist rechtswirksam beschlossen werden könnten. Im Einzelnen wird hierzu folgendes vertreten.

I. Generelle Nichtigkeit

Teilweise wird angenommen, bei Satzungsänderungen folge die Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschluss und Satzungsbestimmung unmittelbar aus § 23 Abs. 5 AktG.¹⁰⁷² Dies gebiete sowohl der Wortlaut dieser Norm als auch der Zweck der Satzungsstrenge die zukünftigen Aktionäre zu schützen.¹⁰⁷³ Andererseits wird angenommen, dass zwar jeder Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG zur Nichtigkeit der Satzungsbestimmung führe. Dies ergebe sich jedoch im Rahmen von Satzungsänderungen daraus, dass in einem Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG zugleich ein Verstoß gegen das Wesen der Aktiengesellschaft im Sinne des § 241 Nr. 3 AktG liege.¹⁰⁷⁴ „Wesen der Aktiengesellschaft“ sei im Sinne der Verfassung der Aktiengesellschaft zu verstehen, wie sie durch die Rechtsordnung zwingend festgelegt sei.¹⁰⁷⁵ Dies gebiete auch eine historische Betrachtung des § 241 AktG, da schon früher bei verhältnismäßig geringfügigen Verstößen gegen das Aktiengesetz die Nichtigkeit der Satzungsbestimmungen angenommen worden sei.¹⁰⁷⁶ Dagegen wird angeführt, dass die generelle Nichtigkeit bei Verstößen gegen § 23 Abs. 5 AktG die Schwere des konkreten Verstoßes nicht ausreichend berücksichtige.¹⁰⁷⁷ Darüber hinaus werde nahezu der gesamte Normenbestand des Aktienrechts zu einem Wesensmerkmal der Aktiengesellschaft.¹⁰⁷⁸

241 Rn. 24; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 62; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 32.

¹⁰⁷² *Ehmann*, in: Grigoleit AktG, § 241 Rn. 16; *Geßler*, ZGR 1980, 427 (444); *Huber*, in: FS Coing 1982, 167 (184 ff.); *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 170 f.; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 260; *Schlüter*, Schiedsbindung von Organmitgliedern, 217.

¹⁰⁷³ *Geßler*, ZGR 1980, 427 (444); *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 170 f.; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 260.

¹⁰⁷⁴ *Huber*, in: FS Coing 1982, 167 (187); *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (388); *Koch*, in: Koch AktG, § 241 Rn. 15; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 42.

¹⁰⁷⁵ *Huber*, in: FS Coing 1982, 167 (184 ff.). Zustimmend *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (386); *Koch*, in: Koch AktG, § 241 Rn. 15.

¹⁰⁷⁶ *Huber*, in: FS Coing 1982, 167 (185 f.); *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (388); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 43; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 170.

¹⁰⁷⁷ *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 32.

¹⁰⁷⁸ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 128.

II. Verstoß gegen das Wesen der Aktiengesellschaft

Zum Teil wird angenommen, dass eine Nichtigkeit von satzungsändernden Beschlüssen aus einer differenzierenden Betrachtung des § 241 Nr. 3 AktG folge, da dieser gegenüber § 23 Abs. 5 AktG in Bezug auf Satzungsänderungen die speziellere Vorschrift sei.¹⁰⁷⁹ Dabei wird eine Nichtigkeit nur dann angenommen, wenn eine Satzungsbestimmung gegen eine Einzelbestimmung des Aktiengesetzes verstoße, die zum aktienrechtlichen Regelungskern gehöre.¹⁰⁸⁰ Im Übrigen komme nur eine Anfechtung in Betracht, da das Wesen der Aktiengesellschaft nicht betroffen sei.¹⁰⁸¹ Das Wesen der Aktiengesellschaft werde insoweit nur durch den „unverbrüchlichen Normenbestand“ des Aktiengesetzes gebildet.¹⁰⁸² Dies entspreche der gesetzgeberischen Konzeption, wonach im Sinne der Rechtssicherheit die Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen die Ausnahme darstellen solle.¹⁰⁸³ Die Anfechtbarkeit soll insgesamt dann gegeben sein, wenn die Aktionäre auf die Anforderungen an den Hauptversammlungsbeschluss wirksam verzichten könnten, was in Bezug auf § 23 Abs. 5 AktG unter Umständen der Fall sein könne.¹⁰⁸⁴ Zum Teil schwimmen innerhalb dieser Ansicht die Grenzen der Tatbestandsvarianten des § 241 Nr. 3 AktG.¹⁰⁸⁵ Denn ein satzungsändernder Beschluss sei nach manchen Vertretern dieser Meinungsgruppe nur dann nichtig, wenn die Satzungsregelung nach ihrem konkreten Inhalt gegen eine Einzelnorm verstoße, die nach ihrem Inhalt ausschließlich oder überwiegend dem öffentlichen

¹⁰⁷⁹ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 126; *Schäfer*, in: MüKo AktG, § 241 Rn. 71. § 23 Abs. 5 AktG könne nämlich gerade keine ungeschriebener Nichtigkeitsgrund entnommen werden, *Schwab*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 241 Rn. 24.

¹⁰⁸⁰ *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 47; *Schäfer*, in: MüKo AktG, § 241 Rn. 71; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 23 Rn. 62; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 32. Drescher nimmt an, dass bei einem Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG stets ein Verstoß gegen § 241 Nr. 3 AktG vorliegt, *Drescher*, in: BeckOGK AktG, § 241 Rn. 217 ff.

¹⁰⁸¹ *Schäfer*, in: MüKo AktG, § 241 Rn. 71; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 47.

¹⁰⁸² *Zöllner*, in: KK-AktG, 1. Auflage, § 241 Rn. 15. Zu ähnlichen Formulierungen, die jedoch im Kern dasselbe meinen, vgl. *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (385). Unterschiede hinsichtlich der Bedeutung der einzelnen Formulierungen macht zu Unrecht *Bendfeld*, *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 129.

¹⁰⁸³ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 158; *Schäfer*, in: MüKo AktG, § 241 Rn. 71. Zustimmend *Englisch/Ruttman*, in: Hölters/Weber AktG, § 241 Rn. 56. Dafür, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis beibehalten werde, weil lediglich inhaltliche Fehler, die auch zukünftige Aktionäre betreffen, zur Nichtigkeit führen, *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (388 ff.).

¹⁰⁸⁴ *Schäfer*, in: MüKo AktG, § 241 Rn. 71; *Schwab*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 241 Rn. 24.

¹⁰⁸⁵ So bei *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 47; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 32.

Interesse diene.¹⁰⁸⁶ Dies sei in Bezug auf Normen betreffend die Struktur der Aktiengesellschaft der Fall, weil diese Struktur aufgrund ihrer Ausrichtung als Publikumsgesellschaft stets im öffentlichen Interesse stehe.¹⁰⁸⁷

Dieser Ansicht wird entgegengehalten, dass sich § 241 AktG nicht mit der Wirksamkeit von Satzungsbestimmungen sondern von Hauptversammlungsbeschlüssen befasse, weshalb hieraus kein unmittelbarer Lösungsansatz gewonnen werden könne.¹⁰⁸⁸ Zudem dürfe es keinen Unterschied machen, ob Satzungsbestimmungen erst nachträglich oder schon in der Gründungssatzung eingeführt wurden.¹⁰⁸⁹ Darüber hinaus dürfe eine Anfechtbarkeit bei Verstößen gegen § 23 Abs. 5 AktG aus dem Grund nicht angenommen werden, dass die Anfechtbarkeit nur zulässig sei, wenn die Aktionäre wirksam auf die Fehlerkorrektur verzichten könnten. Dies sei jedoch bei § 23 Abs. 5 AktG nicht der Fall, da er auch die zukünftigen Aktionäre schütze.¹⁰⁹⁰ Es sei widersprüchlich und führe zu Rechtsunsicherheiten, anzunehmen, dass die Aktionäre Satzungsbestimmungen, die in der Gründungssatzung stets nichtig wären, durch Satzungsänderung wirksam einführen können, wenn sie die Anfechtungsfrist verstreichen ließen.¹⁰⁹¹ Aus diesem Grund nehmen einzelne Stimmen an, dass § 241 Nr. 3 AktG analog auf die Gründungssatzung anzuwenden sei.¹⁰⁹² Letzteres sei demgegenüber aus dem Grund unzulässig, dass § 23 Abs. 5 AktG die Vertragsebene betreffe, während § 241 AktG nur Hauptversammlungsbeschlüsse regle.¹⁰⁹³

¹⁰⁸⁶ *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 122 ff.; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 47; *Schwab*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 241 Rn. 24; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 32.

¹⁰⁸⁷ *Schwab*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 241 Rn. 24.

¹⁰⁸⁸ *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 171; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 261. Ähnlich *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 43.

¹⁰⁸⁹ *Geßler*, ZGR 1980, 427 (443 f.); *Huber*, in: FS Coing 1982, 167 (184); *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (387); *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 171; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 261.

¹⁰⁹⁰ *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (387). Gegen eine Relevanz des Schutzes der künftigen Aktionäre spricht sich *Bendfeld* aus, da § 23 Abs. 5 AktG auch Vorschriften zu zwingendem Recht mache, die diesen Schutz nicht bezweckten, *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 126.

¹⁰⁹¹ *Huber*, in: FS Coing 1982, 167 (184, 187); *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (387); *Koch*, in: Koch AktG, § 241 Rn. 15.

¹⁰⁹² *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 158; *Bendfeld*, Satzungsstrenge, 125, 137; *Sailer-Coceani*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 6 Rn. 12; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 32. Dagegen *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 43; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 261.

¹⁰⁹³ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 43; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 171.

III. Grundsatz der Anfechtbarkeit

Lediglich Werner nimmt an, dass entsprechend des generellen Verhältnisses zwischen § 241 AktG und § 243 AktG die Anfechtbarkeit auch bei Verstößen gegen § 23 Abs. 5 AktG der Regelfall sei.¹⁰⁹⁴ Denn die Nichtigkeit des Beschlusses könne nicht daraus abgeleitet werden, dass es sich bei § 23 Abs. 5 AktG um eine Verbotsnorm handelt, da ähnliche Verstöße gegen das Aktiengesetz ebenfalls lediglich die Anfechtbarkeit zur Folge hätten.¹⁰⁹⁵ Stattdessen sei zu berücksichtigen, dass die Anwendung der Satzungsstrenge mit Unsicherheiten behaftet sei, weshalb eine generelle Nichtigkeit bei Verstoß gegen diese Vorschrift zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führe. Dies sei nicht hinnehmbar.¹⁰⁹⁶ § 241 Nr. 3 AktG sei auf satzungsändernde Beschlüsse daher nur bei schweren und offenkundigen Verstößen anzuwenden.¹⁰⁹⁷

B. Stellungnahme

Problematisch ist, dass § 241 AktG grundsätzlich eine abschließende Aufzählung für Nichtigkeitsgründe von Hauptversammlungsbeschlüssen enthält, die nur in Ausnahmefällen ergänzt wird.¹⁰⁹⁸ Gleichzeitig ist aber erforderlich, dass ein Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG in der Gründungssatzung in gleicher Weise behandelt wird, wie bei Satzungsänderungen. Denn nur dadurch kann einer Umgehung der Regelungsanordnung des § 23 Abs. 5 AktG durch nachträgliche Satzungsänderungen begegnet werden. Davon ausgehend ergibt sich folgende Beurteilung der Rechtsfolgenseite der Satzungsstrenge.

I. Keine Anfechtbarkeit von satzungsändernden Beschlüssen

Schon im Ansatz ist der Ansicht eine Absage zu erteilen, die bei einem Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG bei satzungsändernden Beschlüssen eine Anfechtbarkeit des Beschlusses annimmt. Denn dadurch könnten Satzungsbestimmungen bei solchen Verstößen nach Ablauf der Anfechtungsfrist wirksam in die Satzung der

¹⁰⁹⁴ Werner, AG 1968, 181 (182).

¹⁰⁹⁵ Werner, AG 1968, 181 (182).

¹⁰⁹⁶ Werner, AG 1968, 181 (182).

¹⁰⁹⁷ Werner, AG 1968, 181 (182).

¹⁰⁹⁸ Drescher, in: BeckOGK AktG, § 241 Rn. 51; Schäfer, in: MüKo AktG, § 241 Rn. 9. Mit Einschränkungen Koch, in: Koch AktG, § 241 Rn. 1.

Aktiengesellschaft eingeführt werden.¹⁰⁹⁹ Es leuchtet nicht ein, warum die Nichtigkeitsfolge beim Verstoß gegen die Satzungsstrenge als einer der prägendsten Grundsätze des Aktienrechts nicht einheitlich erfolgen soll.¹¹⁰⁰ Dadurch würde die Rechtsfolge des § 23 Abs. 5 AktG noch einmal aufgegliedert, obwohl der Wortlaut des § 23 Abs. 5 AktG ein klares Verbot ausspricht. Zum anderen wird eine bloße Anfechtbarkeit von Satzungsklauseln, die gegen § 23 Abs. 5 AktG verstoßen, dem gesetzgeberischen Willen, das Aktienrecht weitestgehend zwingend auszugestalten, nicht im Ansatz gerecht. Der schon von Koch betonte Schutz der zukünftigen Anleger,¹¹⁰¹ der durch § 23 Abs. 5 AktG erreicht werden soll, wäre nicht in dem erforderlichen Maße gewährleistet. Weiterhin konterkariert diese Ansicht das Bedürfnis nach Rechtssicherheit bei der Satzungsstrenge durch die gesteigerte Unsicherheit darüber, ob es sich nun um nichtige oder anfechtbare Satzungsbestimmungen handelt. Folglich muss ein Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG jedenfalls stets zur Nichtigkeit der entsprechenden Satzungsbestimmung führen.

Deshalb sollte § 241 AktG nicht analog auf die Gründungssatzung angewendet werden. Auch hierbei ist nicht ersichtlich, warum die Wirksamkeit von gesetzeswidrigen Satzungsbestimmungen zugelassen werden sollte. Zudem fehlt es an der für die analoge Anwendung erforderlichen vergleichbaren Interessenlage. § 241 AktG regelt die Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses. Hauptversammlungsbeschlüsse sind aufgrund ihrer Rechtsnatur als nichtvertragliches Bündel von Stimmabgaben¹¹⁰² ohne organisationsrechtlichen Charakter von der vertraglich statuierten Gründungssatzung zu unterscheiden. Deshalb ist nicht nur die Prämisse der Anwendung des § 241 AktG auf die Gründungssatzung falsch, sondern auch die dogmatische Grundlage nicht haltbar.

II. Nichtigkeitsfolge

Es steht demnach fest, dass die Folge eines Verstoßes gegen § 23 Abs. 5 AktG die Nichtigkeit der entsprechenden Satzungsbestimmung zur Folge haben muss. Fraglich ist, ob diese Rechtsfolge – wie bei der Gründungssatzung – aus § 23 Abs. 5 AktG unmittelbar hergeleitet werden kann oder ob dies aus § 241 Nr. 3 AktG folgt, weil ein Verstoß gegen die Satzungsstrenge zugleich einen Verstoß

¹⁰⁹⁹ Vgl. dazu *Huber*, in: FS Coing 1982, 167 (184).

¹¹⁰⁰ So auch *Geßler*, ZGR 1980, 427 (443); *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 170 f.; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 261. A.A. *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 158; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 40.

¹¹⁰¹ *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 (387).

¹¹⁰² *Koch*, in: Koch AktG, § 133 Rn. 3 m.w.N.

gegen das Wesen der Aktiengesellschaft bedeutet. Richtigerweise ist hier zwischen der Satzung und dem Hauptversammlungsbeschluss zu differenzieren. Es muss beachtet werden, dass der satzungsändernde Beschluss mit der Satzung nicht identisch ist.

1. Nichtigkeit der Satzungsbestimmung

Die Nichtigkeit einer Satzungsbestimmung, die unter Verstoß gegen die Satzungsstrenge in die Satzung eingeführt wurde, folgt unmittelbar aus § 23 Abs. 5 AktG. Insoweit besteht zwischen der Gründungssatzung und der geänderten Satzung kein Unterschied. Denn nicht § 241 AktG, sondern § 23 Abs. 5 AktG befasst sich mit der Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen. Dabei soll § 23 Abs. 5 AktG die Privatautonomie einschränken, um Rechtssicherheit zu gewährleisten.¹¹⁰³ Zwingendes Aktienrecht soll folglich nicht zur Disposition der Aktionäre oder der Hauptversammlung stehen, weshalb schon aus der Satzungsstrenge selbst die Nichtigkeit folgen muss. Zudem kann der Vorrang des Gesetzes nur dadurch gesichert werden, dass eine Nichtigkeit nach § 23 Abs. 5 AktG angenommen wird.¹¹⁰⁴

2. Nichtigkeit des satzungsändernden Hauptversammlungsbeschlusses

Im Gleichlauf mit dieser Wertung ist der satzungsändernde Beschluss stets nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig, weil mit einem Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG zugleich ein Verstoß gegen das Wesen der Aktiengesellschaft einhergeht.

a. Die Satzungsstrenge als Wesensmerkmal

Dies folgt daraus, dass § 23 Abs. 5 AktG zu den für die Aktiengesellschaft wesentlichsten Vorschriften gehört. Sie ist der Grundsatz, welcher das Aktienrecht prägt wie kaum ein anderer. § 23 Abs. 5 AktG gehört deshalb zum „unverbrüchlichen Normenbestand“¹¹⁰⁵ des Aktiengesetzes. Es kommt insoweit nicht darauf an, welche Vorschrift im konkreten Einzelfall für zwingend erklärt wird. Eine Gewichtung des einzelnen Verstoßes darf nicht erfolgen. Denn prägend für die Aktiengesellschaft ist gerade, dass die Satzungsstrenge auf jede einzelne Vorschrift des Aktiengesetzes ausstrahlt und so eine Begrenzung der Privatautonomie zur Sicherung

¹¹⁰³ Dazu oben Seite 105.

¹¹⁰⁴ So schon *Geßler*, ZGR 1980, 427 (444).

¹¹⁰⁵ *Zöllner*, in: KK-AktG, 1. Auflage, § 241 Rn. 15.

der Verkehrsfähigkeit, sowie zum Schutze der Aktionäre und der Gläubiger vorgenommen wird. Deshalb ist auch Huber¹¹⁰⁶ darin zuzustimmen, dass mit dem Wesen der Aktiengesellschaft das zwingende Recht gemeint ist. Dabei kommt es jedoch nicht darauf an, ob die Formulierung des § 241 Nr. 3 AktG lediglich auf den Regelungskern des Aktiengesetzes hindeutet oder nicht. Denn gerade zu diesem Regelungskern gehört auch die Satzungsstrenge. Damit wird nachvollziehbar, dass man vergeblich nach Entscheidungen vor der Einführung der Satzungsstrenge sucht, welche eine durch Hauptversammlungsbeschluss eingeführte Satzungsbestimmung, die gegen zwingendes Aktienrecht verstößt, als anfechtbar erklären.¹¹⁰⁷

b. Schutz künftiger Aktionäre

Darin, dass die Schutzrichtungen des § 241 Nr. 3 AktG und die des § 23 Abs. 5 AktG in Teilen identisch sind, liegt ein weiterer Grund dafür, dass ein Wesensverstoß nach § 241 Nr. 3 AktG anzunehmen ist, wenn gegen zwingendes Aktienrecht verstoßen wird. So bezweckt die Satzungsstrenge vor allem den Schutz künftiger Aktionäre, indem sie verhindert, dass eintretende Gesellschafter sich überraschenden Satzungsbestimmungen gegenübersehen. Besondere Bedeutung haben dabei solche Satzungsbestimmungen, welche die Struktur der Gesellschaft betreffen. Der Zweck des § 241 Nr. 3 AktG liegt darin, jene Vorschriften, die über den Personenkreis der Anfechtungsbefugten hinaus wirken, der Nichtigkeitsfolge zu unterwerfen, um so Dritte zu schützen. Vor allem die künftigen Aktionäre sind es aber, die durch nicht korrigierte Gesetzesverstöße innerhalb des Verbandes der Aktiengesellschaft benachteiligt würden. Daher schützt § 241 Nr. 3 AktG letztlich denselben Personenkreis, den auch § 23 Abs. 5 AktG schützt. Sollen somit beide Zweckrichtungen ihre Wirkung entfalten, müssen die Vorschriften die gleiche Wirksamkeitsbeurteilung mit sich bringen.¹¹⁰⁸ Sofern daher ein Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG vorliegt, fordert auch der Zweck des § 241 Nr. 3 AktG die Nichtigkeit des Beschlusses.

c. Beibehaltung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses

Aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von fehlerhaften Hauptversammlungsbeschlüssen kann nichts anderes folgen. Denn nur äußerst wenige Hauptversammlungsbeschlüsse werden an Fehlern nach § 23

¹¹⁰⁶ Huber, in: FS Coing 1982, 167 (184 ff.). Zustimmend auch Koch, ZHR 182 (2018), 378 (386); Koch, in: Koch AktG, § 241 Rn. 15.

¹¹⁰⁷ Dazu Huber, in: FS Coing 1982, 167 (185).

¹¹⁰⁸ Vgl. auch Koch, ZHR 182 (2018), 378 (387).

Abs. 5 AktG leiden. Ferner geht namentlich § 23 Abs. 5 S. 2 AktG von dem Regelfall zulässiger Satzungsbestimmungen aus. Dementsprechend ist auch bei einem Gleichlauf von § 23 Abs. 5 AktG und § 241 Nr. 3 AktG die Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses die Ausnahme.

C. Fazit

Es lässt sich festhalten, dass eine Satzungsbestimmung, die gegen § 23 Abs. 5 AktG verstößt, unabhängig davon nichtig ist, ob sie auf dem Gründungsvertrag oder einem Hauptversammlungsbeschluss beruht. Dies folgt für die Satzungsbestimmung selbst unmittelbar aus § 23 Abs. 5 AktG, da nur so dem Zweck der Satzungsstrenge ausreichend Rechnung getragen wird und sich diese Vorschrift mit der Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen befasst. Aber auch der entsprechende satzungsändernde Hauptversammlungsbeschluss ist stets gemäß § 241 Nr. 3 AktG nichtig. Denn wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung für die Aktiengesellschaft und der Bedeutung für die künftigen Aktionäre der Aktiengesellschaft, ist die Satzungsstrenge unter den Begriff des Wesensmerkmals zu subsumieren.

Trotz dieser umfassenden Nichtigkeitsanordnung bei Verstößen gegen die Satzungsstrenge ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sowohl § 23 Abs. 5 AktG,¹¹⁰⁹ als auch § 241 Nr. 3 AktG¹¹¹⁰ der Rechtssicherheit zu dienen bestimmt sind. Damit ist nicht in Einklang zu bringen, dass unentdeckt nichtige Satzungsbestimmungen unbegrenzt als solche fortgelten. Vielmehr ist es erforderlich, dass nach Ablauf einer gewissen Zeit das Vertrauen in die Wirksamkeit der Satzungsbestimmungen geschützt wird. Aus diesem Grund ist es inzwischen einhellige Auffassung, dass auf Satzungsbestimmungen die Heilungsvorschrift des § 242 Abs. 2 AktG analog anzuwenden ist.¹¹¹¹ Danach kann die Nichtigkeit von Satzungsbestimmungen nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Satzungsbestimmung in das Handelsregister eingetragen ist und der Mangel innerhalb von drei Jahren nicht behoben wird. Dies gilt sowohl für Satzungsbestimmungen der Ursprungs-

¹¹⁰⁹ Dazu oben Seite 105.

¹¹¹⁰ *Englisch/Ruttman*, in: Hölters/Weber AktG, § 241 Rn. 2; *Koch*, in: Koch AktG, § 241 Rn. 1.

¹¹¹¹ Grundlegend BGH, Urteil vom 19. Juni 2000, Az. II ZR 73/99, NJW 2000, 2819. Zustimmung *Drescher*, in: BeckOGK AktG, § 241 Rn. 2221; *Geßler*, ZGR 1980, 427 (453); *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 23 Rn. 47; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 172; *Vedder*, in: Grigoleit AktG, § 23 Rn. 42. Umfassend auch zur Anwendbarkeit auf die Ursprungssatzung *Bayer*, NZG 2025, 1059.

satzung als auch für Satzungsbestimmungen, die durch nichtigen Hauptversammlungsbeschluss eingeführt wurden.¹¹¹² Dem ist im Sinne der Rechtssicherheit zuzustimmen.¹¹¹³

¹¹¹² BGH, Urteil vom 19. Juni 2000, Az. II ZR 73/99, NJW 2000, 2819 (2820).

¹¹¹³ Um den erwähnten Schutzbelangen auch im Nachgang noch Geltung beimessen zu können, besteht nach Ablauf der Dreijahresfrist die Möglichkeit, gemäß § 242 Abs. 2 S. 3 AktG i.V.m. § 398 FamFG die Löschung der nichtigen Satzungsklausel herbeizuführen, *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 159; *Braunfels*, in: Heidel Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 51; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 262.

§ 7 Im Gesetz ausgewiesene Gestaltungsspielräume

Bisher wurden Satzungsbestimmungen diskutiert, über deren Einführungsmöglichkeit das Gesetz weitgehend schweigt. Das ist der klassische Fall einer Ergänzung nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG. Allerdings besteht die Möglichkeit des Gesetzgebers, Ergänzungen oder Abweichungen durch gesetzliche Öffnungsklauseln ausdrücklich zuzulassen. Dies kann – wie etwa in § 58 Abs. 4 AktG – in einer sehr konkreten und klar umrissenen Art und Weise erfolgen. Allerdings ist auch denkbar, dass der Spielraum für den Satzungsgeber durch den Wortlaut der gesetzlichen Zulassung kaum abgesteckt ist. Solche offenen Formulierungen finden sich beispielsweise in § 131 Abs. 2 S. 2 AktG „angemessen“ oder den §§ 103 Abs. 1 S. 3, 133 Abs. 1, 135a Abs. 3 und 179 Abs. 2 S. 3 AktG „weitere Erfordernisse“.¹¹¹⁴ In diesen Fällen ist unter Umständen sowohl unklar, ob eine Abweichung oder eine Ergänzung zum Gesetz zugelassen wird, als auch wie weitreichend das Aktiengesetz für Satzungsgestaltungen geöffnet werden soll. Ähnlich unbestimmt können die Fälle sein, in denen eine notwendige Satzungsbestimmung eingeführt werden soll. Als Beispiel kann die Konstellation der Benennung des Unternehmensgegenstandes nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG dienen, wodurch wiederum die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes eingeschränkt werden kann. Jede dieser unbestimmten Vorschriften muss dahingehend ausgelegt werden, wie weit der vom Gesetzgeber eingeräumte Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers ist. Da für die Beurteilung der Zulässigkeit von Ergänzungen bereits generelle, durch das Aktiengesetz aufgestellte Grenzen der Gestaltungsfreiheit erarbeitet wurden, liegt es nahe, dass diese Grenzen auch für derart unbestimmte Öffnungsklauseln gelten könnten. Es soll also überprüft werden, ob die Reichweite der im Aktiengesetz ausgewiesenen Gestaltungsspielräume für den Satzungsgeber anhand der Funktionskreise des Aktiengesetzes bestimmt werden kann. Dazu sollen hier drei Beispiele herangezogen werden, die Sinnbild für drei verschiedene Konstellationen dieser Gestaltungsspielräume sind – erstens die Reichweitenbestimmung der Zulassung einer Abweichung zum Aktiengesetz, zweitens die Bestimmung, ob eine Abweichung oder eine Ergänzung zum Aktiengesetz zugelassen werden soll, und drittens der Fall einer notwendigen Satzungsbestimmung.

A. Beschränkung des Frage- und Rederechts

In einem ersten Schritt sollen die Freiräume im Rahmen des Frage- und Rederechts, welche in § 131 AktG geregelt sind, dargestellt werden. Nach dieser Vorschrift ist jedem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung vom Vorstand

¹¹¹⁴ Siehe eine Auflistung ähnlicher Vorschriften bei *Pentz*, in: *MüKo AktG*, § 23 Rn. 163.

Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, soweit dies zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist. Die Auskunft hat den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. Neben diesem Fragerecht der Aktionäre besteht auch das Recht bei der Hauptversammlung zu sprechen. Das Gesetz sieht die Beschränkung dieser beiden Rechte in § 131 Abs. 2 S. 2 AktG vor, in dem es heißt: „Die Satzung (...) kann den Versammlungsleiter ermächtigen, das Frage- und Rederecht des Aktionärs zeitlich angemessen zu beschränken, und Näheres dazu bestimmen“. Die damit einhergehende Beschränkungsmöglichkeit des Frage- und Rederechts weicht von der grundsätzlich unbeschränkten Auskunftspflicht der Gesellschaft nach § 131 Abs. 1 S. 1 AktG ab. Dementsprechend ist in § 131 Abs. 2 S. 2 AktG die Zulassung einer Abweichung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG zu sehen.¹¹¹⁵ Allerdings ist die gesetzliche Formulierung durch den unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit und der Möglichkeit „Näheres“ zu bestimmen, wenig aussagekräftig und erfordert eine Präzisierung. Fraglich ist, wie weitreichend und in welcher Form die Begrenzungen erfolgen dürfen und ob hier die Funktionskreise des Aktiengesetzes zur Beurteilung herangezogen werden können.

I. Relevanz der Unterscheidung zwischen Frage- und Rederecht

Zunächst ist beachtlich, dass die rechtliche Beurteilung von Fragerecht und Rederecht grundsätzlich unterschiedlich erfolgt. Die beiden Rechte haben eine unterschiedliche Reichweite und Bedeutung, was sich darin zeigt, dass in der Zeit vor der durch das UMAG¹¹¹⁶ eingeführten Regelung des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG eine Beschränkung des Rederechts durch den Versammlungsleiter auch ohne Satzungsbestimmung möglich war, während das Fragerecht überwiegend als unantastbar angesehen wurde.¹¹¹⁷ Dennoch sah Gesetzgeber in Bezug auf das Rederecht ebenfalls Handlungsbedarf und wollte die Hauptversammlung stärken.¹¹¹⁸ Um nicht eine Schwächung der Hauptversammlung herbeizuführen, muss es auch weiterhin möglich sein, dass das Rederecht durch den Versammlungsleiter unabhängig von einer Satzungsbestimmung beschränkt wird.¹¹¹⁹

¹¹¹⁵ So auch *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 59.

¹¹¹⁶ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. September 2005.

¹¹¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 20. September 1999, Az. 1 BvR 636/95, NJW 2000, 349; *Kubis*, in: MüKo AktG, § 131 Rn. 163 f.; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 68.

¹¹¹⁸ *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 302. Vgl. BT-Drs. 15/5092, 17.

¹¹¹⁹ *Kubis*, in: MüKo AktG, § 131 Rn. 163 f.; *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 85.8; *Reichert*, in: Beck'sches HdB AG, § 5 Rn. 173; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 68. In Bezug auf

Allerdings kann aus dieser unterschiedlichen Behandlung keine Relevanz für die Zulässigkeit der Satzungsbestimmung zur Beschränkung dieser Rechte hergeleitet werden. Denn der Wortlaut des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG sieht keine Unterscheidung der beiden Rechten vor. Deshalb können auch die Voraussetzungen für Satzungsbestimmungen nicht unterschiedlich sein.¹¹²⁰ Zudem wird eine Grenzziehung zwischen der von dem Aktionär gestellten Frage und Ausführungen, die dem Rederecht zuzuordnen sind, oftmals nicht durchführbar sein.¹¹²¹ Aufgrund dieser unter Umständen schwierigen Abgrenzung bedeutet eine einheitliche Beurteilung von Frage und Rederecht zugleich erhöhte Rechtssicherheit. Mit der Erhöhung der Rechtssicherheit würde umgekehrt das Anfechtungsrisiko reduziert, worin gerade der Zweck der Einführung der Öffnungsklausel lag.¹¹²² Aufgrund des Wortlauts des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG und aus Gründen der Rechtssicherheit darf deshalb eine Unterscheidung der Aktionärsrechte in Bezug auf die Prüfung der Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen nicht erfolgen.

Davon abzugrenzen ist die Tatsache, dass eine Beschränkung von Frage- und Rederecht nicht einheitlich erfolgen muss. Da das Fragerecht wegen der größeren Bedeutung für die Entscheidungsfindung der Aktionäre einen höheren Stellenwert hat,¹¹²³ kann es sinnvoll sein, das Rederecht sowohl in der Satzung als auch durch den Versammlungsleiter weiter einzuschränken als das Fragerecht. Als Minimum zu einer Beschränkung beider Rechte muss es demnach möglich sein, das Fragerecht in geringerem Maße als das Rederecht zu beschränken.¹¹²⁴ Die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten werden dann bewusst durch den Satzungsgeber in Kauf genommen. Die folgende Beurteilung der Grenzen kann dennoch unabhängig davon erfolgen, inwieweit beide Rechte durch die Satzungsbestimmung eingeschränkt werden. Denn insgesamt ist es zwar zulässig, aber nicht erforderlich, Satzungsbestimmungen nach § 131 Abs. 2 S. 2 AktG im Hinblick auf das Rederecht und das Fragerecht unterschiedlich auszugestalten.

das Rederecht stellt § 131 Abs. 2 S. 2 AktG daher nur eine klarstellende Regelung dar, *Kubis*, in: MüKo AktG, § 131 Rn. 163; *Weißhaupt*, ZIP 2005, 1766.

¹¹²⁰ *Arnold/Carl/Götze*, AG 2011, 349 (354); *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 40; *Kremer*, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 697 (706).

¹¹²¹ *Arnold/Carl/Götze*, AG 2011, 349 (354); *Herrler*, DNotZ 2010, 331 (338); *Kremer*, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 697 (706); *Reger*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 131 Rn. 31; *Wachter*, DB 2010, 829 (833).

¹¹²² *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 40; *Kremer*, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 697 (706).

¹¹²³ *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 305; *Koch*, in: Koch AktG, § 131 Rn. 74; *Kremer*, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 697 (706).

¹¹²⁴ *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 303; *Koch*, in: Koch AktG, § 131 Rn. 74; *Reger*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 131 Rn. 31.

II. Meinungsstand

Fraglich ist, auf welche Weise die Satzungsbestimmung die Aktionärsrechte einschränken darf. Dabei gibt es zwei denkbare Gestaltungsvarianten. Die Satzung könnte eine Ermächtigungsgrundlage zur Beschränkung der Aktionärsrechte ähnlich einer Generalklausel vorsehen. Dadurch würde dem Versammlungsleiter die Ermessensausübung vollständig überlassen, um eine Abwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände in der Hauptversammlung zu ermöglichen. Alternativ könnte die Satzung die Interessenabwägung zwischen Hauptversammlungs- und Aktionärsinteressen hinsichtlich der Angemessenheit einer Beschränkung abstrakt vorwegnehmen. Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass jede Entscheidung des Versammlungsleiters, die sich an die Grenzen der Satzung hält, eine angemessene Beschränkung wäre. Die Grenzen der Vorwegnahme dieser Interessenabwägung sind umstritten.

1. Beschränkung nur durch den Versammlungsleiter

Nach einer Ansicht ist entscheidend, dass § 131 Abs. 2 S. 2 AktG nicht zu einer Begrenzung der Aktionärsrechte durch die Satzung ermächtige, sondern die Satzungsbestimmung als Ermächtigungsgrundlage für den Versammlungsleiter diene, der auf Grundlage der Satzungsermächtigung das Frage- und Rederecht der Aktionäre angemessen beschränken könne.¹¹²⁵ Zur Bestimmung der Angemessenheit dieser Beschränkung habe insoweit stets eine Abwägung der Interessen der Hauptversammlung und der Aktionärsinteressen zu erfolgen, die jedoch stets im Einzelfall erfolgen müsse.¹¹²⁶ Von gesteigerter Bedeutung bei der Abwägung sei der Zweck der Einführung des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG.¹¹²⁷ Dieser liege darin, die Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung zu verbessern, indem die Versammlung durch die Beschränkungen verschlankt werde.¹¹²⁸ Insgesamt führe dies zu einer höheren Selbstbestimmungsmöglichkeit und einer erhöhten Attraktivität der

¹¹²⁵ Koch, in: Koch AktG, § 131 Rn. 73; Kersting, in: KK-AktG, § 131 Rn. 303; Kubis, in: MüKo AktG, § 131 Rn. 165; Liebscher, in: Henssler/Strohn GesR, § 131 AktG Rn. 13.

¹¹²⁶ Vgl. Herrler, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 41; Kersting, in: KK-AktG, § 131 Rn. 304; Kremer, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 697 (704); Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66c f. Diese Abwägung sei voll gerichtlich überprüfbar, BGH, Urteil vom 08. Februar 2010, Az. II ZR 94/08, NZG 2010, 423 (425 f.); Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66c.

¹¹²⁷ Kremer, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 697 (704); Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66c.

¹¹²⁸ Herrler, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 37; Kersting, in: KK-AktG, § 131 Rn. 305; Koch, in: Koch AktG, § 131 Rn. 73; Kremer, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 697 (704); Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66. Vgl. auch BT-Drs. 15/5092, 17.

Hauptversammlung.¹¹²⁹ Gefährdet sei die Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung als Forum der Aktiengesellschaft namentlich durch die Strategie einzelner Aktionäre, durch eine übermäßige Anzahl an Reden und Fragen die Hauptversammlung fehleranfällig zu machen, um Gründe für Anfechtungsklagen zu kreieren.¹¹³⁰ Dies führe zu einem deutlich verlängerten und damit unwirtschaftlichen Prozess der wesentlichen Entscheidungen innerhalb der Aktiengesellschaft und sollte vermieden werden. Die Abwendung dieser Gefahr solle durch § 131 Abs. 2 S. 2 AktG erfolgen und mit den Informationsinteressen der Aktionäre in Einklang gebracht werden.¹¹³¹ Als Leitlinien für einen solchen Ausgleich wurden vom Gesetzgeber folgende Indizien vorgeschlagen, die weitgehend Zustimmung erfahren haben. Idealerweise habe eine Hauptversammlung eine Dauer von vier bis sechs Stunden.¹¹³² Bei intensiveren Versammlungen könne sich die Dauer zwar noch verlängern, insgesamt solle es aber jedenfalls bei dem Leitbild der eintägigen Versammlung bleiben.¹¹³³ Diese zeitlichen Grenzen werden zum Teil als einzige Möglichkeit angesehen, um als Anhaltspunkt für die Grenzen der Beschränkung des Frage- und Rederechts herzuhalten.¹¹³⁴ Dennoch dürfe keine generelle Beschränkung in die Satzung aufgenommen werden.¹¹³⁵

¹¹²⁹ Angerer, ZGR 2011, 27 (32); Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66.

¹¹³⁰ Krause, BB 2010, 852; Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66. Vgl. auch Reichert, in: Beck'sches HdB AG, § 5 Rn. 179 f.; Herrler, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 40.

¹¹³¹ BGH, Urteil vom 08. Februar 2010, Az. II ZR 94/08, NZG 2010, 423 (424); so auch Kersting, NZG 2010, 446 (447); Spindler, NZG 2005, 825 (826). Vgl. dazu auch BT-Drs. 15/5092, 17.

¹¹³² BT-Drs. 15/5092, 17. Zustimmend Koch, in: Koch AktG, § 131 Rn. 45; Reichert, in: Beck'sches HdB AG, § 5 Rn. 173; Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66.

¹¹³³ Drinhausen, in: Hölters/Weber AktG, § 131 Rn. 25; Koch, in: Koch AktG, § 131 Rn. 75; Kersting, in: KK-AktG, § 131 Rn. 305; Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66c.

¹¹³⁴ Vgl. Koch, in: Koch AktG, § 131 Rn. 73 ff.

¹¹³⁵ Kersting, in: KK-AktG, § 131 Rn. 304. Ähnlich Liebscher, in: Henssler/Strohn GesR, § 131 AktG Rn. 13.

2. Minderheitenschutz

Gegen eine vorweggenommene Abwägung durch den Satzungsgeber wird angeführt, dass sie die Minderheitsinteressen gefährde, da die Minderheit unter Umständen überstimmt würde und letztlich keine Handhabe gegen die Entscheidung des Versammlungsleiters hätte, solange die Entscheidung satzungskonform erfolgte.¹¹³⁶ Indem also die Abwägung auf der Ermessensebene satzungsmäßig fixiert werde, könnten die Aktionärsrechte nicht mehr gewährleistet werden. Dies wiederum führe bei der Abwägung im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung dazu, dass der bezweckte Ausgleich zwischen Aktionärsinteresse und der Beibehaltung der Funktionalität der Hauptversammlung nicht durchhaltbar wäre und die Satzungsbestimmung unzulässig würde.¹¹³⁷ Die Satzung entfalte folglich jedenfalls immer dann keine Wirkung, wenn die Minderheit gefährdet sei.¹¹³⁸ Wann allerdings eine Minderheitsgefährdung vorliegen soll, wird nicht dargestellt.

3. Einzelne Gesichtspunkte der Angemessenheit

Im Übrigen gibt es viele einzelne Vorschläge in der Literatur, die zu einer Angemessenheit der Beschränkung führen sollen und nicht pauschal vorweggenommen werden können. Teilweise wird vertreten, dass es angemessen sei, wenn der Versammlungsleiter je nach Fortschritt der Hauptversammlung und Zugehörigkeit der Frage oder Rede zu einem bestimmten Tagesordnungspunkt verschiedene Aktionäre unterschiedlich behandelt.¹¹³⁹ Nicht zulässig sei es hingegen, Beschränkungen von bestimmten Foren oder der Person des jeweiligen Aktionärs abhängig zu machen. Dies laufe dem gesetzgeberischen Willen zuwider.¹¹⁴⁰ Das gelte jedenfalls solange sich nicht aus dem Verhalten oder der Vorgeschichte des betroffenen Aktionärs ergebe, dass er in seinen Ausführungen beschränkt werden müsse.¹¹⁴¹ Stets angemessen sei hingegen eine Beschränkung, wenn das Frage- und Rederecht zur Vermeidung der rechtsmissbräuchlichen Ausübung beschränkt

¹¹³⁶ *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 313.

¹¹³⁷ *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 313.

¹¹³⁸ LG Frankfurt, Urteil vom 28. November 2006, Az. 3-5 O 93/06, ZIP 2007, 1861 (1863).

¹¹³⁹ *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 306; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66b. Vgl. aber *Poelzig*, in: BeckOGK AktG, § 131 Rn. 207.

¹¹⁴⁰ *Kubis*, in: MüKo AktG, § 131 Rn. 166; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66b; a.A. *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 306, der eine zeitliche Beschränkung entsprechend dem Stimmgewicht für zulässig hält.

¹¹⁴¹ *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66a.

werden.¹¹⁴² Zuletzt gebiete das Verfassungsrecht, dass die Interessenabwägung letztlich durch den Versammlungsleiter vorgenommen werden müsse. So sei eine Satzungsbestimmung, welche eine Beschränkung des Frage- und Rederechts vorsieht, ohne ein Eingehen auf den Einzelfall zu ermöglichen, nicht mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG vereinbar. Dieser schütze die Mitgliedschaft des Aktionärs und damit auch das mitgliedschaftliche Frage- und Rederecht als wesentlicher Teil der Mitgliedschaft.¹¹⁴³

4. Einführbarkeit von Abwägungsrichtlinien in der Satzung

Nach der Gegenansicht kann die satzungsmäßige Ermächtigungsgrundlage für den Versammlungsleiter sehr konkrete Vorgaben über die Beschränkung machen und so die Angemessenheitsprüfung unter Umständen sogar vollständig vorwegnehmen.¹¹⁴⁴ Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Vorschrift „Näheres bestimmen“.¹¹⁴⁵ Es seien Regelbeispiele für Fälle wünschenswert, in denen die durch den Versammlungsleiter vorzunehmende Interessenabwägung zulasten des Informationsbedürfnisses der Aktionäre ausfalle. Dadurch werde zum einen Rechtssicherheit geschaffen und zum anderen die Hauptversammlung entlastet.¹¹⁴⁶ Ein Verbot konkreter Regelungen, die über bloße Verfahrensregeln hinaus gehen, lasse sich weder dem Gesetzeswortlaut noch der Gesetzesbegründung entnehmen.¹¹⁴⁷ Vielmehr benenne letztere selbst eine Zeitvorgabe für Hauptversammlungen,¹¹⁴⁸ weshalb es der erklärte Wille des Gesetzgebers sei, möglichst konkrete Regelungen in die Satzung einzuführen.¹¹⁴⁹ Zudem sei die Schwelle, die einen

¹¹⁴² OLG Frankfurt, Urteil vom 17. Juli 2007, Az. 5 U 229/05, BeckRS 2007, 12657; *Koch*, in: Koch AktG, § 131 Rn. 99.

¹¹⁴³ OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Februar 2008, Az. 5 U 8/07, NZG 2008, 432 (432 f.); vgl. auch *Heidel*, in: Heidel Aktienrecht, § 131 AktG Rn. 124, der § 131 Abs. 2 S. 2 AktG für verfassungswidrig hält. Dagegen ausdrücklich *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 37; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66.

¹¹⁴⁴ *Weißhaupt*, ZIP 2005, 1766 (1768); ähnlich *Seibert*, WM 2005, 157 (160).

¹¹⁴⁵ *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 38.

¹¹⁴⁶ *Jerczynski*, NJW 2010, 1566 (1567); *Seibert*, WM 2005, 157 (160); *Wachter*, DB 2010, 829 (831).

¹¹⁴⁷ BGH, Urteil vom 08. Februar 2010, Az. II ZR 94/08, NZG 2010, 423 (424); *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 67. Vgl. auch BT-Drs. 15/5092, 17 f.

¹¹⁴⁸ BT-Drs. 15/5092, 17.

¹¹⁴⁹ *Angerer*, ZGR 2011, 27 (32); *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 67. Letzterer jedoch mit der Einschränkung, dass diese gesetzgeberische Intention nicht von dem Erfordernis einer Einzelfallentscheidung durch den Versammlungsleiter entbinde.

Eingriff in die Aktionärsrechte rechtfertige, bei Vorhandensein einer konkreten Satzungsbestimmung niedriger.¹¹⁵⁰

Dagegen wird angeführt, dass es sich nicht um starre Redezeitbeschränkungen handeln dürfe, da die Einzelfallgerechtigkeit jede Art der Satzungsbestimmung überlagere.¹¹⁵¹ Insoweit wird einer Vorwegnahme der Angemessenheitsprüfung entgegengehalten, dass die Beurteilung der Angemessenheit derart viele Variablen umfasse, dass sie nie vollständig und pauschal durch eine Satzungsbestimmung vorweggenommen werden könne. Deshalb sei zu fordern, dass stets der Spielraum für eine Einzelfallentscheidung durch den Versammlungsleiter bestehe.¹¹⁵² Eine fixe Satzungsbestimmung führe zudem dazu, dass sich die gerichtliche Kontrolle nicht mehr auf die Angemessenheit der Ermessensentscheidung fokussieren könne und als Umgehung der gerichtlichen Kontrolle diene. Im Ergebnis läge damit eine unzulässige Angemessenheitsfiktion durch die Satzung vor.¹¹⁵³ Die fehlende Einzelfallgerechtigkeit würde folglich auf die gerichtliche Kontrolle durchschlagen. Dennoch sei es zulässig, anzunehmen, dass die entsprechende Satzungsbestimmung das Ermessen des Versammlungsleiters beschränke.¹¹⁵⁴

III. Stellungnahme

In der Literatur werden zahlreiche Gesichtspunkte genannt, die bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Satzungsbestimmung zu berücksichtigen seien. Fraglich ist, ob eine Betrachtung der Funktionskreise des Aktiengesetzes hier eine klare Grenze für die Gestaltungsfreiheit des Satzungsgebers aufzeigen kann. Grundsätzlich gilt auch im Rahmen von Öffnungsklauseln, dass Regelungen des Aktiengesetzes durch § 23 Abs. 5 AktG zu zwingendem Recht werden. Denn nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG sind abweichende Satzungsbestimmungen nur im Rahmen der ausdrücklichen gesetzlichen Zulassungen gestattet. Die funktionelle Betrachtung

¹¹⁵⁰ *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 38.

¹¹⁵¹ *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 314. Ähnlich *Liebscher*, in: Henssler/Strohn GesR, § 131 AktG Rn. 13; *Poelzig*, in: BeckOGK AktG, § 131 Rn. 205. Drinhausen nimmt insoweit an, dass starre Grenzen zudem untauglich für die Praxis seien, *Drinhausen*, in: Hölters/Weber AktG, § 131 Rn. 26.

¹¹⁵² *Angerer*, ZGR 2011, 27 (33); *Herrler*, DNotZ 2010, 331 (341); *Jerczynski*, NJW 2010, 1566 (1567); *Koch*, in: Koch AktG, § 131 Rn. 73; *Kremer*, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 697 (705); *Kubis*, in: MüKo AktG, § 131 Rn. 165; *Poelzig*, in: BeckOGK AktG, § 131 Rn. 205.

¹¹⁵³ *Arnold/Gärtner*, GWR 2010, 288 (289); *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 39.

¹¹⁵⁴ *Reger*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 131 Rn. 32.

wiederum wurde aus Erwägungen zur Satzungsstrenge insgesamt hergeleitet, so dass eine Parallelität der Beurteilung satzungsmäßiger Ergänzungen und der Reichweite von Öffnungsklauseln im Gesetz nahe liegt.

1. Betrachtung der Funktionskreise

Die Reichweite der Öffnungsklausel des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG könnte hier anhand der Funktionskreise der Aktiengesellschaft ermittelt werden, da lediglich Beteiligte innerhalb der Aktiengesellschaft betroffen sind. Dazu ist zunächst festzustellen, welche Funktionskreise des Aktiengesetzes betroffen sind. Dies ist zum einen für den Funktionskreis der Aktionäre der Fall. Denn vor allem das Fragerecht, aber auch das Rederecht sind elementare Bestandteile sowohl der Eigentümer- als auch der Kapitalgeberfunktion. Sie dienen dazu, dass die Herrschaftsrechte als Teil der Eigentümerfunktion auf der Grundlage fundierter Informationen ausgeübt werden können und zudem dazu, dass sich die Kapitalgeber ein Bild vom Einsatz ihres Kapitals machen können. Namentlich die Beschränkung des Frage- und Rederechts in § 131 Abs. 2 S. 2 AktG dient aber zum anderen dem Funktionskreis der Hauptversammlung. Denn der Zweck dieser Vorschrift liegt vorrangig in der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung und der Absicherung gegen das Vorgehen räuberischer Aktionäre.¹¹⁵⁵ Die Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung als Veranstaltung und Organ ist aber zugleich Kern der Funktionsausübung durch die Hauptversammlung. § 131 Abs. 2 S. 2 AktG ist daher Teil des Funktionskreises der Willensbildungsfunktion der Hauptversammlung.

Diese funktionelle Einordnung könnte dann eine Antwort auf die Frage geben, wie konkret Satzungsbestimmungen nach § 131 Abs. 2 S. 2 AktG ausgestaltet werden dürfen, wenn Satzungsbestimmungen entsprechend den Ausführungen zu § 23 Abs. 5 S. 2 AktG nur insoweit zulässig sind, als die Funktionskreise lediglich formell betroffen wären. Eine formelle Betroffenheit liegt vor, wenn durch die Satzungsbestimmung weder das Frage- und Rederecht der Aktionäre noch die Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung tatsächlich eingeschränkt wären. Betrachtet man nun jedoch den Wortlaut des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG so ist dort ausdrücklich eine zeitliche Begrenzung des Frage- und Rederechts gestattet. Mit einer solchen zeitlichen Beschränkung geht jedoch stets eine materielle Einschränkung der Aktionärsrechte einher, weil unter Umständen von den Aktionären nicht alle für erforderlich gehaltene Fragen gestellt werden können. So gibt schon der Gesetzeswortlaut vor, dass nicht lediglich formelle Eingriffe vorgesehen sind. Dass auch über

¹¹⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 15/5092, 17; *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 37; *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 302; *Koch*, in: Koch AktG, § 131 Rn. 72; *Kremer*, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 697 (704); *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66.

Verfahrensregelungen hinaus gehende Beschränkungen gestattet sind, leuchtet dennoch ein. Denn nur Satzungsbestimmungen, die über bloße Verfahrensregeln hinausgehen und konkrete Beschränkungen für die Rechte der Aktionäre vorsehen, können die Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung tatsächlich verbessern.¹¹⁵⁶ Dementsprechend ist eine Beschränkung des Frage- und Rederechts als elementares Recht sowohl für die Eigentümer- als auch die Kapitalgeberfunktion gerade vom Gesetzgeber angeordnet. Dadurch sind jedoch nicht nur die Rechte, die in § 131 AktG benannt werden betroffen. Vielmehr liegt auch eine materielle Beeinträchtigung des Stimmrechts der Aktionäre nach § 12 Abs. 1 AktG, weil die Stimmrechtsausübung unter Umständen aufgrund geringer Informationsgrundlage erfolgen kann. Zudem ist die Willensbildungsfunktion der Hauptversammlung materiell betroffen und teilweise eingeschränkt, weil nicht jeder Aktionär uneingeschränkt zu einem Thema Stellung nehmen kann, bevor der Willen der Hauptversammlung gebildet wird. Dies ist aber sowohl durch § 131 Abs. 2 S. 2 AktG bezweckt als auch sinnvoll.

Darin zeigt sich, dass die Funktionskreise hier bewusst vom Gesetzgeber aufgebrochen werden sollten. Wo die Grenze dieses Eingriffs liegt, kann deshalb nicht aufgrund der Funktionskreise des Aktiengesetzes festgestellt werden.

2. Grenzen abstrakter Bestimmungen in der Satzung

Folglich ist allgemein zu bestimmen, wo die Grenzen der Verbandsautonomie hinsichtlich der Öffnungsklausel des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG liegen. Dabei ist vorab der Ansicht eine Absage zu erteilen, die eine Beschränkung des Frage- und Rederechts aus verfassungsrechtlichen Gründen für unzulässig hält. Denn obgleich dieses Recht Relevanz für das Eigentumsgrundrecht der Aktionäre aus Art. 14 GG hat, stellt die Vorschrift des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG eine Inhalts- und Schrankenbestimmung dar, die zulässig ist.¹¹⁵⁷ Sie darf dem legitimen Zweck der Funktionalität der Hauptversammlung eingeführt werden. Darüber hinaus wird durch den Missbrauch des Frage- und Rederechts das mitgliedschaftliche Stimmrecht und das Teilnahmerecht an der Hauptversammlung beeinträchtigt. Diese müssen ebenfalls vor einem Missbrauch des Frage- und Rederechts durch Art. 14 GG geschützt werden.¹¹⁵⁸

¹¹⁵⁶ So auch BGH, Urteil vom 08. Februar 2010, Az. II ZR 94/08, NZG 2010, 423 (424).

¹¹⁵⁷ Vgl. Koch, in: Koch AktG, § 131 Rn. 2. Spindler, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 67.

¹¹⁵⁸ BGH, Urteil vom 08. Februar 2010, Az. II ZR 94/08, NZG 2010, 423 (425); BVerfG, Beschluss vom 20. September 1999, Az. 1 BvR 636/95, NJW 2000, 349 (351). Erreicht wird dies insbesondere dadurch, dass die Kläger die fehlende Angemessenheit der Beschränkung darlegen müssen,

Darüber hinaus können sich aus der vorgeschlagenen Dauer der Hauptversammlung und dem Leitbild der eintägigen Versammlung keine klaren Grenzen für die Frage- und Redezeiten ergeben. Denn es ist stets denkbar, dass sich eine Hauptversammlung aufgrund eines höheren Diskussions- oder Informationsbedürfnisses auch bei ordnungsgemäßer Durchführung länger als sechs Stunden hinzieht. Insgesamt ist dem Telos der Vorschrift aber zu entnehmen, dass es sowohl um die Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung, als auch um die Stärkung jener Aktionäre gehen soll, welche die Hauptversammlung als Forum der Willensbildung in der Aktiengesellschaft effektiv nutzen möchten. Maßgeblich für die Beurteilung der Zulässigkeit der zu diesem Zweck erlassenen Satzungsbestimmungen ist daher der Ausgleich der Interessen der Hauptversammlung als Organ und dem einzelnen Aktionär als Berechtigten des Frage- und Rederechts.

In der dafür erforderlichen Interessenabwägung ist für die Hauptversammlung in erster Linie die Stimmabgabe der Aktionäre von großer Bedeutung. Um die Entscheidung für eine Stimmabgabe treffen zu können, ist es wiederum für die Aktionäre entscheidend, dass sie sich auf der Grundlage ausreichender Informationen eine Meinung zu dem entsprechenden Thema der Tagesordnung bilden können. Dabei müssen zahlreiche Gesichtspunkte in die Ermessensentscheidung des Versammlungsleiters einfließen, die möglicherweise durch die Satzungsbestimmung vorweggenommen werden könnte. Dies kann die Satzung jedoch nur dann leisten, wenn jedem einzelnen Kriterium der erforderlichen Interessenabwägung auch abstrakt ausreichend Rechnung getragen werden kann.

a. Abstrakte Satzungsbestimmungen

Starre Satzungsbestimmungen sind nur dann denkbar, wenn es abstrakte Erwägungsgründe gibt, die stets dazu führen, dass eine Beschränkung durch den Versammlungsleiter nach entsprechender Interessenabwägung entweder zulässig oder unzulässig ist. Dabei könnte allenfalls der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 53a AktG als ein solcher Erwägungsgrund angeführt werden, der die Entscheidung des Versammlungsleiters stets in gleicher Weise beeinflussen muss. Der Gleichbehandlungsgrundsatz greift ein, wann immer eine Satzungsbestimmung Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen ungleich behandelt. Darunter fällt nicht der Fall, dass einzelne Aktionäre aufgrund negativen Vorverhaltens benachteiligt

Arnold/Gärtner, GWR 2010, 288 (290). Vgl. auch *Herrler*, DNotZ 2010, 331 (340), der darin eine zu hohe Eingriffsintensität sehen will.

werden.¹¹⁵⁹ Er verbietet jedoch eine ungleiche Behandlung von Aktionären in Bezug auf die Beschränkung des Frage- und Rederechts nach Stimmgewicht.¹¹⁶⁰ Wird dieser Grundsatz verletzt, sind die Beschränkungen als unzulässig einzuordnen.¹¹⁶¹ Dies gilt unabhängig davon, ob eine Ungleichbehandlung durch den Versammlungsleiter oder schon durch die Satzungsbestimmung erfolgt. Die Aufnahme des Gleichbehandlungsgrundsatzes in die Satzung wäre daher bloß eine Wiedergabe des Gesetzes.

b. Informationsbedürfnis der Aktionäre

Fraglich ist, ob sich andere Abwägungsgesichtspunkte finden, die abstrakt vorweggenommen werden können, ohne dabei die Einzelfallgerechtigkeit aufzuheben. Sie sind nur dann zulässig, wenn ein Ausgleich zwischen dem Informationsbedürfnis der Aktionäre und der Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung durch die Satzungsbestimmung gewährleistet wird.¹¹⁶² Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Aktionäre ein Informationsdefizit erfahren, wenn durch eine übermäßige Anzahl an Fragen mit geringer Relevanz, der Blick auf das Wesentliche entschwindet. Wann ein ausufernder Gebrauch von Frage- und Rederecht gemacht wird, kann weder an einer konkreten Zeitspanne zur Ausübung der Rechte, noch an der Anzahl der gestellten Fragen festgemacht werden. So ist es denkbar, dass bei verhältnismäßig unproblematischen Tagesordnungspunkten schon eine geringe Redezeit den Rahmen in Bezug auf die Gesamtdauer der Hauptversammlung sprengt. Umgekehrt können aber bei umfangreich zu diskutierenden Tagesordnungspunkten zahlreiche Fragen für eine ausreichende Information der Aktionäre erforderlich sein. Wann eine umfangreiche Diskussion angebracht ist, hängt aber stets mit dem konkreten Diskussionsthema und dessen Zusammenhang mit der Lage des Unternehmens oder dessen Geschäftsjahr zusammen. Diese ist bei jeder Hauptversammlung völlig neu zu beurteilen. Dabei sind derart viele Variablen zu berücksichtigen, dass eine Satzungsbestimmung die Abwägung nie vollständig vorwegnehmen kann. Deshalb ist zu fordern, dass stets ein Spielraum für

¹¹⁵⁹ *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66b; *Wachter*, DB 2010, 829 (835).

¹¹⁶⁰ *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 131 Rn. 40; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66. Vgl. auch *Koch*, in: Koch AktG, § 131 Rn. 48. Vgl. aber *Poelzig*, in: BeckOGK AktG, § 131 Rn. 205.

¹¹⁶¹ Ebenso *Koch*, in: Koch AktG, § 131 Rn. 76.

¹¹⁶² So auch *Koch*, in: Koch AktG, § 131 Rn. 73; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 131 Rn. 66.

den Versammlungsleiter bestehen muss, der es ermöglicht, im Einzelfall eine angemessene Entscheidung zu treffen.¹¹⁶³ Nur so wird der Interessenausgleich gewährleistet.

Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber die Entscheidung über die Beschränkung dem Versammlungsleiter und nicht dem Satzungsgeber aufgetragen hat. Der Wortlaut des § 131 Abs. 2 S. 2 AktG ist diesbezüglich eindeutig.¹¹⁶⁴ Wollte der Gesetzgeber nämlich eine konkrete Beschränkung durch die Satzung, hätte er dies als Alternative zur Ermächtigung des Versammlungsleiters und nicht lediglich als Bestimmung von „Nähere(m)“ vorsehen können. Ferner würde eine fixe Satzungsbestimmung dazu führen, dass sich die gerichtliche Kontrolle nicht mehr auf die Angemessenheit der Ermessensentscheidung fokussieren kann und als eine Art Umgehung die gerichtliche Kontrolle auf die Überprüfung der Satzungsbestimmung verlagert wird. Die damit einhergehende Angemessenheitsfiktion¹¹⁶⁵ führt zu der fehlenden Einzelfallgerechtigkeit, die abzulehnen ist. Deshalb muss die Interessenabwägung stets im Einzelfall durch den Versammlungsleiter durchgeführt werden und nicht generell durch die Satzung. Möglich bleiben indessen Richtlinien, welche die erforderliche Interessenabwägung im Sinne einer Angemessenheitskontrolle vorzeichnen, aber nicht abschließend regeln. Das Vorliegen eines Tatbestandes eines solchen Regelbeispiels darf folglich nicht zwingend Angemessenheit der Beschränkung als Folge haben. Dementsprechend sind in der Satzung allenfalls nicht bindende Regelbeispiele, nicht aber abschließende Aufzählungen der möglichen Beschränkungen zulässig.¹¹⁶⁶

IV. Fazit

Insgesamt kann daher das Frage- und Rederecht einheitlich oder potentiell auch getrennt durch den Versammlungsleiter zwecks Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung beschränkt werden. Dies muss stets angemessen erfolgen, wobei die Satzung keine feste Grenze aber Anhaltspunkt für den Versammlungsleiter sein kann. Durch die Satzung dürfen lediglich Beschränkungen zum Zwecke der Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorweggenommen werden. Entscheidend ist, dass dem Versammlungsleiter die Letztentscheidung obliegt, wann eine angemessene Beschränkung der Aktionärsrechte vorliegt. Diese

¹¹⁶³ So auch *Angerer*, ZGR 2011, 27 (33); *Herrler*, DNotZ 2010, 331 (341); *Jerczynski*, NJW 2010, 1566 (1567); *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 304; *Kremer*, in: FS Hoffmann-Becking 2013, 697 (705).

¹¹⁶⁴ Ebenso BGH, Urteil vom 08. Februar 2010, Az. II ZR 94/08, NZG 2010, 423 (424).

¹¹⁶⁵ In diesem Sinne *Arnold/Gärtner*, GWR 2010, 288 (289).

¹¹⁶⁶ So schon *Kersting*, in: KK-AktG, § 131 Rn. 314.

auf der Zulassung von § 131 Abs. 2 S. 2 AktG beruhende, zugelassene Abweichung vom Aktiengesetz durchbricht die Funktionskreise innerhalb der Aktiengesellschaft, indem der Versammlungsleiter als Teil der Hauptversammlung eine ihm grundsätzlich nicht zustehende Entscheidungsgewalt über das Frage- und Rederecht der Aktionäre erhält. Der Gesetzgeber hat hier gerade entgegen der für die Aktiengesellschaft üblichen Gewaltenteilung entschieden, sodass jene Öffnungsklauseln, die eine Abweichung zum Gesetz zulassen potentiell auch eine Abweichung von der grundsätzlichen Funktionenverteilung innerhalb der Aktiengesellschaft bedeuten. Aufgrund dieses Ausnahmecharakters kann die funktionelle Betrachtung des Aktiengesetzes in diesem Fall nicht als Argumentationsgrundlage für die Bestimmung der Reichweite zwingender, aktienrechtlicher Vorschrift dienen.

B. Zustimmungserfordernisse

Satzungsbestimmungen zur Beschränkung des Frage- und Rederechts durchbrechen im Einklang mit dem gesetzgeberischen Willen die Funktionskreise des Aktiengesetzes. Dies leuchtet insoweit ein, als mit § 131 Abs. 2 S. 2 AktG eine Abweichung zu, Gesetz zugelassen wurde. Fraglich ist, ob eine funktionelle Betrachtung bei der Frage weiterführen kann, ob eine Abweichung oder eine Ergänzung gesetzlich zugelassen wird. Um dieser Frage nachzugehen, sollen als Beispiele die Vorschriften der §§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG näher beleuchtet werden. Diese beziehen sich auf die Einführung besonderer Erfordernisse im Rahmen der Beschlussfassung in der Hauptversammlung und haben somit einen direkten Bezug zur Ausübung der wichtigsten Funktion der Hauptversammlung.¹¹⁶⁷ Grundsätzlich entscheidet die Hauptversammlung nach § 133 AktG durch Beschluss mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Diskutiert wird, ob auch Zustimmungserfordernisse und Vetorechte einzelner Aktionäre oder außenstehender Dritter in die Satzung eingeführt werden können, weil sie unter die in §§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG genannten „weitere(n) Erfordernisse(n)“ zu fassen sind.

I. Meinungsstand

Grundsätzlich wird danach differenziert, ob es sich um Zustimmungserfordernisse zugunsten von Aktionären oder außenstehenden Dritten handelt. Als Dritte werden

¹¹⁶⁷ Keine Beachtung sollen hier gesetzlich normierte Zustimmungserfordernisse einzelner Aktionäre wie in § 180 AktG finden, da damit kein Auslegungsproblem in Bezug auf die Hauptversammlungsbeschlüsse einhergeht.

dabei nicht nur diejenigen Personen behandelt, die außerhalb der Aktiengesellschaft zu verorten sind, sondern auch jedes Organ, jeder Organteil oder die öffentliche Hand.¹¹⁶⁸ Vetorechte zugunsten dieser Dritten werden nach zurecht inzwischen wohl einhelliger Ansicht aus dem Grund für unzulässig erachtet, dass sie die Satzungsautonomie und die Organisationshoheit der Hauptversammlung innerhalb der Aktiengesellschaft untergraben.¹¹⁶⁹ Insbesondere spricht die mit diesen Zustimmungserfordernissen einhergehende Verlagerung der Macht-Zentren weg von der Willensbildungskompetenz der Hauptversammlung aufgrund von § 23 Abs. 5 AktG gegen diese Art der Zustimmungserfordernisse.¹¹⁷⁰

Davon abzugrenzen ist das Problem der Zustimmungserfordernisse zugunsten von Aktionären. Nur wenige Autoren sehen dies als Problem der Satzungsstrenge an. Sofern die Satzungsstrenge in die Überlegungen einbezogen wird, sei die Einführung von Zustimmungserfordernissen als weitere Erfordernisse nach zum Teil vertretener Ansicht unzulässig.¹¹⁷¹ Denn es werde vom Grundsatz der Entscheidungsgewalt der Hauptversammlung abgewichen, weil die Entscheidungsgewalt auf einzelne Personen übertragen werde.¹¹⁷² Teilweise wird gerade diese Abweichung jedoch für zulässig erachtet, weil in der hier besprochenen Öffnungsklausel die Zulassung dieser Abweichung durch den Satzungsgeber im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG zu sehen sei.¹¹⁷³ Schließlich wird angenommen, dass aufgrund

¹¹⁶⁸ *Austmann*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 40 Rn. 48; *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 133 Rn. 20; *Holzborn*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 133 Rn. 16; *Koch*, in: Koch AktG, § 182 Rn. 10; *Rieckers*, in: BeckOGK AktG, § 133 Rn. 53; *Verse*, in: MüKo AktG, § 182 Rn. 29; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 179 Rn. 33, § 182 Rn. 30; *Timm*, DB 1980, 1201 (1204); *Bergmann*, in: GroKo AktG, § 179 Rn. 70. Ekkenga benennt dabei auch nicht teilnehmende Aktionäre als Außenstehende der Hauptversammlung, weshalb sie wie Dritte zu behandeln seien, *Ekkenga*, in: KK-AktG, § 182 Rn. 9. A.A. für konzernverbundene Hauptversammlungen *Apfelbacher/Metzner*, in: Hölters/Weber AktG, § 182 Rn. 26.

¹¹⁶⁹ *Arnold*, in: MüKo AktG, § 133 Rn. 69; *Austmann*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 40 Rn. 48; *Holzborn*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 133 Rn. 16; *Koch*, in: Koch AktG, § 182 Rn. 10; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 179 Rn. 43; *Verse*, in: MüKo AktG, § 182 Rn. 29; *Veil*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 182 Rn. 30; *Servatius*, in: BeckOGK AktG, § 182 Rn. 41 f.; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 133 Rn. 36; *Timm*, DB 1980, 1201 (1203 f.); *Tröger*, in: KK-AktG, § 133 Rn. 213 f.; *Bergmann*, in: GroKo AktG, § 179 Rn. 70; *Zöllner*, in: KK-AktG, 2. Auflage, § 179 Rn. 170.

¹¹⁷⁰ *Arnold*, in: MüKo AktG, § 133 Rn. 68; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 179 Rn. 43; *Rieckers*, in: BeckOGK AktG, § 133 Rn. 53; *Timm*, DB 1980, 1201 (1204).

¹¹⁷¹ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 620; *Timm*, DB 1980, 1201 (1204).

¹¹⁷² *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 620.

¹¹⁷³ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 147, 149; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 52; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 163; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 211, 219, 220. Eine Stellungnahme hinsichtlich der Zulässigkeit von Zustimmungserfordernissen in der Satzung wird jedoch nicht abgegeben.

der §§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG lediglich das Verfahren der Hauptversammlungsbeschlüsse an weitere Voraussetzungen geknüpft werden könne. Die Regeln zur Beschlussfassung der Hauptversammlung würden lediglich ergänzt. Vom Gesetzgeber werde nicht eine Abweichung, sondern die Zulassung einer Ergänzung ausdrücklich im Gesetz benannt.¹¹⁷⁴

Im Übrigen haben sich zwei verschiedene Meinungsbilder innerhalb der Diskussionen um die Zustimmungserfordernisse für Hauptversammlungsbeschlüsse entwickelt. Während überwiegend die Einführung von Zustimmungserfordernissen im Rahmen von §§ 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG für zulässig erachtet wird, hält die herrschende Ansicht diese Zustimmungserfordernisse bei Beschlüssen nach § 133 Abs. 1 AktG für unzulässig.

1. Zustimmungserfordernisse nach §§ 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG

Ein Teil der Stimmen in der Literatur bestreitet die Zulässigkeit von Zustimmungserfordernissen von Aktionären bei Beschlüssen nach §§ 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG.¹¹⁷⁵ Begründet wird dies damit, dass weitere Erfordernisse nur in Bezug auf die Willensbildung der Hauptversammlung aufgestellt werden können, weshalb beispielsweise besondere Anforderungen an das Quorum in der Hauptversammlung unproblematisch seien.¹¹⁷⁶ Darüber hinausgehende weitere Erfordernisse seien indessen unzulässig.¹¹⁷⁷ So sei insbesondere ein Fernbleiben der zustimmungsberechtigten Aktionäre unter Umständen ein für die Hauptversammlung nicht lösbares Problem, das ihre Funktionsfähigkeit gefährde.¹¹⁷⁸ Zudem existierten bereits Vorschriften im Gesetz, die einzelnen Aktionären besondere Zustimmungserfordernisse gewähren. Diese seien insoweit abschließend.¹¹⁷⁹ Und letztlich sei die Abschaffung der Mehrstimmrechte nach § 12 Abs. 2 AktG a.F. ein starkes Indiz dafür, dass einzelne Aktionäre bei der Willensbildung der Aktiengesellschaft

¹¹⁷⁴ Grundmann, in: GroKo AktG, § 133 Rn. 120.

¹¹⁷⁵ Dürr, in: Wachter AktG, § 182 Rn. 12; Ekkenga, in: KK-AktG, § 182 Rn. 9; Servatius, in: BeckOGK AktG, § 182 Rn. 41.

¹¹⁷⁶ Servatius, in: BeckOGK AktG, § 182 Rn. 40 f.

¹¹⁷⁷ Servatius, in: BeckOGK AktG, § 182 Rn. 40 f.

¹¹⁷⁸ Ekkenga, in: KK-AktG, § 182 Rn. 9.

¹¹⁷⁹ Servatius, in: BeckOGK AktG, § 182 Rn. 41. Ein besonderes Quorum ist nach allgemeiner Meinung zulässig, Ekkenga, in: KK-AktG, § 182 Rn. 8; Koch, in: Koch AktG, § 179 Rn. 23.

keine Sonderpositionen erhalten sollen,¹¹⁸⁰ wobei dieses Argument nach Einführung des § 135a AktG und des neu gefassten § 12 S. 2 AktG wohl neu zu bewerten ist.¹¹⁸¹

Die wohl herrschende Meinung hält Zustimmungserfordernisse zugunsten von Aktionären in Bezug auf die §§ 179, 182 AktG für zulässig.¹¹⁸² Der Vergleich zu Mehrstimmrechten trage nicht, zumal bei der Existenz verschiedener Aktiengattungen nicht zwingend jede Aktie auch ein Stimmrecht erhalte und so der Grundsatz der einfachen Stimme nicht durchgehalten werde.¹¹⁸³ Weiter wird pauschal festgestellt, gerade in der Einführbarkeit von Zustimmungserfordernissen läge der gesetzgeberische Zweck, weitere Erfordernisse zu ermöglichen.¹¹⁸⁴ Ferner räume das Gesetz durch Sonderbeschlüsse nach § 138 S. 1 AktG auch an anderer Stelle einzelnen Aktionären oder Aktionärsgruppen Sonderrechte ein, die unter anderem in § 182 Abs. 2 AktG benannt werden. Dementsprechend seien derartige Rechte dem Gesetz nicht fremd und im Rahmen der §§ 179 Abs. 2 S. 3, 182 Abs. 1 S. 3 AktG anzuerkennen.¹¹⁸⁵ Die Grenze sei regelmäßig nur da zu sehen, wo ein Hauptversammlungsbeschluss faktisch ausgeschlossen würde, wie es beispielsweise bei Publikumsgesellschaften der Fall sei.¹¹⁸⁶

2. Übertragbarkeit auf § 133 Abs. 1 AktG

Das Meinungsbild ist hinsichtlich der Zulassung „weitere(n) Erfordernisse“ im Sinne des § 133 Abs. 1 AktG das genaue Gegenteil des Meinungsbildes zu

¹¹⁸⁰ *Servatius*, in: BeckOGK AktG, § 182 Rn. 41; in diesem Sinne auch *Bezenberger/Bezenberger*, in: GroKo AktG, § 138 Rn. 14.

¹¹⁸¹ Siehe dazu *Bayer/Rauch*, AG 2024, 757 (762 f.). Kritisch in Bezug auf die Standardisierungsfunktion der Satzungsstrenge *Seidel*, NZG 2023, 1205 (1211).

¹¹⁸² *Apfelbacher/Metzner*, in: Hölters/Weber AktG, § 182 Rn. 26; *Ehmann*, in: Grigoleit AktG, § 246 Rn. 16; *Elser*, in: Heidel Aktienrecht, § 182 AktG Rn. 37; *Koch*, in: Koch AktG, § 182 Rn. 10; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 179 Rn. 43; *Priester*, ZHR 151 (1987), 40 (49); *Rieder/Holzmann*, in: Grigoleit AktG, § 182 Rn. 14; *Verse*, in: MüKo AktG, § 182 Rn. 29; *Veil*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 182 Rn. 30; *Bergmann*, in: GroKo AktG, § 179 Rn. 70. Vgl. auch *Bayer/Rauch*, AG 2024, 757 (761); *Poelzig*, in: MüKo AktG, § 179 Rn. 106 f.

¹¹⁸³ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 621 f.

¹¹⁸⁴ Namentlich werde ein größerer Anreiz geschaffen, bis hin zu einer Kontrollmehrheit in die entsprechende Aktiengesellschaft zu investieren, *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 622.

¹¹⁸⁵ *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 620.

¹¹⁸⁶ *Holzborn*, in: BeckOGK AktG, § 179 Rn. 140; *Koch*, in: Koch AktG, § 179 Rn. 23; *König*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 179 Rn. 43; *Rieckers*, in: BeckOGK AktG, § 133 Rn. 48. Vgl. auch *Grundmann*, in: GroKo AktG, § 133 Rn. 120 zum Problem des Übergangs zwischen Zustimmungserfordernis und erhöhter Mehrheit.

§§ 179 Abs. 2 S. 3, 182 Abs. 1 S. 3 AktG. Hier geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass Zustimmungserfordernisse nicht in die Satzung aufgenommen werden dürfen.¹¹⁸⁷ Grund dafür sei unter anderem, dass die Aktionärsminderheiten nur in absoluten Ausnahmefällen mit Vetorechten ausgestattet seien.¹¹⁸⁸ Zwar sei eine Stärkung der Minderheit durch § 133 Abs. 1 AktG möglich und sogar beabsichtigt.¹¹⁸⁹ Sie dürfe allerdings nicht gegen den Grundgedanken der §§ 12 Abs. 2 (a.F.), 134 Abs. 1 S. 1 AktG – also das einfache Stimmrecht – verstoßen.¹¹⁹⁰ Dieser mittels Art. 14 GG begründbare Grundsatz verbiete es, dass Kompetenzbeschneidungen der Aktionäre hingenommen werden müssten.¹¹⁹¹ Darüber hinaus dürfe bei derart unbestimmten aktienrechtlichen Regelungen wie § 133 Abs. 1 AktG nie die Öffnungsklausel allein, sondern der Zusammenhang innerhalb des Aktiengesetzes den Ausschlag für eine Beurteilung geben.¹¹⁹² Dazu gehöre namentlich auch § 180 AktG, der die Zustimmungsvorbehalte einzelner Aktionäre abschließend regelt.¹¹⁹³ Deshalb sei der Regelungsgegenstand des § 133 Abs. 1 AktG in erster Linie die Einführung von Verfahrensregeln.¹¹⁹⁴

II. Stellungnahme

Es verwundert sehr, dass Zustimmungserfordernisse im Rahmen von § 133 Abs. 1 AktG nahezu ausnahmslos für unzulässig erklärt werden, während sie durch die Öffnungsklauseln der §§ 179 Abs. 2 S. 3, 182 Abs. 1 S. 3 AktG nach überwiegender Ansicht zugelassen werden sollen. Obwohl die Formulierungen der verschiedenen Öffnungsklauseln identisch sind, wird so bei den unter Umständen erheblich wichtigeren Beschlussgegenständen der §§ 179, 182 AktG die Beschlusskom-

¹¹⁸⁷ *Arnold*, in: MüKo AktG, § 133 Rn. 69; *Austmann*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 40 Rn. 48; *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 133 Rn. 20; *Holzborn*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 133 Rn. 16; *Rieckers*, in: BeckOGK AktG, § 133 Rn. 53; *Tröger*, in: KK-AktG, § 133 Rn. 213.

¹¹⁸⁸ *Arnold*, in: MüKo AktG, § 133 Rn. 69; *Rieckers*, in: BeckOGK AktG, § 133 Rn. 53; *Tröger*, in: KK-AktG, § 133 Rn. 213.

¹¹⁸⁹ *Grundmann*, in: GroKo AktG, § 133 Rn. 119; *Tröger*, in: KK-AktG, § 133 Rn. 213.

¹¹⁹⁰ *Arnold*, in: MüKo AktG, § 133 Rn. 69; *Grundmann*, in: GroKo AktG, § 133 Rn. 121; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 133 Rn. 36; *Tröger*, in: KK-AktG, § 133 Rn. 213. Vgl. nun aber §§ 12 S. 2, 135a AktG, die in von den vorangehenden Autoren bisher nicht berücksichtigt wurden.

¹¹⁹¹ *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 133 Rn. 36.

¹¹⁹² *Grundmann*, in: GroKo AktG, § 133 Rn. 121. Zu beleuchten seien laut Grundmann in diesem Zusammenhang auch die Grundfreiheiten, die entgegenstehen könnten. Vgl. dazu auch *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 622 ff.

¹¹⁹³ *Austmann*, in: MüHdB GesR, Band 4, § 40 Rn. 48.

¹¹⁹⁴ *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 133 Rn. 36.

petenz der Hauptversammlung aufgeweicht, während sie im Rahmen von regulären Beschlüssen nach § 133 AktG unantastbar bleiben soll. Es stellt sich zunächst die Frage, ob nicht beide Problemfelder einheitlich behandelt werden müssen. Dies ist zu bejahen. Denn grundsätzlich können alle Argumente, die im Rahmen des § 133 Abs. 1 AktG gegen Zustimmungserfordernisse angeführt werden, auf die §§ 179 Abs. 2 S. 3, 182 Abs. 1 S. 3 AktG übertragen werden. Insbesondere, dass Vetorechte einzelner Personen nicht dem Charakter des Aktienrechts entsprechen,¹¹⁹⁵ gilt für alle Beschlüsse gleichermaßen. Es leuchtet nicht ein, warum bei gleichem gesetzlichen Wortlaut die Gewichtung einzelner Argumente bei der Auslegung derart unterschiedlich verläuft. Hätte der Gesetzgeber eine grundlegend unterschiedliche Beurteilung der Vorschriften bezüglich der Zulässigkeit von Zustimmungserfordernissen zugunsten einzelner Aktionäre beabsichtigt, dann wäre er wegen der fundamentalen Bedeutung für die Hauptversammlung dazu veranlasst gewesen, dies auch durch eine entsprechend unterschiedliche Formulierung der Vorschriften anzuzeigen. Da dies nicht der Fall ist, muss die Zulässigkeit von Zustimmungserfordernissen einheitlich erfolgen.

1. Zulassung einer Abweichung oder einer Ergänzung

Letztlich handelt es sich auch bei dem hiesigen Streitstand um eine Frage der Reichweite des Gestaltungsfreiraumes des Satzungsgebers bei der Aktiengesellschaft. Derartige Fragen sind stets an der Satzungsstrenge zu messen, weil diese Vorschrift den Gestaltungsspielraum des Satzungsgebers absteckt. Es kommt also darauf an, in welcher Weise § 23 Abs. 5 AktG anzuwenden ist. Dabei wäre grundsätzlich zunächst zu bestimmen, ob eine Abweichung oder eine Ergänzung zum Gesetz vorliegt. Gerade an dieser Abgrenzung entscheidet sich der hiesige Streit. Denn in der satzungsmäßigen Zuweisung von Zustimmungsrechten liegt sowohl eine Abweichung von den Mehrheitserfordernissen der §§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 1 und 182 Abs. 1 S. 1 AktG. Dies wäre unproblematisch, wenn in den §§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG die Zulassung der entsprechenden Abweichung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG zu sehen wäre. Demgegenüber ist ebenso denkbar, dass in den Vorschriften die ausdrückliche Zulassung einer Ergänzung zu sehen ist. Dadurch würde zwar die Beschlussmehrheit als nicht abschließend deklariert, eine Abweichung von Grundsatz des einfachen Stimmrechts ginge damit aber nicht einher. § 135a Abs. 1 S. 2 AktG wäre aufgrund der Zugehörigkeit zum Funktionskreis der Aktionäre vielmehr ab-

¹¹⁹⁵ *Arnold*, in: MüKo AktG, § 133 Rn. 69; *Rieckers*, in: BeckOGK AktG, § 133 Rn. 53; *Tröger*, in: KK-AktG, § 133 Rn. 213.

schließlich hinsichtlich jedweder Zustimmungsrechte und die Satzungsbestimmung unzulässig. Zulässig im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG wären lediglich formelle Verfahrensregelungen hinsichtlich der Hauptversammlungsbeschlüsse. Denn nur diese Satzungsbestimmungen wären als Ergänzungen anzusehen, denen keine abschließenden Regelungen entgegenstehen.

2. Blickwinkel Funktionskreise

Fraglich ist somit, ob mit §§ 133 Abs. 1, 135a Abs. 3, 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG eine Abweichung oder lediglich eine Ergänzung zum Aktiengesetz zugelassen werden sollte. Diese Abgrenzung kann nicht durch eine Einordnung in die Funktionskreise der Aktiengesellschaft vorgenommen werden. Zwar beeinflussen Satzungsbestimmungen, die weitere Erfordernisse für Hauptversammlungsbeschlüsse aufstellen, stets die Willensbildungsfunktion der Hauptversammlung, weil diese durch die Beschlüsse abgebildet wird. Ferner wird das Stimmrecht der Aktionäre als Teil der Eigentümerfunktion der Aktionäre beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung durch Zustimmungserfordernisse wäre auch als materieller Eingriff zu klassifizieren. Allerdings ist es der Gesetzgeber, der die Funktionskreise der Aktiengesellschaft formt. Deshalb ist es auch der Gesetzgeber, der durch entsprechende Öffnungsklauseln Durchbrechungen dieser Funktionskreise vorsehen kann. Die Reichweite dieser Durchbrechungen anhand der Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft zu bestimmen, ist aus diesem Grund nicht möglich. Um diese Reichweite geht es aber, wenn abgegrenzt werden soll, ob eine Abweichung oder lediglich eine Ergänzung zum Gesetz zugelassen werden soll. Denn während die Zulassung einer Ergänzung nicht vollständig von der funktionellen Ordnung der Aktiengesellschaft entbindet,¹¹⁹⁶ kann die Zulassung einer Abweichung auch zu einer Abweichung von der Zuordnung der Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft führen. Dies wurde bei der Beurteilung möglicher Beschränkungen des Frage- und Rederechts durch die Satzung deutlich. Welche Art der Durchbrechung der Funktionskreise vorliegt, kann nicht ohne Berücksichtigung der gesetzgeberischen Intention bei Einführung der Öffnungsklausel bestimmt werden. Er ist aber nicht an die funktionelle Zuordnung gebunden, sodass sie keinen Aufschluss über die Einordnung der jeweiligen Gesetzesbestimmung liefern kann.

¹¹⁹⁶ Dazu oben Seiten 148 ff.

3. Intention des Gesetzgebers

Maßgeblich ist nach den bisherigen Feststellungen allein die Intention des Gesetzgebers bei Einführung der Öffnungsklausel in das Aktiengesetz. Dabei fällt zunächst auf, dass Zustimmungsrechte in den Beziehungen innerhalb der Hauptversammlung bei § 133 Abs. 1 AktG wie auch bei §§ 179 Abs. 2 S. 3, 182 Abs. 1 S. 3 AktG einen großen Einschnitt in das Gleichgewicht der Stimmkraft darstellen. Dieser ist, wie sich schon aus dem Grundgedanken des § 12 S. 2 AktG, sowie § 135a Abs. 1 S. 2 AktG ergibt, grundsätzlich nicht im Gesetz angelegt. Obwohl der Wortlaut der §§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG weit genug für die Einführung von Zustimmungserfordernissen gefasst wäre, spricht gegen diese Umverteilung des Machtgefüges in der Aktiengesellschaft auch die Wertung des § 53a AktG, der es grundsätzlich verbietet, die Aktionäre ungleich zu behandeln. Die Einführung des Mehrstimmrechts entbindet hiervon nicht in einem Maße, dass Mehrheitsentscheide durch konkrete Zustimmungserfordernisse aushebeln würde. Denn auch für Mehrheitsstimmrechte gilt nach § 135a Abs. 1 S. 2 AktG, dass Mehrstimmrechte höchstens das Zehnfache des Stimmrechts nach § 134 Abs. 1 S. 1 betragen dürfen. Diese Grundsätze sind elementar für die Aktiengesellschaft. Eine Abweichung von diesen Grundsätzen müsste sich klarer aus dem Wortlaut einer Vorschrift ergeben, als es hier der Fall ist, damit von einem entsprechenden gesetzgeberischen Willen ausgegangen werden kann.

Von diesem Befund entbindet weder die Feststellung, dass mit § 138 S. 1 AktG besondere Rechte für einzelne Aktionäre auch an anderer Stelle vorgesehen sind, noch ein Ausschluss der entsprechenden Satzungsbestimmungen bei Publikumsgesellschaften. Denn anders als in § 138 S. 1 AktG werden die Sonderrechte in §§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 3 und 182 Abs. 1 S. 3 AktG nicht ausdrücklich normiert und beschrieben. Zudem ist die Schwelle, ab wann eine Publikumsgesellschaft tatsächlich vorliegt, nicht genau bestimmt. Eine Differenzierung der Zulässigkeit von Satzungsbestimmungen anhand dieses Kriteriums ist folglich nicht statthaft.

Dementsprechend sind Zustimmungserfordernisse einzelner Aktionäre nicht anzuerkennen. Es bleibt dabei, dass ausschließlich das Verfahren unter Beibehaltung der unangefochtenen Zuständigkeit der Hauptversammlung modifiziert werden kann. Folglich kann festgehalten werden, dass es sich bei den gesetzlichen Vorschriften nicht um die Zulassung von Abweichungen von den grundsätzlichen Mehrheiten bei Hauptversammlungsbeschlüssen durch die Einführung von Zustimmungserfordernissen handelt. Stattdessen werden Gestaltungsspielräume eröffnet, die sich im Bereich von Verfahrensregeln befinden, die nicht gesetzlich ge-

regelt sind. Daher sind Satzungsbestimmungen, die weitere Erfordernisse aufstellen, Ergänzungen nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG. Wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Öffnung in den §§ 133 Abs. 1, 135a Abs. 3, 179 Abs. 2 S. 3, 182 Abs. 1 S. 3 AktG sind sie zulässig.

III. Ergebnis

Anders als bei § 131 Abs. 2 S. 2 AktG erfassen die Ermächtigungen der §§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 3, 182 Abs. 1 S. 3 AktG keine Bestimmungen, welche in die Funktionsausübung der Aktionäre materiell eingreifen. Zustimmungserfordernisse zu Hauptversammlungsbeschlüssen können daher weder zugunsten außenstehender Dritter noch zugunsten der Aktionäre der Aktiengesellschaft in der Satzung vorgesehen werden. Es hat sich zudem gezeigt, dass die Einordnung der gesetzlichen Öffnungsklauseln nicht anhand der Funktionskreise innerhalb der Aktiengesellschaft beurteilt werden kann. Vielmehr ist im Einzelfall zu entscheiden, wie weitreichend der Gesetzgeber durch die Öffnungsklausel in die funktionelle Ordnung der Aktiengesellschaft eingreifen wollte.

C. Öffnung durch Ausweitung des Unternehmensgegenstandes

Die Problematik der gesetzgeberischen Intentionen hinter der Einführung satzungsmäßiger Gestaltungsspielräume in das Aktiengesetz spitzt sich zu, wenn durch die Satzung unmittelbar die Grenze einer funktionsbestimmenden Kompetenz eines Organs bestimmt werden soll. Dieser Fall liegt bei der Bestimmung des Unternehmensgegenstandes nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG vor, durch den die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes umgrenzt werden soll.¹¹⁹⁷ Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes soll grundsätzlich weisungsfrei sowohl in Bezug auf Weisungen durch den Aufsichtsrat als auch in Bezug auf die Hauptversammlung ausgeübt werden können.¹¹⁹⁸ In diese Weisungsfreiheit greift der Gesetzgeber mittels der Festsetzungsmöglichkeit des Unternehmensgegenstandes ein. Wo die Grenze der damit eingeräumten Gestaltungsfreiheit der Hauptversammlung liegt, ist bisher nicht abschließend geklärt. Fraglich ist, ob der hier erarbeitete funktionelle Ansatz zur Bestimmung kautelarjuristischer Freiheiten in der Satzung herangezogen werden kann, um die Grenze der Konkretisierung des Unternehmensgegenstandes feststellen zu können.

¹¹⁹⁷ *Habersack/Foerster*, in: GroKo AktG, § 82 Rn. 23 f.; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 21; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 33; *Solveen*, in: Hölters/Weber AktG, § 23 Rn. 22; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 82 Rn. 34.

¹¹⁹⁸ Vgl. oben Seiten 157 ff.

I. Allgemeines zur Problematik des Unternehmensgegenstandes

Gesteigerte Unsicherheiten in Bezug auf satzungsmäßige Bestimmungen, welche die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes umgrenzen, ergeben sich daraus, dass neben dem Begriff des Unternehmensgegenstandes auch Begriffe wie der Unternehmenszweck und das Unternehmensziel in die Diskussion einfließen. Um hier eine Abgrenzung vornehmen zu können, ist daher klarzustellen, wann eine Satzungsbestimmung vorliegt, die den Unternehmensgegenstand ausfüllt.

1. Der Unternehmensgegenstand

Der Unternehmensgegenstand ist nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG obligatorischer Satzungsinhalt. Grundsätzlich soll er das Geschäftsfeld der Aktiengesellschaft festlegen. Eine Legaldefinition existiert nicht. Die Begriffsbestimmung sollte sich deshalb maßgeblich an der Funktion des Unternehmensgegenstandes orientieren. Abzugrenzen ist der Unternehmensgegenstand dabei vom Unternehmenszweck.

a. Begriff

Der Unternehmensgegenstand beschreibt das konkret ausgeübte oder beabsichtigte Tätigkeitsfeld des Unternehmens.¹¹⁹⁹ Anders formuliert steckt der Unternehmensgegenstand den Markt des Unternehmens ab.¹²⁰⁰ Er beschreibt dadurch den volkswirtschaftlichen Leistungsbeitrag des Unternehmens.¹²⁰¹ Dabei ist für die Aktiengesellschaft grundsätzlich jeder denkbare Unternehmensgegenstand zulässig, soweit er nicht gegen die §§ 134, 138 BGB oder spezialgesetzliche Genehmigungserfordernisse, wie beispielsweise § 32 KWG oder §§ 34 ff. GewO, verstößt.¹²⁰² Dementsprechend muss der Unternehmensgegenstand so konkret formuliert sein, dass erkennbar ist, ob er zulässig oder genehmigungspflichtig ist.¹²⁰³

¹¹⁹⁹ *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 110 f.; vgl. auch *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 36; *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1721); *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (781); *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 7.1.

¹²⁰⁰ So *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 40.

¹²⁰¹ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, § 82 Rn. 16; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 12. Wiedemann beschreibt ihn dabei als „sachliches Unternehmensziel“, *Wiedemann*, ZGR 1975, 385 (416).

¹²⁰² *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 110 f.; vgl. auch *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 36; *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1721); *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 7.4; *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (781); zur GmbH vgl. BGH, Beschluss vom 03. November 1980, Az. II ZB 1/79, WM 1981, 163 (164).

¹²⁰³ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 36.

Eine Satzungsbestimmung, die eine sehr abstrakt gehaltene Tätigkeitsbeschreibung wie etwa „Handelsgewerbe jeder Art“ als Unternehmensgegenstand festlegt, ist aus diesem Grund unzulässig.¹²⁰⁴

Neben diese Zwecke tritt die Funktion, die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes zu begrenzen. Der Vorstand darf seine Geschäftsführungsbefugnis nur innerhalb des satzungsmäßig bestimmten Tätigkeitsbereichs ausüben, da er gemäß § 82 AktG an satzungsmäßige Beschränkungen gebunden ist.¹²⁰⁵ Gleichzeitig ist der Vorstand durch den Unternehmensgegenstand verpflichtet, diesen bei der Ausübung seiner Geschäftsführungstätigkeit auszufüllen.¹²⁰⁶ Je detaillierter der Unternehmensgegenstand ausgestaltet ist, desto stärker wird die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes beschnitten. Die Grenze dieser Beschränkungsmöglichkeit ist bisher weder klar umrissen, noch besteht Einigkeit über den Bereich der Geschäftsführung, der von den Entscheidungen der Hauptversammlung unangetastet bleiben muss. Die Beschränkungsmöglichkeit ist zum Schutz der Aktionäre vor willkürlicher Ausweitung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens und auch vor einer Unterschreitung des Geschäftsbereiches zwar vom Gesetzgeber beabsichtigt.¹²⁰⁷ Dennoch hat sich der Gesetzgeber durch §§ 76, 77 AktG für eine weisungsfreie und vom Aufsichtsrat sowie der Hauptversammlung unabhängige Leitung der Aktiengesellschaft entschieden. Durch den Unternehmensgegenstand darf diese Kompetenzzuweisung an den Vorstand deshalb nicht ausgehöhlt werden.¹²⁰⁸

¹²⁰⁴ Zum Erfordernis der Konkretisierung des Unternehmensgegenstandes vgl. *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 99 ff. Dies soll hier nicht Thema sein, da diese Frage weniger bei der Satzungsstrenge, als vielmehr bei den Zulässigkeitsanforderungen nach §§ 134, 138 BGB und etwaigen Genehmigungserfordernissen relevant wird. Zudem liegt ein nur untergeordneter Bezug zum Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft vor, der nicht Gegenstand der Abhandlung sein soll.

¹²⁰⁵ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 21; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 33; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 78, 85; *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (781), *Pühler*, in: Happ Aktienrecht, 1.01 Rn. 7.2; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 110 f. Handelt der Vorstand außerhalb des Unternehmensgegenstandes, macht er sich daher gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG schadensersatzpflichtig, die Handlung bleibt aber grundsätzlich wirksam, *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 86; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 114 f.; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 270, 272 ff.; *Vetter*, in: Henssler/Strohn GesR, § 23 AktG Rn. 13; *Wiedemann*, ZGR 1975, 385 (417).

¹²⁰⁶ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 33; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 110; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 82 Rn. 34; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 73.

¹²⁰⁷ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 31; *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (781).

¹²⁰⁸ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 73; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 78; *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (785); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 120.

b. Abgrenzung zum Unternehmenszweck

Abzugrenzen ist der Unternehmensgegenstand vom Unternehmenszweck. Auch der Unternehmenszweck definiert die Zielrichtung der Leitung durch den Vorstand. Eine korrekte Abgrenzung zwischen Unternehmensgegenstand und Unternehmenszweck ist entscheidend, weil keine Satzungsbestimmung des Unternehmenszwecks die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes übermäßig einschränken kann. Denn aufgrund des Abstraktionsniveaus des Unternehmenszwecks sind die satzungsmäßigen Bestimmungen über den Zweck niemals derart konkret, dass die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes und dessen Entscheidungsfreiheit so stark eingegrenzt würden, dass sie unzulässig wären.¹²⁰⁹ Zweckbestimmungen sind daher im Hinblick auf die Geschäftsführungsbefugnis stets zulässig.

aa. Reichweite des Unternehmenszwecks

Der Unternehmenszweck ist der Grund der Existenz der Gesellschaft.¹²¹⁰ Er liegt regelmäßig in der Gewinnerzielung, insbesondere wenn die Satzung keine Aussage zum Zweck enthält.¹²¹¹ Da die Aktiengesellschaft jedoch zu jedem erlaubten Zweck geschlossen werden darf, ist es nicht ausgeschlossen, dass die Satzung abweichende Regelungen vorsieht – beispielsweise eine gemeinnützige Ausrichtung der Aktiengesellschaft.¹²¹² Die Zweckgebungskompetenz innerhalb der Aktiengesellschaft liegt bei der Hauptversammlung. Ihr ist dabei ein weiter Entscheidungsspielraum zuzuschreiben.¹²¹³ Mangels Vorschriften im Aktiengesetz ist auf

¹²⁰⁹ Dies erkennen auch *Westermann*, in: FS Schnorr v. Carolsfeld 1973, 517 (527) und *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 123.

¹²¹⁰ *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 37; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 125.

¹²¹¹ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 75; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 71, *Schön*, ZGR 1996, 429 (440); *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 37 ff.; v. *Bonin*, Die Leitung der Aktiengesellschaft, 86 f.; v. *Rechenberg*, Die Hauptversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft, 83; *Westermann*, in: FS Schnorr v. Carolsfeld 1973, 517 (523 f.). Vgl. aber *Mülbert*, in: FS Röhricht 2005, 421 (438 f.), der auch die Marktwertmaximierung seit dem KonTraG als gleichberechtigtes Formalziel der Aktiengesellschaft ansehen will.

¹²¹² *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 22; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 138. Ähnliches gilt für in erster Linie ethisch motivierte Entscheidungen in Bezug auf die Unternehmensausrichtung, vgl. Beispiele bei *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 139; *Winkler*, NJW 1970, 449 (450).

¹²¹³ *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 118; *Winkler*, NJW 1970, 449 (450). Dementsprechend ist die Hauptversammlung die Einzige, die sich über den Unternehmenszweck hinwegsetzen kann, *Winkler*, NJW 1970, 449 (452).

die allgemeine vereinsrechtliche Regelung des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB zurückzugreifen, die zur Zweckänderung ein Einstimmigkeitserfordernis statuiert.¹²¹⁴ Der Unternehmenszweck kann daher auch unter dem Deckmantel einer Änderung des Unternehmensgegenstandes nur mit der Zustimmung aller Aktionäre geändert werden.¹²¹⁵ Die Abgrenzung zum Unternehmensgegenstand kann im Einzelfall schwer durchführbar sein.¹²¹⁶ Sie hat anhand einer Zweck-Mittel-Relation zu erfolgen.¹²¹⁷ Dabei ist der Unternehmensgegenstand als Mittel die Beschreibung der Tätigkeit anzusehen, mittels derer der Unternehmenszweck erreicht werden soll.¹²¹⁸ Der Unternehmenszweck betrifft demgegenüber Bereiche, die dem Marktsegment des Unternehmens übergeordnet sind. Insgesamt gilt daher, dass der Unternehmenszweck eine abstrakte Bestimmung über den Grund der Existenz des Unternehmens darstellt. Alle übrigen Bestimmungen sind unter den Unternehmensgegenstand zu fassen.

bb. Exkurs: Satzungsbestimmung zum Shareholder Value

Als Beispiel für eine solche Bestimmung des Unternehmenszwecks kann eine Satzungsklausel gesehen werden, die den Vorstand an das Konzept des Shareholder Value bindet. Nach diesem Konzept muss das Unternehmen so geführt werden, dass der Wert des Unternehmens und damit der Eigenkapitalanteil maximiert wird.¹²¹⁹ Dabei existieren weite Überschneidungen zwischen dieser Ausrichtung und dem Gebot erwerbswirtschaftlichen Handelns, weshalb der Shareholder Value Gedanke nicht als eine reine Wertsteigerungsstrategie aufgefasst werden darf.¹²²⁰ Dies ergibt sich daraus, dass es aufgrund des Erfordernisses einer nachhaltigen

¹²¹⁴ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 78; *Brandner*, in: FS Rowedder 1994, 41 (43); *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 22; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 70; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 136; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 19, 21.

¹²¹⁵ Vgl. *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 37; *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 70, 77; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 124 ff.

¹²¹⁶ Ein separates Unternehmensziel wie bei *Wiedemann*, ZGR 1975, 385 (416) ist abzulehnen und auch die Unterscheidung bei *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 26 ff., der den Begriff des Unternehmenszwecks als Oberbegriff ansieht und diesem ein Unternehmensziel unterordnet, führt nicht weiter. Im Ergebnis tauscht er damit den im Aktienrecht verwendeten Begriff des Unternehmenszwecks durch denjenigen des Unternehmensziels aus, ohne dass ein sachlicher Unterschied bestünde. Dies wird namentlich dadurch deutlich, dass er nur für die Änderung des Unternehmensziels die Einstimmigkeit fordert, *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 32.

¹²¹⁷ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 75; *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 22; *Martens*, in: FS Kellermann 1991, 271 (274); *Pentz*, in: MüKo AktG, § 23 Rn. 74.

¹²¹⁸ *Koch*, in: Koch AktG, § 23 Rn. 22; *Röhricht/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 132 ff.

¹²¹⁹ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 29; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 90.

¹²²⁰ v. *Bonin*, Die Leitung der Aktiengesellschaft, 157 f.

und werthaltigen Steigerung des Unternehmenswertes unumgänglich ist, wenn auch nur von untergeordneter Bedeutung, die Stakeholderinteressen zu berücksichtigen. Der Shareholder Value Gedanke oktroyiert somit keinesfalls eine Interessensingularität auf, da die Berücksichtigung von Stakeholderinteressen ebenfalls zur Steigerung des Unternehmenswertes beiträgt.¹²²¹ Es handelt sich vielmehr um eine „interessenplurale Zielkonzeption“.¹²²² Ob eine ausschließliche Bindung an dieses Shareholder Value Konzept in der Satzung festgeschrieben werden kann, ist umstritten.

Einerseits wird angenommen, dass es sich bei der Einführung des Shareholder Value Konzepts um die zulässige Bestimmung eines Unternehmenszwecks handle, welche nicht am Maßstab des Unternehmensgegenstandes zu messen sei.¹²²³ Die Aktionäre als „Herren der Gesellschaft“ seien die wirtschaftlichen Eigentümer der Gesellschaft, weshalb es ihrer Entscheidungsbefugnis zugeordnet werden müsse, ob die Ausrichtung der Aktiengesellschaft allein auf die Gewinnerzielungsabsicht oder auf den Unternehmenswert erfolge.¹²²⁴ Da das Shareholder Value Konzept bei der normaltypischen Aktiengesellschaft ohnehin Berücksichtigung finde, müsse es erst recht durch Satzung eingeführt werden können.¹²²⁵ Dem wird entgegengehalten, dass der Shareholder Value Ansatz ohne Satzungsbestimmung zwar in die Entscheidungen des Vorstandes einfließen könne. Ob dieser Ansatz einbezogen werden müsse, unterfalle allerdings der Entscheidungsprärogative des Vorstandes und sei deshalb Teil der nicht entziehbaren Geschäftsführungsbefugnis.¹²²⁶ Das Shareholder Value Konzept sei gerade nicht mit der Ausrichtung auf die Gewinnmaximierung identisch und folglich nicht mit dem

¹²²¹ *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 93 f. Aufgrund dieser Berücksichtigung zahlreicher Interessen bei der Orientierung am Shareholder Value wird zum Teil angenommen, der Vorstand könne sein Handeln auch ohne eine Satzungsbestimmung am Shareholder Value ausrichten und es bestehe jedenfalls kein Widerspruch zur Leitlinie der Gewinnmaximierung, sodass sich der Vorstand für die Einführung des Shareholder Value Konzepts als Zielbestimmung und Teil der Geschäftspolitik selbstständig entscheiden könne, *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 95; *Schmidt/Spindler*, in: FG Kübler 1997, 515 (541). Ferner seien durch die Gesetzesänderungen des KonTraG (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 01. Mai 1998) Zweifel daran ausgeräumt worden, dass die Aktiengesellschaft sich am Shareholder Value Konzept ausrichten könne, *Mülbert*, in: FS Röhrich 2005, 421 (440); vgl. auch *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 93. Dagegen *Ulmer*, AcP 202 (2002), 143, (152 ff.).

¹²²² *Koch*, in: Koch AktG, § 76 Rn. 73; ähnlich *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 93 ff.

¹²²³ v. *Bonin*, Die Leitung der Aktiengesellschaft, 158.

¹²²⁴ *Groh*, DB 2000, 2153 (2158); *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 76 Rn. 39; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 97, § 82 Rn. 36; *Ulmer*, AcP 202 (2002), 143, (159).

¹²²⁵ *Mülbert*, in: FS Röhrich 2005, 421 (440).

¹²²⁶ *Cahn*, in: KK-AktG, § 76 Rn. 18 f.; *Koch*, in: Koch AktG, § 82 Rn. 10; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe der AG, 65.

klassischen Ziel der Aktiengesellschaft vereinbar.¹²²⁷ Priester nimmt an, dass der Shareholder Value Ansatz nicht in die Satzung aufgenommen werden könne, da es sich nicht um eine Tätigkeitsbeschreibung handle und somit keine Festlegung des Unternehmensgegenstandes vorliege.¹²²⁸

Zuzustimmen ist dabei den Stimmen, die im Shareholder Value Konzept eine Bestimmung des Unternehmenszwecks sehen. Denn es handelt sich jedenfalls nicht um eine Bestimmung des Unternehmensgegenstandes, da weder ein Marktsegment noch ein volkswirtschaftlicher Leistungsbeitrag definiert wird. Stattdessen ist das Shareholder Value Konzept ein übergeordneter Zweck des Zusammenschlusses. Dafür spricht zum einen die Vergleichbarkeit zur Gewinnmaximierung, die dem Unternehmenszweck zuzuordnen ist. Zum anderen kann schon begrifflich in der Maximierung des Unternehmenswertes der innere Grund für den Zusammenschluss der Aktionäre liegen. Auch die Unabhängigkeit der Leitung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG spricht nicht gegen diese Beurteilung, da die Orientierungsvorgaben des Shareholder Value Konzepts dem Vorstand stets ausreichend Ermessen belassen wird, sodass kein unzulässiger Eingriff in die Befugnisse des Vorstandes vorliegen.¹²²⁹ Ebenso wie die Ausrichtung an der Gewinnmaximierung entbindet eine solche Satzungsbestimmung nicht davon, auch Stakeholderinteressen zu berücksichtigen. Es bleibt folglich bei einer interessenpluralen Zielbindung des Vorstandes, dessen Schwerpunkt verlagert wird. Da Bestimmungen des Unternehmenszwecks als Satzungsbestimmung stets aufgenommen werden können, ist es auch möglich die Bindung an den Shareholder Value Ansatz in die Satzung einzuführen.

2. Meinungsstand zur Konkretisierung des Unternehmensgegenstandes

Während eine Zuordnung zum abstrakten Unternehmenszweck dazu führt, dass eine Satzungsbestimmung bei Einhaltung des Einstimmigkeitserfordernisses stets zulässig ist, stellt sich die entgegengesetzte Frage, wie konkret ein Unternehmensgegenstand formuliert werden kann, ohne dass die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes in unzulässiger Weise eingeschränkt würde. Zwar besteht Einigkeit darüber, dass durch den Unternehmensgegenstand die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes eingegrenzt werden kann. Unumstritten ist zudem,

¹²²⁷ *Ulmer*, AcP 202 (2002), 143, (156), der jedoch im Ergebnis eine Satzungsbestimmung gleichwohl für zulässig erachtet, *Ulmer*, AcP 202 (2002), 143, (159).

¹²²⁸ *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (787).

¹²²⁹ So auch v. *Bonin*, Die Leitung der Aktiengesellschaft, 158; *Schmidt/Spindler*, in: FG Kübler 1997, 515 (540); *Spindler*, in: MüKo AktG, § 76 Rn. 95. Ähnlich *Mülbert*, in: FS Röhrich 2005, 421 (440).

dass wegen der grundsätzlichen Weisungsfreiheit durch die detaillierte Festlegung eines Unternehmensgegenstandes die Geschäftsführungsbefugnis nicht auf die Hauptversammlung übertragen werden darf. Umstritten ist aber, wie konkret der Unternehmensgegenstand durch die Bestimmungen in der Satzung ausgestaltet werden kann, bevor die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes in unzulässiger Weise beschnitten wird.¹²³⁰

a. Unabhängigkeit des Vorstandes

Zum Teil wird darauf abgestellt, dass eine Satzungsbestimmung, die den Vorstand zu stark limitiert, gegen § 23 Abs. 5 S. 2 AktG verstoße, da sie dem abschließenden Charakter des § 76 Abs. 1 AktG zuwider laufe.¹²³¹ Demnach stelle § 76 Abs. 1 AktG eine Organisationsentscheidung des Gesetzgebers dar, den der Satzungsgeber nicht überspielen dürfe.¹²³² Es müsse dabei bleiben, dass der Vorstand die Ziele und Interessen des Unternehmens eigenständig bestimmt. Grund für diese gesetzgeberische Entscheidung sei das Effizienzprinzip, nach welchem die Unabhängigkeit des Vorstandes zur optimalen Ausnutzung des verfügbaren Kapitals erforderlich sei.¹²³³ Dies werde durch den objektiven Maßstab des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bestätigt, der dem Vorstand den Maßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters auferlegt.¹²³⁴ Aus diesen Gründen müssten die Einflüsse der Hauptversammlung auf ein Minimum reduziert werden und auch strategische Entscheidungen dem Vorstand vorbehalten bleiben.¹²³⁵ Die mit diesen Freiheiten verbundenen Kontrollerfordernisse und allgemeinen Beschränkungen der Geschäftsführung bei konkreten Rechtsgeschäften würden ausschließlich durch die §§ 111 Abs. 4 S. 2, 119 Abs. 2 AktG verwirklicht.¹²³⁶ Dabei zeige vor allem § 119 Abs. 2 AktG, dass die Hauptversammlung auf Eigeninitiative keine Geschäftsführungsmaßnahmen wahrnehmen dürfe.¹²³⁷ Nehme man zudem an, dass es sich bei dem Unternehmensgegenstand um den volkswirtschaftlichen Leistungsbeitrag

¹²³⁰ Zur Frage, wie abstrakt der Unternehmensgegenstand formuliert werden kann, vgl. *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 99 ff.; *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 142 ff.

¹²³¹ *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (783); vgl. auch *Fuhrmann/Rösele*, AG 2022, R153 (R154); *Geßler*, in: FS Luther 1976, 69 (79).

¹²³² *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719); vgl. *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (778, 781).

¹²³³ *Richter*, Begrenzung der Geschäftsführung, 115 ff.; *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 82; *Wiedemann*, ZGR 1975, 385 (407 f.).

¹²³⁴ *Wiedemann*, ZGR 1975, 385 (424).

¹²³⁵ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719); *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, § 82 Rn. 13 f.

¹²³⁶ *Martens*, in: FS Kellermann 1991, 271 (273).

¹²³⁷ *Spindler*, in: MüKo AktG, § 82 Rn. 35.

handele, verbiete sich eine konkrete Bestimmung, da diese keine volkswirtschaftliche Relevanz haben könne.¹²³⁸ Anders sei dies beispielsweise in den Fällen, in denen die Risikogruppe des Unternehmens definiert werde.¹²³⁹

b. Das Verbandsinteresse

Andererseits sei zu berücksichtigen, dass das Verbandsinteresse durch die Satzung geprägt werde und der Vorstand diesem Verbandsinteresse unterworfen sei, da er seine Geschäftsführung am Unternehmensinteresse auszurichten habe.¹²⁴⁰ Das Unternehmensinteresse sei dabei gleichzusetzen mit dem kollektiven Interesse der Aktionäre¹²⁴¹ und müsse vom Vorstand nicht gegenüber den Aktionären behauptet werden.¹²⁴² Dementsprechend sei es lediglich erforderlich, dass dem Vorstand ein Entscheidungsspielraum verbleibe.¹²⁴³ Dabei gingen die Befugnisse der Hauptversammlung so weit, dass dem Vorstand sogar einzelne Produkte verboten oder vorgeschrieben werden können und lediglich Entscheidungen über Einzelmaßnahmen keinen Eingang in die Satzung finden dürften.¹²⁴⁴ Grundsätzlich liege die Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes im Bereich der laufenden Geschäfte der Gesellschaft, während sogar die Mittel, diese durchzuführen, von der Hauptversammlung bestimmt werden könnten. Maßgeblich sei dabei, ob dem Vorstand weiterhin ein unternehmerisches Ermessen zustehe.¹²⁴⁵ Die Grenze sei erst dann erreicht, wenn der Vorstand zum reinen „Befehlsempfänger“ werde.¹²⁴⁶

Begründet wird dies damit, dass die Aktiengesellschaft als Kapitalsammelbecken die Anlegerinteressen als maßgebliche Leitlinie verfolgen müsse. Schließlich seien die Anleger die wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens.¹²⁴⁷ Dies werde

¹²³⁸ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, § 82 Rn. 16.

¹²³⁹ *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, § 82 Rn. 19, *Cahn*, in: KK-AktG, § 82 Rn. 33.

¹²⁴⁰ *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (783 f.); *Wiedemann*, ZGR 1975, 385 (425).

¹²⁴¹ *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (783 f.); *Wiedemann*, ZGR 1975, 385 (425).

¹²⁴² *Schön*, ZGR 1996, 429 (439).

¹²⁴³ *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 7; vgl. *v. Rechenberg*, Die Hauptversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft, 84. Dieser Entscheidungsspielraum wird von Schön allerdings im Sinne der ersten Ansicht dahingehend verstanden, dass es in erster Linie darum gehe, die Effizienz des Unternehmens zu erhalten, *Schön*, ZGR 1996, 429 (439).

¹²⁴⁴ *v. Rechenberg*, Die Hauptversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft, 84; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 82 Rn. 35.

¹²⁴⁵ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 73; *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (785); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 120.

¹²⁴⁶ *Arnold*, in: KK-AktG, § 23 Rn. 73; *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (785); *Röhrich/Schall*, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 120.

¹²⁴⁷ *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (783 f.); *Wiedemann*, ZGR 1975, 385 (425).

historisch dadurch bestätigt, dass die Vorschrift des § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG im Vergleich zu ihrer Vorgängerregelung § 16 Abs. 3 Nr. 4 AktG a.F. erweitert wurde. Grund dafür sei die Stärkung der Aktionäre und ihrer Kompetenzen.¹²⁴⁸ Aus der Überordnung des Verbandsinteresses gegenüber der Leitungsmacht des Vorstandes ergebe sich weiter, dass § 76 Abs. 1 AktG als Kompetenzzuweisung zwar gegenüber den übrigen Organen Geltung beanspruche, gegenüber der Satzung als Grundordnung der Aktiengesellschaft aber nicht uneingeschränkt gelten könne.¹²⁴⁹ Deshalb sei durch eine Bestimmung des Unternehmensgegenstandes die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft nicht angetastet. Aus diesem Grund könne auch in Zusammenschau mit § 23 Abs. 5 S. 2 AktG kein Verstoß gegen § 76 Abs. 1 AktG anerkannt werden.¹²⁵⁰ Konkrete Satzungsbestimmungen zum Unternehmensgegenstand seien daher zulässig.

c. Einzelstimmen

Zwischen diese gegensätzlichen Lager einer starken Position der Hauptversammlung und einer starken Position des Vorstandes reihen sich eine Vielzahl differenzierender Ansichten ein. Dabei vertritt Priester¹²⁵¹ die Ansicht, durch den Unternehmensgegenstand werde das „Was“ der Unternehmenstätigkeit festgelegt, während es in den Aufgabenbereich des Vorstandes falle, das „Wie“ zu bestimmen.¹²⁵² Das „Was“ der Tätigkeitsbeschreibung müsse im Sinne der Definition des Unternehmensgegenstandes auf die Festlegung verschiedener Risikoklassen – beispielsweise Atom- statt Kohlekraftwerk – zurückgeführt werden können. Innerhalb dieser Risikoklasse müsse dem Vorstand sodann Handlungsfreiheit zugestanden werden.¹²⁵³ Jedenfalls ideelle Vorgaben seien vom „Was“ der Tätigkeitsbeschreibung umfasst.¹²⁵⁴ Demgegenüber vertritt Mertens¹²⁵⁵ die Ansicht, dass in Entsprechung zu § 23 Abs. 5 AktG das Grundkonzept der Aktiengesellschaft Vorzug vor den Entscheidungen in der Satzung erhalten müsse. Zu diesem Grundkonzept zähle unter anderem, dass die uneingeschränkte Leitungsmacht einzig

¹²⁴⁸ *Martens*, in: FS Kellermann 1991, 271 (275).

¹²⁴⁹ *Westermann*, in: FS Schnorr v. Carolsfeld 1973, 517 (526 f.).

¹²⁵⁰ v. *Rechenberg*, Die Hauptversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft, 84. Vgl. auch *Mertens*, in: KK-AktG, 2. Auflage, § 82 Rn. 15.

¹²⁵¹ *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777.

¹²⁵² *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (784 f.); ähnlich *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 90.

¹²⁵³ *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (786); so auch *Martens*, in: FS Kellermann 1991, 271 (276); *Schön*, ZGR 1996, 429 (442).

¹²⁵⁴ *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (786 f.).

¹²⁵⁵ *Mertens*, NJW 1970, 1718.

beim Vorstand liege.¹²⁵⁶ Die Geschäftsführung könne zudem nur dann wirtschaftlich arbeiten, wenn sie flexibel reagieren könne und nicht durch die Satzung gebunden sei.¹²⁵⁷ Die Grenze sei bei der Festlegung der Unternehmenspolitik zu finden, welche betroffen sei, wenn eine Auswirkung auf Wert und Struktur der Beteiligung gegeben sei.¹²⁵⁸ Tieves¹²⁵⁹ hingegen argumentiert, dass eine konkretere Entscheidung zur Tätigkeit der Gesellschaft aus dem Grund zulässig sei, weil es sich um eine Geschäftsführungsmaßnahme in der Zuständigkeit der Hauptversammlung handele.¹²⁶⁰ Es dürfe indessen nicht zu einer Einzelfallbestimmung zu Geschäftsführungsangelegenheiten kommen.¹²⁶¹ Eine zulässige Begrenzung liege vor, sofern der Regelungsgehalt der Satzungsbestimmung relevant für die Investitionsentscheidung der Anleger sei.¹²⁶² In Bezug darauf sei zu beachten, dass durch die Einführung des § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG die Rechte der Aktionäre gestärkt werden sollten und deshalb ein grundsätzlich weiter Entscheidungsspielraum der Hauptversammlung anerkannt werden müsse.¹²⁶³ Auch Martens¹²⁶⁴ spricht sich für eine Einzelfallbetrachtung aus, geht dabei jedoch von einer starken Kompetenz des Vorstandes aus.¹²⁶⁵ Als Richtlinie könne die Holzmüller-Entscheidung des BGH¹²⁶⁶ dienen, in der es ebenfalls darum ging, dass die Hauptversammlung Geschäftsführungsmaßnahmen wahrnehmen darf.¹²⁶⁷ Durch diese Rechtsprechung werde eine hohe Hürde für Hauptversammlungszuständigkeiten aufgestellt, wobei es zugleich bei einer Entscheidungsprärogative des Vorstandes bleiben müsse. Zulässig sei dabei lediglich eine Negativabgrenzung durch den Unternehmensgegenstand, die einzelne Maßnahmen verbietet, da es dadurch bei einem ausreichenden Spielraum des Vorstandes bleibe.¹²⁶⁸

¹²⁵⁶ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1719). Brandner unterstützt diesen Gedanken und fordert einen möglichst weiten Spielraum für den Vorstand, *Brandner*, in: FS Rowedder 1994, 41 (46).

¹²⁵⁷ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1720); so auch *Brandner*, in: FS Rowedder 1994, 41 (46).

¹²⁵⁸ *Mertens*, NJW 1970, 1718 (1721); *Mertens*, AG 1978, 309 (311).

¹²⁵⁹ *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 141 ff.

¹²⁶⁰ *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 141. Ablehnend in Bezug auf den Geschäftsführungscharakter *Kort*, in: GroKo AktG, § 76 Rn. 45.

¹²⁶¹ *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 152 f.

¹²⁶² *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 153.

¹²⁶³ *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 154.

¹²⁶⁴ *Martens*, in: FS Kellermann 1991, 271 (279 ff.).

¹²⁶⁵ In diesem Sinne auch *Richter*, Begrenzung der Geschäftsführung, 94.

¹²⁶⁶ BGH, Urteil vom 15. Januar 2001, Az. II ZR 124/99, BGHZ 146, 288.

¹²⁶⁷ *Martens*, in: FS Kellermann 1991, 271 (281).

¹²⁶⁸ *Martens*, in: FS Kellermann 1991, 271 (279).

3. Reichweite der Begrenzungsfunktion

Letztlich dreht sich das obige Meinungsbild um die Frage, wo die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes endet und Entscheidungen derart grundlegend werden, dass sie von der Hauptversammlung getroffen werden dürfen. Somit ist jedenfalls auch die Leitungs- und Geschäftsführungsfunktion des Vorstandes grundlegend betroffen. Denkbar ist daher, dass die Grenze der Gestaltungsmöglichkeiten der Hauptversammlung anhand der Funktionskreise des Aktiengesetzes bestimmt werden kann. Die Fragestellung bleibt dadurch jedoch eine ähnliche, da zunächst bestimmt werden muss, wo der Funktionskreis des Vorstandes endet und der Funktionskreis der Hauptversammlung zur Willensbildung über den Unternehmensgegenstand beginnt.

Die Präzisierung dieser Grenze muss durch Heranziehen der Vorschriften der §§ 23 Abs. 3 Nr. 2 und 76 Abs. 1 AktG erfolgen, da sie zum einen den Handlungsspielraum der Hauptversammlung eröffnen, zum anderen aber die Unabhängigkeit des Vorstandes statuieren. Dabei zeigt der Gesetzgeber durch § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, dass er sich grundsätzlich konkrete Vorgaben zur Tätigkeit des Unternehmens wünscht. Denn ausweislich des Gesetzeswortlautes können Industrie- und Handelsunternehmen die konkreten Erzeugnisse und Waren vorgeschrieben werden.¹²⁶⁹ Das damit ebenfalls gewollte Mindestmaß an Konkretisierung dient jedoch in erster Linie der Information der Öffentlichkeit. Bei zunehmender Konkretisierung handelt es sich indessen nicht mehr um für die Öffentlichkeit notwendige Informationen, sondern um die Verfolgung des Ziels einer stärkeren Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis. Daraus folgt, dass zwar die Information der Öffentlichkeit bei einem sehr konkret gefassten Unternehmensgegenstand stets in ausreichender Form gegeben sein wird. Der Unternehmensgegenstand darf indessen nur so konkret formuliert werden, wie es die Information der Öffentlichkeit erfordert. Darüber hinaus überlagert der § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG nicht den gesetzgeberischen Willen, eine unabhängige Unternehmensleitung zu installieren. Um eine zweckmäßige Grenze zwischen den zu beurteilenden Funktionskreisen ziehen zu können, sind vier Konzepte denkbar.

a. Aktionärsschutz

Zunächst könnte der Aktionärsschutz eine vorrangige Hauptversammlungskompetenz gebieten, welche dazu führt, dass der Vorstand bis zur Grenze einer Stellung als Befehlsempfänger durch den Unternehmensgegenstand eingeschränkt werden

¹²⁶⁹ Röhricht/Schall, in: GroKo AktG, § 23 Rn. 142.

kann. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass durch die Konkretisierung des Unternehmensgegenstandes die Gesellschafter geschützt werden sollen, da sie nur so die Möglichkeit haben, ungewollte Tätigkeiten zu unterbinden. Dem folgend dürfte erst an der Stelle eine Grenze des Gestaltungsspielraumes der Hauptversammlung gesehen werden, wo die Änderung des Unternehmensgegenstandes auf das Verbot einer bestimmten Tätigkeit hinausläuft.¹²⁷⁰ Dieser Ansatz kann jedoch aus dem Grund nicht durchgreifen, dass im Ergebnis nur die Mehrheit der Aktionäre, die mehr als 75 Prozent der Stimmen in der Hauptversammlung hält, diesen Einfluss nutzen kann. Der Schutz der Minderheitsaktionäre findet keine Berücksichtigung. Die widerstreitenden Interessen dieser Aktionärsgruppen können aber durch den Vorstand, der wegen seiner Bindung an das Unternehmensinteresse alle Aktionärsinteressen berücksichtigen muss, besser in Ausgleich gebracht werden. Die Verantwortung für die Interessengruppen innerhalb der Hauptversammlung muss deshalb bei einer unabhängigen Geschäftsleitung verbleiben, welche aufgrund ihrer am Unternehmensinteresse ausgerichteten Sorgfaltspflichten belangt und kontrolliert werden kann. Anders als der Vorstand erfährt die Mehrheit der Aktionäre eine Bindung an die Minderheitsinteressen nur im Rahmen ihrer Treuepflichten, welche eine weniger starke Bindung als die Sorgfaltspflicht des Vorstandes bedeuten. Insgesamt ist daher eine starke Kompetenz der Hauptversammlung zwar für den Mehrheitsaktionär vorteilhaft. Gefährlich ist diese Rechtsmacht jedoch für Minderheitsaktionäre. Daher kann aus dem Aktionärschutz kein Vorzug der Hauptversammlungskompetenz hergeleitet werden.

b. checks and balances

In diesem Zusammenhang ist ebenso das Konzept von „checks and balances“¹²⁷¹ zu berücksichtigen, welches im Aktienrecht – wenn auch unausgesprochen – Niederschlag gefunden hat. Durch dieses System soll sichergestellt werden, dass jedes Organ und jeder Beteiligte innerhalb der Aktiengesellschaft die Interessen der übrigen Teile der Aktiengesellschaft berücksichtigt und diesbezüglich kontrolliert werden kann. Dabei bedeutet die Einräumung von Kompetenzen des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand, dass die Berücksichtigung der Minderheitsaktionäre bei der Geschäftstätigkeit des Vorstandes kontrollierbar ist. Einer solchen Kontrolle unterliegt die Mehrheit in der Hauptversammlung bei der Satzungsänderung nicht. Daher können Satzungsbestimmungen dem Vorstand potentiell unkontrollierbare Handlungsweisen auszuüben und dessen Geschäftsführungskompetenz vollständig überlagern. Anders als die Satzungsänderung führt die Kontrolle durch

¹²⁷⁰ So OLG Stuttgart, Beschluss vom 22. Juli 2006, Az. 8 W 271/06, 8 W 272/06, NZG 2006, 790 (791); *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (786).

¹²⁷¹ Vgl. *Richter*, Begrenzung der Geschäftsführung, 45.

den Aufsichtsrat hingegen nicht zu einer völligen Überlagerung einzelner Kompetenzen des Vorstandes.¹²⁷²

Im Rahmen eines Systems aus „checks and balances“ ist die weisungsfreie Geschäftsleitung, die nicht zu einer Überlagerung der Minderheitsinteressen führt, ein vorzugswürdiges Mittel. Denn „checks and balances“ funktionieren nur dann, wenn die Beteiligten dieses Systems jeweils einen starken Funktionsbereich haben, damit sie sich als ebenbürtig gegenüberstehen. Überlagert ein Organ das andere völlig, wie es bei einer die Geschäftsführungsbefugnis zu stark eingrenzenden Satzungsbestimmung der Fall wäre, ist eine gegenseitige Kontrolle ausgeschlossen. Dabei ist die Satzung das stärkste Instrument in der Aktiengesellschaft. Abseits von Beschlussmängelstreitigkeiten wird die Hauptversammlung nicht kontrolliert. Deshalb sollten die Befugnisse der Hauptversammlung in Bezug auf die Satzung mit Zurückhaltung ausgeweitet werden.¹²⁷³ Die Weisungsfreiheit des Vorstandes ist zudem erforderlich, um alle in der Aktiengesellschaft zu berücksichtigenden Interessen ideal in Einklang bringen zu können. Gleichzeitig wird durch die unabhängige Leitungsmacht des Vorstandes sichergestellt, dass keine Interessengruppe stets den Vorzug erhält.¹²⁷⁴ Das Kontrollsystem innerhalb der Aktiengesellschaft spricht daher stark dafür, dem Vorstand einen weiten Spielraum einzuräumen.

c. Effizienzprinzip

Dafür streitet auch das Effizienzprinzip, wonach das in der Aktiengesellschaft eingesetzte Kapital optimal genutzt werden soll. Der Vorstand ist dieser Effizienz des Unternehmens verpflichtet.¹²⁷⁵ Er kann ihr aber nicht gerecht werden, wenn Satzungsklauseln wegen ihrer starken Fixierung Flexibilität ausschließen. Die vorgeschriebene Unabhängigkeit des Vorstandes ist demnach keinesfalls Selbstzweck. Zudem kann die Unternehmenspolitik nur erfolgreich sein und damit das Kapital nur optimale Verwendung finden, wenn adaptiv und flexibel reagiert werden kann. Satzungsbestimmungen, die dies unmöglich machen, müssen daher unwirksam sein. Somit muss der Vorstand im Sinne des Effizienzprinzips die Unternehmenspolitik bestimmen und dabei weitgehend frei sein.¹²⁷⁶

¹²⁷² *Richter*, Begrenzung der Geschäftsführung, 45.

¹²⁷³ So schon *Richter*, Begrenzung der Geschäftsführung, 46.

¹²⁷⁴ *Richter*, Begrenzung der Geschäftsführung, 115.

¹²⁷⁵ *Richter*, Begrenzung der Geschäftsführung, 117.

¹²⁷⁶ *Priester*, in: FS Hüffer 2010, 777 (782); *Schön*, ZGR 1996, 429 (443); *Wiesner*, in: MÜHdB GesR, Band 4, 4. Auflage, § 19 Rn. 13.

d. Schlussfolgerungen

Die bisher angestellten Erwägungen führen dazu, dass von einer starken Position des Vorstandes auszugehen ist. Die Konzepte, die der Aktiengesellschaft zugrunde liegen, sprechen gegen einen starken Einfluss der Aktionäre und damit gegen die ausufernde Konkretisierung des Unternehmensgegenstandes. Soweit die Information der Öffentlichkeit gewährleistet ist, dürfen daher keine weiteren Beschränkungen des Vorstandes als Teil des Unternehmensgegenstandes in die Satzung aufgenommen werden. Diesem Informationserfordernis ist jedoch schon dann genüge getan, wenn die Risikogruppe des Unternehmens aus dem Unternehmensgegenstand ersichtlich wird. Denn dann können die eintretenden Aktionäre erkennen, wofür ihr Kapital genutzt wird. Im Übrigen sind darauf sie verwiesen, auf die Strukturen der Aktiengesellschaft zu vertrauen, die auf Effizienz ausgerichtet sind. Insbesondere kann aus dem Aktionärsschutz aufgrund der ausreichenden Kontrolle und der Sorgfaltsbindung des Vorstandes nichts anderes folgen. Sofern daher die wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens das Bedürfnis nach einer stärkeren Einflussnahme auf den Vorstand sehen, sind sie auf andere Gesellschaftsformen zu verweisen.

Rekurrierend auf den Meinungsstand ist somit das von Priester¹²⁷⁷ angesprochene „Was“ zu definieren als das durch die Risikogruppe des Unternehmens definierte Marktsegment des Unternehmens. Dabei stellt schon das Marktsegment selbst einen Aspekt des wirtschaftlichen Risikos des Unternehmens dar. Diese zurückhaltende Annahme einer Hauptversammlungskompetenz steht im Einklang mit den Überlegungen zur Holz Müller-Entscheidung des BGH, wie Martens¹²⁷⁸ sie sieht. Abzulehnen sind jedoch Ansichten, die eine konkrete Beschränkung des Vorstandes für zulässig halten, da das Gesamtkonzept des Aktiengesetzes eine derartige Auslegung nicht zulässt. Zusammenfassend muss die Unabhängigkeit des Vorstandes daher von der Bestimmung des Unternehmensgegenstandes unangetastet bleiben. Sowohl das interne Kontrollsystem, mittels dessen ein Interessenausgleich in der Aktiengesellschaft erreicht wird, als auch das Effizienzprinzip gebieten dieses Verhältnis zwischen § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG und § 76 Abs. 1 AktG. Damit wird gleichwohl der Einfluss der Aktionäre nicht vollständig negiert, da sie das Marktsegment des Unternehmens und damit der Aktiengesellschaft bestimmen können.

Bei der Bestimmung dieses Verhältnisses von § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG und § 76 Abs. 1 AktG können die Funktionskreise des Aktiengesetzes nicht herangezogen

¹²⁷⁷ Priester, in: FS Hüffer 2010, 777 (784 f.).

¹²⁷⁸ Martens, in: FS Kellermann 1991, 271 (281).

werden. Zwar würde eine Satzungsbestimmung mit einem konkreten Unternehmensgegenstand in die Unabhängigkeit des Vorstandes eingreifen und damit dessen Funktionskreis in unzulässiger Weise einschränken. Allerdings geht es hier nicht um die Frage, ob und auf welche Weise in einen Funktionskreis eingegriffen wird. Vielmehr muss die Grenze des Funktionskreises selbst durch Auslegung bestimmt werden. Der Grund liegt darin, dass anders als im Rahmen der Anwendung des § 23 Abs. 5 AktG durch § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG weder eine Abweichung von, noch eine Ergänzung zu § 76 Abs. 1 AktG zugelassen wird. Der Leitungs- und Geschäftsführungsfunktion wird lediglich ein Rahmen gegeben. Die Vorschrift statuiert das Erfordernis der Bezeichnung des Tätigkeitsbereiches, der für die Aktiengesellschaft ebenso wie die Bestimmung eines Sitzes oder einer Firma unerlässlich sind. Es handelt sich insoweit um eine gesetzesausfüllende und notwendige Satzungsregelung, deren Reichweite sich allein anhand einer Auslegung des § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG messen lassen muss. Sofern also eine notwendige Satzungsbestimmung vorliegt, kann ebenso wie bei der Bestimmung der Reichweite von Öffnungsklauseln eine funktionelle Betrachtung nicht weiter führen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Satzungsbestimmung nicht mehr dem Unternehmensgegenstand zuzuordnen ist. Denn dann füllt sie keine gesetzliche Norm aus und muss sich an § 23 Abs. 5 AktG messen lassen.

II. Beispiel: Börsennotierung als Teil des Unternehmensgegenstandes

Unter dem Deckmantel des Unternehmensgegenstandes werden in der Literatur vereinzelt Satzungsbestimmungen vorgeschlagen, die gerade aus dem Grund zulässig seien, weil sie dem Unternehmensgegenstand zugeordnet werden könnten. Entsprechend des obigen Ergebnisses ist dies jedoch nur dann der Fall, wenn sie tatsächlich unter die Definition des Unternehmensgegenstandes fallen, dessen Reichweite die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes unangetastet lassen muss. Sofern sich der Gegenstand der jeweiligen Satzungsbestimmung nicht unter den Unternehmensgegenstand subsumieren lässt, könnte er entweder dem Unternehmenszweck zuzuordnen sein, was eine Satzungsbestimmung bei Einhaltung der entsprechenden Mehrheitserfordernisse stets zulässig macht, oder müsste sich an § 23 Abs. 5 AktG messen lassen.

Als Beispiel einer solchen Satzungsbestimmung unter dem Deckmantel des Unternehmensgegenstandes soll hier die Satzungsbestimmung dienen, die ein Handeln der Aktien des Unternehmens an einem organisierten Markt vorschreibt. Die genaue Einordnung solcher Satzungsbestimmungen wie auch deren Ausgestaltung wird uneinheitlich beurteilt. Anknüpfungspunkt könnten sowohl § 23 Abs. 3 Nr. 2

AktG als auch § 23 Abs. 5 AktG sein.¹²⁷⁹ Die gesetzliche Neuregelung zum Delisting in § 39 BörsG enthält keine Regelung zu Satzungsbestimmungen und konnte daher keine Klarheit schaffen.

1. Meinungsstand

Es existieren verschiedene Ansätze in der Literatur zur Beurteilung von Satzungsbestimmungen die Börsennotierung der Aktiengesellschaft betreffend. So könne im Unternehmensgegenstand der Aktiengesellschaft vorgeschrieben werden, dass sie stets börsennotiert ist.¹²⁸⁰ Alternativ könne eine derartige Satzungsbestimmung unabhängig vom Unternehmensgegenstand als zulässige Ergänzung nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG anzusehen sein.¹²⁸¹ Im Gegensatz dazu gibt es eine starke Literaturansicht, die Satzungsbestimmungen unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG als unzulässige Abweichung einstuft.¹²⁸²

a. Die Börsennotierung als Unternehmensgegenstand

Zum Teil wird angenommen, dass die Börsennotierung als Unternehmensgegenstand in die Satzung aufgenommen werden könne.¹²⁸³ Dies würde bedeuten, dass die Entscheidung über die Börsennotierung von der Hauptversammlung getroffen werden müsse. Grund dafür sei unter anderem, dass die Börsennotierung für die Anlageentscheidung von erheblicher Bedeutung sei.¹²⁸⁴ Da dem Vorstand jedenfalls keine Entscheidung des alltäglichen Geschäftsganges entzogen werde, handle es sich um eine Geschäftsführungsmaßnahme in der Zuständigkeit der Hauptversammlung.¹²⁸⁵ Die Satzungsstrenge stehe dem nicht entgegen.¹²⁸⁶

¹²⁷⁹ Eine Aufnahme in den Katalog von Geschäften, die nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen, soll hier nicht diskutiert werden, da kein Bezug zum Unternehmensgegenstand besteht.

¹²⁸⁰ *Wirth/Arnold*, ZIP 2000, 111 (115).

¹²⁸¹ *Schockenhoff*, ZIP 2013, 2429 (2434); vgl. auch *Brellochs*, AG 2014, 633 (638).

¹²⁸² *Koch*, in: *Koch AktG*, § 119 Rn. 45; *Mohamed*, ZIP 2023, 1975 (1980); *Reger*, in: *Bürgers/Lieder AktG*, § 119 Rn. 33; *Scholz*, BB 2015, 2248 (2250); *von der Linden*, NZG 2015, 176 (177).

¹²⁸³ *Wirth/Arnold*, ZIP 2000, 111 (115). So wohl auch *Spindler*, in: *Schmidt/Lutter AktG*, § 119 Rn. 52.

¹²⁸⁴ *Tieves*, *Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft*, 154.

¹²⁸⁵ *Tieves*, *Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft*, 141, 154; Ablehnend *Kort*, in: *GroKo AktG*, § 76 Rn. 45.

¹²⁸⁶ *Arnold*, ZIP 2005, 1573 (1576); *Habersack*, AG 2005, 137 (141). In diesem Sinne auch *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Vor § 311 Rn. 39; *Vollmer/Grupp*, ZGR 1995, 459 (467 f.). A.A. *Groß*, AG 2015, 812 (814), der sich dafür ausspricht, dass auch

b. Die Entscheidung zur Börsennotierung als Geschäftsführungsmaßnahme

Von der herrschenden Lehre wird dementsprechend angenommen, eine Satzungsbestimmung zur Börsennotierung verbiете sich aus diesem Grund völlig, da es sich um eine Abweichung von § 76 Abs. 1 AktG im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG handele.¹²⁸⁷ Es liege keine Strukturmaßnahme, sondern vielmehr eine Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstandes vor.¹²⁸⁸ Dies gebiete nicht zuletzt die höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Delisting. Diese bestätige nach der Verwerfung der Macrotron-Entscheidung des Bundesgerichtshofes¹²⁸⁹ aufgrund der Feststellungen des Bundesverfassungsgerichtes, dass die Börsennotierung keine Relevanz für den Verkehrswert der Aktie habe und Art. 14 GG deshalb nicht berührt sei,¹²⁹⁰ in der Frosta-Entscheidung¹²⁹¹ die alleinige Vorstandszuständigkeit über die Entscheidung zur Börsennotierung.¹²⁹² Bei dieser Zuständigkeit sei es auch nach der Gesetzesänderung des Börsengesetzes – insbesondere des § 39 Abs. 2 bis 6 BörsG – geblieben, da das Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses mangels Relevanz für den Anlegerschutz ausdrücklich abgelehnt worden sei.¹²⁹³ Die Hauptversammlung könne sich deshalb insbesondere nicht durch Beschluss für zuständig erklären.¹²⁹⁴ Dass jedenfalls kein Beschlusserfordernis aufgestellt werden dürfe, ergebe sich ferner aus § 119 AktG. Dieser regle abschließend, in welchen Fällen die Hauptversammlung zuständig sei. Da eine Entscheidung über die Börsennotierung nicht aufgeführt ist, läge in einer diesem entgegenlaufenden Satzungsbestimmung eine Abweichung zu § 119 AktG.¹²⁹⁵

durch den Unternehmensgegenstand die Kompetenzverteilung in der Aktiengesellschaft nicht aufgehoben werden dürfe. Vgl. auch *von der Linden*, NZG 2015, 176 (177).

¹²⁸⁷ *Groß*, AG 2015, 812 (814); *Scholz*, BB 2015, 2248 (2250); *von der Linden*, NZG 2015, 176 (177).

¹²⁸⁸ *Brellocks*, AG 2014, 633 (638); *Groß*, AG 2015, 812 (813); *Koch*, in: Koch AktG, § 119 Rn. 45; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 52; *Wasmann/Glock*, DB 2014, 105 (107).

¹²⁸⁹ BGH, Urteil vom 25. November 2002, Az. II ZR 133/01, BKR 2003, 253.

¹²⁹⁰ BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2012, Az. 1 BvR 3142/07; 1 BvR 1569/08, NZG 2012, 826 (828 ff.).

¹²⁹¹ BGH, Beschluss vom 08. Oktober 2013, Az. II ZB 26/12, BKR 2014, 29 (30 f.).

¹²⁹² *Groß*, AG 2015, 812 (813 f.); *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 52.

¹²⁹³ *Reger*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 119 Rn. 31; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 52. BT-Drs. 18/6220, 86. Vgl. zur gesetzlichen Neuregelung *Groß*, AG 2015, 812 (814 ff.); *Harnos*, ZHR 179 (2015), 750.

¹²⁹⁴ *von der Linden*, NZG 2015, 176 (177).

¹²⁹⁵ *Reger*, in: Bürgers/Lieder AktG, § 119 Rn. 33; *Scholz*, BB 2015, 2248 (2249 f.). Ähnlich *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 52. Eine Kontrollmöglichkeit der Entscheidungen des Vorstandes könnte dementsprechend allenfalls durch die Aufnahme in den Katalog der Geschäfte, die

Ungeachtet all dieser Erwägungen existieren dennoch Stimmen, die Satzungsklauseln zur Börsennotierung als Ergänzung zum Aktiengesetz nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG ansehen und sie für zulässig halten.¹²⁹⁶ Dabei wird behauptet, dass keine Vorschriften des Aktiengesetzes existierten, die dem entgegenstünden.¹²⁹⁷ Namentlich Eckhold verweist darauf, dass aufgrund der inzwischen zahlreichen Sonderbestimmungen für börsennotierte Aktiengesellschaften die Entscheidung zur Börsennotierung, obwohl sie grundsätzlich in den Aufgabenbereich des Vorstandes falle, eine Art Rechtsformwahl sei. Sie stehe losgelöst von § 76 Abs. 1 AktG den Aktionären zu.¹²⁹⁸ Zum Teil wird zudem angenommen, dass sich zwar ein Beschlusserfordernis der Hauptversammlung verbiete, weil dadurch die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes unterlaufen werde. Gegen eine generelle Aufnahme der Börsennotierung in die Satzung sei aber nichts einzuwenden.¹²⁹⁹

2. Stellungnahme

Ob der herrschenden Meinung, in Satzungsbestimmungen zur Börsennotierung liege eine unzulässige Abweichung zum Aktiengesetz, zuzustimmen ist, soll nun überprüft werden. Dabei wäre § 23 Abs. 5 anzuwenden, wenn die Bestimmung über die Börsennotierung weder Teil des Unternehmensgegenstandes noch eine Bestimmung über den Unternehmenszweck darstellt.

a. Unternehmensgegenstand oder -zweck

Vergegenwärtigt man sich, dass der Unternehmensgegenstand eine Tätigkeitsbeschreibung für die Aktiengesellschaft ist, kann die Börsennotierung nicht hierunter fallen. Es handelt sich bei der Börsennotierung vielmehr um eine Eigenschaft der Aktiengesellschaft. Ein Marktsegment wird nicht abgesteckt. Jenes Risikoprofil, welches durch den Unternehmensgegenstand kundgetan werden soll, liegt nicht in der Beschreibung des durch die Börsennotierung betroffenen Liquiditätsrisikos. Stattdessen ist das Risikoprofil gemeint, das sich durch den Wirtschaftszweig des Unternehmens bestimmt. Da somit keine Bestimmung des Unternehmensgegenstandes vorliegt, kann die Tatsache, an einem regulierten Markt gelistet zu sein,

der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen, nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG eingeführt werden. So *Brellochs*, AG 2014, 633 (638 f.); *Scholz*, BB 2015, 2248 (2249 f.).

¹²⁹⁶ *Kubis*, in: MüKo AktG, § 119 Rn. 96; *Schockenhoff*, ZIP 2013, 2429 (2434); in diesem Sinne wohl auch *Brellochs*, AG 2014, 633 (638); *Groß*, ZHR 165 (2001), 141 (162). Vgl aber inzwischen *Groß*, AG 2015, 812 (814).

¹²⁹⁷ *Schockenhoff*, ZIP 2013, 2429 (2434).

¹²⁹⁸ *Eckhold*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 63 Rn. 61.

¹²⁹⁹ *Spindler*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 52.

allenfalls Teil einer Zweckgebung sein.¹³⁰⁰ Dafür müsste in der Börsennotierung ein Grund für den Zusammenschluss liegen, der auf einer Ebene mit der Entscheidung zum erwerbswirtschaftlichen Handeln oder der Orientierung am Shareholder Value liegt. Allerdings ist das Listing an einer Börse keine grundsätzliche Ausrichtung, auf die das Unternehmen hinarbeitet. Es handelt sich bei der Börsennotierung stattdessen um die Entscheidung in Bezug auf die Eigenschaft der Mitgliedschaft.¹³⁰¹ Dieser Entscheidung darf nach dem Urteil des BVerfG, in der die Börsennotierung als nicht relevant für den Eigentumsschutz nach Art. 14 GG angesehen wird,¹³⁰² eine nur untergeordnete Rolle beigemessen werden. Da der Unternehmenszweck nach § 33 BGB analog jedoch wegen seiner grundlegenden Bedeutung lediglich mit Zustimmung aller Gesellschafter geändert werden kann, zeigt sich, dass nur elementare Entscheidungen unter den Unternehmenszweck zu fassen sind. Die Entscheidung über die Börsennotierung ist nicht von einer derart grundlegenden Bedeutung. Auch die Frosta-Entscheidung des Bundesgerichtshofes¹³⁰³ deutet darauf hin, dass die Wertigkeit der Börsennotierung unterhalb derer des Unternehmenszwecks liegt, da beispielsweise ein Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung für ein Delisting nicht bestehen soll. Folglich handelt es sich weder um eine Satzungsbestimmung, die dem Unternehmensgegenstand zugeordnet werden kann, noch um eine Bestimmung des Unternehmenszwecks. Eine Ansicht, die aufgrund dieser Zuordnung eine Zulässigkeit annimmt, verdient daher keinen Zuspruch.

b. Subtypus börsennotierte Aktiengesellschaft

Abzulehnen ist auch jene Ansicht, die annimmt eine Hauptversammlungszuständigkeit für die Entscheidung über die Börsennotierung ergebe sich daraus, dass ein Subtypus der börsennotierten Aktiengesellschaft existiere.¹³⁰⁴ Denn ein Subtypus der Aktiengesellschaft oder gar eine weitere Rechtsform kann nur durch den Gesetzgeber eingeführt werden.¹³⁰⁵ Selbst wenn angenommen wird, der Gesetzgeber selbst habe durch die verschiedenen Sonderregelungen für die börsennotierte oder nicht-börsennotierte Aktiengesellschaft die Grundlage dieser Beurteilung ausgelöst, darf eine derart weitreichende Neuregelung der Aktiengesellschaft

¹³⁰⁰ In diesem Sinne *Tieves*, Der Unternehmensgegenstand der Kapitalgesellschaft, 154.

¹³⁰¹ Vgl. *Schockenhoff*, ZIP 2013, 2429 (2434).

¹³⁰² BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2012, Az. 1 BvR 3142/07; 1 BvR 1569/08, NZG 2012, 826.

¹³⁰³ BGH, Beschluss vom 08. Oktober 2013, Az. II ZB 26/12, BKR 2014, 29.

¹³⁰⁴ So aber *Eckhold*, in: Handbuch börsennotierte AG, § 63 Rn. 61.

¹³⁰⁵ Vgl. zu dieser Thematik schon oben Seite 80.

nicht ohne eine ausdrückliche und bewusste gesetzgeberische Entscheidung erfolgen. Eine solche traf der Gesetzgeber aber nicht. Durch die Neuregelung zum Delisting in § 39 BörsG bringt der Gesetzgeber vielmehr das Gegenteil zum Ausdruck. Indem weder ein für Umwandlungen erforderlicher Hauptversammlungsbeschluss, wie § 29 Abs. 1 UmwG ihn vorsieht, noch ein dem Abfindungsangebot des Umwandlungsrechts entsprechendes Pflichtangebot statuiert wurde, zeigt sich gerade die Verschiedenheit der Vorgänge. Demnach nimmt das Delisting keine Sonderrolle ein, die mit einer Umwandlung vergleichbar wäre. Auf diese Grundlage kann eine Hauptversammlungszuständigkeit somit nicht gestützt werden.

c. Delisting als Geschäftsführungsmaßnahme

Die Zulässigkeit einer satzungsmäßigen Festschreibung der Börsennotierung bestimmt sich somit nach allgemeinen Kriterien. Fraglich ist dementsprechend, ob eine solche Satzungsbestimmung eine Abweichung nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG ist, wodurch sie mangels ausdrücklicher Zulassung nichtig wäre, oder eine Ergänzung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG vorliegt. Jedenfalls liegt keine Ergänzung zu § 3 Abs. 2 AktG vor, da dieser lediglich eine Legaldefinition der Börsennotierung darstellt und keinen darüber hinaus gehenden Regelungsgehalt hat.¹³⁰⁶ Ansonsten existieren im Aktiengesetz keine gesetzlichen Regelungen, welche die Börsennotierung explizit vorschreiben oder ihr Verfahren regeln.

Abzustellen ist auf das viel diskutierte Verhältnis zu § 76 Abs. 1 AktG. Zwar wird in dieser Vorschrift die Börsennotierung nicht erwähnt. Eine Erwähnung im Wortlaut der §§ 76, 77 AktG ist aber entbehrlich, weil lediglich die Auslegung der Vorschrift ergeben muss, dass ein bestimmter Sachverhalt unter die Vorschrift zu fassen ist. Dementsprechend reicht es aus, wenn die Entscheidung zur oder gegen die Börsennotierung als Geschäftsführungsmaßnahme ausgelegt wird und die Unabhängigkeit dieser Entscheidung unter § 76 Abs. 1 AktG fällt. Eine Geschäftsführungsmaßnahme ist jede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit für die Aktiengesellschaft.¹³⁰⁷ Darunter ist auch die Entscheidung über die Börsennotierung zu fassen. Denn wie in der Literatur richtig erkannt wurde, liegt im Einklang sowohl mit der Rechtsprechung¹³⁰⁸ als auch mit den Leitgedanken des Gesetzgebers bei der Reform des § 39 BörsG¹³⁰⁹ die Zuständigkeit für die Entscheidung über die

¹³⁰⁶ Zuzustimmen ist insoweit *Scholz*, BB 2015, 2248 (2250).

¹³⁰⁷ *Koch*, in: *Koch AktG*, § 77 Rn. 3; *Spindler*, in: *MüKo AktG*, § 77 Rn. 6.

¹³⁰⁸ BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2012, Az. 1 BvR 3142/07; 1 BvR 1569/08, NZG 2012, 826; BGH, Beschluss vom 08. Oktober 2013, Az. II ZB 26/12, BKR 2014, 29.

¹³⁰⁹ BT-Drs. 18/6220, 86.

Börsennotierung allein beim Vorstand. Wenn aber der Vorstand ausschließlich zuständig ist, bedeutet dies gleichzeitig, dass es sich um eine Geschäftsführungsmaßnahme handelt, weil eben diese Geschäftsführungskompetenz allein beim Vorstand liegt. Die Hauptversammlung darf sich diesbezüglich gemäß § 119 Abs. 2 AktG nicht für zuständig erklären. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob eine einfache Mehrheit gemäß § 133 AktG oder eine satzungsändernde Mehrheit nach § 179 Abs. 2 S. 1 AktG erreicht werden. Ohnehin fällt die Entscheidung über die Börsennotierung aber unter die Definition der Geschäftsführungsmaßnahme. Denn der Vorstand wird beim Delisting nach § 39 Abs. 2 S. 1 AktG für die Aktiengesellschaft rechtsgeschäftlich tätig, indem ein Antrag für den Widerruf der Börsennotierung stellt. Es ist im Gesetz angelegt, dass durch die weite Definition der Geschäftsführungsbefugnis der Einflussbereich der Hauptversammlung auf ein absolutes Minimum reduziert wird. Es war gerade beabsichtigt, dass die Hauptversammlung nur in grundlegenden Entscheidungen einen Einfluss auf den Geschäftsgang hat. Dem ist durch § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG und § 119 AktG Genüge getan. Dies gilt zugunsten der Flexibilität und Praktikabilität der Handlungsmöglichkeiten der Aktiengesellschaft.¹³¹⁰ Es ist daher nur konsequent, durch die weite Auslegung des § 76 Abs. 1 AktG mittels § 23 Abs. 5 AktG den Einflussbereich der Hauptversammlung stark einzugrenzen. Namentlich das Abfindungserfordernis spricht zudem nicht dagegen, die Entscheidung zur Börsennotierung als Geschäftsführungsmaßnahme anzusehen.¹³¹¹ Denn durch ein solches Angebot wird kompensiert, dass die Aktionäre kein Mitspracherecht haben, obwohl ihr Liquiditätsrisiko zumindest tangiert wird. Diese Auslegung führt dazu, dass der Regelungsumfang der §§ 76, 77 AktG die Entscheidung zur Börsennotierung als weisungsfreie Entscheidung festlegt.

In Bezug auf § 23 Abs. 5 S. 1 AktG gilt für die Satzungsbestimmung zur Börsennotierung damit Folgendes: Das Gesetz regelt in § 76, 77 AktG, dass die Entscheidung über die Börsennotierung dem Vorstand obliegt und dieser bei seiner Entscheidung weisungsfrei agieren kann. Eine Satzungsbestimmung, welche die Börsennotierung festschreibt, bedeutet hingegen, dass die Hauptversammlung eine Entscheidung über die Frage trifft, über welche sich der Vorstand nicht hinwegsetzen kann. Dementsprechend regeln beide Bestimmungen den Sachverhalt der Börsennotierung unterschiedlich und können nicht gleichzeitig Geltung beanspruchen. Sie würden Widersprüchliches regeln. Folglich handelt es sich bei derartigen Satzungsbestimmungen um eine Abweichung von § 76 Abs. 1 AktG nach § 23

¹³¹⁰ In diesem Sinne *Kastl*, Der Rückzug kapitalmarktfähiger Unternehmen von der Börse, 255.

¹³¹¹ So aber *Goetz*, BB 2015, 2691 (2692 f.).

Abs. 5 S. 1 AktG.¹³¹² Dies gilt unabhängig davon, ob die Satzungsbestimmung die Börsennotierung schlicht voraussetzt oder der Entscheidung über die Börsennotierung ein Hauptversammlungsbeschluss vorzuzugehen hat. Denn die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes und damit dessen Alleinzuständigkeit wird in beiden Fällen beschnitten. Eine ausdrückliche gesetzliche Zulassung existiert nicht. Die Satzungsbestimmung ist folglich nichtig.

III. Fazit

Notwendige Satzungsbestimmungen wie die Bestimmung des Unternehmensgegenstandes eröffnen Spielräume für den Satzungsgeber, deren Umfang sich nicht immer aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt. Am Beispiel des Unternehmensgegenstandes wurde aber deutlich, dass der funktionelle Ansatz keinen Aufschluss über die Reichweite derartiger Gestaltungsspielräume liefern kann. Der Grund liegt darin, dass durch die Satzungsbestimmung die Funktionskreise überhaupt erst bestimmt werden. Denn die Leitungs- und Geschäftsführungsfunktion erhält durch den Unternehmensgegenstand überhaupt erst ihren Rahmen. Dadurch unterscheiden sich die notwendigerweise vorgesehenen Satzungsbestimmungen von den übrigen Öffnungsklauseln, weil namentlich durch § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG keine Durchbrechung der Funktionskreise innerhalb der Aktiengesellschaft zugelassen wird, sondern vielmehr ein Rahmen der Geschäftsführungsbefugnis für notwendig erklärt.

Ähnliches gilt für den Unternehmenszweck, der – wenn auch nicht gesetzlich benannt – notwendigerweise von jeder Aktiengesellschaft bestimmt werden muss. Der Unternehmenszweck ist das grundlegende Ziel des Zusammenschlusses, welches für die Handlungen der Aktiengesellschaft richtungsweisend ist. Als ein solches Ziel kann neben der Gewinnerzielungsabsicht auch der Shareholder Value in die Satzung eingeführt werden. Dies entbindet den Vorstand jedoch nicht von seinen gesetzlichen Pflichten, weitere Interessen bei seinen Entscheidungen zu berücksichtigen. Dabei ist der Unternehmenszweck qua definitionem so abstrakt, dass eine Abweichung von §§ 76 Abs. 1, 77 AktG nicht vorliegen kann.

Anderes gilt für den Unternehmensgegenstand. Durch ihn darf das Marktsegment des Unternehmens festgelegt werden. Dies ist für eine Einordnung der Aktiengesellschaft in ein bestimmtes Risikosegment erforderlich. Konkrete Vorgaben der Geschäftsführung dürfen dem Vorstand indessen nicht gemacht werden, da dadurch sein Ermessen in unzulässiger Weise eingeschränkt wird. Derart konkrete

¹³¹² Dieselbe Beurteilung muss auch auf die Statuierung eines Beschlusserfordernisses anwendbar sein. Diese Satzungsbestimmungen stellen daher sowohl eine Abweichung von § 119 AktG als auch von § 76 AktG dar.

Vorgaben fallen nicht mehr unter die Definition des Unternehmensgegenstandes. Es handelt sich vielmehr um Abweichungen von § 76 AktG, die mangels ausdrücklicher Zulassung nichtig ist. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Börsennotierung in die Satzung aufgenommen wird, da auch die Entscheidung über die Börsennotierung eine Geschäftsführungsmaßnahme ist. Deshalb sind solche Satzungsbestimmungen nicht auch dem Unternehmensgegenstand zuordenbar.

D. Übertragbarkeit des funktionellen Ansatzes

Die hier besprochenen Einzelfälle machen deutlich, dass der funktionelle Ansatz ausschließlich für die Bestimmung der nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zugelassenen Ergänzungen greifen kann. Es wurden in den drei obigen Fallkonstellationen jeweils einzelne Gestaltungsfreiräume auf ihre Reichweite hin untersucht und dabei festgestellt, dass es dabei zum einen gerade darauf ankommen kann, dass die Funktionskreise des Aktiengesetzes durchbrochen werden oder ihre Reichweite durch die Gesetzesanwendung erst noch zu bestimmen sind.

I. Zulassung von Abweichungen zum Gesetz

Im Rahmen der Beschränkung des Frage- und Rederechts durch die Satzung wurde ein materieller Eingriff in den Funktionskreis der Aktionäre durch den Versammlungsleiter zugelassen. Dies würde grundsätzlich eine Einschränkung des Funktionskreises der Aktionäre bedeuten, was nach den Grundsätzen zu § 23 Abs. 5 S. 2 AktG unzulässig wäre. Allerdings war eben dieser Eingriff vom Gesetzgeber gewollt. Insoweit sollte gerade eine Abweichung zum Aktiengesetz zugelassen werden, das grundsätzlich ein umfassendes Frage- und Rederecht der Aktionäre vorsieht. Schon dieses Beispiel zeigt also, dass die Bestimmung der Reichweite von Öffnungsklauseln, die Abweichungen zum Gesetz zulassen, nicht durch die Beurteilung des Eingriffes mittels Satzungsbestimmung in die Funktionskreise des Aktiengesetzes beurteilt werden kann.

II. Bestimmung der Art der Öffnungsklausel

Im Gegensatz zur gesetzlichen Gestattung von Abweichungen im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 1 AktG sollten die Ermächtigungen der §§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 3, 182 Abs. 1 S. 3 AktG lediglich dazu führen, dass ergänzende Verfahrensregeln in die Satzung eingeführt werden können. Eine Beschränkung der Willensbildungsfunktion der Hauptversammlung durch die Satzung war hingegen nicht intendiert, weshalb namentlich keine Zustimmungserfordernisse einzelner Aktionäre eingeführt werden dürfen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass keine Abweichung

zum Gesetz, sondern lediglich eine Ergänzung zugelassen werden sollte. Für diese gilt die allgemeine Herangehensweise zur Bestimmung der Zulässigkeit von Ergänzungen zum Aktiengesetz nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG. Für die Abgrenzung, ob eine Ergänzung oder eine Abweichung zugelassen werden sollte, können die Funktionskreise des Aktiengesetzes jedoch ebenfalls nicht nutzbar gemacht werden. Denn auch in diesem Fall ist die gesetzgeberische Intention im konkreten Einzelfall entscheidend und nicht die der Aktiengesellschaft zugrunde liegenden Strukturen maßgeblich.

III. Notwendige Satzungsbestimmungen

Der dritte Fall der Gestaltung qua Unternehmensgegenstand oder Unternehmenszweck stellt schon keine Öffnungsklausel dar, sondern umfasst Satzungsbestimmungen, die zur Festlegung der Identität der Aktiengesellschaft erforderlich sind. Auch diese notwendigen Satzungsbestimmungen können nicht durch die Funktionskreise umrissen werden. Denn der Grund für das Bestehen der durch den Gesetzgeber eröffneten notwendigen Regelungsbereichen liegt darin, dass sie nicht abstrakt von dem Gesetzgeber vorweggenommen werden können. Somit können diese Bestimmungen auch nicht durch die Grundstruktur der Aktiengesellschaft definiert werden. Es handelt sich vielmehr um Bestimmungen, die auf das individuelle Unternehmen angepasst werden müssen. Das bedeutet zwar nicht, dass auch ihre Reichweite individuell ist. Allerdings hat eine Auslegung der jeweiligen Vorschrift unter der Prämisse der Notwendigkeit einer individuellen Satzungsbestimmung zu erfolgen.

IV. Bewertung der Ergebnisse

Gesetzlich eröffnete Spielräume für den Satzungsgeber im Aktiengesetz unterscheiden sich grundlegend von der Konstellation des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass die Beurteilung von Ergänzungen zum Aktiengesetz in der Satzung auf der Prämisse beruht, dass der Gesetzgeber die Funktionskreise der Aktiengesellschaft als grundsätzlich zwingend ausgestaltet hat. Durch die Funktionskreise der Aktiengesellschaft wird die idealtypische Aktiengesellschaft beschrieben, wie sie sich aus ihrer ursprünglichen und grundlegenden Konzeption ergibt. Von dieser Konzeption wird durch Öffnungsklauseln gerade abgewichen, weil der Gesetzgeber an einzelnen Stellen einen Regelungsbedarf gesehen hat. Die Grundkonzeption, die durch die Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft beschrieben wird, soll aufgelöst werden. Dies ist bei der Zulassung von Abweichungen regelmäßig der Fall, da derartige Vorschriften andernfalls weitgehend überflüssig wären. Nur an der Stelle, an der sich das Gesetz über die aus

§ 23 Abs. 5 AktG folgende zwingende Struktur des Aktienrechts hinwegsetzen soll, sind gesetzliche Vorschriften erforderlich. Sie markieren folglich die Punkte des Aktiengesetzes, an denen die allgemeinen Strukturen aufgehoben werden. Diese Aufhebung erfolgt im Einzelfall.

Dementsprechend muss auch die Beurteilung ihrer Reichweite im Einzelfall erfolgen. Es wäre wenig überzeugend, Ausnahmenvorschriften des Aktiengesetzes durch die allgemeinen Strukturen des Aktiengesetzes wiederum Grenzen zu setzen. Vielmehr muss durch Auslegung, die sich vorrangig am Zweck der Ausnahmeregelung orientiert, ermittelt werden, wie weitreichend der Gesetzgeber eine Ausnahme vorsehen wollte. Sofern eine Abweichung zugelassen werden sollte, bemisst sich die Reichweite des Gestaltungsspielraumes allein anhand der Öffnungsklausel. In diesem Fall muss anhand einer umfassenden Abwägung im Einzelfall ermittelt werden, welche Reichweite eine Satzungsbestimmung nach der gesetzgeberischen Intention haben darf. Sollte hingegen lediglich eine Ergänzung zum Aktiengesetz durch die Öffnungsklausel zugelassen werden, ist von dieser Öffnungsklauseln lediglich die konkret geöffnete Vorschrift betroffen.¹³¹³ Schwieriger ist die Beurteilung der notwendigen Satzungsbestimmungen. Denn hier kann der Gesetzgeber grundsätzlich keine allgemeingültige Regelung vorwegnehmen, sodass am Einzelfall entschieden werden muss, wo die Privatautonomie endet und die beschränkende Wirkung des § 23 Abs. 5 AktG eingreift. Dies ist dann der Fall, wenn der durch Auslegung und Subsumtion zu bestimmende Anwendungsbereich der gesetzlichen Bestimmung zur notwendigen Satzungsbestimmung endet. Der Ansatz der Funktionskreise innerhalb des Aktiengesetzes greift folglich nur dort, wo die prinzipiellen Grundstrukturen des Aktiengesetzes gewahrt sein sollen. Dies trifft in Bezug auf Gestaltungsmöglichkeiten in der Satzung lediglich bei der Bestimmung des Begriffes der abschließenden Regelung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG zu. Eine generelle Grenze der Satzungsautonomie wird nicht aufgestellt.

¹³¹³ Vgl. dazu oben Seiten 148 ff.

§ 8 Zusammenfassung

Die Satzungsstrenge sorgt in Wissenschaft und Praxis immer wieder für Unsicherheiten hinsichtlich der Reichweite von satzungsmäßigen Gestaltungsfreiräumen neben dem Aktiengesetz. Die folgenden wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit sollen dazu beitragen, dass fortan größere Rechtssicherheit im Umgang mit Satzungsbestimmungen bei der Aktiengesellschaft herrscht:

Allgemeines zur Satzungsstrenge

1. Die Satzungsstrenge umschreibt die Anordnung des § 23 Abs. 5 AktG, wonach die Satzung von den Vorschriften des Aktiengesetzes nur abweichen kann, wenn dies ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sollen zulässig sein, es sei denn, das Aktiengesetz enthält eine abschließende Regelung. Die Satzungsstrenge beschränkt dabei lediglich die Einführung materieller Satzungsbestimmungen. Gesetz im Sinne dieser Vorschrift sind nur die geschriebenen Normen des Aktiengesetzes.

2. Eine Abweichung vom Gesetz liegt vor, wenn die Auslegung von Gesetz und Satzungsklausel ergibt, dass beide Vorschriften denselben Regelungsbereich betreffen, eine Anwendung beider Normen jedoch zu widersprüchlichen Ergebnissen führen würde. Zulässig ist eine Abweichung, wenn sie ausdrücklich zugelassen ist. Die Reichweite der Zulassung bestimmt sich im Einzelfall.

3. Eine Ergänzung liegt vor, wenn das Gesetz eine der Satzungsbestimmung entsprechende Regelung nicht enthält oder eine gesetzliche Regelung durch die Satzungsbestimmung dem Gedanken nach weitergeführt wird, im Grundsatz jedoch unberührt bleibt. Erforderlich ist damit, dass eine Regelungslücke besteht, die entweder ausdrücklich benannt werden kann oder durch jedwedes Schweigen des Gesetzes markiert wird. Kein Hindernis für satzungsmäßige Ergänzungen bilden mangels gesetzlicher Anknüpfung ungeschriebene Grundsätze des Aktiengesetzes. Grenzen für ergänzende Satzungsbestimmungen werden zum einen durch die allgemeinen Gesetze und zum anderen durch die abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes aufgestellt.

Begriff der abschließenden Regelung

4. Eine Vorschrift des Aktiengesetzes enthält dann eine abschließende Regelung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG, wenn die Regelung dem Schutz außenstehender Dritter dient oder eine materielle Regelung des Funktionskreises eines Beteiligten in der Aktiengesellschaft betroffen ist, soweit dieser Funktionskreis nicht durch eine gesetzliche Öffnungsklausel durchbrochen wird. Diese Definition bildet das Ergebnis der Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG.

5. Die Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft lassen sich wie folgt umreißen: Der Vorstand hat die Funktion der Leitung und Geschäftsführung. Der Aufsichtsrat fungiert als Organ interner Kontrolle und Überwachung. Die Hauptversammlung hat die Funktion der internen Willensbildung. Die Aktionäre erfüllen zugleich die Eigentümer- und die Kapitalgeberfunktion innerhalb der Aktiengesellschaft. Im Übrigen nimmt nur der besondere Vertreter temporär eine für § 23 Abs. 5 S. 2 AktG relevante Funktion innerhalb des Binnengefüges der Aktiengesellschaft ein. Weitere für die Satzungsstrenge relevante Funktionen bestehen nicht. Denn zum einen sind Sonder-, Abschluss- und Gründungsprüfung Teil des Funktionskreises der Aktionäre oder bezwecken den Gläubigerschutz. Zum anderen dienen die Vorschriften über verbundene Unternehmen dem Gläubigerschutz und sind deshalb wie alle gläubigerschützenden Vorschriften insgesamt abschließend. Die jeweiligen Funktionskreise bestimmen sich sowohl durch die Befugnisse, Rechte und Pflichten der Beteiligten, als auch durch die ihrer Funktion zugehörigen Interessen. Sie können durch Öffnungsklauseln in Einzelfällen vom Gesetzgeber aufgebrochen werden. Denn es ist stets denkbar, dass der Gesetzgeber vom Idealbild der Aktiengesellschaft punktuell abweicht.

6. Die funktionelle Verflechtung innerhalb der Aktiengesellschaft ist der einzig taugliche Aspekt, der das Aktiengesetz vollständig durchzieht und dabei den sowohl für den Anlegerschutz, als auch für die Gewährleistung der Verkehrsfähigkeit der Aktie erforderlichen Umfang hat. Die Funktionen innerhalb der Aktiengesellschaft bestimmen das Wesen der Aktiengesellschaft im Sinne der in der Gesetzesbegründung bei Einführung der Satzungsstrenge aufgegangenen herrschenden Lehre. Denn die Struktur der Aktiengesellschaft, die sich maßgeblich aus der Trennung von Leitung und Eigentum in der Aktiengesellschaft und den korrespondierenden Kontrollmechanismen ergibt, war Leitgedanke des Gesetzgebers im Jahre 1965. Diese Struktur bestimmt sich durch die Funktionen der Beteiligten innerhalb der Aktiengesellschaft. Der funktionelle Ansatz entspricht zudem den Zwecken der Satzungsstrenge. Denn zum einen ist er derart weitreichend, dass durch die abschließende Ausgestaltung der Funktionskreise der Aktiengesellschaft die für die Verkehrsfähigkeit der Aktie entscheidende Standardisierung bewirkt wird. Zum anderen wird dem Anlegerschutzgedanken Rechnung getragen, indem die materiell abschließende Wirkung der Funktionskreis bestimmenden Vorschriften die Anleger- ebenso wie die Gesellschafterrisiken reduziert. So werden unter anderem als Teil des Funktionskreises der Aktionäre die Mehr- und Minderheitsrechte innerhalb des Aktiengesetzes abschließend. Zudem fördert die materiell zwingende Ausgestaltung der Befugnisse der Hauptversammlung den Gesellschafterschutz.

7. Darüber hinaus ergibt sich aus der Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG eine Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Eingriffen. Materiell betroffen meint, dass die Rechte, Befugnisse oder Pflichten, aus denen sich die Funktionskreise der Beteiligten in der Aktiengesellschaft ergeben, erweitert, eingeschränkt oder verschoben werden. Eine formelle Betroffenheit liegt demgegenüber vor, wenn lediglich die Art und Weise der Funktionsausübung tangiert wird. Dies entspricht dem Wortlaut des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG „Regelung“, da einzelne Vorschriften nicht insgesamt, sondern hinsichtlich bestimmter Regelungswirkungen für abschließend erklärt werden. Dadurch sind die Vorschriften des Aktiengesetzes entsprechend dem Wortlaut „es sei denn“ in § 23 Abs. 5 S. 2 AktG regelmäßig einer Ergänzung zugänglich. Dabei wird jedoch die für die Verkehrsfähigkeit der Aktie gebotene Standardisierung in den aus Anlegersicht entscheidenden Bereichen beibehalten. Denn ein Informationsbedürfnis der Anleger bestünde nur hinsichtlich materieller Änderungen, die jedoch gerade ausgeschlossen sind. Außerdem ist das Wesen der Aktiengesellschaft nur dann betroffen, wenn tatsächlich materielle Änderungen vorgenommen werden, womit erneut eine Übereinstimmung mit der Intention des historischen Gesetzgebers erreicht wird.

8. Die Funktionskreise bestehen jedoch lediglich innerhalb der Aktiengesellschaft, sodass die Betroffenheit außenstehender Dritter separat und zwar nach allgemeinen Kriterien beurteilt werden muss. Danach dürfen die Rechte Dritter nicht durch die Satzung als Innenrecht berührt werden, weshalb die entsprechenden Vorschriften des Aktiengesetzes stets abschließend sind. Werden dabei Überschneidungen zwischen dem Gläubigerschutz oder einer anderen Betroffenheit Dritter und den Funktionskreisen innerhalb des Aktiengesetzes festgestellt, so ist die Vorschrift stets umfassend abschließend, da der Gläubigerschutz Vorrang hat. Eine Differenzierung zwischen formeller und materieller Betroffenheit darf dabei nicht erfolgen.

9. Bei der Auslegung des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG wurde allerdings auch deutlich, dass die bisherigen Ansätze in der Literatur letztlich nicht überzeugen konnten. So kann das Leitbild der Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft nicht zur Bestimmung der abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes herangezogen werden, da im Rahmen der Entstehung der Satzungsstrenge keine Unterscheidung zwischen Publikumsgesellschaften und kleinen Aktiengesellschaften vorgenommen wurde. Zwar sind jene Ansätze, welche die Zuständigkeits- und Kompetenzordnung oder die innere Organisation und Zusammensetzung der Organe als abschließend ansehen, sowohl historisch als auch teleologisch begründbar. Jedoch kann keiner dieser Ansätze zu einer umfassenden Definition der abschließenden Regelung führen, da der Aktionärsschutz nicht ausreichend berücksichtigt wird. Ebenso wenig bestimmt sich das Vorliegen einer abschließenden Regelung

daran, ob eine Aktiengesellschaft börsennotiert ist. Denn dadurch würde ein wesentlicher Grundsatz des Aktienrechts für die Mehrzahl der Aktiengesellschaften unanwendbar. Ein solcher Systemsturz obliegt allein dem Gesetzgeber. Auch die Einordnung als Rechtsfolgenregelung taugt nicht zur Bestimmung abschließenden Aktienrechts, da ein derart pauschaler Ansatz nicht in § 23 Abs. 5 AktG angelegt ist.

Einzelne Satzungsbestimmungen

Die Anwendung der hier erarbeiteten Definition auf die Beurteilung der Zulässigkeit verschiedener in Wissenschaft und Praxis umstrittener Satzungsbestimmungen führt zu den folgenden Ergebnissen:

10. Schiedsklauseln stellen regelmäßig Ergänzungen zum Aktiengesetz dar, denen weder das Zivilprozessrecht noch abschließende Regelungen des Aktiengesetzes entgegenstehen. Abweichungen zum Gesetz liegen nur dann vor, wenn die Schiedsklausel die Ermächtigung zur Entscheidung nach Billigkeit enthält. Dies gilt wegen § 93 Abs. 4 S. 3 AktG insbesondere für Haftungsstreitigkeiten der Aktiengesellschaft mit dem Vorstand oder Aufsichtsrat. Im Übrigen sind Schiedsklauseln gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG als Ergänzungen grundsätzlich zulässig, da das Aktiengesetz keine strikte Zuweisung von Streitigkeiten an die staatlichen Gerichte enthält. Abschließende Regelungen stehen ihnen aus dem Grund nicht entgegen, dass Schiedsklauseln nicht in das Binnengefüge der Aktiengesellschaft eingreifen, sondern vielmehr die Rechtmäßigkeitskontrolle modifizieren. Einzelne Mechanismen des Aktiengesetzes wie die Konzentrationswirkung des § 148 Abs. 4 S. 1 AktG können gestalterisch Berücksichtigung finden. Zudem können die Vorgaben der allgemeinen Gesetze bei Beschlussmängelstreitigkeiten durch entsprechende Kautelen umgesetzt werden. Dabei finden jedoch die Grundsätze der Rechtsprechung zu Beschlussmängelstreitigkeiten bei der GmbH nur mit Einschränkungen Anwendung. Namentlich die Zustimmung der Gesellschafter zu Schiedsklauseln ist nicht erforderlich.

11. Gerichtsstandsklauseln in der Satzung der Aktiengesellschaft sind abseits der §§ 98 Abs. 1, 148 Abs. 2, 3, 246 Abs. 3 AktG ebenfalls als Ergänzungen zulässig. Derartigen Satzungsbestimmungen stehen, soweit keine Rechte außenstehender Dritter betroffen sind, keine abschließenden Regelungen des Aktiengesetzes im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG entgegen, da den Parteien der Rechtsstreitigkeiten keine materiellen Nachteile durch einen anderen Gerichtsstand entstehen.

12. Satzungsbestimmungen die Haftungshöchstsummen für Regressansprüche gegen Verwaltungsmitglieder vorsehen sind unzulässig. Sofern die Höchstsumme den Selbstbehalt im Sinne des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG unterschreitet, stellt sie näm-

lich eine nicht zugelassene Abweichung nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG dar. Im Übrigen ergibt sich eine Unzulässigkeit aus § 23 Abs. 5 S. 2 AktG. Zwar ergänzen diese Satzungsbestimmungen § 93 AktG. Allerdings enthalten sowohl § 93 Abs. 2 S. 1 AktG als auch § 93 Abs. 5 S. 3 AktG abschließende Regelungen hinsichtlich dieser Art von Satzungsbestimmung, weil der Funktionskreis der Aktionäre materiell betroffen ist. Nicht nur das Substanzerhaltungsrisiko, sondern auch das Ertragsrisiko wird durch haftungsbeschränkende Satzungsbestimmungen signifikant beeinträchtigt. § 93 Abs. 5 S. 3 AktG verbietet zudem Satzungsbestimmungen, welche die Anspruchsgeltendmachung durch die Gläubiger beschränkt. Dementsprechend kommt es nicht darauf an, dass § 93 Abs. 4 S. 3 AktG keine abschließende Regelung enthält.

13. Die Beschlussfassung innerhalb des Aufsichtsrates ist weitgehend frei von statutarischen Bindungen. Namentlich der Grundsatz der einfachen Mehrheit für Aufsichtsratsbeschlüsse darf mittels Satzungsbestimmung weder durch das Erfordernis qualifizierter Mehrheiten noch durch den Ausschluss von Stimmenthaltungen durchbrochen werden. Diese Satzungsbestimmungen sind gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG aufgrund der abschließenden Wirkung des § 108 Abs. 1 AktG unzulässig. Denn Satzungsbestimmungen, welche in die Beschlussfassung des Aufsichtsrates in dieser Weise eingreifen, erschweren die Funktionsausübung des Aufsichtsrates, sodass die Überwachung und Kontrolle des Vorstandes statischer werden.

14. Ebenso können Vorerwerbsrechte nicht in der Satzung festgeschrieben werden. Zwar geht mit ihnen keine nach § 68 Abs. 2 AktG unzulässige Erschwernis der Veräußerung einher. Allerdings verstoßen Satzungsbestimmungen, die Vorerwerbsrechte vorsehen, gegen § 23 Abs. 5 S. 2 AktG, weil § 55 Abs. 1 AktG eine abschließende Regelung vorsieht. Denn aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass der Funktionskreis der Aktionäre frei von einmaligen besonderen Verpflichtungen ist.

Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Satzungsstrenge

15. Eine Satzungsbestimmung, die gegen § 23 Abs. 5 AktG verstößt, ist nichtig. Dies folgt unmittelbar aus § 23 Abs. 5 AktG, da nur so dem Zweck der Satzungsstrenge ausreichend Rechnung getragen wird. Im Falle einer Satzungsänderung unter Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG ist zugleich der entsprechende satzungsändernde Hauptversammlungsbeschluss gemäß § 241 Nr. 3 AktG nichtig. Denn wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung für die Aktiengesellschaft und der Bedeutung für die künftigen Aktionäre der Aktiengesellschaft, ist die Satzungsstrenge unter den Begriff des Wesensmerkmals der Aktiengesellschaft zu subsumieren. Auf die nichtigen Satzungsbestimmungen ist jedoch die Heilungsvorschrift des § 242 Abs. 2 AktG analog anzuwenden.

Öffnungsklauseln des Aktiengesetzes

16. Gesetzlich eröffnete Spielräume für den Satzungsgeber im Aktiengesetz unterscheiden sich grundlegend von der Konstellation des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass die Beurteilung von Ergänzungen zum Aktiengesetz in der Satzung auf der Prämisse beruht, dass die Funktionskreise der Aktiengesellschaft die grundlegende Konzeption der Aktiengesellschaft beschrieben. Von dieser Konzeption wird durch Öffnungsklauseln gerade abgewichen, weil der Gesetzgeber an einzelnen Stellen einen Regelungsbedarf gesehen hat. Der Ansatz der Funktionskreise innerhalb des Aktiengesetzes greift dementsprechend nur, wenn die prinzipiellen Grundstrukturen des Aktiengesetzes gewahrt bleiben, wie es im Rahmen von § 23 Abs. 5 S. 2 AktG der Fall ist. Eine generelle Grenze der Satzungsautonomie wird nicht aufgestellt. Dieses Ergebnis wurde anhand folgender Einzelfälle erarbeitet:

17. Frage- und Rederecht können bei entsprechender Satzungsermächtigung durch den Versammlungsleiter der Hauptversammlung beschränkt werden. Die Satzung kann dabei keine feste Grenze, sondern nicht bindende Regelbeispiele für die dabei erforderliche Angemessenheitsprüfung liefern. Die Letztentscheidung obliegt jedoch stets dem Versammlungsleiter. Diese auf der Zulassung von § 131 Abs. 2 S. 2 AktG beruhende Abweichung vom Aktiengesetz durchbricht die Funktionskreise innerhalb der Aktiengesellschaft, indem der Versammlungsleiter als Teil der Hauptversammlung eine ihm grundsätzlich nicht zustehende Entscheidungsgewalt über das Frage- und Rederecht der Aktionäre erhält.

18. Zustimmungserfordernisse zu Hauptversammlungsbeschlüssen können weder zugunsten außenstehender Dritter noch zugunsten der Aktionäre der Aktiengesellschaft in der Satzung vorgesehen werden. Denn §§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 3, 182 Abs. 1 S. 3 AktG gestatten lediglich Ergänzungen zum Gesetz, die nicht gegen den abschließenden Charakter der für den Funktionskreis der Aktionäre entscheidenden §§ 12 S. 2, 53a, 135a Abs. 1 S. 2 AktG verstoßen dürfen. Ob die gesetzliche Zulassung einer Abweichung oder einer Ergänzung vorliegt, konnte indessen nicht mittels des funktionellen Ansatzes ermittelt werden.

19. Am Beispiel des Unternehmensgegenstandes wurde deutlich, dass der funktionelle Ansatz keinen Aufschluss über die Reichweite des Gestaltungsspielraumes bei notwendigen Satzungsbestimmungen liefern kann. Denn in diesem Fall wird durch die Satzungsbestimmung der Funktionskreis des Vorstandes überhaupt erst bestimmt. Da nämlich der Unternehmensgegenstand das Marktsegment des Unternehmens festlegt, bildet er den Rahmen für Leitung und Geschäftsführung. Obwohl die Reichweite des in § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG eröffneten Gestaltungsspielraums nicht durch die Funktionskreise bestimmt werden kann, wurde dennoch

deutlich, dass dem Vorstand keine konkreten Vorgaben gemacht werden dürfen, da diese nicht mehr unter die Definition des Unternehmensgegenstandes fallen und das Ermessen des Vorstandes in unzulässiger Weise eingeschränkt würde. Derart konkrete Satzungsbestimmungen sind vielmehr als Abweichungen von § 76 AktG mangels ausdrücklicher Zulassung gemäß § 23 Abs. 5 S. 1 AktG nichtig. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Börsennotierung in die Satzung aufgenommen wird, da auch die Entscheidung über die Börsennotierung eine Geschäftsführungsmaßnahme ist.
