

Felix Müller-Mürnseer

Quis custodiet ipsos custodes

Entwicklung, Qualität und Durchsetzung der Pflichten
des Aufsichtsrats



Nomos

Schriften zum gesamten Unternehmensrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M., Universität Regensburg

Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Universität Regensburg

Band 16

Felix Müller-Mürnseer

Quis custodiet ipsos custodes

Entwicklung, Qualität und Durchsetzung der Pflichten
des Aufsichtsrats



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6498-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0640-7 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort und Danksagung

Die vorliegende Abhandlung wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen.

Ihre Fragestellung entstammt meiner anwaltlichen Tätigkeit im Aktienrecht, insbesondere als Begleiter und Berater von Vorständen und Aufsichtsräten.

An erster Stelle danke ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL. M. (Duke) für seine Bereitschaft, sich auf einen dem akademischen Bereich längst entflohenen Doktoranden und das damit unweigerlich verbundene Abenteuer einer Dissertation „aus der Praxis für die Praxis“ einzulassen. Herrn Prof. Dr. Wolfgang Servatius, der das Zweitgutachten angefertigt hat, danke ich für die – trotz des Umfangs der Arbeit – rasche Erstattung des Gutachtens und seine weiterführenden Anregungen.

Eine solche Dissertation aus der Praxis entsteht nicht nur in der Stille einer Bibliothek, sondern auch im Austausch mit Mandanten und Kollegen. Für unverzichtbare Einblicke in die praktischen Bedürfnisse von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern danke ich den Herren Dr. Alexander Blum, Kai Dorn und Charles Fränkl sowie Hau-Yan Wong und Bernhard Riedel (†). Herrn Dr. Armin Dürrschmidt, Herrn Frank Eimers, Frau Kerstin Grau, Frau Martina Großmann, Herrn Dr. Ralph Mentzel und Herrn Karl Pörnbacher danke ich für zahlreiche fachliche Impulse.

In persönlicher Hinsicht gilt mein Dank meiner Frau Christine, die mich in allen Phasen der Arbeit stützte und ertrug, sowie meinen Eltern, die so viel Geduld und Liebe in die Ausbildung ihrer Kinder gesteckt haben. Last but not least danke ich meinem Schwiegervater und Erstlektor Herrn Josef Mürnseer, ohne dessen wachen Blick so mancher Fehler unentdeckt geblieben wäre.

Holzkirchen, im Februar 2020

Felix Müller-Mürnseer

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einleitung und Gang der Untersuchung	27
A. Fragestellung	27
B. Heutiger Meinungsstand und Kritik	30
C. Gegenstand der Untersuchung	32
D. Gang der Darstellung	33
Teil I – Entwicklungslinien der Aufsichtsratsstätigkeit	35
§ 2. Diener zweier Herren: Die Geschichte des Aufsichtsrats bis 1965	35
A. Frühe Corporate Governance: Generalversammlung und Gesellschafterausschuss	36
I. Das Oktroi-System: Kapitalgesellschaften kraft hoheitlicher Verleihung	36
1. Vom Mittelalter zu den Handelskompanien des 17. Jahrhunderts	36
2. Ende des Merkantilismus mit einsetzender Aufklärung	38
II. Ab 1807: Gründungsfreiheit, Konzessionssystem	40
III. Konzessionssystem statt Kontrollinstanzen	41
1. Zweck des Konzessionswesens	41
2. Praxis der Konzessionierung	42
3. Keine ernstzunehmende staatliche Betriebsüberwachung, kein Kontrollorgan	43
IV. Praktisches Ergebnis: Missstände infolge fehlender Kontrolle	45
V. Zusammenfassung	46
B. Aktienrechtseinheit: Das ADHGB und seine Novellen	47
I. ADHGB 1861: Organverfassung mit fakultativem Aufsichtsrat	47
1. Konzessionssystem; Aktiengesellschaft als Sonderfall der KGaA	48
a) Fortschreibung des Konzessionssystems	48
b) KGaA als Normalfall	50

2. Die Organverfassung der ADHGB-Aktiengesellschaft	51
a) Starke Generalversammlung	51
b) Schwacher Vorstand	51
c) Aufsichtsrat mit Exekutivrolle	52
3. Befund: Aufsichtsrat als Fortführung des bisherigen Verwaltungsrats	56
4. Zwischenergebnis: Fakultativ, kein Aufsichtsgremium	58
II. Die 1. Aktienrechtsnovelle von 1870: Der Aufsichtsrat wird obligatorisch	58
1. Auslöser: Deregulierung verlangt nach neuem Aufsichtsmodell	59
a) Der Streit um das Konzessionserfordernis	60
b) Liberalisierung, staatliche und private Überwachung	61
c) Neues Überwachungskonzept: Aufsichtsrat statt Konzession	63
2. Praxis: Liberalisierung und Gründerzeit	65
3. Bewertung: Konzessionserfordernis fällt, aber Selbstkontrolle findet nicht statt	67
4. Zwischenergebnis: Pflichtaufsichtsrat überfordert	68
III. Die 2. Aktienrechtsnovelle 1884: Präzisierung ohne Fokussierung	69
1. Auslöser: Gründerkrach, Aktienschwindel und Kleinanlegerschutz	70
2. Zehn Jahre Reformdiskussion; Selbsthilfe vs. Staatshilfe	72
3. Formell: Inkompatibilität, Wahlverfahren, höchstpersönliches Mandat	75
4. Materiell: Präzisierungen bei Kontrollfunktion und Verhaltenskontrolle	78
5. Konzeptionelle Schwäche: Der Aufsichtsrat bleibt janusköpfig	80
6. Bewertung	81
7. Zwischenergebnis: Präzisierte Aufgaben beseitigen konzeptionelle Defizite nicht	82
C. Die Rolle des Aufsichtsrats im Aktienrecht des HGB	84
I. Organverfassung mit Verhaltenssteuerung durch Haftung und Strafe	84

II. Das Verhaltenssteuerungskonzept des HGB im Spiegel der „Aufsichtsratsfrage“	85
1. Reformvorschläge	86
2. Aber: Die Aufsichtsratsfrage bleibt unbeantwortet	92
3. Bewertung	94
III. Unternehmensrealität: Derogation der Organverfassung	95
1. Schleichende Entmachtung der Generalversammlung	96
2. Ab 1920: Arbeitnehmermitbestimmung	97
3. Nach langer Diskussion: Gesetzentwürfe von 1930 und 1931	98
IV. Stattdessen: Notverordnungen 1931	100
1. Auslöser: Gefahr einer Bankenkrise	100
2. NotVO zur Stärkung des Vertrauens in die Aufsicht über Aktiengesellschaften	102
V. Zwischenergebnis: Aktionismus gegen Vertrauenskrise	104
D. Die Rolle des Aufsichtsrats im AktG 1937	106
I. Ausgangspunkt und Reforminhalt	107
II. Schwerpunkt: Die Organverfassung	108
1. Der Vorstand als alleiniger Unternehmensleiter	109
2. Entmachtung der Hauptversammlung	110
3. Der „Aufsichtsrat“ wird endlich zum Aufsichtsrat	112
a) Überwachung als Hauptaufgabe	112
b) Neues Verhältnis zum Vorstand	113
c) Keine Geschäftsführungsaufgaben mehr beim Aufsichtsrat	114
d) Organhaftung des Aufsichtsrats	115
III. Zwischenergebnis	116
E. Zusammenfassung zu § 2	119
§ 3. Organverfassung heute: Wie der Aufsichtsrat seit 1965 zum Mitunternehmer mutiert	127
A. Prolog: Aktienrecht im Nachkriegsdeutschland	127
I. Ausgangspunkt: Weitergeltung des AktG 1937	127
II. Politische Zielsetzung: „Aktienrecht der sozialen Marktwirtschaft“	128

B. Das AktG 1965	129
I. Wesentliche Regelungsschwerpunkte	130
II. Prinzipielle Kontinuität der Organverfassung	131
III. Schwerpunkt: Die Stellung des Aufsichtsrats	132
1. „Aktivierung des Aufsichtsrats“	133
2. Behebung bekannter Defizite	135
3. Regelung der Arbeitsorganisation des Aufsichtsrats	136
4. Verhaltenssteuerung nur noch durch zivilrechtliche Haftung	137
a) Anerkennung von Durchsetzungsdefiziten	138
b) Abgrenzung Erfüllungs- von Ersatzansprüchen	138
IV. Zusammenfassung und Bewertung	139
C. Mitbestimmung und Folgen für den Aufsichtsrat	140
I. Gesetzgebungsgeschichte	141
1. Grundlagen	141
2. Die Mitbestimmungsgesetze nach 1945	142
II. Auswirkungen der Mitbestimmung auf den Aufsichtsrat	144
1. Paradigmenwechsel durch Teilhabefunktion des Aufsichtsrats	144
2. Auswirkungen auf die Arbeitspraxis: Überwachungsniveau sinkt	145
3. Verbesserungen nicht erreichbar	147
III. Zwischenbefund	149
D. Die „Aktienrechtsreform in Permanenz“	149
I. Einführung und Begriffsbestimmung	149
II. Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmen (KonTraG), 1998	152
1. Hintergründe und Entstehungsgeschichte	153
a) Kontrolle und Transparenz als Reaktion auf eine „lange Kette schwarzer Perlen“	153
b) Parallel: Internationalisierung der Eigenkapitalfinanzierung	156
2. Reformdiskussion	157
3. Regelungsinhalte des KonTraG	158
a) Risikofrüherkennungssystem: Pflicht für Vorstand und Aufsichtsrat	159
b) Neues Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Abschlussprüfer	160

c) Verbesserung der Informationsversorgung des Aufsichtsrats	161
d) In geringem Umfang: Geänderte Spielregeln für die Aufsichtsratsmitgliedschaft	163
e) Aufsichtsratsorganisation	163
f) Aufsichtsratshaftung: Strukturproblem besteht fort	165
g) Nicht umgesetzte Vorschläge	168
4. Bewertung: KonTraG hätte krisenauslösende Einzelfälle nicht verhindert	171
5. Zwischenergebnis und weitere Entwicklung	174
III. Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG), 2002	178
1. Regierungskommission Corporate Governance	178
2. Regelungen mit Bezug zum Aufsichtsrat und seinen Mitgliedern	179
3. Bessere Kontrolle ex ante bewirkt schlechtere Kontrolle ex post	180
4. Entsprechenserklärung zum Corporate-Governance-Kodex, § 161 AktG	181
5. Rezeption des TransPuG und Kritik	184
6. Zwischenergebnis	185
IV. Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), 2005	187
1. Regelungsinhalt des UMAG	187
a) Strukturproblem „Beißhemmung“	188
b) Kodifikation der Business Judgment Rule zur Haftungsbegrenzung	190
2. Ergebnis in der Praxis: Rationale Apathie	192
3. Eigene Bewertung: Informationsasymmetrie ausschlaggebend für Leerlauf	193
4. Zwischenergebnis	195
V. Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG), 2009	196
1. Der unabhängige Finanzexperte: ein Fremdkörper im Aufsichtsrat?	196
2. Änderungen bei der Entsprechenserklärung: Comply or Explain	198
3. Bewertung	199
4. Zusammenfassung	203

VI. Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), 2009	204
1. Regelungsziel und Anlass	204
2. Regelungsinhalt „Angemessenheit der Vorstandsvergütung“	205
3. Regelungsschwerpunkt Corporate Governance	207
4. Bewertung: Scheinlösung für ein Scheinproblem	209
VII. Restrukturierungsgesetz (RestruktG), 2010	211
1. Regelungsziel und Anlass	212
2. Regelungsinhalt	213
3. Rezeption	214
4. Bewertung: Durchsetzungsdefizit bewusst nicht behoben	214
VIII. Gesetz zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (GlTeilhG), 2015	217
1. Regelungsziel und Anlass	217
2. Regelungsinhalt	218
3. Bewertung	219
a) Aufsichtsrat als Führungsgremium?	220
b) Aufsichtsrat als Teilhabegremium?	221
c) Formale Überlegungen zum Rollenverständnis des Aufsichtsrats	224
4. Zwischenergebnis	226
IX. Abschlussprüfungsreformgesetz (APReG), 2016	226
1. Anlass: Notwendigkeit eines unabhängigen Prüfungsausschusses	226
2. Regelungsinhalt: Änderung durch Konstanz	229
3. Bewertung	232
X. CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, 2017	234
XI. Befund	237
1. Gesetzgebung seit 1965 reaktiv, nicht proaktiv	238
2. Ausblick: Die Aktienrechtsreform in Permanenz als Sammlung verpasster Chancen	239

E. Der Einfluss der Rechtsprechung auf die Aufgaben des Aufsichtsrats	246
I. Hertie: Anforderungen an die Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern?	246
1. Das Anforderungsprofil des Aufsichtsrats nach der Hertie-Entscheidung	247
2. Rezeption und Kritik	248
3. Eigene Interpretation: Autarkiegebot als Erwartungshaltung	250
II. Die Verpflichtung zur Einbringung von Fachwissen nach der Ision-Entscheidung	253
III. Die Konturierung der Überwachungsaufgabe durch die Rechtsprechung	255
1. Überwachungsintensität organadäquat zu bestimmen	255
2. Kontrolldichte abgestuft nach Lage der Gesellschaft	257
3. Normallage: „Begleitende Überwachung“ durch Systemüberwachung	259
4. Sonderlage: Verschärfte Überwachungspflicht	261
a) MPS: Information als Pflichtrecht des Aufsichtsrats	261
b) IKB, oder: Anhaltspunkten ist nachzugehen	263
c) Doberlug: Zahlungsverbote sind zugunsten von Drittgläubigern zu überwachen	264
d) Pflicht zur Anordnung von Zustimmungsvorbehalten bei klaren Gesetzesverstößen	264
e) Pflicht zu Personalmaßnahmen?	265
f) Gesamtschau	268
5. Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat als zukunftsbezogene Kontrolle	269
a) Die Ableitung der „überwachenden Beratungspflicht“ aus den Vergütungsgrundsätzen	269
b) Unstrittig: Beratung als Geschäftsführungsprophylaxe (trotz Interessenkonflikts)	274
c) Umstritten: Beratung als Aspekt einer Mitunternehmerschaft des Aufsichtsrats?	276

d) Gegenauffassung: Beratende Kontrolle gesetzlich begrenzt	278
(a) BGH definiert ausschließlich beratende Kontrolle	280
(b) Implikationen	282
(c) Fazit: Beratung ex ante nur, wo ex post beanstandet werden dürfte	284
IV. Die Verfolgung von Ansprüchen der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat	285
1. ARAG/Garmenbeck: Unternehmenswohl determiniert Verfolgungsentscheidung	285
2. Rezeption und Kritik	287
3. Korrekturbedürfnisse aufgrund uferloser Weite der Organhaftung?	289
a) Ausgangspunkt	290
b) Lösungsvorschläge	293
4. Eigene Stellungnahme: Vermögensbetreuungspflicht ohne Spielraum	295
5. Zwischenergebnis	301
V. Verschwiegenheit im Konflikt zwischen Kommunikationserwartung und -wunsch	301
1. Das Bayer-Urteil: Verschwiegenheit für alle	302
2. Eigene Stellungnahme: Der Aufsichtsrat als hermetischer Zirkel	304
VI. Kompetenzschutz im Verhältnis der Organe untereinander	306
1. Die Holzmüller-/Gelatine-Rechtsprechung	306
2. Ableitung: Rolle des Aufsichtsrats bei Kompetenzüberschreitungen des Vorstands	307
F. Zusammenfassung zu § 3	308
Teil II – Verhaltensspielräume und Verhaltenssteuerung	313
§ 4. Leitbild und Interessenlage: Rechtliche Möglichkeit und tatsächlicher Verhaltensspielraum	313
A. Die Leitprinzipien moderner Aufsichtsrats Tätigkeit	313
I. Der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan	313
II. Geschäftsführungsverbot und Ausnahmen	314
III. Der Werkzeugkasten des Aufsichtsrats	317

IV. Insbesondere: Zustimmungsvorbehalte als Werkzeug	321
V. Sonderproblem: Der Aufsichtsrat als Mitunternehmer	324
1. These: Aufsichtsrat als Mitunternehmer hinter dem Vorstand	325
2. Kritik: Mitunternehmerschaft verschiebt Leitungszuständigkeit contra legem	327
3. Eigene Stellungnahme: Mitunternehmer, aber ohne Leitungsmacht	328
B. Die Interessenlage der Beteiligten	330
I. Der Vorstand der Aktiengesellschaft	330
1. Vergütungsinteresse	331
a) Interessenlage gegenüber dem Aufsichtsrat	331
b) Interessenlage gegenüber der Hauptversammlung	333
2. Bestandsinteresse	333
a) Interessenlage gegenüber dem Aufsichtsrat	334
b) Interessenlage gegenüber der Hauptversammlung	335
3. Haftungsvermeidungsinteresse	335
4. Schlussfolgerung	338
II. Der Aufsichtsrat und seine Mitglieder	340
1. Bestandsinteresse	340
2. Drittinteressen, insbesondere: Interessenkonflikte durch Nebenamtscharakter	341
a) De lege lata: Organadäquanz	342
b) De lege ferenda: Konflikt von Nebenamtscharakter und Unabhängigkeit	344
3. Vergütungsinteresse	345
4. Interesse an Haftungsvermeidung	347
5. Gestaltungs- und Mitgestaltungsinteresse?	349
6. Schlussfolgerung	351
III. Aktionäre und Hauptversammlung	352
IV. Sonstige Interessenträger: Gläubiger und Allgemeinheit	353
C. Zusammenfassung zu § 4	356

§ 5. Konzept und Problematik der Verhaltenssteuerung durch Haftung	359
A. Einleitung: Die Entwicklung von Aufgaben und Verhaltenssteuerungselementen	359
I. Erste Phase: Vor 1937	360
II. Zweite Phase: 1937 bis 1965	364
III. Dritte Phase: 1965 bis heute	364
B. Haftungs-basierte Verhaltenssteuerung und ihre Defizite	369
I. Das haftungs-basierte Erfüllungskonzept	369
1. Verhaltenssteuerung durch Drohung: Der Pflichtverletzung folgt Haftung	369
2. Keine sonstigen Steuerungsmechanismen	371
II. Unzulänglichkeiten des haftungs-basierten Erfüllungskonzepts	374
1. Keine Verhaltenssteuerung mangels ernstzunehmender Haftungsdrohung	374
2. Verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung unbelegt	376
3. Verhaltenssteuerung durch Haftung hat Schutzlücken	378
4. Empirik	379
III. Zwischenergebnis	381
C. Die Kompetenz-Kontroll-Schere	382
I. Konstante Verhaltenssteuerung seit 1937	382
II. Konstantes Aufgabenwachstum seit 1937	383
1. Ausgangslage, Schwächung unter dem Einfluss der Mitbestimmung	384
2. Aufgabenwachstum unter dem Einfluss der „Aktienrechtsreform in Permanenz“	385
3. Aufgabenwachstum durch Rechtsprechung: Beratungs- und Verfolgungspflicht	386
4. Aufgabenwachstum durch Veränderungen der Unternehmenspraxis	387
5. Fazit: Stetiges Aufgabenwachstum	388
III. Folge: Kompetenz-Kontroll-Schere	389
D. Zusammenfassung zu § 5	389

Teil III – Qualität und Inhalt der Aufgaben	391
§ 6. Rechtsnatur und Inhalt der Pflichten des Aufsichtsrats	391
A. Rechtsnatur: Pflichten oder Obliegenheiten?	392
I. Theorie der Aufsichtsratsobliegenheiten	393
1. Rollenbild des Aufsichtsrats	394
2. Sorgfaltspflichten sind Schutzpflichten, daher generell nicht klagbar	394
3. Kein Interorganstreit durch die Hintertür	395
a) Zur Einführung: Der Interorganstreit	395
b) Überlagerung der Binnenstruktur der Organverfassung?	398
4. Gesetz hält mit wenigen Ausnahmen nachträgliche Sanktion für ausreichend	400
5. Überwachungszirkel und ausdifferenzierter Reaktionskanon	402
6. Annahme von Erfüllungsansprüchen wäre in der Praxis wirkungslos	402
II. Kritische Würdigung	403
1. Überwachungszirkel eher theoretisches Phänomen	403
2. Keine abschließenden „anderweitigen Abwehrinstrumente“	405
a) Nur Pflichtverletzung, nicht Pflichteinhaltung des Aufsichtsrats geregelt	406
b) Beobachtung einer Kompetenz-Kontroll-Schere beim Aufsichtsrat	406
c) Existenz und Durchsetzbarkeit von Ansprüchen sind zu trennen	408
3. Inkonsistenzen, da Ansprüche in Einzelfällen anerkannt	409
4. Gesetzgeberische Entscheidung gegen Erfüllungsansprüche nicht erkennbar	410
III. Eigene Stellungnahme: Einforderbare Rechtspflichten, wo keine spezifischen korporativen Sanktionsmechanismen	413
1. Wortlaut und Mechanik des § 116 AktG	413
a) Wortlaut „Sorgfaltspflicht“	413
b) Systematisches Verhältnis zwischen § 116 Satz 1 Fall 1 und Fall 2	414

c) Schutz des Integritätsinteresses spricht gegen Annahme bloßer Obliegenheiten	417
2. Eigenfunktionen des Aufsichtsrats im Vergleich mit dem Vorstand	417
3. Historie spricht für Existenz von „Erfüllungsansprüchen“	418
4. Verneinung von Rechtspflichten des Aufsichtsrats passt nicht in den gesetzgeberischen Trend zur besseren Governance	419
5. Unternehmenswohlerwägungen stützen Annahme von Rechtspflichten	421
a) Das Unternehmenswohl als gesellschaftsrechtliches Kriterium	421
b) Parallele von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Vermögensbetreuung	423
6. Schutzlücke bei schuldlosem sowie gefährdendem Fehlverhalten	425
7. Dreifache Schutzlücke bei Legalitätspflichtverletzungen	427
8. Kein Ausschluss analog § 241 Abs. 2 BGB wegen Privilegierung des Beschützers	428
a) Eigene Stellungnahme: Erfüllungsansprüche; keine Einschränkung der Klagbarkeit	428
b) Aber: Streitfrage kann vorliegend offenbleiben	431
9. Zwischenbefund und Anspruchsgrundlage	432
10. Aber: Bedenken, falls Überlagerung abschließender korporativer Wertungen	433
a) Grundsatz: Unanwendbarkeit der Anspruchsgrundlage	433
b) Einzelfälle	434
(a) Schadensersatzansprüche als abschließende Regelung?	434
(b) Einberufung der Hauptversammlung als abschließende Sonderregelung?	435
(c) § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG als abschließende Regelung bei Zustimmungsverweigerung?	437
(d) Verspäteter Prüfbericht, § 171 Abs. 3 AktG	438
c) Fazit	439
IV. Zwischenergebnis: Rechtspflichten, im Einzelfall vorrangige gesetzliche Regelungen	439

B. Inhalt der Pflichten	441
I. Zu Terminologie und Systematik des Pflichtenkreises	441
II. Die Organpflichten im engeren Sinne als Handlungspflichten des Aufsichtsrats	444
1. Selbstorganisationspflicht: Schaffung einer funktionsgerechten Organisation	445
a) Binnenstruktur	445
b) Entscheidung über das eigene Verfahren	447
2. Alleinentscheidungen durch den Aufsichtsrat	449
a) Personalentscheidungen und Annexkompetenzen	449
b) Festlegung von Zustimmungsvorbehalten für den Vorstand	451
c) Gründungs- und Jahresabschlussprüfung, Bericht und Rechenschaft gegenüber der Hauptversammlung	452
d) Abschluss des Abschlussprüfervertrags	455
e) Entscheidungen im Umfeld der Hauptversammlung	456
(a) Einberufung der Hauptversammlung	456
(b) Vorschlagspflicht für Aufsichtsratswahlen	457
(c) Vorschlagspflichten für Abschlussprüferwahlen	458
(d) Beschlussempfehlungen an die Hauptversammlung	459
f) Geschäftsordnungskompetenz gegenüber dem Vorstand	460
3. Die Mitwirkung des Aufsichtsrats an Geschäftsführungsmaßnahmen	461
a) Befugnisse im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss	462
b) Erteilung der Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands	464
c) Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG	466
d) Sonstige Einzelfälle	467
4. Überwachung des Vorstands	467
a) Nachträgliche Kontrolle	469
b) Laufende Überwachung des Vorstands ex ante	471

III. Die Verhaltensstandards des Aufsichtsrats	472
1. Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters	473
2. Treue gegenüber dem Unternehmensinteresse	475
a) Spannungsverhältnis zwischen Loyalität und Nebenamtscharakter	475
b) Kritik an der herkömmlichen Auflösung des Spannungsverhältnisses	476
3. Insbesondere: Treuhänderposition als Ermessensschränke	479
4. Verschwiegenheit als Verhaltensstandard	483
5. Die Legalitätspflicht des Aufsichtsrats	485
a) Die Legalitätspflicht des Vorstands	485
b) Die Rolle des Aufsichtsrats bei der Einhaltung der Legalitätspflicht	487
c) Die unmittelbare Legalitätspflicht des Aufsichtsrats	490
6. Empfehlungen des DCGK als ermessensleitender Verhaltensstandard?	493
IV. Zwischenergebnis	495
C. Sonderproblem: Umgang mit Ermessen und sonstigen Spielräumen des Aufsichtsrats	496
I. Problemstellung: Kombination von Erfüllungsanspruch und Ermessen	496
II. Die Ermessensspielräume des Aufsichtsrats	497
1. Überblick über die ermittelten Ermessensspielräume	497
2. Ermessen und unternehmerische Aufgaben	502
a) Denkbar: Annahme vollständiger Ermessensfreiheit	502
b) Eigene Stellungnahme: Unternehmerische Aufgaben eng zu verstehen	504
3. Keine Gleichstellung sonstiger Spielräume mit Ermessensspielräumen	506
a) Materielle Gleichstellung aller Entscheidungen mit prognostischer Komponente?	507
b) Haftungsrechtliche Gleichstellung: Business Judgment Rule analog?	509
4. Zusammenfassung	512

III. Folgefrage: Was ist Anspruchsinhalt, wenn der Aufsichtsrat Ermessen hat?	513
1. Grundlage: Ermessen hindert nicht die Entstehung von Ansprüchen	513
2. Fallgruppenbildung: Ermessen als materieller Anspruchsinhalt	514
3. Bestimmung des materiellen Anspruchsinhalts	516
IV. Zwischenergebnis	518
D. Zusammenfassung zu § 6	519
Teil IV – Praxis	521
§ 7. Die Durchsetzung der Pflichten	521
A. Wer vertritt die Gesellschaft? Überlegungen zur Durchsetzungszuständigkeit	521
I. Hypothese: Niemand ist zuständig	522
1. Pflichten des Aufsichtsrats als unvollkommene Verbindlichkeiten?	522
2. Kritik und eigene Stellungnahme	524
a) Rechte sind Rechte	524
b) Kontrollfreiheit des Aufsichtsrats ist Mythos ohne Stütze im Gesetz	524
c) Parallele zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen	525
d) § 245 Nr. 4 AktG ist Spezialregelung zu § 76 Abs. 1 AktG	526
e) Das Aktienrecht kennt eine allgemeine Zuständigkeit	527
II. Hypothese: Durchsetzung als Zuständigkeit der Hauptversammlung	527
1. Überlegungen zur Organisationshierarchie	527
2. Kritik und eigene Stellungnahme	529
a) Kompetenzordnung bewirkt keine Zuständigkeit der Hauptversammlung	529
(a) Keine ausdrückliche Zuständigkeit	529
(b) Zuständigkeit analog § 103 AktG?	530
(c) Zuständigkeit analog § 147 AktG?	532
(d) Zuständigkeit analog § 112 AktG?	533

b) Historie: Seit 1937 keine Allzuständigkeit der Hauptversammlung mehr	535
c) Parallele zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen	536
III. Hypothese: Durchsetzung durch den Aufsichtsrat selbst	536
1. Selbstüberwachung sinnlos	536
2. Selbstevaluation nach DCGK als Sedes Materiae?	538
3. Ausfluss der Legalitätspflicht?	539
IV. Hypothese: Durchsetzung durch Aktionäre oder Fremdkapitalgläubiger?	539
1. Aktionäre als Eigenkapitalgläubiger	540
2. Fremdkapitalgläubiger	540
V. Hypothese: Zuständigkeit des Vorstands	541
1. Generalklausel: Geschäftsführung ist Vorstandssache	541
a) Allgemeine Zuständigkeitsregeln §§ 76, 77 AktG	541
b) Keine abdrängenden Sonderzuweisungen	542
c) Überwachung des Aufsichtsrats als Geschäftsführungsmaßnahme?	543
2. Verhältnis von Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch	545
a) Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen obliegt dem Vorstand	545
b) Kein Grund für abweichende Behandlung von Erfüllungsansprüchen ersichtlich	547
c) Zwischenergebnis	548
3. Verhältnis zwischen Erfüllungs- und Rückgewähranspruch	548
4. § 112 AktG ist Sonderregelung zu § 78 AktG	549
5. Unternehmenswohl gebietet Anspruchsdurchsetzung durch den Vorstand	550
6. Auch hier: Kein relevanter Überwachungszirkel	551
7. Kein Widerspruch zur aktienrechtlichen Kompetenzordnung	552
8. Annahme, dass Konstellation irrelevant, ist in dieser Pauschalität unzutreffend	552
VI. Zwischenergebnis	554

B. Die Überwachung der Pflichten	555
I. Begriffsklärung	555
II. Überwachung als systematische Kontrolle?	556
1. Ausgangspunkt: Keine Generalklausel	556
2. Aber: Mosaik von Einzelpflichten	557
a) Schadensabwendungspflicht des Vorstands	557
b) Pflicht zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen	558
c) Eigene Amtspflichten zwingen den Vorstand zu beschränkter Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Aufsichtsratshandelns	559
(a) § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG: Konzernweite Prüfpflichten bei Verträgen	560
(b) § 93 Abs. 3 Nr. 8: Umfangreiche Prüfpflichten bei Kreditvergabe	562
(c) Ergebnis: Einsichts- und Auskunftsansprüche	563
d) Rolle der Beschlussempfehlung zur Entlastung des Aufsichtsrats	565
e) Pflichtwidrigkeitskontrolle im Bereich der Eigenfunktionen	566
f) Auswertung sonstiger Erkenntnisse als Teil sorgfältiger Geschäftsführung	567
III. Zwischenergebnis	568
C. Wer ist Schuldner, wer Gläubiger der Pflichten?	569
I. Schuldner	569
1. Aufsichtsratskollegium als Pflichtenträger?	569
2. Kritik, insbesondere zum Verhältnis von Kollegium und Aufsichtsratsmitglied	571
3. Eigene Stellungnahme: Aufsichtsratsmitglieder sind Pflichtenträger	572
a) Wortlaut und Systematik sprechen für Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder	573
b) Kollegialitätsprinzip, Mitwirkungspflichten und Scharnierfunktion	573
c) Auch Rechtsprechung unterscheidet Organbefugnisse von Pflichten der Organwalter	575
d) Vergleich mit Treuepflichten als Verhaltensstandard	576
e) Weisungsfreiheit nicht beeinträchtigt	577

f) § 33 AktG nicht verallgemeinerbar	577
g) Spiegelbild zur h. M. bei § 90 AktG	577
4. Zwischenergebnis	578
II. Die Gläubigerin	578
1. Hypothese: Vorstand (im Erstrechtschluss zu § 245 Nr. 4 AktG)	579
2. Eigene Position: Anspruchsinhaber ist die Gesellschaft	580
3. Fazit	581
III. Zwischenergebnis	581
D. Prozessuale Probleme der Anspruchsdurchsetzung gegen den Aufsichtsrat	581
I. Einführung	581
II. Zur Problematik sog. Interorganstreitigkeiten	582
1. Begriffsdefinition	582
2. Hier vertretene Auffassung führt nicht zu Interorganstreit	583
3. Zwischenergebnis	585
III. Inhalt des prozessualen Anspruchs, insbesondere bei Ermessen des Aufsichtsrats	586
1. Problemstellung	586
2. Anspruchsinhalt und Klageart nach Fallgruppen	587
a) Pflichtaufgaben, insbesondere gebundene Entscheidungen	587
b) Reine Ermessensentscheidungen (Entschließungs- und Auswahlmessen)	590
(a) Rechtsfreier Raum?	590
(b) Schuldrechtliche Lösung analog § 315 Abs. 3 BGB	591
(c) Verwaltungsrechtliche Lösung	593
(d) Eingeschränkt verwaltungsrechtliche Lösung	594
c) Sonstige Fallgruppen	597
IV. Zwischenergebnis	598
E. Zusammenfassung zu § 7	599

§ 8. Praxisrelevante Einzelfälle	601
A. Problemstellung	601
I. Haben Erfüllungsansprüche eine praktische Bedeutung?	601
II. Kriterium: Interesse des Unternehmenswohls und der Beteiligten	603
B. Auswertung der Einzelfälle nach Interessenlagen	605
I. Fallgruppe: Pflichten im Zusammenhang mit der Legalität der Aufgabenerfüllung	605
1. Kompetenzüberschreitungen	606
a) Eingriff eines Aufsichtsratsmitglieds in die Leitungszuständigkeit durch Einmischung in Geschäftsführungsmaßnahmen	606
b) Eingriff des Aufsichtsrats in die Leitungszuständigkeit durch zu enge Zustimmungsvorbehalte	607
c) Kapitalmarktkommunikation durch Aufsichtsratsmitglieder	610
2. Bruch von Vertraulichkeitspflichten	612
a) Drohender Geheimnisverrat	612
b) Kommunikation mit wählenden Großaktionären	613
3. Sonstige Treuepflichtverletzungen und Interessenkonflikte	617
a) Selbstbegünstigung	617
b) Drittbegünstigung	618
c) Streikbeteiligung und Streikaufruf	620
II. Fallgruppe: Pflichten im Zusammenhang mit der Überwachung der Geschäftsführung	622
1. Aufsichtsrat bleibt untätig, obwohl er nach Lage der Dinge handeln müsste	622
2. Ungenügende Wahrnehmung von Aufklärungspflichten	624
3. Übereifer	624
4. Nichtdurchsetzung von Schadensersatzansprüchen (Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht)	628
5. Fehlende Festlegung von Zustimmungsvorbehalten	633

III. Fallgruppe: Nichterfüllung sonstiger gesetzlicher Pflichten	635
1. Unterlassungen bei der Gründungsprüfung § 33 Abs. 1 AktG	635
2. Pflicht zur Jahresabschlussprüfung und Berichterstattung hierüber	636
3. Pflicht zur Beauftragung des Abschlussprüfers	637
IV. Fallgruppe: Geschäftsführungsmaßnahmen unter Beteiligung des Aufsichtsrats	639
1. Einflussnahme auf den Vorstand zugunsten schädlicher Geschäftsführungsmaßnahmen	639
2. Zustimmung zu gesetzwidriger Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands	641
3. Geschäftsführungsmaßnahmen gegenüber dem Vorstand nach § 112 AktG	642
4. Sonstige exzessive Nutzung von Eigenfunktionen des Aufsichtsrats	643
C. Zusammenfassung zu § 8	644
§ 9. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	647
A. Thesen: Quis custodiet ipsos custodes?	647
B. Zusammenfassung	654
C. Schlussfolgerung	675
D. Epilog: De lege ferenda	677
Literaturverzeichnis	685

§ 1. Einleitung und Gang der Untersuchung

A. Fragestellung

Die Verfassung, die das Aktiengesetz des Jahres 1965 der deutschen Aktiengesellschaft zwingend vorschreibt, sieht mit Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand drei Organe vor, die nach allgemeiner Meinung nicht in einem hierarchischen Verhältnis zueinander stehen, sondern durch wechselseitige *checks and balances* in eine Struktur der Machtbalance eingebettet sind.¹

Die Rollenverteilung innerhalb dieser Struktur ist scheinbar klar geregelt:² Der Vorstand führt die Geschäfte der Gesellschaft und leitet diese. Ihm obliegt grundsätzlich auch die Außenvertretung der Aktiengesellschaft. Der Aufsichtsrat hat hingegen die Aufgabe, die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen. Er vertritt die Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern. Positive Weisungen darf der Aufsichtsrat dem Vorstand nicht erteilen; er ist vielmehr darauf beschränkt, ggf. negatorisch gegen Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands einzuschreiten.³ Die Rolle der Hauptversammlung beschränkt sich auf Beschlussfassung in wesentlichen Gesellschaftsangelegenheiten, die teilweise im Gesetz wurzeln, teilweise durch die Rechtsprechung („ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten“) entwickelt wurden. Über konkrete Geschäftsführungsfragen entscheidet die Hauptversammlung nur, wenn der Vorstand dies verlangt. Im Übrigen hat die Hauptversammlung heutiger Prägung, anders als noch unter der bis 1937 geltenden handelsrechtlichen Aktienordnung, keine Weisungsrechte mehr.⁴ Auch Personalentscheidungen im

1 Vgl. hierzu BVerfG NZG 2000, 192 (193) – Wenger/Daimler-Benz; Hüffer/Koch, §§ 76 Rn. 5, 118 Rn. 4, 119 Rn. 1; KK/Mertens/Cahn, Vorb. § 76 Rn. 1; MüKoAktG/Spindler, vor § 76 Rn. 47f; MüKoAktG/Kubis, § 118 Rn. 10; GK/Hopt/Roth, § 111 Rn. 83; Grigoleit/Vedder, § 76 Rn. 2; MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 29 Rn. 17; MüHbGesRAG/Bungert, § 35 Rn. 4; a. A. Reichert, in: Semler/Volhard/Reichert, ArbHbHV, § 1 Rn. 3.

2 Vgl. statt aller Hüffer/Koch, § 76 Rn. 5; Grigoleit/Vedder, § 76 Rn. 2.

3 BGH NZG 2008, 507 (508) – Tz. 13.

4 Bayer/Habersack/Bayer/Engelke, Band I Kapitel 15 Rn. 63, Bayer/Habersack/Hüffer, Band II Kapitel 7 Rn. 11; Gesetzesbegründung nach Klausling, Aktiengesetz 1937, Teil B S. 56 vor §§ 70–124.

Vorstand vermag die Hauptversammlung nicht vorzunehmen: Sie bestellt lediglich die Mitglieder des Aufsichtsrats, der seinerseits den Vorstand besetzt.

Die Unternehmenspraxis verfolgt die klare Funktionstrennung zwischen Leitung und Überwachung indes häufig nicht in ihrer vollen dogmatischen Strenge. Das liegt zum einen an der Entwicklung des Rechts selbst: Schon 1965 sah sich der Gesetzgeber veranlasst, den Aufsichtsrat als Institution zu „aktivieren“⁵, um das Gremium näher an die Geschäftsführung des Vorstands heranzubringen und so aus der Lethargie der vorangegangenen Jahrzehnte zu reißen. Die darin angelegte engere Verzahnung von Geschäftsführung und Überwachung wurde in den nachfolgenden Jahrzehnten zum Trend: War der Aufsichtsrat ursprünglich allenfalls negatorisch mit Geschäftsführungsfragen befasst, so wird er von Gesetzgeber und Rechtsprechung seither immer stärker in Aufgaben eingebunden, die inhaltlich eher dem Bereich der Unternehmensleitung zuzuordnen sind.⁶ So berät der Aufsichtsrat heute den Vorstand in Fragen der Geschäftspolitik, wirkt aufgrund von Zustimmungsvorbehalten im Vorfeld an geplanten Geschäftsführungsmaßnahmen mit und vertritt die Gesellschaft eigenverantwortlich in einer Reihe von Angelegenheiten nach außen.

Die Grenze zwischen Überwachung und Geschäftsführung verschwimmt dadurch zusehends. Zudem hängt die Wirksamkeit der Funktionstrennung nicht zuletzt von den konkret handelnden Personen ab: Insbesondere, wenn eine Gesellschaft über einen aktiven, unternehmerisch denkenden Aufsichtsratsvorsitzenden verfügt, wird dieser regelmäßig eine Meinung auch zu den Details der Geschäftsführung des Vorstands haben. Manch ein Vorstand wird sich mit solch einer Meinung – ohne Rechtspflicht hierzu – vertieft auseinandersetzen, wenn er sie nicht gar ohne weiteres seiner Geschäftsführung zugrunde legt.⁷ Dieser Befund entspricht der rechtshistorischen Erkenntnis, dass die Funktionstrennung, obwohl bereits seit 1937 zwingendes Element der Organverfassung, keineswegs in allen Unternehmen praktiziert wurde.⁸

Je mehr die Grenze zwischen Leitung und Überwachung verschwimmt, desto brüchiger wird das Fundament der Funktionstrennung. Dass der

5 Koch, Vorstand im Kompetenzgefüge, 76; Begründung des Regierungsentwurfs zum AktG 1965, zitiert nach Kropff, AktG 1965, 15.

6 Hüffer/Koch, § 76 Rn. 2; GK/Kort § 76 Rn. 9 („Mitregieren“).

7 Spindler/Stilz/Spindler, § 111 Rn. 3 („häufig [...] Dominanz des einen Organs gegenüber dem anderen“); Semler, FS Lutter, 721 (730f) mit Beispielen.

8 Lieder, Aufsichtsrat, 417–422.

Aufsichtsrat als Institution damit strukturell in einen Interessenkonflikt gerät, weil er überwachen müsste, was er zuvor mitentwickelt, mitentschieden, mitgetragen oder gar selbst veranlasst hat, liegt auf der Hand. Zudem droht die Machtbalance zwischen den Organen der Gesellschaft aus dem Gleichgewicht zu geraten. Denn eine Struktur, die die Geschäftsführungsmaßnahmen des Aufsichtsrats (egal ob diese in der Beteiligung an den Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands oder der Wahrnehmung von Eigenfunktionen liegen) ihrerseits auf Recht- und Zweckmäßigkeit kontrollieren würde, ist im Gesetz scheinbar nicht vorgesehen. Wenn es aber stimmt, dass die Organverfassung der Aktiengesellschaft auf wechselseitigen *checks and balances* zwischen drei nicht in einer Hierarchie stehenden Organen beruht,⁹ dann führt ein Aufgabenzuwachs bei einem Organ (konkret: dem Aufsichtsrat) zwingend dazu, dass die *balance* mit den anderen Organen aus dem Gleichgewicht gerät, sofern nicht dem Aufgabenzuwachs ein entsprechender *check* gegenübersteht.

Der seit 1965 zu beobachtende Trend, den Aufsichtsrat stärker in die Unternehmensleitung einzubinden, bewirkt so möglicherweise einen Wertungswiderspruch. Denn aus der ausschließlichen Geschäftsführung des Vorstands werden seither – vorgeblich im Interesse besserer Überwachung – Aufgaben herausgelöst und dem Aufsichtsrat zugewiesen. Die Recht- und Zweckmäßigkeit von dessen Tätigkeit unterliegt aber scheinbar keiner Kontrolle (wenn man von der in ihrer verhaltenssteuernden Wirkung zweifelhaften Haftung für Schäden aus schuldhafter Pflichtverletzung absieht). Das Ungleichgewicht zwischen *balance* und *check* verschärft sich, je mehr Aufgaben der Gesetzgeber dem Aufsichtsrat zuweist – denn wer neue Überwachungsbefugnisse formuliert, schafft damit allmählich auch Pflichten für den Überwacher,¹⁰ der aber seinerseits nicht überwacht wird.

Parallel zur rechtlichen Entwicklung nehmen die Aufgaben des Aufsichtsrats auch in tatsächlicher Hinsicht zu: Die Globalisierung betrifft inzwischen nahezu alle Unternehmen, Beschaffungs- und Absatzmärkte sind häufig weltweit abgegrenzt, Wertschöpfungsketten erstrecken sich über

9 Siehe dazu die Nachweise oben in Anm. 1; Hommelhoff, NZG 2015, 1329 (1330).

10 Gleichlauf von Informationsrecht und Informationspflicht bei Hoffmann-Becking, ZGR 175 (2011), 136 (145) – „wenn der Aufsichtsrat primär berechtigt ist, [...] ist er dazu im Zweifel auch verpflichtet“; Koch, Vorstand im Kompetenzgefüge, 65 (85); Koch, ZHR 180 (2016), 578 (579ff). Ähnlich Schmidt/Lutter/Seibt, § 76 Rn. 14 – Plädoyer für Zurückhaltung bei der Ausgestaltung aufsichtsrechtlicher Anforderungen; Lutter, AG 51 (2006), 517 (521) – „Büchse der Pandora“; kritisch Roth, ZGR 41 (2012), 343 (374).

Kontinente, und die Größe und Komplexität der in diesem Umfeld wirtschaftenden Gesellschaften hat massiv zugenommen. Gleichzeitig hat die Digitalisierung zahlreiche Unternehmensbereiche erfasst – darunter Planung, Buchhaltung und Bilanzierung – und radikal transformiert. Auch die regulatorischen Rahmenbedingungen haben sich verändert: Bilanzierung und Abschlussprüfung sind internationaler geworden, und Unternehmen sind in vielen Ländern tätig und unterliegen dort den jeweils lokalen Rechtsordnungen.

Jede dieser Entwicklungen lässt auch die Aufgaben des Überwachungsorgans wachsen: Kein Aufsichtsrat kann sich heute mehr darauf beschränken, eine deutsche Aktiengesellschaft in deutscher Sprache nach deutschem Recht zu überwachen. Der Aufsichtsrat heutiger Prägung nimmt in rechtlicher Hinsicht deutlich mehr Geschäftsführungsaufgaben wahr als früher, und in tatsächlicher Hinsicht ist seine Tätigkeit im Gleichschritt mit den Unternehmen komplexer geworden. Doch wie ist gewährleistet, dass der Aufsichtsrat seine wachsenden Aufgaben erfüllt und seinen Pflichten nachkommt? Wer überwacht den Überwacher bei der Einhaltung seiner (wachsenden) Pflichten? *Quis custodiet ipsos custodes?*¹¹

B. Heutiger Meinungsstand und Kritik

In der wissenschaftlichen Diskussion erscheint das Problem erstaunlicherweise weitgehend unbearbeitet.¹² Die wenigen Stimmen, die sich bislang damit befassen, antworten mit einem verhaltenen „Niemand“. Die Frage, wie der Aufsichtsrat seine Aufgaben erfülle, bilde eine kontrollfreie Zone, die zu verkleinern allenfalls Aufgabe der Rechtspolitik wäre. Dass bis zu einer entsprechenden Weichenstellung des Gesetzgebers ein rechtsfreier Raum entstehe, innerhalb dessen rechtswidriges Handeln sich einem gerichtlichen Verbot entziehen könnte, sei zwar für den „in dieser Hinsicht

11 Juvenal, Satiren, 2. Buch, 6. Satire, Zeile 347–348; vgl. dazu auch die Fragestellungen bei Nirk, FS Boujong, 393 (394); Heermann, AG 43 (1998), 201; Koch, ZHR 180 (2016), 578 (579).

12 Vgl. Koch, ZHR 180 (2016), 578 (581); problembewusst, aber mit skeptischer Grundtendenz etwa KK/Mertens/Cahn, § 93 Rn. 67ff; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 116 („bleibt ihm nur, eine außerordentliche Hauptversammlung einzuberufen“); GK/Hopt/Roth, § 93 Rn. 175 („Aufsichtsrat überwacht den Vorstand, nicht umgekehrt. Dies gilt aber nicht uneingeschränkt.“).

natürlich total verbildeten Juristen“ irritierend, aber hinzunehmen.¹³ Der Gesetzgeber habe die Schadensersatzverantwortung des Aufsichtsratsmitglieds als alleiniges Korrektiv für dessen Fehlverhalten formuliert und wolle sich mit dem Eingreifen mittelbarer Sanktionen begnügen.¹⁴ Ohnedies wäre es sinnlos, den Überwacher selbst zu überwachen, denn dadurch entstünde ein dysfunktionaler Zirkelschluss.¹⁵ All dies sei hinzunehmen, denn die Überwachung der Organe untereinander sei ein bekannter Konstruktionsfehler in der Organverfassung, weil kein Vorstand je freiwillig gegen seinen Aufsichtsrat vorgehen werde und umgekehrt.¹⁶ Zwischen Organen gebe es keine allgemeine Verhaltenskontrolle.¹⁷

Wirklich befriedigend ist dieser Ansatz nicht. Denn er ist einerseits von der – weitgehend unbewiesenen – Behauptung getrieben, dass eine Kontrolle des Aufsichtsrats in der Praxis nur durch den Vorstand gewährleistet werden könne und aus diesem Grunde keinerlei Bedeutung entfalten werde, weshalb man sich um ihre dogmatischen Grundlagen keine Gedanken machen müsse. Andererseits wird die Frage nach dem „Überwacher des Überwachers“ vor allem im Kontext von Interorganstreitigkeiten diskutiert, also der Frage, ob zwischen den Organen der Aktiengesellschaft streitige Auseinandersetzungen geführt werden können.¹⁸ Damit wird das Problem tendenziell als „Streit zwischen Organen“ missverstanden und abgehandelt.

Vieles deutet darauf hin, dass das Thema vielschichtiger ist: Vorrangig wäre zunächst zu fragen, ob der Aufsichtsrat oder seine Mitglieder echte Rechtspflichten haben. Anschließend kann man sich der Folgefrage zuwenden, wem das aus diesen Pflichten folgende Forderungsrecht zusteht und auf welchem Wege es durch wen geltend gemacht werden kann. Ob

13 So zugespitzt etwa Mertens, ZHR 154 (1990), 24 (27) zur – nach hiesiger Auffassung allenfalls nachgelagerten – Frage, ob für Streitigkeiten zwischen den Organen der Aktiengesellschaft ein Organstreit anzuerkennen oder rechtsfreie Räume zu akzeptieren seien.

14 Zöllner, ZGR 17 (1988), 392 (423); ähnlich GK/Hopt/Roth, § 111 Rn. 332: Überwachungsinstrumente mit einwirkendem Charakter ausreichend.

15 Vgl. Koch, ZHR 180 (2016), 578 (579); Ihrig/Schäfer, Rn. 1019.

16 Lutter, ZIP 2009, 197 (200). Vgl. auch Zieglmeier, ZGR 36 (2007), 144 (148); Linnerz, NZG 2004, 307 (308); Koch, ZHR 180 (2016), 578 (584f); Habersack, ZHR 177 (2013), 782 (785).

17 MüHdbGesRCorpLit/Koch, § 30 Rn. 95; Hüffer/Koch, § 90 Rn. 25 („mit aktienrechtlicher Kompetenzordnung nicht zu vereinbaren und [...] kaum wünschenswert“); Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, § 90 Rn. 33 („erfüllt keine elementare Funktion und wäre mit [...] Kompetenzordnung unvereinbar“).

18 Exemplarisch Mertens, ZHR 154 (1990), 24ff.

die Gesamtheit dieser Forderungsrechte sich sodann in Richtung einer Überwachung verdichtet, bedarf einer separaten Beurteilung.

C. Gegenstand der Untersuchung

Naheliegender ist daher, zunächst im Detail zu untersuchen, ob das Betätigungsfeld des Aufsichtsrats tatsächlich so kontrollfrei ist, wie verschiedentlich behauptet wird. Die dahinterstehende Grundfrage lautet, ob (und wenn ja welche) Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrates und seiner Mitglieder durch die Aktiengesellschaft eingefordert und durchgesetzt werden können, noch bevor die Pflichtverletzung zu einer Schädigung der Gesellschaft führt. Diese ist soweit ersichtlich bislang unbeantwortet:¹⁹ Gibt es im Vorfeld der sekundären, auf Schadensersatz für schuldhafte Pflichtverletzung gerichteten Verantwortlichkeit von Aufsichtsratsmitgliedern eine davon unterscheidbare primäre Handlungspflicht, die die Gesellschaft dem Aufsichtsrat gegenüber durchzusetzen vermag?²⁰

Die Frage ist keineswegs ein akademisches Glasperlenspiel, sondern hat unmittelbare praktische Relevanz in allen Situationen, in denen der Aufsichtsrat seine Aufgaben – tatsächlich oder scheinbar – nicht oder nicht ausreichend wahrnimmt oder sogar bereits Pflichten verletzt, aber ein Schaden noch nicht entstanden ist. Denn jedenfalls in diesen Konstellationen vermag die mittelbare Sanktion die Pflichtverletzung nicht wirksam zu unterbinden.²¹ Die Fallgestaltungen dieser Schutzlücke sind so vielgestaltig wie das Aufgabespektrum des Aufsichtsrats: Muss die Gesellschaft es hinnehmen, wenn der Aufsichtsrat oder ein Aufsichtsratsmitglied seine Kompetenzen überschreitet und sich in Geschäftsführung einmischt, etwa in Verhandlungen mit Kunden, Banken oder Lieferanten? Kann die Gesellschaft unabgestimmte Maßnahmen der Kapitalmarktkommunikation durch Aufsichtsratsmitglieder verhindern? Was ist zu tun, wenn ein Aufsichtsratsmitglied im Begriff ist, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse an einen Wettbewerber zu verraten? Kann der Vorstand es tolerieren, wenn Aufsichtsratsmitglieder Informationen an den Großaktionär weitergeben,

19 Vgl. Koch, ZHR 180 (2016), 578 (580); Wiedemann, FS Heinsius, 949 (957f); Ihrig/Schäfer, Rn. 1013 – Erzwingung aktiven Handelns des Aufsichtsrats weitgehend ungeklärt.

20 Zur Unterscheidung sekundärer und primärer Organpflichten bereits Schmidt, ZGP 92 (1979), 212 (215).

21 So aber der Ansatz von Zöllner, ZGR 17 (1988), 392 (423).

der sie ins Amt gewählt hat? Was ist zu tun, wenn der Aufsichtsrat bei der nachträglichen Überwachung versagt und Schadensersatzansprüche gegen ehemalige Vorstandsmitglieder nicht durchsetzt, obwohl diese verfolgungsreif im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung wären?

Gemeinsam ist allen vorgenannten Beispielen, dass der Aufsichtsrat seine Aufgaben nicht oder nicht richtig wahrnimmt oder sonst Pflichten verletzt, und dass diese Handlungen oder Unterlassungen für die Gesellschaft materiell oder immateriell negative Folgen haben oder zumindest haben könnten. Und in allen Beispielen steht die Frage im Raum, ob die Gesellschaft derlei Verhalten schutzlos hinnehmen muss in der vagen Aussicht auf Schadensersatz, falls aus der Pflichtverletzung jemals ein Schaden entstehen sollte. Muss die Gesellschaft Fehlverhalten dulden, so lange ein Vermögensschaden nicht entsteht oder solange der Schaden schuldlos verursacht wird? Und wie verhält sich dies zur Schadensabwendungspflicht des Vorstands?

D. Gang der Darstellung

Die vorliegende Arbeit untersucht unter der Leitfrage „Quis custodiet ipsos custodes?“ Entwicklung, Qualität und Durchsetzung der Pflichten des Aufsichtsrats. In ihrem Zentrum steht die Frage, ob Pflichten des Aufsichtsrates und seiner Mitglieder bestehen, die durch die Gesellschaft eingefordert werden können, noch bevor die Pflichtverletzung zu einer Schädigung der Gesellschaft führt.

Die Arbeit skizziert zunächst die historische Entwicklung der heutigen Rolle des Aufsichtsrats unter dem Blickwinkel der Verhaltenssteuerung. Sie untersucht in diesem Zusammenhang die höchst unterschiedlichen historischen Rollenmodelle mit Namen „Aufsichtsrat“. Anschließend analysiert sie die Rahmenbedingungen (genauer: rechtliche Leitprinzipien und tatsächliche Interessenlage), in denen sich die Tätigkeit des Aufsichtsrats heute vollzieht.

Auf dieser Basis untersucht die Abhandlung sodann die grundlegenden Mechanismen, die gewährleisten sollen, dass der Aufsichtsrat die ihm zugedachten Aufgaben erfüllt. Anschließend hinterfragt sie Leistungsfähigkeit und Grenzen des identifizierten Verhaltenssteuerungssystems.

Nach dieser Grundlagenbetrachtung wirft die Arbeit einen Blick auf die Frage, ob die Gesellschaft wirklich schutzlos ihrem Aufsichtsrat ausgeliefert ist. Hierzu fragt sie, ob *de lege lata* jenseits der bereits identifizierten Verhaltenssteuerungsmechanismen noch andere Möglichkeiten existieren,

„richtiges“ Organverhalten des Aufsichtsrats einzufordern, und worin diese bestehen. Hierbei prüft die Arbeit zunächst, inwieweit aus den Aufgaben des Aufsichtsrats echte, einforderbare Rechtspflichten resultieren, und welchen Inhalt diese Pflichten haben. Sodann fragt sie, ob sich daraus systematische Überwachungsbefugnisse ergeben. Ergänzend untersucht die Arbeit sodann die Durchsetzung der Pflichten: Wer vertritt die Gesellschaft hierbei? Sodann geht die Abhandlung der Frage nach, ob daraus eine Überwachung im Rechtssinne folgt. Schlussendlich wird untersucht, wer Schuldner, wer Gläubiger der Ansprüche wäre und inwieweit Erfüllungsansprüche eine praktische Bedeutung hätten.

Die Literaturnachweise befinden sich auf dem Stand vom 01.02.2019. Die in der Arbeit verwendeten Abkürzungen folgen den Empfehlungen von Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2018. Paragraphenangaben ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf das Aktiengesetz 1965.

Teil I – Entwicklungslinien der Aufsichtsratsstätigkeit

§ 2. Diener zweier Herren: Die Geschichte des Aufsichtsrats bis 1965

Die Frage, ob der Kontrolleur selbst kontrolliert werden muss, legt zunächst eine Auseinandersetzung mit der Interessenlage nahe, die der Einsetzung des Kontrolleurs in seine Kontrollaufgabe zugrunde liegt. Denn nur, wenn man die Erwartungshaltung kennt, welcher der Kontrolleur seitens jener Interessenträger ausgesetzt ist, deren Perspektive er einnehmen soll, kann man eine Antwort auf die Frage versuchen, ob eine Kontrolle des Kontrolleurs geboten erscheint.

Um bestimmen zu können, ob der Aufsichtsrat heute selbst der Kontrolle bedarf und wer diese Kontrolle leisten soll, lohnt sich deshalb ein Blick in die Entwicklungsgeschichte des Aktienrechts. Denn Kontrollgremien, die die Unternehmensführung überwachen sollten, gab es schon lange, bevor sich die Aktiengesellschaft als Rechtsform etabliert hatte, und es gab sie zu allen Zeiten danach. Währenddessen entwickelten sich Wirtschaft und Gesellschaft radikal weiter. Dies legt die Hypothese nahe, dass der Aufsichtsrat des AktG 1965 trotz Namensgleichheit andere Aufgaben hat und anderen Erwartungen ausgesetzt ist als ein Aufsichtsrat im Jahre 1861 oder ein Gesellschafterausschuss oder Verwaltungsrat aus dem Jahr 1843. Wenn aber, was zu prüfen sein wird, die Einrichtung von Kontrollgremien in der Geschichte der Aktiengesellschaft auf einer völlig anderen Interessenlage beruhte als heute, liegt es möglicherweise nahe, auch die Frage, ob das Kontrollgremium selbst der Kontrolle bedarf, für die einzelnen Zeitabschnitte differenziert zu betrachten. Beleuchtet werden sollen deshalb zunächst – jeweils für die einzelnen Entwicklungsabschnitte des Aktienwesens – Rolle und Kontrolle des Kontrolleurs. Im Detail gehören dazu die Fragen, (i) ob in den einzelnen Entwicklungsabschnitten die Geschäftsführung kontrolliert wurde, (ii) wer diese Kontrolle leisten sollte, (iii) in wessen Interesse die Kontrolltätigkeit lag und (iv) ob dessen Perspektive es nahelegt oder gebietet, auch den Kontrolleur selbst auf seine Aufgabenerfüllung hin zu überwachen.

A. *Frühe Corporate Governance: Generalversammlung und Gesellschafterausschuss*

I. Das Oktroi-System: Kapitalgesellschaften kraft hoheitlicher Verleihung

1. Vom Mittelalter zu den Handelskompanien des 17. Jahrhunderts

Schon lange bevor 1861 in Deutschland das Aktienwesen erstmals einheitlich kodifiziert wurde,²² hatte die wirtschaftliche Entwicklung nach neuen Formen der Zusammenarbeit von Personenmehrheiten in geschäftlichen Angelegenheiten verlangt. Die mittelalterlichen Formen der Zusammenarbeit von Kaufleuten in den Vorläufern der heutigen Personenhandelsgesellschaften oder stillen Gesellschaften waren hierfür nur schlecht geeignet.²³ Sie kamen schon rein organisatorisch kaum mit einer großen Anzahl von Gesellschaftern und Geldgebern zurecht. Die Zusammenarbeit unter Kaufleuten war überdies häufig sehr persönlicher Natur, und die Partizipation eines Kaufmannes an seiner Handelsgesellschaft war allenfalls vererblich, im Übrigen aber weder veräußerlich noch übertragbar. Vor allem aber gebot die Kaufmannstradition in allen Schattierungen der Handelsgesellschaft immer eine persönliche (Mit-)Haftung der Gesellschafter für etwaige Verluste.²⁴ Investitionen mit einem von vorneherein feststehenden, beschränkten Betrag waren so nicht möglich.²⁵

Ab dem frühen 17. Jahrhundert bildeten sich erste Vorläufer der späteren Aktiengesellschaften in Form von Handelskompanien. Diese wurden, auch wenn ihre Gründung im Regelfall auf staatlicher Initiative beruhte, mit privaten Mitteln kapitalisiert und dienten vor allem dem Handel mit Kolonien. Ihr Kennzeichen war, dass die Gesellschafter den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber nur beschränkt hafteten, zudem waren die Anteile im Regelfall handelbar. Basis jeder Handelskompanie war ein Oktroi – ein staatliches Einzelfallgesetz, das das Verhältnis der Handelskompanie zur Staatsgewalt regelte, Ausnahmen von allgemeinen Rechtsvorschriften gewährte und Privilegien verlieh. In Ermangelung gesetzlicher Regelungen enthielt der Oktroi insbesondere Bestimmungen über Monopole und Exklusivrechte sowie die Befreiung von Steuern und Zöllen sowie Bestimmungen gesellschaftsrechtlicher Art zur inneren Organisation der Gesell-

22 Dazu ausführlich unten § 2.A.V, Seite 46ff.

23 Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 9.

24 Bayer/Habersack/Rothweiler/Geyer, Band I Kapitel 2 Rn. 5, 6.

25 Hierzu Pohl, VSWG-Beihefte 178/1, 536 (549–552).

schaft.²⁶ Erst durch die Verleihung des Oktrois erlangte der Personenzusammenschluss Rechtspersönlichkeit, und der Gewerbebetrieb wurde polizeirechtlich zugelassen.²⁷ Die Gestaltung der Handelskompanien unter dem Oktroi-System entsprach den Gepflogenheiten des Merkantilismus, einer – nach heutigen Maßstäben – interventionistischen wirtschaftspolitischen Praxis, die auf einer engen Verzahnung von wirtschaftlicher Betätigung und hoheitlichen Bedürfnissen beruhte.²⁸ Der Betrieb einer Handelskompanie war hiernach die Fortsetzung von Politik mit anderen Mitteln; die geschäftsführenden Organe wurden von staatlicher Seite ernannt und laufend vom Hoheitsträger kontrolliert.²⁹ Die Unternehmensverfassung richtete sich nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls; entsprechend inhomogen waren die unterschiedlichen Handelskompanien organisiert.³⁰

Der Erfolg der Handelskompanien³¹ forderte jedoch alsbald Lösungen für Probleme, die im Oktroi noch nicht vorhergesehen werden konnten. So wuchs mit der Anzahl stimmberechtigter Teilhaber der Handelskompanie auch das praktische Bedürfnis an einem handhabbaren Willensbildungsprozess. Aus diesem Bedürfnis bildete sich zunächst eine frühe Form von Generalversammlung heraus, deren Befugnisse beispielsweise Weisungsrechte gegenüber den Direktoren der Handelskompanie, aber auch Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen der Direktoren zugunsten der Hauptpartizipanten der Handelskompanie und ein Verlangen nach ordnungsgemäßer Rechnungslegung umfassen konnten. Dies war weder Folge von Oktroi oder gesetzlicher Regelung, sondern schlichtes Ergebnis einer im Interesse der Gesellschaft notwendigen Übereinkunft der Teilhaber.³²

Mit der Entwicklung von Zustimmungsrechten war zugleich der Grundstein gelegt für eine engere Zusammenarbeit der zustimmungsberechtigten (und äußerungspflichtigen) Hauptpartizipanten, die sich all-

26 MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 2; Bayer/Habersack/Cordes/Jahntz, Band I Kapitel 1 Rn. 30.

27 Lieder, Aufsichtsrat, 40; Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 12; MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 1.

28 Walter, Wirtschaftsgeschichte: vom Merkantilismus bis zur Gegenwart, 43; Söllner, Geschichte ökonomischen Denkens, 9f, 13; Kolb, Geschichte der Volkswirtschaftslehre, 15ff.

29 GK⁴(2004)/Assmann, Einl Rn. 23ff, 27 – unterschiedliche Oktrois, Diversifizierung über Statutenpraxis; Lieder, Aufsichtsrat, 41.

30 Bayer/Habersack/Cordes/Jahntz, Band I Kapitel 1 Rn. 30; Lieder, Aufsichtsrat, 42f; GK⁴(2004)/Assmann, Einl Rn. 23, 26.

31 Aus Sicht des Historikers vgl. dazu Frankopan, 364ff, 378ff.

32 Lieder, Aufsichtsrat, 44; GK⁴(2004)/Assmann, Einl Rn. 28f.

mählich verfestigte zu einem Zusammenschluss bevorrechtigter Großteilhaber. Diese Zusammenschlüsse waren keine Kontrollgremien, sondern dienten der Mitentscheidung in unternehmerischen Fragen.³³ Schon in der Kinderstube des Aktienrechts zeigte sich so das bis heute ungelöste Minderheitenschutzproblem jedes auf diskreter Rechteverteilung beruhenden Repräsentationsverfahrens: Die Hauptpartizipanten konnten über ihre Zustimmungsrechte immer stärkeren Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen, ohne sich dabei um die Sichtweise kleinerer Teilhaber kümmern zu müssen. Zudem war durch nichts ausgeschlossen, dass die Hauptpartizipanten bei ihren geschäftlichen Entscheidungen auch eigene, private Geschäftschancen und Erwerbsinteressen außerhalb der Handelskompanie verfolgten.³⁴

2. Ende des Merkantilismus mit einsetzender Aufklärung

Mit der einsetzenden Aufklärung, deren zentrale philosophische Prämissen die Freiheit des Menschen und seines Handelns waren, und dem damit einhergehenden Ende des Absolutismus ließ sich auch der bisherige staatliche Einfluss auf wirtschaftliche Betätigung nicht mehr vereinbaren. Die Entmachtung der absoluten Herrscher Europas führte im Ergebnis auch zum Ende des Oktroisystems. Der Preis für die Befreiung der Gesellschaften von den Beschränkungen des Oktrois war der Wegfall der den Handelskompanien darin verliehenen Hoheitsrechte: Mit dem Ende des Oktroisystems fielen alle öffentlich-rechtlichen Sonderrechte weg³⁵ – Monopole, Steuerprivilegien und Zollbefreiungen gehörten der Vergangenheit an.

Das wirtschaftliche Bedürfnis an Zusammenarbeitsform von Personengemeinschaften im Rahmen von Kapital-Engagements hatte sich jedoch nicht geändert, sondern verstärkt: Die Industrialisierung, insbesondere der zuerst einsetzende Bergwerks-, Stahlhütten- und Eisenbahnbau,³⁶ später die Errichtung von Fabriken, Spinnereien und noch später Gas- und Beleuch-

33 GK⁴(2004)/Assmann, Einl Rn. 28; Lieder, Aufsichtsrat, 45, 46f.

34 Zu diesen „Entwicklungsempässen“ vgl. GK⁴(2004)/Assmann, Einl Rn. 28; Lieder, Aufsichtsrat, 46f.

35 MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 4; Lieder, Aufsichtsrat, 48.

36 Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 4 Rn. 11f, 13, 18, 31ff verweist darauf, der Eisenbahnbau sei erst Folge, dann Ursache der industriellen Entwicklung gewesen; MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 3.

tungsgesellschaften, Banken und Versicherungen³⁷ verlangte nach geeigneten Unternehmensformen.³⁸ Die Zusammenarbeit von Kaufleuten sollte fortan nicht mehr in gelenkten Kompanien von Gottes Gnaden stattfinden, sondern in freien, privaten Gesellschaften qua staatlicher Zulassung. Diese mussten einerseits erlauben, große Unternehmungen und Projekte zu finanzieren und dabei die Finanzierungslasten (und unternehmerischen Risiken) auf eine Vielzahl von Geldgebern und Teilhabern zu verteilen. Andererseits mussten Unternehmungs- und Projektleitung trotz der Vielzahl von Teilhabern in handhabbarem Rahmen bleiben, auch wenn diese sich Einfluss auf die Unternehmenspolitik und Mitspracherechte erhofften.³⁹

Auch nach dem Ende der absolutistisch-merkantilistischen Wirtschaftsordnung bestand also das Bedürfnis der Investoren nach einer Gesellschaftsform, die die Charakteristika der heutigen Aktiengesellschaft aufwies.⁴⁰ Die Gesellschaftsform musste es erlauben, sich als Gesellschafter ausschließlich mit Kapital an einer rechtlich verselbständigten Unternehmung⁴¹ zu beteiligen und als deren Teilhaber im Rahmen eines geordneten Prozesses über die Ausrichtung mitzubestimmen, aber mit der Geschäftsführung der Unternehmung im Detail nicht befasst zu werden.⁴² Die Geldgeber sollten am Gewinn der Unternehmung partizipieren, aber zur Verlustdeckung oder zu Nachschüssen nicht verpflichtet sein.⁴³ Überdies war es wünschenswert, die Anteile an der Gesellschaft wie einen Vermögensgegenstand zu behandeln und handelbar zu machen.⁴⁴

Die solchermaßen strukturierten Unternehmen sollten rasch zum Stützpfeiler der Industrialisierung werden, vor allem infolge des enormen Kapitalbedarfs der jungen Industriezweige.⁴⁵

37 Vgl. Thieme, Jahrbuch Wirtschaftsgeschichte 1960, 285 (287).

38 Vgl. Pohl, VSWG-Beihefte 178/1, 536ff.

39 Pohl, VSWG-Beihefte 178/1, 536 (547). Zu den Charakteristika der frühen Aktiengesellschaft Bayer/Habersack/Deutsch, Band I Kapitel 3 Rn. 9ff.

40 Bayer/Habersack/Rothweiler/Geyer, Band I Kapitel 2 Rn. 9, 28, 32, 35, 41, 45.

41 Bayer/Habersack/Deutsch, Band I Kapitel 3 Rn. 32ff.

42 Bayer/Habersack/Deutsch, Band I Kapitel 3 Rn. 35.

43 Bayer/Habersack/Deutsch, Band I Kapitel 3 Rn. 28ff.

44 Bayer/Habersack/Deutsch, Band I Kapitel 3 Rn. 10ff; Pohl, VSWG-Beihefte 178/1, 536 (547f). Zur handelbaren Eigenkapitalbeteiligung als Basisfunktion vgl. Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 58.

45 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 75; a. A. Lieder, Aufsichtsrat, 48, der den Auslöser eher im gesellschaftlichen Wandel sieht.

II. Ab 1807: Gründungsfreiheit, Konzessionssystem

In den linksrheinischen Gebieten (genauer in Rheinhessen und in den preußischen Rheinprovinzen) sowie – als Annex zum Badischen Landrecht – in Baden⁴⁶ galten bereits seit 1807 aktienrechtliche Regelungen⁴⁷ nach dem Vorbild des napoleonischen *Code de Commerce*,⁴⁸ der in Frankreich versuchte, einerseits die Gründung von Gesellschaften zu liberalisieren, andererseits diese durch strenge staatliche Kontrolle im Rahmen einer Konzession zu kontrollieren.⁴⁹ Die Konzession beinhaltete wie der Oktroi eine staatliche Erlaubnis, allerdings ohne damit irgendwelche Privilegien zu verleihen.⁵⁰ Die Bestimmungen der *société anonyme* wurden als „anonyme Gesellschaft“ aus dem französischen Recht in Artt. 29ff des Rheinischen Handelsgesetzbuchs (RhHGB) übernommen.⁵¹ Ihr Wesensmerkmal war, dass sie über ein eigenes Vermögen („Capital“) verfügte, das in Aktien eingeteilt war (Art. 34 RhHGB). Die Haftung der Gesellschafter („Associirte“) war auf ihren jeweiligen Anteil beschränkt. Im Gegenzug waren die Gesellschafter als solche von der Verwaltung des Vermögens ausgeschlossen. Die Verwaltung der Gesellschaft wurde Bevollmächtigten übertragen, die Gesellschafter sein konnten, aber nicht notwendig sein mussten. Gründung und Betrieb einer rheinischen Aktiengesellschaft bedurften einer staatlichen Konzession. Art. 37 RhHGB bestimmte, dass „die anonyme Gesellschaft [...] nicht anders als unter der Autorisation der Regierung [...] bestehen [darf]. Diese Genehmigung muss in der für die öffentlichen Verwaltungs-Anordnungen vorgeschriebenen Form gegeben werden.“ Die Zahl der Gründungsanträge für Aktiengesellschaften stieg rasch; die Aufsichtsbehörden bearbeiteten sie jedoch nur zögerlich.⁵²

46 Zur räumlichen Geltung im Detail Bayer/Habersack/Deutsch, Band I Kapitel 3 Rn. 87ff.

47 Reich, *Ius Commune* II (1969), 239, der die Aktiengesetzgebung in Deutschland ungeachtet ihrer Vorgeschichte als „Produkt des 19. Jahrhunderts“ betrachtet.

48 GK/Hopt/Wiedemann, 4. Auflage. 2004, Einl Rn. 30 ff; Bayer/Habersack/Deutsch, Band I Kapitel 3 Rn. 1ff.

49 Lieder, Aufsichtsrat, 48.

50 Lieder, Aufsichtsrat, 49; MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 4.

51 Rheinisches Handels-Gesetzbuch vom 10.09.1807, zitiert nach der „bei der Entstehung desselben von dem französischen Gouvernement angeordneten offiziellen deutschen Uebersetzung“, Schüller, Crefeld 1836.

52 Pohl, VSWG-Beihefte 178/1, 536 (560).

In den Provinzen des Königreichs Preußen galt ab 1843 mit dem Gesetz über die Aktiengesellschaften eine Regelung ähnlichen Inhalts.⁵³ Das Gesetz bestimmte in seinem § 1, dass „Aktiengesellschaften mit den im gegenwärtigen Gesetze bestimmten Rechten und Pflichten [...] nur mit landesherrlicher Genehmigung errichtet werden [können].“

Gemeinsam war dem rheinischen und dem preußischen Rechtsrahmen, dass sie eine Generalversammlung (*assemblée générale*) als oberstes Willensorgan der Gesellschafter vorsahen, die in allen Fragen der Leitung und des Aufbaus der Gesellschaft die souveräne Entscheidungsmacht innehatte.⁵⁴ Die weitere Gestaltung der Organverfassung blieb den Statuten der jeweiligen Gesellschaft überlassen. Hier waren in der Praxis sowohl zweigliedrige Erscheinungsformen (Generalversammlung, Direktorium), dreigliedrige Erscheinungsformen (Generalversammlung, Verwaltungsrat, Direktorium) und hybride Erscheinungsformen üblich (Generalversammlung, Verwaltungsrat, Direktorium, wobei aber Verwaltungsrat und Direktorium die Geschäfte gemeinsam führen oder personenidentisch sein konnten).⁵⁵ Bei größeren Aktiengesellschaften sahen die Statuten vereinzelt auch Revisoren vor.⁵⁶

III. Konzessionssystem statt Kontrollinstanzen

1. Zweck des Konzessionswesens

Auch wenn ab 1843 die Errichtung von Aktiengesellschaften entbürokratisiert wurde, sicherte das Konzessionssystem weiterhin den staatlichen Einfluss auf die Gesellschaft. Es folgte politischen Zwängen: Die Konzessionierung war zum einen die Schleuse, die das wirtschaftliche Erstarken des Bürgertums gegenüber dem bisher in wirtschaftlichen Fragen dominierenden Adel kanalisieren sollte.⁵⁷ Zum Zweiten diente die Konzessionierung dem Konkurrenzschutz vorhandener Akteure. Denn bei der Konzessionserteilung prüfte die Aufsichtsbehörde insbesondere, ob die intendierte Ge-

53 Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 9.11.1843, Gesetz-Sammlung für die Königlich Preussischen Staaten, Ed. 31/1843, 341ff, Nr. 2391.

54 Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 37; Bayer/Habersack/Fleischer, Band II Kapitel 9 Rn. 4ff; Bayer/Habersack/Hüffer, Band II Kapitel 7 Rn. 10.

55 Lieder, Aufsichtsrat, 51–54.

56 Lieder, Aufsichtsrat, 56.

57 Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 19.

sellschaft bestehende Gewerbe in ihrer Existenz bedrohen würde.⁵⁸ Dieser Konkurrenzschutz bezog sich indes keineswegs nur auf Kleingewerbe, die Skalennachteilen gegenüber effizient operierenden industriellen Großunternehmen ausgesetzt sein würden. Er lag auch im Eigeninteresse der staatlichen Verwaltung, denn es galt, die einträglichen staatlichen Monopole nur maßvollem Wettbewerbsdruck auszusetzen. Namentlich die Postverwaltung als Träger des Waren- und Kommunikationsverkehrs sollte vor Konkurrenz durch Eisenbahnen und sonstige Transportdienstleister geschützt werden.⁵⁹

Zum Dritten diente die Konzessionierung auch der Wahrung bestehender Wettbewerbsverhältnisse auf den nachgelagerten Absatzmärkten des neuen Unternehmens. Es galt, das Entstehen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verhindern, um die mit einer marktbeherrschenden Stellung oder gar einem Monopol verbundenen Nachteile für die Abnehmer der Produkte auf den Absatzmärkten zu vermeiden.⁶⁰ Zu diesen Erwägungen kam die Sorge, dass die Genehmigung risikoreicher Unternehmungen die Liquidität des Geldmarktes in Gefahr bringen könnte: Wenn die Spekulation mit Anteilsscheinen an der Börse bei den Anlegern zu Verlusten führe, würden die infolge der Verluste verlorenen Mittel dem Kapitalmarkt an anderer Stelle fehlen. Die Anleger fielen in der Folge als potenzielle Gläubiger staatlicher Anleihen und sonstiger Kreditnehmer aus.⁶¹

2. Praxis der Konzessionierung

Das Konzessionssystem war in der Praxis darauf ausgerichtet, die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft trotz Wegfall des Oktrois weiterhin an das Ermessen der Staatsgewalt zu binden; das staatliche Genehmigungsverfahren war somit zugleich politisches und ökonomisches Instrument zur Kontrolle der Aktiengesellschaften.⁶² Die Konzession stellte eine befürwortende staatliche Ermessensentscheidung dar, auf deren Erteilung kein Anspruch bestand.⁶³

58 Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 20.

59 Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 22.

60 Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 21.

61 Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 24.

62 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 90.

63 Vgl. MÜHBGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 5.

Die Aktiengesellschaft sollte zum allgemeinen Wohl neue, risikoreiche Industrien entwickeln, freilich ohne die dadurch bestehenden Unternehmen (und weitergehend den gesellschaftlichen Status Quo) zu beeinträchtigen.⁶⁴ Dieser halbherzige Liberalisierungsansatz führte zu einer restriktiven Konzessionierungspraxis, indem „Gemeinnützigkeit“ der Unternehmung als Voraussetzung für ihre Konzessionierung gefordert wurde.⁶⁵ Hierzu hatte das Königreich Preußen in einer Instruktion vom 22. April 1845 entschieden, dass Konzessionsanträge nur zulässig seien,

„wenn der Zweck des Unternehmens (1.) an sich aus allgemeinen Gesichtspunkten nützlich und der Beförderung werth erscheint, und zugleich (2.) wegen der Höhe des erforderlichen Kapitals oder nach der Natur des Unternehmens selbst das Zusammenwirken einer größeren Anzahl von Theilnehmern bedingt, oder [...] eher und sicherer als durch Unternehmungen einzelner zu erreichen ist.“⁶⁶

Konzessionen wurden hiernach nur erteilt, wenn die zu gründende Gesellschaft ein staatlich wünschenswertes Ziel verfolgte, keine Änderungen des Status Quo auf Märkten und Absatzmärkten befürchten ließen und voraussichtlich eine äußerst sichere Kapitalanlage darstellte. Die Konzessionierungspraxis wies mithin noch deutlich merkantilistische Züge auf. Sie führte dazu, dass Aktiengesellschaften vornehmlich im Eisenbahnwesen, beim Straßenbau, in der Schifffahrts- und in der Versicherungsbranche gegründet wurden.⁶⁷

3. Keine ernstzunehmende staatliche Betriebsüberwachung, kein Kontrollorgan

So lange die Bedingungen der Konzession eingehalten wurden, hatten die Unternehmungen weitgehende Freiheit in Errichtung und Betrieb der Gesellschaft. Zwar behielten staatliche Instanzen teils gesetzlich, teils qua Nebenbestimmung zur Konzession das Recht, Aufsichtsbeamte in die Gesellschaften zu entsenden, die über die Einhaltung gesetzlicher und gesellschaftsvertraglicher Bestimmungen zu wachen hatten. Diese Kommissare waren im Regelfall mit Einsichts- und Auskunftsrechten und zuweilen

⁶⁴ Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (253).

⁶⁵ Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 25.

⁶⁶ Zitiert nach Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (253).

⁶⁷ Pohl, *VSWG-Beihefte* 178/1, 536 (561).

auch mit Vetobefugnissen ausgestattet, konnten allerdings weder Weisungen erteilen noch sonst eigene Vorstellungen gegenüber den Verwaltungsorganen durchsetzen. Ihre Aufgabe war vielmehr darauf beschränkt, Warnungen auszusprechen und außerordentliche Generalversammlungen einzuberufen. Weiterreichende Befugnisse waren nicht vorgesehen.⁶⁸ Damit fand eine staatliche Aufsicht über die gegründete Gesellschaft faktisch nur auf dem Papier statt. Dennoch erzeugte das Vorhandensein der Kommissare bei Gläubigern und Investoren – unbegründet – das Gefühl von Sicherheit und Ordnung.⁶⁹

Anlass zur verbindlichen Schaffung interner Kontrollinstanzen parallel zur staatlichen Gründungs- und Betriebsüberwachung im Rahmen der Konzessionierung sah man nicht. Dass Anonymität und Entkoppelung der Gesellschafter von den täglichen Geschäftsvorfällen Risiken für die Kapitalgeber beinhalten könnten, war zwar abstrakt bekannt.⁷⁰ Die staatliche Überwachung der Unternehmungen im Rahmen des dem *Code de Commerce* und damit dem absolutistischen Frankreich entspringenden Konzessionssystems⁷¹ galten jedoch als hinreichende Absicherung vor Betrug und Misswirtschaft.⁷² Auch historische Vorbilder für eine gesellschaftsinterne Überwachung fehlten: Zwar existierten unter dem überkommenen Oktroi-system bereits institutionalisierte Gremien von Gesellschaftern, die – in der Funktion einem Verwaltungsrat angenähert – über unternehmerische Fragestellungen mit zu entscheiden hatten. Allerdings war deren Tätigkeitsschwerpunkt im Regelfall die Mitentscheidung, nicht die Überwachung.⁷³ Wo die Statuten im Einzelfall einen solchen Verwaltungsrat vor-

68 Lieder, Aufsichtsrat, 96 („Scheitern der Kommissare“); Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 11; Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 48f.

69 Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 12f.

70 Vgl. die Darstellung zu den „traurigen Erscheinungen des Börsenspiels mit Actien“ in Frankreich und England um 1825 bei Vogt, ZHR 1 (1858), 477 (503–505); GK⁴(2004)/Assmann, Einl Rn. 21 zum englischen Bubble Act von 1720.

71 Während der napoleonischen Herrschaft übernahmen auch zahlreiche deutsche Territorien den Code de Commerce, weil sie entweder an Frankreich angeschlossen oder in Abhängigkeit zu Frankreich geraten waren, vgl. Bayer/Habersack/Deutsch, Band I Kapitel 3 Rn. 87.

72 Vogt, ZHR 1 (1858), 477 (481), der zum französischen Modell absolutistischer Einzelfallkontrolle kritisch bemerkt: „Ein enges Gesetz gewährt immer noch freieren Spielraum, als ein Tummelplatz, auf welchem Handel und Industrie überall von willkürlicher Intervention der Regierungsgewalt bedroht sind.“

73 Lieder, Aufsichtsrat, 45; Bayer/Habersack/Rothweiler/Geyer, Band I Kapitel 2 Rn. 17.

sahen,⁷⁴ war dieser nie als gesellschaftsinternes Kontrollorgan ausgestaltet, das geschäftsführungsunabhängig hätte kontrollieren können.

Die staatliche Kontrolle der Gesellschaften bei Absenz jeder internen Kontrolle und Verantwortlichkeit bewirkte so ein Überwachungsdefizit, das weder durch die Generalversammlung noch durch (vereinzelt vorhandene) Revisoren ernstlich kompensiert wurde.

IV. Praktisches Ergebnis: Missstände infolge fehlender Kontrolle

Naturgemäß entwickelten sich in diesem Umfeld alsbald jene Missstände, die auch andere Jurisdiktionen in vergleichbarer Lage hervorgebracht hatten.⁷⁵ Zum einen vermochten die Gründer, ihren beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft durch Organbesetzung und entsprechende Gestaltung der Statuten auf Jahre hinaus zu zementieren, ohne dass die zeichnenden Jungaktionäre dies hätten verhindern können.⁷⁶ Zum Zweiten war die Absenz von Kontrollinstanzen geradezu eine Einladung zu Transaktionen jener Art, die heute als Insidergeschäfte und Geschäfte mit nahestehenden Personen streng reguliert und reglementiert sind.⁷⁷ Drittens eröffnete – wo vorhanden – die enge Zusammenarbeit und Arbeitsbeziehung zwischen Verwaltungsrat und Direktorium die Möglichkeit zur wechselseitigen Bereicherung auf Kosten der Gesellschaft, zum Beispiel durch Gewährung vorteilhafter Verträge.⁷⁸ Als vierter Missstand bekannt war ferner der Tantiemenbetrug durch Bilanzmanipulation, bei dem Vorstand und Verwaltungsrat überhöhte Gewinne auswiesen, um dadurch in den Genuss höherer variabler Bezüge zu kommen.⁷⁹ Fünftens und letztens kam es auch zu frühen Formen von Kapitalanlagebetrug, den das Konzessionssystem nicht zu unterbinden vermochte. Ein zeitgenössischer Beobachter notiert, die Entwicklung beruhe auf der Gewinnsucht, die den Investoren jeglichen Realitätssinn nehme:

⁷⁴ Dazu soeben Abschnitt § 2.A.III, Seite 41.

⁷⁵ Dazu die Nachweise bei Vogt, ZHR 1 (1858), 477 (481). Zur – hier nicht weiter zu erläuternden – Funktion der staatlichen Kontrolle bei der Missbrauchsaufsicht unter dem Oktroisystem vgl. Lieder, Aufsichtsrat, 47; Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (254f).

⁷⁶ Lieder, Aufsichtsrat, 58; Passow, Aktiengesellschaft, 392.

⁷⁷ Lieder, Aufsichtsrat, 60.

⁷⁸ Lieder, Aufsichtsrat, 60.

⁷⁹ Lieder, Aufsichtsrat, 60.

„Man nimmt ein Aergerniß an den glänzenden Prospekten und Rentabilitätsberechnungen, mit welchen Actiengesellschaften vor das Publikum treten, um dasselbe zu massenhafter Subscription zu bewegen. [...] [Es gibt] die erstaunlichsten Beispiele, bis zu welcher aberwitzigen Tollheit Speculationseifer und Gewinnsucht den Menschen den Verstand verrücken können. [...] Es bildeten sich Gesellschaften ‚zur Gewinnung von süßem Wasser aus Meerwasser‘, ‚zur Gewinnung von Silber aus Blei‘, ‚für ein perpetuum mobile‘ [...], ja ein Gauner setzte dem Schwindel die Krone auf, indem er Actien aufnahm ‚für ein Unternehmen, welches zu rechter Zeit enthüllt werden soll‘, und [...] das Weite suchte.“⁸⁰

Dass diesen Entwicklungen möglicherweise (auch) strukturelle Probleme der Organverfassung zugrunde lagen, wurde in der zeitgenössischen Rezeption nicht erörtert. Soweit Missstände diskutiert wurden, betraf dies allenfalls die Frage, ob ein übermächtiger geschäftsführender Verwaltungsrat die Existenzberechtigung des Vorstands in Frage stelle.⁸¹

V. Zusammenfassung

Wenn vor 1861 eine Gesellschaft ein Kontrollgremium einrichtete, geschah dies aufgrund von Zweckmäßigkeitserwägungen der Anteilseigner. Die Kontrolle diente den Interessen der (typischerweise zahlreichen) Partizipanten an der Lenkung der Geschäftsführung durch die (wenigen) Personen, die damit beauftragt waren. Das Kontrollgremium war verkleinertes Abbild der Aktionärsversammlung und sollte einen Kompromiss zwischen Effizienz und Eignerinteressen gewährleisten: Im Interesse der Handlungsfähigkeit der Unternehmung musste die Geschäftsführung wenigen natürlichen Personen überlassen bleiben, im Interesse der Eignerinteressen sollte das Kontrollgremium wie eine permanent tagende Generalversammlung ein Auge auf die Geschäftsführung werfen und dieser gegenüber tun, was auch die Generalversammlung getan hätte.

Sonstige Perspektiven, wie etwa Anliegen der Gläubiger oder der Allgemeinheit, hatte das Kontrollgremium naturgemäß nicht im Blick. Die staatliche Gewerbeaufsicht war primär daran interessiert, die neuen Gesellschaften nicht zu erfolgreich werden zu lassen, um das Erstarken neuer

⁸⁰ Vogt, ZHR 1 (1858), 477 (503) zur parallelen historischen Situation in England.

⁸¹ Lieder, Aufsichtsrat, 62 – dort zum „Direktorium“.

Marktteilnehmer und die Bildung von Monopolen zu vermeiden. Eine strukturelle Absicherung, die etwa das Interesse der Gläubiger an der Erhaltung des Gesellschaftskapitals oder das Interesse der Öffentlichkeit an ordnungsgemäßer Buchführung gewährleistet hätte, war nicht vorhanden. Insiderhandel, einseitige Ausnutzung der Satzungsfreiheit zugunsten der Gründer, Kollusion und Selbstbedienung der Organe in der Gesellschaft waren ebenso an der Tagesordnung wie die Täuschung von Kleinanlegern über die Renditeaussichten. Mangels echten Kontrollgremiums stellte sich daher auch die Frage nach der Kontrolle des Kontrollleurs nicht.

B. Aktienrechtseinheit: Das ADHGB und seine Novellen

I. ADHGB 1861: Organverfassung mit fakultativem Aufsichtsrat

Im Jahre 1856 richtete die Bundesversammlung des Deutschen Bundes eine Kommission zur Erarbeitung eines einheitlichen Handelsgesetzbuchs ein, die ab 1857 in Nürnberg tagte. Arbeitsgrundlage ihrer Beratungen war ein preußischer Entwurf. Gegenüber der Nutzung des französischen *Code de Commerce* als Vorlage bestanden hingegen – trotz diesbezüglicher Initiativen Badens und Bayerns – Vorbehalte, weil das französische Gesetz aufgrund seiner vorindustriellen Entwicklungsgeschichte aus der *Ordonnance sur le Commerce* von 1673 als überholt galt.⁸² Der von der Kommission erarbeitete „Nürnberger Entwurf“ wurde Ende Mai 1861 den Mitgliedsstaaten des Deutschen Bundes von der Bundesversammlung zur Übernahme als Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB) empfohlen, was in der Folge in fast allen Bundesstaaten geschah.⁸³ Die dadurch hergestellte nationale Rechtseinheit beruhte mithin auf inhaltsgleicher Kodifikation in allen Einzelstaaten des Deutschen Bundes.⁸⁴

82 Staudinger/Honsell, Einl zum BGB, Rn. 60; Bergfeld, *Ius Commune* XIV (1987), 101 (108f); ebenso wohl die zeitgenössische Einschätzung von Vogt, ZHR 1 (1858), 477 (481).

83 Zur Umsetzungsgeschichte Staudinger/Honsell, Einl zum BGB, Rn. 60; Bergfeld, *Ius Commune* XIV (1987), 101 (113).

84 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 24ff, 97.

1. Konzessionssystem; Aktiengesellschaft als Sonderfall der KGaA

Im Rahmen des neuen Handelsgesetzbuches erfolgte auch eine einheitliche Regelung des Aktienrechts, freilich ohne dessen in Rechts- und Wirtschaftswissenschaft jener Zeit strittigen dogmatischen Fragen einer Lösung zuzuführen.

a) Fortschreibung des Konzessionssystems

Die erreichte bundeseinheitliche Regelung des Aktienwesens war – nach langem Meinungsstreit – zunächst dadurch gekennzeichnet, dass das bisherige Konzessionssystem fortbestand und nur leicht durch Öffnungsklauseln zugunsten derjenigen Bundesstaaten flexibilisiert wurde, die sich bereits zuvor für eine liberalere Praxis entschieden hatten.⁸⁵ Hiervon hatten insbesondere einige Hansestädte und Württemberg Gebrauch gemacht.⁸⁶

Die ordnungspolitische Lenkungsfunktion des Konzessionsverfahrens bestand fort; die Konzession war weiterhin politisches und ökonomisches Kontrollinstrument.⁸⁷ Damit trug der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass das enorme Wachstum junger, kapitalkräftiger Unternehmen für die bestehenden ökonomischen und politischen Eliten eine erhebliche Bedrohung darstellte. Diese Eliten hatten sich aus Konkurrenzschutzgründen massiv für eine Beibehaltung der bisherigen Konzessionserfordernisse eingesetzt.⁸⁸ Zudem seien Konzessionen aus Gläubiger- und Anleger-schutzgründen erforderlich, weil sich „Schwindelanstalten“⁸⁹ häuften, bei denen die Gründer ihre Einlage gering hielten und die Einlagen der übrigen Investoren alsbald an die Gründer ausgeschüttet wurden.⁹⁰ Ohne staatliches Konzessionsverfahren würden derlei Gesellschaften auf Investoren

85 MüKoAktG/Habersack, Einleitung vor §§ 1–75 Rn. 15; MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 5; zum Meinungsstreit um das Konzessionserfordernis Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 43ff; Lieder, Aufsichtsrat, 93.

86 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 45.

87 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 90; siehe dazu bereits oben § 2.A.III.2, Seite 42.

88 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 78.

89 Dazu Vogt, ZHR 1 (1858), 477 (502, 539), der dem Schweizer Kanton Bern empfiehlt, das dortige Konzessionserfordernis beizubehalten, weil dieser sonst – angesichts der Konzessionserfordernisse in den umgebenden Jurisdiktionen – „Schwindler magnetisch anziehen“ werde.

90 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 79.

treffen, die von Gier getrieben ohne eigene Anstrengung reich werden wollten.⁹¹

Im Konzessionierungsverfahren umfasste der Prüfungsauftrag der Genehmigungsbehörden daher die Rechtmäßigkeit der Gründungsschritte, die persönlichen Verhältnisse der Bewerber sowie eine materielle Prüfung von Statut und Unternehmensplan, mitunter aber noch weitergehend Vertragsentwürfe, Denkschriften und Gutachten der Handelskammern.⁹² Dabei spielte weiterhin der Schutz des kleinen und mittleren Gewerbes eine wichtige Rolle, die durch die Aktiengesellschaften neue Wettbewerber bekamen. Nur vordergründig ging es um die Verhinderung von marktbeherrschenden Stellungen aus den Gründen, die auch das heutige Kartellrecht kennt – primäres Ziel war, den tradierten selbständigen Betrieben nicht durch Gestattung kapitalkräftiger Konkurrenz die materielle Grundlage zu entziehen.⁹³

Neu war, dass die Konzessionierung auch dazu dienen sollte, Gläubiger der Gesellschaft – insbesondere im Hinblick auf die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter – vor Forderungsausfällen zu schützen.⁹⁴ Dies zeigt sich insbesondere an den Artt. 240, 243, 244 ADHGB, wonach die staatlichen Behörden im Rahmen von Unternehmenskrisen sowie bei Auflösung der Gesellschaft gerade auch im Hinblick auf die ordnungsgemäße Befriedigung der Gläubiger wahrnehmen sollten. Der darin angelegte Gedanken des Fremdkapitalgläubigerschutzes sollte später zur Keimzelle des Anlegerschutzgedankens werden: Wenn der Staat es gestatte, dass Gesellschaften mit dem Vermögen ihrer Investoren wirtschaften, so müsse der Staat auch darauf achten, dass das Vertrauen der Investoren als Eigenkapitalgläubiger in die Gesellschaft nicht enttäuscht werde.⁹⁵ Dieses Problem sollte sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts noch erheblich verschärfen, als Kleinaktionäre ohne Sachkenntnis und Risikobewusstsein den Kreis der Anleger bis zur Anonymität erweiterten.⁹⁶ Auch unter dem ADHGB endete die staatliche Aufsicht auf dem Papier nicht mit der Konzession; weiterhin konnten staatliche Stellen Kommissare in die (freiwilli-

91 Vogt, ZHR 1 (1858), 477 (503).

92 Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 5.

93 Zum Ganzen Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 81–83. Insoweit Übernahme der bisherigen Praxis, vgl. oben § 2.A.III.2, Seite 42.

94 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 10, 87.

95 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 87.

96 Dazu im Detail unten § 2.B.III.1, Seite 70; Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 89.

gen) Aufsichtsräte entsenden. Eine ernstzunehmende staatliche Überwachung entstand freilich auch hierdurch nicht.⁹⁷

b) KGaA als Normalfall

Die Aktiengesellschaft des ADHGB war, preußischem Gesetzesmuster folgend, rechtstechnisch vom Regelfall der Kommanditgesellschaft auf Aktien abgeleitet. Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien handelt es sich – vereinfacht – um einen hybriden Mischtypus zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft,⁹⁸ genauer: eine Handelsgesellschaft, an der zugleich voll persönlich haftende Gesellschafter und beschränkt (nur mit ihrer Kapitaleinlage) haftende Gesellschafter (Kommanditisten) beteiligt sind. Im Unterschied zur normalen Kommanditgesellschaft (Artt. 150ff ADHGB) sind bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien die Anteile der nicht persönlich haftenden Kommanditisten in Aktien verbrieft (Art. 173 ADHGB) und damit übertrag- und handelbar (nämlich durch Indossament und Eintrag im Aktienbuch, vgl. Artt. 173, 182 ADHGB). Die Kommanditgesellschaft auf Aktien jener Tage hatte somit eine Zwitterstellung: Sie war einerseits Personenhandelsgesellschaft mit persönlich haftenden Gesellschaftern und Kommanditisten,⁹⁹ zugleich aber auch anonyme Gesellschaft, weil die Gesellschaftsanteile der Kommanditisten in Wertpapieren verbrieft und damit übertragbar waren, ohne dass der damit verbundene Wechsel der Gesellschafterstellung den Gesellschaftsvertrag berühren würde.¹⁰⁰

97 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 71; Lieder, Aufsichtsrat, 96f. Zu den Gründen für das Fehlschlagen der staatlichen Betriebsüberwachung vgl. oben § 2.A.III.3, Seite 43.

98 Bayer/Habersack/Schmidt, Band II Kapitel 26 Rn. 1, bezeichnet die KGaA als „Sonderling“ und als „große Unbekannte“.

99 Klausning, Aktiengesetz 1937, Teil A S. 10 Rn. 9 sah die KGaA als „Abart (?) der Kommanditgesellschaft“ (Klammerzusatz im Original).

100 Die Einzelheiten – „Verband oder Verbund“ – sind bis heute umstritten, vgl. Bayer/Habersack/Schmidt, Band II Kapitel 26 Rn. 19, für die hiesige Darstellung jedoch ohne Belang.

2. Die Organverfassung der ADHGB-Aktiengesellschaft

Das ADHGB enthielt erstmals eine umfassende Kodifikation der Organverfassung der Aktiengesellschaft.¹⁰¹ Dabei verzichtete der Gesetzgeber auf allzu grundlegende Änderungen gegenüber den historischen Vorläufern.

a) Starke Generalversammlung

Zunächst verblieb es – auch insoweit der Vorbildfunktion der KGaA folgend – beim Primat der Generalversammlung. Art. 224 Abs. 1 ADHGB bestimmte, dass die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere „in Beziehung auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz und die Bestimmung der Gewinnvertheilung zustehen, von der Gesamtheit der Actionäre in der Generalversammlung ausgeübt“ werden. Die Generalversammlung sollte also nicht nur die Führung der laufenden Geschäfte übernehmen, sondern auch noch Rechnungsprüfung und Gewinnverteilung. Die Generalversammlung bestellte und entließ nach Art. 231 Abs. 1 ADHGB den Vorstand und konnte dessen Vertretungsmacht zwar nicht im Außenverhältnis beschränken, wohl aber im Innenverhältnis Regelungen für den Gebrauch der Vollmacht erlassen.¹⁰²

b) Schwacher Vorstand

Neben der Generalversammlung war nach Art. 227 ADHGB ein Vorstand zwingend vorgesehen, der die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich vertrat (Artt. 227, 230, 231 ADHGB). Dieser Vorstand hatte die Personal- und Organisationshoheit und konnte insbesondere nach Art. 234 ADHGB für bestimmte Geschäfte (Unter-)Bevollmächtigte bestellen.¹⁰³ Das Verhältnis zwischen Vorstand und Generalversammlung war in Art. 231 ADHGB dergestalt geregelt, dass dieser im Innenverhältnis nur über beschränkte Rechtsmacht verfügte, im Außenverhältnis jedoch über unbeschränkte Vertretungsmacht. Dies galt insbesondere für den Fall, dass für einzelne Geschäfte „die Zustimmung der Generalversammlung, eines

101 MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 5.

102 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 62.

103 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 62.

Verwaltungsrathes, eines Aufsichtsrathes oder eines anderen Organes der Aktionäre für einzelne Geschäfte erfordert ist“. Im Übrigen waren die mit dem Vorstandsamt verbundenen Rechte und Pflichten nicht geregelt; eine Ausnahme bildet lediglich der sich mit der Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder befassende Art. 241 ADHGB.¹⁰⁴

Der Vorstand wurde daher weitgehend als Vertretungs- und Repräsentationsorgan wahrgenommen, welches eine Ausführungsbefugnis nur insoweit hatte, als die Generalversammlung hierzu eine verbindliche Entscheidung getroffen hatte.¹⁰⁵ Zusätzlich ließ Art. 231 ADHGB weitere „Organe der Aktionäre“ zu, die die Geschäftsführung durch den Vorstand faktisch (mit-)bestimmten. Die Generalversammlung konnte somit per Satzungsautonomie beliebige weitere Gremien schaffen, die Mitspracherechte in Geschäftsführungsfragen hatten. Impliziert wurde durch Art. 231 ADHGB sowohl, dass das Gesellschaftsstatut über die Aufgaben der Organe zu entscheiden hatte, und dass Aufsichtsrat, Verwaltungsrat und weitere Gremien jeweils „Organe der Aktionäre“ sind, also die Interessen der Gesellschafter wahrnehmen.¹⁰⁶

c) Aufsichtsrat mit Exekutivrolle

Gleichzeitig aber akzeptierte der Gesetzgeber die historisch gewachsene Erkenntnis, dass die Generalversammlung die ihr theoretisch zuge dachte, beherrschende Rolle praktisch nicht ausfüllen konnte, weil sie viel zu selten

104 Bayer/Habersack/Hüffer, Band II Kapitel 7 Rn. 4.

105 Bayer/Habersack/Hüffer, Band II Kapitel 7 Rn. 8.

106 Angesichts der unbegrenzten Vielfalt von möglichen, fakultativen Gremien, die die Interessen der Gesellschafter wahrnehmen konnten, geht die Behauptung zu weit, das ADHGB habe durch Einführung eines Aufsichtsrates „den Weg zur heutigen dreigliedrigen Unternehmensverfassung“ geebnet (so aber Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 69; vgl. auch MÜHBGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 5). Richtig ist zwar, dass das ADHGB eine solche Organverfassung etablierte; mehrgliedrige Organverfassungen kraft Statuten waren jedoch bereits weit vor Erlass des ADHGB bekannt (vgl. oben § 2.A.III, Seite 41). Eine Kontrollfunktion, die von der Geschäftsführungsfunktion abgespalten war, gab es jedoch im ADHGB nur vordergründig, denn die aus dem Vorbild der KGaA abgeleitete deutlich undogmatischere tatsächliche Rechtspraxis wurde vom ADHGB toleriert und weitergeführt. Der vom ADHGB erstmals begrifflich eingeführte Aufsichtsrat war aber weder nach seiner gesetzlichen Konzeption noch nach der tatsächlichen Rechtspraxis der Folgejahre ein echtes Überwachungsorgan.

tagte, als dass sie für Detailentscheidungen im Tagesgeschäft geeignet gewesen wäre.¹⁰⁷ Unter dieser Annahme galt es, das absehbare Bedürfnis der Gesellschaften nach unternehmerischer Flexibilität und Handlungsfähigkeit, welches durch den schwachen Vorstand allein nicht hinreichend erfüllt werden konnte,¹⁰⁸ mit dem Bedürfnis der Gesellschafter nach Herrschaft über die Geschäftsführung in Einklang zu bringen. Das ADHGB eröffnete den Gesellschaften daher die Möglichkeit, dem Vorstand per Satzungsbestimmung einen (bis zur 1. Novelle 1870 zunächst noch fakultativen) Aufsichtsrat zur Seite zu stellen (Art. 225 ADHGB).¹⁰⁹ Die Vorschrift beschrieb die Überwachungsaufgaben des (noch fakultativen) Aufsichtsrats wie folgt:

„Ist ein Aufsichtsrath bestellt, so überwacht derselbe die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung; er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen. [¶] Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung der Aktionaire Bericht zu erstatten. [¶] Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.“

Diese Beschreibung der Überwachungsfunktion darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass der fakultative Aufsichtsrat – wenn er bestellt war – in der Praxis nur sekundär die in Art. 225 ADHGB skizzierte Funktion eines Kontroll- oder Überwachungsorgans wahrnahm. Primär war er geschäftsleitend tätig.¹¹⁰ Denn der fakultative Aufsichtsrat des ADHGB 1861 stand in der Tradition der früheren Kodifikationen und war somit eher Exekutiv-Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat. Häufig war es sogar der Aufsichts- oder Verwaltungsrat, der die Geschäfte im eigentlichen Sinne leitete; insbesondere konnte das Gremium, wie es in den Statuten der bereits existierenden Aktiengesellschaften häufig vorgesehen war, „allgemeine Reglements in den verschiedenen Geschäftszweigen“ erlassen und „specielle

107 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 70.

108 Vgl. Bayer/Habersack/Hüffer, Band II Kapitel 7 Rn. 9.

109 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 68f. Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien hingegen war ein „Verwaltungsrath“ verpflichtend vorgesehen, in dem die Kommanditisten die Geschäftsführung der persönlich haftenden Gesellschafter überwachen konnten, vgl. Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 69 Fn. 138.

110 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 65.

Instructionen“ an den Vorstand erteilen.¹¹¹ Lediglich zur Ausführung seiner Entscheidungen bediente sich dieser „Aufsichtsrat“ des Vorstands als Hilfsperson.¹¹²

Dass der Gesetzgeber für die Aktiengesellschaft optional einen Aufsichtsrat vorsah, der in der Praxis primär Verwaltungsfunktion hatte, obwohl der Gesetzestext sich vorrangig mit dessen Überwachungsfunktion befasste, wirkt aus heutiger Sicht merkwürdig. Erklären lässt sich dieses Phänomen durch einen Blick in das etablierte, ältere Recht der KGaA, welches Ausstrahlungswirkung entfaltete.¹¹³ Denn in der KGaA, wo die Kommanditisten die Geschäftsführung der persönlich haftenden Gesellschafter überwachen wollten, war der Aufsichtsrat verpflichtend, und seine exekutive Stellung war unzweifelhaft. Dies war Praxis bereits vor Entstehung des ADHGB; die Kodifikation von 1861 übernahm lediglich die bisherige Rechtspraxis. So legte Art. 175 Ziffer 6 ADHGB zwingend fest, dass in der KGaA „ein Aufsichtsrath von mindestens fünf Mitgliedern aus der Zahl der Kommanditisten durch Wahl derselben bestellt wird“. Art. 186 Abs. 2 ADHGB bestimmte, dass bei der KGaA die „Beschlüsse der Generalversammlung [...] durch den Aufsichtsrath ausgeführt [werden], wenn nicht im Gesellschaftsvertrage ein Anderes bestimmt ist.“ In Zusammenschau mit dem Umstand, dass es die Generalversammlung war, welche bei der KGaA alle Angelegenheiten der Gesellschaft wahrzunehmen hatte, ergibt sich daraus zwangsläufig, dass die Rolle des Aufsichtsrats bei der KGaA exekutiver Natur war.

Gleichzeitig stand aber bei der KGaA das Konzessionserfordernis bereits vor 1861 auf der Kippe. Die ursprünglichen gesetzgeberischen Überlegungen, die KGaA vom staatlichen Konzessionserfordernis freizustellen, konnten sich im Ergebnis zwar nicht durchsetzen, weil der Gesetzgeber Umgehungsgefahren durch Flucht in die KGaA witterte. In der Ausgestaltung der Organverfassung der KGaA hinterließ der mögliche Wegfall der Konzession bereits Spuren, denn der Aufsichtsrat hatte bei der KGaA eine Doppelfunktion. Er sollte einerseits das Organ der (stillen) Gesellschafter der KGaA sein, welches deren Interessen und Befugnisse gegenüber den geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschaftern wahrnimmt (interne, eigennützige Kontrolle der Geschäftsführung). Andererseits war er als Aufsichtsorgan vorgesehen, das die nach einem potenziellen Wegfall

111 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 69.

112 Bayer/Habersack/Hüffer, Band II Kapitel 7 Rn. 9.

113 Dazu oben Abschnitt § 2.B.I.1, Seite 48; siehe auch Roth, ZGR 41 (2012), 343 (376f).

des Konzessionserfordernisses befürchteten Missbräuche im Interesse der Gesellschaftsgläubiger unterbinden sollte (externe, fremdnützige Kontrollfunktion).¹¹⁴

Der Aufsichtsrat als verpflichtender Gesellschafterausschuss mit Geschäftsführungsfunktion wurde so zum „vorsorglichen“ Bestandteil der kodifizierten Organverfassung der KGaA.¹¹⁵ Bereits in den Jahren vor 1861 hatte sich der Zuschnitt des KGaA-Aufsichtsrats zum Rollenvorbild der gelebten Statutenpraxis vieler Aktiengesellschaften entwickelt, die zu einem großen Teil einen Aufsichts- oder Verwaltungsrat als eigentliches Geschäftsführungsorgan vorsahen.¹¹⁶ In der Gesetzgebungsgeschichte des ADHGB galt nichts anderes: Die Aktiengesellschaft bekam einen geschäftsführenden und optional überwachenden Aufsichtsrat, weil auch die KGaA über einen Aufsichtsrat verfügte.

Dass der Aufsichtsrat der ADHGB-Aktiengesellschaft überhaupt eine im Gesetz umschriebene Überwachungsfunktion zugewiesen bekam, ist somit vor allem ein Reflex des bei der KGaA erwogenen Wegfalls des Konzessionserfordernisses und der dort vorbeugend formulierten Überwachungsfunktion. Das ambivalente Rollenbild des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft zeigte sich auch in der Namensfindung: Während der Gesetzesberatungen wurde das neue Gremium noch „Gesellschafterausschuss“ oder „Verwaltungsrath“ genannt;¹¹⁷ die finale Bezeichnung „Aufsichtsrath“ setzte sich erst spät durch und war von der Überlegung getragen, dass „die Aktionäre als stille Gesellschafter nicht eigentlich verwalten dürfen.“¹¹⁸

114 Lieder, Aufsichtsrat, 66; Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 87, der den Konzessionszwang zunächst als (Fremdkapital-) Gläubigerschutz, dann als Sparer- und Anlegerschutzkonzept (zugunsten von Eigenkapitalgläubigern) sieht.

115 Lieder, Aufsichtsrat, 66f.

116 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 66, weist darauf hin, dass von 58 Aktiengesellschaften mehr als ein Drittel einen Verwaltungsrat als Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan vorsahen, was umgekehrt bedeute, dass der Vorstand nur aufgrund besonderer Vollmacht im Einzelfall tätig werde.

117 Zur fehlenden begrifflichen Präzision (Verwaltungsrat, Ausschuss, Kuratorium, Direktorium) während der Gesetzesberatungen und Folgen für die spätere Praxis vgl. Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 66–68.

118 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 68. Demgegenüber ist Passow, Aktiengesellschaft, 393–395, der Auffassung, die Bezeichnung „Aufsichtsrat“ sei ein Redaktionsversehen der Nürnberger Kommission gewesen. Bis zu deren Beratungen war der Aufsichtsrat bei der Aktiengesellschaft sowohl im Recht als auch der Gesellschaftspraxis als auch der Fachliteratur fremd; letztere habe stets nur von Ausschuss oder Verwaltungsrat gesprochen, niemals aber von Aufsichtsrat.

3. Befund: Aufsichtsrat als Fortführung des bisherigen Verwaltungsrats

Die erste Kodifikation im ADHGB von 1861 verortete das Aktienrecht als Teil des Handelsrechts. Seine Organverfassung sah einen fakultativen Aufsichtsrat vor, der – für den Fall seiner Einrichtung – in der Funktion eines permanenten Aktionärsausschusses das Bindeglied zwischen den in der Generalversammlung vereinten Eigentümern der Gesellschaft und dem Vorstand der Gesellschaft darstellen sollte. Über die Einrichtung eines Aufsichtsrats entschied die Generalversammlung qua Satzungsautonomie. Wurde ein Aufsichtsrat eingerichtet, hatte er den Charakter einer „verkürzten Generalversammlung“.¹¹⁹ Gleiches galt, wenn die Generalversammlung – was ihr freistand – neben oder statt dem Aufsichtsrat weitere Exekutiv- oder Kontrollorgane etablierte. Die durch das Organ vermittelte Kontrolle diente also dem Durchgriff der Gesellschafter auf die Geschäftsführung.

Der vom ADHGB geschaffene, optionale Aufsichtsrat war ein Kompromiss zwischen Handlungsfähigkeit und Kontrolle: Der Gesetzgeber wollte einerseits die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft gewährleisten, indem ein permanenter Aktionärsausschuss zwischen den eigentlichen Generalversammlungen die Leitungsgewalt ausübte.¹²⁰ Diese Funktion deckt sich mit dem Konzept des Verwaltungsrates aus den Gesellschaften des 19. Jahrhunderts und auch der KGaA.¹²¹ Dass diesem Gremium in Art. 225 ADHGB zugleich eine Überwachungsfunktion übertragen wurde, war Ausfluss des Anlegerschutzgedankens: Der Verwaltungsrat war Aktionärsausschuss und sollte die Geschäftsführung der Gesellschaft im Interesse der Anteilseigner überwachen.¹²² Die Überwachung im Interesse der außenstehenden Gesellschaftsgläubiger¹²³ betrachtete man gedanklich nicht als Aufgabe des Aufsichtsrats, sondern als Aufgabe der staatlichen Gewerbeüberwachung. Eine „Privatisierung“ der bisherigen staatlichen Kontrolle war damit freilich nicht verbunden; eine Schnittstelle bestand nur insoweit, als der Aufsichtsrat von den Aufsichtsbehörden dafür benutzt wurde, für staatliche Kommissare ein Gremium bereitzuhalten.¹²⁴

119 Lieder, Aufsichtsrat, 79.

120 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 87.

121 Lieder, Aufsichtsrat, 79, 91; Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 66; Pinner, DJZ 6 (1901), 373 (374).

122 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 87.

123 Lieder, Aufsichtsrat, 91.

124 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 71.

Das ADHGB selbst enthielt keine Vorschriften über die Organisation des Aufsichtsrats. Dieser war nicht nur optional, sondern – konsequent – auch freier Gestaltung durch den Satzungsgeber zugänglich.¹²⁵ Daher entschied die Generalversammlung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats. Daneben hatte die Genehmigungsbehörde die Möglichkeit, sich in der Konzession einige Aufsichtsratsmandate vorzubehalten.¹²⁶ Inkompatibilitätsvorschriften, die etwa die gleichzeitige Zugehörigkeit zu Aufsichtsrat und Vorstand unterbunden hätten, gab es nicht.

Oblag die Festlegung der Rolle des Aufsichtsrats somit im Wesentlichen dem Satzungsgeber der jeweiligen Gesellschaft, waren die gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats konsequent begrenzt: Art. 225 ADHGB gab ihm eine Überwachungsfunktion, die um Informationsrechte, Einsichtsansprüche und Prüfungsmöglichkeiten ergänzt war. Der Aufsichtsrat hatte die Buchführung und die Bilanz zu prüfen, falls die Generalversammlung diese Aufgabe an den Aufsichtsrat delegiert hatte, Art. 209 Nr. 6, 225 Abs. 2 ADHGB. Im Übrigen oblag ihm die Einberufung der Generalversammlung.¹²⁷

Im praktischen Ergebnis blieb der Aufsichtsrat unter dem ADHGB das eigentliche Leitungsorgan der Gesellschaft. Er war nicht mehr als eine Fortführung des bisherigen Verwaltungsrats unter anderem Namen. Die Rechtspraxis griff diesen Gedanken folgerichtig auf, indem sie ihre etablierte Übung fortsetzte, mitunter durch simple Umbenennung des bisherigen Verwaltungsrates.¹²⁸ Bei Gründung einer neuen Gesellschaft kam es im Regelfall zu einem beherrschenden Aufsichtsrat mit schwachem Vorstand;¹²⁹ alternativ gingen die Gründer selbst in den Vorstand und besetzten den Aufsichtsrat mit loyalen Persönlichkeiten.¹³⁰

125 Lieder, Aufsichtsrat, 80.

126 Lieder, Aufsichtsrat, 81.

127 Lieder, Aufsichtsrat, 84f.

128 Passow, Aktiengesellschaft, 353f, notiert, die tatsächliche Praxis habe, nachdem der Vorstand mit Art. 231 ADHGB eine gesetzlich im Außenverhältnis unbeschränkbare Vertretungsmacht erhalten habe, vereinzelt auch den bisherigen Verwaltungsrat zum Vorstand gemacht und daneben einen Aufsichtsrat geschaffen.

129 Lieder, Aufsichtsrat, 89.

130 Passow, Aktiengesellschaft, 407ff.

4. Zwischenergebnis: Fakultativ, kein Aufsichtsgremium

Der Aufsichtsrat des Jahres 1861 war fakultativ. Seine Einrichtung war – wie bereits zuvor – eine Zweckmäßigkeitsentscheidung der Gesellschafter, die sich davon den Durchgriff auf die Geschäftsführung versprachen. Schon deshalb ist es verfehlt anzunehmen, dass das Gremium, wenn es durch die Satzung eingerichtet war, eine andere Aufgabe haben sollte als eine enge Anbindung und Rückkopplung der Geschäftsführungsfunktion an den Willen der Eigner der Gesellschaft zu gewährleisten. Dass die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats in Art. 225 ADHGB ausdrücklich formuliert wurde, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass er von den Gesellschaftern im Regelfall als das eigentliche Exekutivorgan eingerichtet war und deshalb nur die Ausführung dessen überwachte, was er durch Instruktion des Vorstands zuvor selbst auf den Weg gebracht hatte. Insoweit war bereits der fakultative Aufsichtsrat des Jahres 1861 janusköpfig. Von einem Überwachungsorgan Aufsichtsrat kann deshalb im ADHGB 1861 nicht gesprochen werden.

Im Interesse von Gläubigern, Kleinanlegern ohne Repräsentanz in der Generalversammlung oder gar der Allgemeinheit handelte der Aufsichtsrat des ADHGB nicht. Die Wahrnehmung der Interessen gesellschaftsexterner Akteure war vielmehr, wenn überhaupt, der staatlichen Aufsicht überlassen, die im Rahmen anfänglicher Gründungsprüfung (bei Erteilung der Konzession) sowie im Rahmen laufender Betriebsüberwachung für ordnungsgemäße Zustände sorgen sollte. Insbesondere war der Schutz von Gläubigern und Anlegern vor „Schwindelanstalten“, bei denen die Gründer ihre reale Einlage mit Winkelnügen gering hielten und die Einlagen der übrigen Investoren alsbald an die Gründer ausgeschüttet wurden, allein Aufgabe der staatlichen Aufsicht. Diese war freilich, wie bereits vor Inkrafttreten des ADHGB, viel zu schwach ausgestaltet, als dass sie eine ernstzunehmende Überwachung hätte gewährleisten können.

II. Die 1. Aktienrechtsnovelle von 1870: Der Aufsichtsrat wird obligatorisch

Der Deutsche Bund löste sich 1866 nach dem Deutschen Krieg auf; da das ADHGB aber ohnehin auf Ebene seiner einzelnen Bundesstaaten kodifiziert worden war, galt das Gesetz in den ehemaligen Mitgliedsstaaten des Deutschen Bundes unverändert fort. Nachdem das Königreich Preußen 1866 zusammen mit allen ehemaligen Bundesstaaten nördlich der Mainli-

nie einen föderativ organisierten Bundesstaat gegründet hatte, erklärte dieser „Norddeutsche Bund“ das ADHGB durch Gesetz vom 5. Juni 1869 zu einem Bundesgesetz und verordnete seine unmittelbare Geltung in allen Gebieten des Norddeutschen Bundes.¹³¹

1. Auslöser: Deregulierung verlangt nach neuem Aufsichtsmodell

Bereits im Sommer 1870 änderte der Norddeutsche Bund das ADHGB und beseitigte das Konzessionssystem.¹³² An seine Stelle trat das heute noch übliche Normativsystem, wonach eine Aktiengesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit nicht durch staatliche Genehmigung erhält, sondern – nach Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen – durch ihre Eintragung in das Handelsregister.¹³³ Im Unterschied zum Konzessionssystem bedarf die Gründung also keiner gewillkürten staatlichen Entscheidung; auf die Registereintragung besteht vielmehr ein Anspruch, sobald die gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind.¹³⁴

Die Abschaffung des Konzessionssystems für Aktiengesellschaften war ein Gebot der Stunde,¹³⁵ hatte doch zwei Jahre zuvor bereits das Gesetz betreffend den Betrieb der stehenden Gewerbe¹³⁶ weitgehende Gewerbefreiheit eingeführt, das mittelalterliche Zunftwesen beendet und für den Betrieb eines Gewerbes (mit wenigen Ausnahmen) alle Befähigungsnachweise wegfallen lassen. Diese Gewerbefreiheit wurde im Jahre 1869 durch die Gewerbeordnung¹³⁷ auf das Gebiet des Norddeutschen Bundes ausgedehnt und präzisiert. England, Frankreich und einige Einzelstaaten des Norddeutschen Bundes hatten das Konzessionserfordernis für Aktiengesellschaften ebenfalls bereits abgeschafft.¹³⁸ Es galt nun, das letzte Relikt merkantilistischer Wirtschaftspolitik zu beseitigen.¹³⁹

131 Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes Nr. 32 für 1869, 379ff (Einführungsgesetz), 420 bis 455 (Anlage C: ADHGB).

132 Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes für 1870, 375ff.

133 MüKoAktG/Habersack, Einleitung vor §§ 1–75 Rn. 16.

134 MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 5.

135 Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (264).

136 Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes für 1868, Nr. 23, 406–407.

137 Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes für 1869, Nr. 26, 245–282.

138 Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 10.

139 Lieder, Aufsichtsrat, 96; Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 10. Auch der 8. Deutsche Juristentag 1870 befasste sich mit einer Reform des Aktienrechts und forderte die Aufhebung des Genehmigungszwangs, vgl. Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (265).

a) Der Streit um das Konzessionserfordernis

Auch wenn die Liberalisierung des Wirtschaftswesens und das Ende der protektionistischen Fesseln des Mittelalters angesichts der fortschreitenden Industrialisierung und der freiheitlichen Umbrüche seit dem Beginn der Aufklärung aus heutiger Sicht unvermeidlich scheint, wurde das Konzessionssystem für Aktiengesellschaften von interessierten Kräften massiv verteidigt.

Ihre Argumente lagen nahe: Staatliche Überwachung im Rahmen der Konzessionierung habe sich über viele Jahre bewährt. Sie sei weiterhin erforderlich, um den Schutz von Gläubigern und Anlegern vor finanziellen Verlusten zu gewährleisten.¹⁴⁰ Insbesondere könne ohne genaueste staatliche Kontrolle nicht gewährleistet werden, dass eine Kapitalgesellschaft wirklich über dasjenige Grundkapital verfüge, welches sie behaupte.¹⁴¹ Die Erfahrung mit der zwei Jahre zuvor eingeführten Gewerbefreiheit belege zudem, dass der Wegfall der Verhaltenskontrolle, die in diesem Sektor zuvor von Zünften und kaufmännischen Kooperationen ausgeübt worden war,¹⁴² im Bereich des Kleingewerbes zu Wildwuchs unter den aufstrebenden Wettbewerbern und negativen Auswirkungen auf die Ordnung im Staate geführt habe. Nichts anderes sei zu befürchten, wenn man nunmehr auch noch Kapitalgesellschaften ohne Konzession zulasse; der nötige Schutz des Staates vor „Einfluss auf die socialen Verhältnisse“¹⁴³ gebiete die Beibehaltung des Konzessionszwangs. Vor allem aber sei die Beibehaltung schon deshalb geboten, um die tradierten Handwerker, Gewerbetreibende und Manufakturen vor Konkurrenz durch übermächtige Wettbewerber zu schützen, die allein aufgrund ihrer Finanzkraft beträchtliche Marktmacht entwickeln und damit kleinere Wettbewerber vom Markt drängen könnten.¹⁴⁴ Die damit verbundene Monopolbildung gelte es zu vermeiden, denn es seien die Kleinunternehmen, welche die breite Bevöl-

140 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 87.

141 Zur Problematik der nachweislichen Aufbringung des Grundkapitals Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 52ff; zur Vermeidung von Rückflüssen Rn. 56ff.

142 Vgl. § 1 Gesetz betreffend den Betrieb der stehenden Gewerbe, Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes für 1868, Nr. 23, 406.

143 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 83. Dahinter dürfte auch die Sorge des Adels vor einem weiter erstarkenden Bürgertum gesteckt haben, vgl. Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 19.

144 Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 20.

kerung in Lohn und Brot hielten und damit die soziale Stabilität des Reiches gewährleisten.¹⁴⁵

b) Liberalisierung, staatliche und private Überwachung

Die Besitzstandswahrer konnten sich im Ergebnis jedoch nicht durchsetzen; zu mächtig war die Sogwirkung der Gewerbefreiheit. Zudem hatten die Verfechter der Liberalisierung eine Reihe von guten Argumenten auf ihrer Seite.

Sie konnten zum einen anführen, dass eine Behörde ohnehin nicht inhaltlich über die Solidität und die zukünftigen wirtschaftlichen Chancen des zu konzessionierenden Unternehmens befinden könne.¹⁴⁶ Zudem lehre die Erfahrung, dass die Prozedur der Genehmigungserteilung nicht zielführend sei: Erledige die Genehmigungsbehörde ihre Aufgabe mit der ihr abverlangten Gründlichkeit, so sei der Genehmigungsprozess äußerst schwerfällig,¹⁴⁷ dennoch könne die Behörde keine verlässliche Zukunftsprognose über die Seriosität des zu genehmigenden Unternehmens abgeben. Erledige die Genehmigungsbehörde hingegen ihre Aufgabe nachlässig, so blieben etwaige Gefahren für Anleger und Gläubiger unentdeckt, was sich kontraproduktiv auswirke, weil diese sich möglicherweise auf das (dann unzuverlässige) Prüfsiegel staatlicher Konzession verließen.¹⁴⁸ Die anschwellende Gründungsaktivität in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts habe die Staatskontrolle des Gewerbes insgesamt zur „Fessel oder Farce“ werden lassen, insbesondere im Vergleich mit anderen Ländern.¹⁴⁹ Dieser Eindruck verstärke sich, wenn man sich vergegenwärtige, dass durch Unzulänglichkeiten bei der Konzessionserteilung zwischenzeitlich „leere“ Konzessionen ein begehrtes Handelsgut geworden seien.¹⁵⁰

Was die Sorge anbelangte, arglistige Gründer könnten unbedarften Anlegern durch heimliche Rück- und Auszahlung von Grundkapital, über-

145 Bayer/Habersack/Kießling, Band I Kapitel 5 Rn. 21; Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 82ff.

146 Lieder, Aufsichtsrat, 94; Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 5.

147 Mitunter länger als ein Jahr, Pohl, VSWG-Beihefte 178/1, 536 (560); Lieder, Aufsichtsrat, 94; Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 86; Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 5.

148 Lieder, Aufsichtsrat, 94.

149 Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (264f).

150 Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 5; Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 86.

höhte Gründungskosten, diskriminierende Statuten oder ähnliche Gestaltungen schaden, so belegten die bisherigen Erfahrungen, dass diese Art von Aktienschwindel auch durch Konzessionierung nicht zu verhindern sei, weshalb daraus kein Argument pro Konzessionssystem abgeleitet werden könne.¹⁵¹ In der Praxis habe die staatliche Aufsicht bisher versagt. Zwar habe der Staat sich teils gesetzlich, teils qua Nebenbestimmung zur Konzession das Recht vorbehalten, Aufsichtsbeamte in die Gesellschaften zu entsenden, die über die Einhaltung gesetzlicher und gesellschaftsvertraglicher Bestimmungen wachen. Aufgrund der beschränkten Kompetenzen dieser Kommissare¹⁵² bewirke die Konzession indes nur scheinbare Sicherheit: Das Schweigen der Kommissare erzeuge bei Gläubigern und Investoren das Gefühl von Sicherheit und Ordnung und verleite die Investoren dazu, bei der Entscheidung über die Beteiligung an einem Unternehmen im Vertrauen auf die Qualität der staatlichen Kontrolle auf eine eigene Risikoeinschätzung zu verzichten. Die Konzessionspraxis sei somit unter Anlegerschutzgesichtspunkten kontraproduktiv.¹⁵³

Gleiches gelte für Gläubigerschutzargumente. Zwar sei richtig, dass bei der Aktiengesellschaft eine mit ihrem gesamten Vermögen persönlich haftende natürliche Person fehle. Dies sei jedoch kein sachlich rechtfertigender Grund für einen besonderen staatlichen Schutz der Gläubiger der Gesellschaft. Zum einen hafte die juristische Person; zum anderen stünden den Gläubigern die üblichen Kreditsicherungsmittel für ihre Lieferungen zur Verfügung, insbesondere die Möglichkeit, nur gegen Vorkasse zu liefern.¹⁵⁴

Dazu komme, dass die Beibehaltung des Konzessionserfordernisses zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung der Rechtsform Aktiengesellschaft führen würde. Denn keine andere Gesellschaftsform des ADHGB sei noch staatlicher Kontrolle durch Konzession unterworfen.¹⁵⁵ Insbesondere existiere bei der KGaA, die man als frühere Evolutionsstufe der Aktiengesellschaft begreifen könne,¹⁵⁶ kein Konzessionszwang mehr.

151 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 43, 88.

152 Zu den Rechten der Kommissare (Einsichts- und Auskunftsrechte, zuweilen auch Vetobefugnisse) und deren Grenzen (keine Weisungen oder sonstige Durchsetzung eigener Vorstellungen gegenüber den Verwaltungsorganen) vgl. § 2.B.I.2, Seite 51ff und die Nachweise oben in Anm. 68.

153 Lieder, Aufsichtsrat, 94; Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 6, 12; Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 89.

154 Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 119.

155 Lieder, Aufsichtsrat, 94.

156 Dazu oben § 2.B.I.1.b), Seite 50.

Die zahlreichen, an Rechtsformmissbrauch grenzenden Umgehungen des Konzessionserfordernisses durch Wahl der Rechtsform KGaA seien Ausdruck dieser Diskriminierung.¹⁵⁷

Was die Sorge vor der Entstehung mächtiger Monopole anbelange, so könne der Staat darauf vertrauen, dass das „laissez faire, laissez passer“ der Liberalisierung dazu führe, dass die „ordnende Kraft der freien Konkurrenz“ auf die Marktteilnehmer einwirke. Der wirksame Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern sei indes das genaue Gegenteil eines Monopols und daher wünschenswert.¹⁵⁸

c) Neues Überwachungskonzept: Aufsichtsrat statt Konzession

Im Ergebnis vollzog der Gesetzgeber zwar den Übergang vom Konzessions- zum Normativsystem,¹⁵⁹ war sich aber der Tatsache bewusst, dass der Wegfall der staatlichen Konzession einen grundlegenden Einschnitt bedeuten¹⁶⁰ und nicht nur zur erwünschten Liberalisierung des Aktienwesens führen würde, sondern auch zu negativen Effekten infolge Reduzierung der zuvor ausgeübten polizeistaatlichen Kontrolle.¹⁶¹ Es sei eine „Periode des Aktienschwindels“ zu erwarten, die „vorübergehende Nachteile“ bewirke; diese seien jedoch im Interesse eines „dauernden besseren Zustands“ in Kauf zu nehmen.¹⁶²

Als Gegengewicht zum Wegfall der staatlichen Aufsicht modifizierte das Gesetz die Rolle des Aufsichtsrats in der Erwartung, die bisherige polizeistaatliche Kontrolle könne fortan privatautonom erledigt werden. Hierzu wurde der Aufsichtsrat zum verpflichtenden Gremium erhoben, der die Funktion einer permanenten „verkürzten Generalversammlung“ einnehmen und gewährleisten sollte, dass die Generalversammlung und die in ihr versammelten Aktionäre sich selbst vor Missbrauch und Übervorteilung

157 So die spätere Wahrnehmung bei Klausning, Aktiengesetz 1937, Teil A S. 10 Rn. 9.

158 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 91; Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 7.

159 Lieder, Aufsichtsrat, 97; MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 5.

160 Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 1; wortgleich Lieder, Aufsichtsrat, 101f.

161 Zu diesem Begriff Bayer/Habersack/Pahlow, Band I, 8. Kap. Rn. 98.

162 MüKoAktG/Habersack, Einleitung vor §§ 1–75 Rn. 16; Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 121 spricht von „Kinderkrankheiten“.

schützen.¹⁶³ Der neue Art. 209 Ziff. 6 ADHGB bestimmte deshalb,¹⁶⁴ der Gesellschaftsvertrag der Aktiengesellschaft müsse „die Bestellung eines Aufsichtsrathes von mindestens drei, aus der Zahl der Aktionaire zu wählenden Mitgliedern“ vorsehen. Die Aufgaben dieses Pflicht-Aufsichtsrats wurden in einem neuen Art. 225a ADHGB beschrieben, welcher dem früheren Art. 225 ADHGB sehr weitgehend entsprach. Hiernach überwacht der Aufsichtsrat die Geschäftsführung in allen Zweigen der Verwaltung; er kann sich von „dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen“.

Im Ergebnis setzte der Gesetzgeber also ein Selbstüberwachungskonzept an die Stelle staatlicher Aufsicht.¹⁶⁵ Die gesamte Erwartungshaltung, die zuvor mit der staatlichen Zulassungs- und Betriebsüberwachung verbunden war, traf in der Folge den Aufsichtsrat, der an die Stelle staatlicher Gewerbeaufsicht treten sollte.¹⁶⁶

Dem befürchteten „Aktienschwindel“ versuchte der Gesetzgeber dadurch zu begegnen, dass der Aufsichtsrat in einem neuen Art. 225b ADHGB einer persönlichen Haftung für bestimmte Pflichtverletzungstatbestände unterworfen wurde. Nach der Norm waren die Mitglieder des Aufsichtsrats persönlich und solidarisch zum Schadenersatz verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten Einlagen zurückgezahlt oder gesetzwidrig Aktien eingezogen oder Aktien der Gesellschaft rückerworben wurden, illegal Zinsen oder Dividenden bezahlt wurden oder eine Liquidation, Kapitalherabsetzung oder Kapitalrückzahlung unter Gesetzesverstoß erfolgte. Die durch Haftung vermittelte Selbstkontrolle für Verstöße gegen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln sollte eine rudimentäre Form von Kontrolle zugunsten der Gläubiger der Gesellschaft bieten, also denjenigen Interessenträgern, die zwar außerhalb der Gesell-

163 Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 69; Lieder, Aufsichtsrat, 101f; Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 55; Pinner, DJZ 6 (1901), 373 (374) – ständiger Vertreter der Generalversammlung.

164 Eine sinnverwandte Regelung fand sich bereits seit 1861 bei der KGaA, vgl. Art. 175 Nr. 6 ADHGB, zur Entstehungsgeschichte vgl. oben Fn. 109.

165 Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 55; Pinner, DJZ 6 (1901), 373 (374).

166 Pinner, DJZ 6 (1901), 373 (374) – der Aufsichtsrat sei „obligatorisch geworden als Ersatz der Staatsgenehmigung, aber geschaffen aus dem Bedürfnis und dem innersten Wesen der Aktiengesellschaft heraus“. Zu den Zwecken der Konzession vor 1861 vgl. oben § 2.A.III.1, Seite 41; zu den Neuerungen 1861 vgl. § 2.B.I.1.a), Seite 48.

schaft standen, aber ein anerkennenswertes Interesse an Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung der Gesellschaft hatten.

Daneben führte Art. 249 ADHGB strafrechtliche Sanktionen ein: Die Mitglieder des Aufsichtsrats konnten hiernach mit Geld- oder Freiheitsstrafe belegt werden, wenn sie gegenüber dem Handelsregister vorsätzlich falsche Angaben über die Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals machten, wenn der Aufsichtsrat schuldhaft für länger als drei Monate vakant oder nicht beschlussfähig war. Gleiches galt, wenn Aufsichtsratsmitglieder „in ihren Darstellungen, in ihren Uebersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen wissentlich den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern.“ Das Strafrecht schützte also die Korrektheit der registermäßigen Kapitalangaben, die Arbeitsfähigkeit des Aufsichtsrats und die Korrektheit der Darstellungen zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens.

Im Übrigen blieb die Organverfassung in der Novelle von 1870 weitgehend unverändert. Insbesondere die Rolle des Aufsichtsrats veränderte sich – abgesehen von den dargestellten Aspekten – nicht. Maßnahmen, um ihn von seinen vielfach vorhandenen Geschäftsführungsaufgaben zu entkleiden und ihn zu einem echten Überwachungsorgan zu machen, unternahm der Gesetzgeber nicht. Dass damit ein struktureller Konstruktionsfehler entstehen würde, weil genau jenes Organ zur Übernahme der obligatorischen Überwachungsfunktion bestimmt wurde, das maßgeblich an der Verwaltung der Gesellschaft beteiligt war, übersah die Novelle.

2. Praxis: Liberalisierung und Gründerzeit

Auch wenn die Novelle von 1870 aufgrund von handwerklichen Schwächen¹⁶⁷ und fehlender Einbeziehung Sachverständiger¹⁶⁸ in der Literatur

167 Dazu ausführlich Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 123 (Umgebungsgefahren), 124 (Verkennen des Missbrauchspotenzials der konstituierenden Generalversammlung; unzureichende Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln); zur kreativen Rezeption der neuen Regeln in der damaligen Praxis Passow, Aktiengesellschaft, 356ff. Kritik zum fehlenden durchgängigen Konzept und Verständnis für das Aktienwesen bei Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (267).

168 Die scharfe Kritik aus der Wissenschaft mag auch dem Umstand geschuldet gewesen sein, dass die 1. Novelle – anders als bei späteren Gesetzgebungsvorhaben – ohne vorherigen Diskurs mit Wissenschaft und Praxis gewissermaßen „am

als „wenig durchdacht“, „Nothgesetz“ oder „Stückwerk“ kritisiert wurde,¹⁶⁹ erleichterte ihr Herzstück, die Befreiung von Genehmigungserfordernissen, die Gründung von Aktiengesellschaften erheblich. Die Erwartung des Gesetzgebers schien sich zu erfüllen: Die aktienrechtliche Selbstverwaltung nach dem demokratischen Prinzip der Kapitalmehrheit wurde bald schon als das beste Mittel für eine gedeihliche Entfaltung des wirtschaftlich-industriellen Lebens wahrgenommen.¹⁷⁰ In den Jahren 1871 bis 1873 war eine erhebliche Anzahl von Neugründungen zu verzeichnen:¹⁷¹ Allein 1872 wurden 479 Aktiengesellschaften gegründet – eine Zahl, die erst wieder 1920 mit 503 Aktiengesellschaften übertroffen werden sollte.¹⁷² Über den Dreijahreszeitraum entstanden allein in Preußen 843 neue Gesellschaften, während zuvor nur insgesamt 203 gegründet worden waren.¹⁷³

Der Wegfall der Konzessionspflicht hatte für die in Aktiengesellschaften organisierte Großindustrie dieselbe Wirkung wie die Gewerbefreiheit des Jahres 1869 für Gewerbe, Handel und Dienstleistung.¹⁷⁴ Die Liberalisierung war dabei sicher nur einer der Faktoren für die hohe Zahl der Neugründungen in diesen später so genannten „Gründerjahren“. Ein zweiter Faktor war die durch historische Rahmenbedingungen begünstigte allgemeine Aufbruchsstimmung.¹⁷⁵ Der deutsch-französische Krieg hatte im Spätsommer 1870 zur Neuordnung der Kräfteverhältnisse zwischen den europäischen Mächten geführt; in diesem Zuge traten die zuvor selbständigen süddeutschen Staaten Baden, Bayern, Württemberg und Hessen-Darmstadt dem Norddeutschen Bund bei, der sich ab 1. Januar 1871 Deutsches

Reißbrett“ und ohne rechtes Gefühl für die tatsächliche Unternehmenspraxis entstand; vgl. Lieder, Aufsichtsrat, 127; Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 123.

169 Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 1; Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 116; Lieder, Aufsichtsrat, 125.

170 So – rückblickend vom Standpunkt des Jahres 1937 – Klausning, Aktiengesetz 1937, Teil A Rn. 9 S. 10f; Lieder, Aufsichtsrat, 102, 124; Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 23–24.

171 Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 2; Zahlenbelege bei Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (268), dort Fn. 109; Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 55; Vervierfachung der Anzahl.

172 MüKoAktG/Habersack, Einleitung vor §§ 1–75 Rn. 17; MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 6.

173 Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 2.

174 Zum Zusammenhang zwischen Wegfall der Konzessionierung und wirtschaftlichem Aufschwung vgl. auch Bayer/Habersack/Lieder, Band I, 11. Kap. Rn. 118.

175 Vgl. MüHbGesRAG/Hoffmann-Becking, § 1 Rn. 6; Frankopan, 436f.

Reich nannte. Frankreich hatte erhebliche Reparationszahlungen zu leisten, die zum Boom beitrugen, weil sie die teilweise Golddeckung der Reichsmark („Goldmark“) ermöglichten und die Währung stabilisierte, vor allem aber den Kapitalmärkten billige Liquidität zuführten.¹⁷⁶ Der dritte Faktor bestand im Nachholbedarf, denn zwischen 1864 und 1871 war ein großer Teil der Industrieproduktion auf Rüstungs- und Kriegsgüter ausgerichtet gewesen, sodass nach der Reichsgründung überfällige zivile Vorhaben realisiert werden konnten. Das gegenüber der geographischen Ausdehnung des Norddeutschen Bundes vergrößerte Deutsche Reich war zudem ein einheitliches Zoll- und Handelsgebiet, was die unter dem Deutschen Zollverein noch bestehenden Handelsschranken beseitigte und belebenden Einfluss auf die Konjunktur hatte.

3. Bewertung: Konzessionserfordernis fällt, aber Selbstkontrolle findet nicht statt

Mit der 1. Aktienrechtsnovelle 1870 beseitigte der Gesetzgeber das Konzessionserfordernis, um die positiven Effekte der Liberalisierung, die von der Gewerbefreiheit bekannt waren, nunmehr auch im Bereich der Industrie zu erzielen. Die Einführung des obligatorischen Aufsichtsrats als Überwachungsorgan ist dabei die Kehrseite des Wegfalls staatlicher Aufsicht: Selbstverwaltung und Selbstkontrolle sollten an die Stelle der bisherigen Staatsaufsicht treten. In der Praxis implementierte der Gesetzgeber die Selbstkontrolle allerdings nur halbherzig: Schon die Einhaltung der Kapitalaufbringungsvorschriften war durch offensichtliche Umgehungsmöglichkeiten nicht sicher gewährleistet.¹⁷⁷ Vor allem aber war das Pflicht-Kontrollorgan Aufsichtsrat nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Der Aufsichtsrat hätte sich also selbst überwachen müssen, was die

176 Deutschland diktierte Frankreich nach dem Deutsch-Französischen Krieg (1870/1871) eine Reparationszahlung in Höhe von fünf Milliarden Francs in Gold. In Deutschland wurde dieses Gold eingeschmolzen und zu eigenen Münzen (der goldgedeckten Währung Mark) geprägt. Zur gleichen Zeit verkaufte Deutschland seine Silberbestände und kaufte weiteres Gold auf dem Weltmarkt zu. Vgl. Luther, Skandale der Finanzgeschichte, 48 – Sanierung Staatshaushalt führte zu massiven Zinssenkungen, zudem Rüstungsausgaben als Konjunkturprogramm.

177 Bayer/Habersack/Lieder, Band I Kapitel 10 Rn. 125.

Funktionsfähigkeit der – als Ersatz für staatliche Aufsicht eingeführten – Überwachung strukturell stark einschränkte.¹⁷⁸

Im Übrigen unterschätzte der Gesetzgeber, wie leicht die am Reißbrett entstandenen Vorschriften über die Organverfassung in der Praxis zu umgehen waren. Insbesondere verkannte er, dass zwischen konstituierender Generalversammlung (bestimmt von den Gründern) und den weiteren Generalversammlungen (bestimmt durch die späteren Aktionäre) keine Interessenidentität bestand, weshalb die Gründer einen Anreiz hatten, im Rahmen der konstituierenden Generalversammlung ihre Interessen satzungsmäßig zu perpetuieren. Hierfür boten sich zwei Varianten an: Entweder die Gründer machten den Aufsichtsrat zum Herrschaftsorgan der neuen Gesellschaft,¹⁷⁹ indem sie einen satzungsgemäß schwachen Vorstand mit einem starken, gründerfreundlichen, langfristig bestellten Aufsichtsrat kombinierten. Oder die Gründer erhoben den Vorstand zum faktischen Herrschaftsorgan der neuen Gesellschaft,¹⁸⁰ indem sie einen willfähigen Aufsichtsrat bestellten und den Vorstand langfristig und gründernah setzten. In beiden Fällen hatten die Gründer es in der Hand, durch Satzungsgestaltung den von ihnen gewünschten Status Quo auf lange Zeit festzuschreiben.¹⁸¹ Auch die für wenige, eng definierte Rechtsverletzungen eingeführten zivilrechtlichen und strafrechtlichen Haftungsregeln entfalten keine verhaltenssteuernde Wirkung für den Aufsichtsrat.

4. Zwischenergebnis: Pflichtaufsichtsrat überfordert

Die 1. Aktienrechtsnovelle von 1870 markierte eine ordnungspolitische Zeitenwende: Nach der bereits ein Jahr zuvor eingeführten Gewerbefreiheit war nun auch die Gründung von Kapitalgesellschaften nicht mehr von einer staatlichen Zulassung abhängig. Der Rückzug des Staates aus den privaten Gesellschaften – heute würde man ihn als Deregulierung bezeichnen – erfasste freilich nicht nur deren Gründung, sondern auch deren (ohnehin nur rudimentäre) Beaufsichtigung. Der bislang fakultative Aufsichtsrat, der – wo er überhaupt errichtet war – in der Tradition eines Ge-

178 Vgl. hierzu die spätere Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften vom 7. März 1884, zitiert nach: Schubert/Hommelhoff (Hrsg.), *Hundert Jahre Modernes Aktienrecht*, 459 rechte Spalte.

179 Lieder, *Aufsichtsrat*, 119ff.

180 Lieder, *Aufsichtsrat*, 121f.

181 Bayer/Habersack/Lieder, *Band I Kapitel 10 Rn. 124*; Lieder, *Aufsichtsrat*, 127.

schäftsführungsorgans stand, bekam nun auf dem Papier eine Fülle neuer Aufgaben. Hatte er zuvor ausschließlich die Interessen der Anteilseigner wahrgenommen, sollte er nach der Novelle von 1870 all jene Aufgaben im Bereich Gläubiger- und Anlegerschutz wahrnehmen, an denen zuvor bereits die staatliche Überwachung mehr oder weniger gescheitert war.

Dieser Erwartungsdruck musste den Aufsichtsrat als Institution überfordern. Schon allein der Umstand, dass ein Gremium, welches bislang eine exekutive Rolle spielte, nunmehr (auch) überwachen sollte, war neu. Zudem litt die Verlagerung der Überwachungsaufgaben auf den Aufsichtsrat an einem konzeptionellen Fehler: Denn die exekutive Rolle blieb dem Aufsichtsrat neben seinem neuen Überwachungsauftrag erhalten, so dass der (solchermaßen janusköpfige) Aufsichtsrat hätte kontrollieren müssen, was er zuvor selbst ins Werk gesetzt hatte. Dies war nicht ernstlich zu erwarten. Dass die Überwachung zudem nicht mehr nur den Interessen der Anteilseigner, sondern auch dem Schutz unternehmensexterner Dritter dienen sollte, war mit dem bisherigen Rollenbild der Aufsichtsräte vollends unvereinbar. Dass der von der Generalversammlung (langfristig) bestellte oder gewählte Aufsichtsrat im Konflikt zwischen Eigner- und Gläubigerinteressen kaum letzteren den Vorrang geben würde, versteht sich von selbst. Insoweit führte die Novelle von 1870 nicht zu einer Verlagerung der Aufgaben der staatlichen Betriebsüberwachung auf den Aufsichtsrat, sondern zu deren faktischer Abschaffung. Die Verhaltenssteuerung des Aufsichtsrats durch zivilrechtliche Haftung für bestimmte Pflichtverletzungen und strafrechtliche Sanktion bestimmter eng umgrenzter Tatbestände änderte daran nichts.

III. Die 2. Aktienrechtsnovelle 1884: Präzisierung ohne Fokussierung

Die Gründungswelle nach 1870 zeigte bald schon Anzeichen von Überhitzung: Im Zuge der Neugründungen wurde immer mehr privates Kapital investiert; parallel etablierten sich über 60 neue Banken. Mit dem rasanten Größenwachstum der Unternehmen stiegen die Kurse der Aktien an den Börsen – ein selbstverstärkender Effekt, denn mit steigenden Kursen wuchs wiederum das Vertrauen in die Kapitalmärkte, und immer mehr Menschen investierten in Aktien. Damit entstand sukzessive die Frage nach der Notwendigkeit von (Klein-)Anlegerschutz.¹⁸²

182 Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 89.

1. Auslöser: Gründerkrach, Aktienschwindel und Kleinanlegerschutz

Anders als in der Vergangenheit, als der Aktienhandel noch eine Domäne wohlhabender Investoren gewesen war, wurde die entstehende Spekulationsblase nunmehr auch von Kleinanlegern befeuert, die nicht selten ihre Ersparnisse vollständig in Aktien angelegt hatten. Die Bewertung vieler Aktien entfernte sich dadurch erheblich von den wirtschaftlichen Fundamentaldaten der jeweiligen Unternehmen. Durch die Kreditschwemme nach dem Deutsch-Französischen Krieg standen Fremdkapitalfinanzierungen für Investitionen nahezu beliebig zur Verfügung; nicht jede kreditfinanzierte Investition war in dieser Zeit von fundierten Amortisationsplänen gedeckt. In der Folge kam es zu Überkapazitäten und Überproduktion.¹⁸³ Ab Mai 1873 brach der Absatz ein, die Industrieproduktion sank, die Großhandelspreise gingen um ein Drittel zurück, die Preise für Investitionsgüter um die Hälfte. Mit Gewinnen und Dividenden sanken auch die Aktienkurse,¹⁸⁴ und in der anschließenden Konsolidierungsphase, die unter dem Namen „Gründerkrise“ in die Geschichtsbücher eingehen sollte, brachen viele der neu gegründeten Gesellschaften zusammen.¹⁸⁵ Zahllose Anleger verloren ihr Geld, einige ihr Vermögen.¹⁸⁶ Bei der Aufarbeitung der Zusammenbrüche zeigte sich, dass der bei der Novelle 1870 bereits erwartete Aktienschwindel¹⁸⁷ tatsächlich eingetreten war. Die Hoffnung, der Aufsichtsrat werde anstelle der weggefallenen staatlichen Aufsicht nach dem Ende des Konzessionssystems für rechtmäßige Verhältnisse sorgen, hatte sich nicht erfüllt.¹⁸⁸

Der erste Grund hierfür war die Möglichkeit zu Agiotage-Geschäften bei der Sukzessivgründung:¹⁸⁹ Art. 222 Nr. 2 ADHGB gestattete die Zeich-

183 Zu den Ursachen der Gründerkrise weiterführend Ullmann, Das Deutsche Kaiserreich 1871–1918, 60, der darauf hinweist, es handle sich eher um eine Krise der gewerblichen Wirtschaft, die einzelne Branchen zu verschiedenen Zeitpunkten erfasst habe. Vgl. ferner Luther, Skandale der Finanzgeschichte, 47ff, 50, der die Periode als „Flegeljahre des Kapitalismus“ bezeichnet.

184 Ullmann, Das Deutsche Kaiserreich 1871–1918, 60f.

185 Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 55: Jede dritte Neugründung verschwand durch Liquidation, jede 13. Neugründung durch Konkurs.

186 MüKoAktG/Habersack, Einleitung vor §§ 1–75 Rn. 17; Luther, Skandale der Finanzgeschichte, 49f – Ende der „Dienstmädchenhause“.

187 Nachweise hierzu oben in Anm. 162.

188 Reich, Ius Commune II (1969), 239 (267f); Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 56.

189 Dazu Bayer/Habersack/Pahlow, Band I Kapitel 8 Rn. 79; Reich, Ius Commune II (1969), 239 (267); Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 75ff.

nung einer Aktie bereits dann, wenn nur ein (landesabhängig zwischen 25% und 40% liegender)¹⁹⁰ Teilbetrag des darin verbrieften Grundkapitals eingezahlt war (bei aufgeschobener Zahlung des Restbetrages). Damit bestand für Gründer die Möglichkeit, zwar Aktien selbst zu zeichnen, diese aber nur teilweise einzubezahlen. Sobald externe Aktionäre einbezahlt hatten und die Aktie an der Börse gehandelt wurde, konnten die Gründer ihre (nicht bezahlten) Aktien dort verkaufen und mit dem Erlös die noch ausstehende Einlage nachzahlen (sog. Liberationsmöglichkeit).¹⁹¹ In der Erwartung von Kursen über dem Nominalbetrag konnten Gründer so hoffen, ihre Einlage durch Nachzahlung aus späteren Spekulationserlösen erbringen zu können. Als die Spekulationsblase platzte und Aktien unter den Nennbetrag fielen, erwiesen sich die Nachzahlungsansprüche gegen die Gründer wertlos.¹⁹²

Zum Zweiten war es zu Betrugereien durch nicht eingezahltes Grundkapital gekommen, wenn der „Nachweis“ der Einzahlung arglistig nicht mit Eigen-, sondern mit Fremdkapital geführt wurde, welches alsbald wieder an eine darlehensgebende Bank zurückgeführt wurde.¹⁹³

Drittens war es in Ermangelung von Vorschriften über die Bewertung von Sachkapitaleinlagen für Gründer leicht, Sacheinlagen zu einem überhöhten Wert in die Gesellschaft einzubringen.¹⁹⁴ Damit wurde Grundkapital naturgemäß nur auf dem Papier generiert; eine werthaltige Vermögensmasse der Gesellschaft entstand aber ebenso wenig wie eine Haftungsmasse für deren Gläubiger. Eine ähnliche Möglichkeit bestand bei Bargründungen, wo die Initiatoren die Einlagen der übrigen Anleger im Wege an-

190 Vgl. Art. 222 Nr. 2 und 3 ADHGB sowie den in der Novelle 1870 neu hinzugefügten letzten Absatz, der eine Öffnungsklausel zugunsten bestehender landesgesetzlicher Regelungen enthielt.

191 Details bei Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (268f).

192 Zumal die (rechtswidrige) Praxis bestand, zwischen Gesellschaft und Gründer zu vereinbaren, dass die versprochenen Einlagen nicht (oder erst nach erfolgreicher Börsenplatzierung) eingefordert werden dürften, vgl. Hommelhoff, *Eigenkontrolle statt Staatskontrolle*, 75.

193 Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 2, dort Fn. 9. Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (267) weist darauf hin, dass eine Gründungsprüfung trotz internationaler Vorbilder nicht eingeführt wurde.

194 Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 2; Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (267, 269); Hommelhoff, *Eigenkontrolle statt Staatskontrolle*, 64 („Illationsgeschäft“).

geblichen „Gründungsaufwands“ weitgehend ungehindert in die eigenen Taschen lenken konnten.¹⁹⁵

Schlussendlich hatten die Kapitalanleger keine Gewähr dafür, dass die Gründer die unternehmerischen Chancen der Gesellschaft hinreichend geprüft (oder auch nur nicht erfunden) hatten. Sogar „Leergründungen“ ohne ernstzunehmende wirtschaftliche Absichten mit dem (alleinigen oder primären) Ziel, Aktien als Börsenware zu schaffen und zu verkaufen, waren möglich.¹⁹⁶

Schon Ende 1872 galten die Entwicklungen im Aktienwesen und an der Börse als kritisch.¹⁹⁷ Erstmals wurde die Frage aufgeworfen, ob (und in welcher Form) Gläubiger und Aktionäre staatlichen Schutzes bedürfen. Am Vorabend der eigentlichen Gründerkrise, spätestens aber ab dem Berliner Börsenkrach vom Oktober 1873, der als „spektakuläres Zeichen für den konjunkturellen Umschwung“¹⁹⁸ galt, entstand eine breite Diskussion darüber, ob angesichts der „Mißbräuche“ und „Uebelstände“¹⁹⁹ ein Reformbedürfnis in Ansehung des liberalisierten Aktienwesens bestehe.²⁰⁰

2. Zehn Jahre Reformdiskussion; Selbsthilfe vs. Staatshilfe

Die negativen Erfahrungen der Gründerzeit²⁰¹ lösten zwar eine Reformdiskussion aus, diese kam jedoch nur schleppend in Gang und zog sich fast ein Jahrzehnt hin.²⁰² Sie betraf im Ausgangspunkt die Notwendigkeit von Aktionärsschutz und im weiteren Sinne das Verhältnis zwischen Staatshilfe und Selbsthilfe und die dahinter stehende Abwägung zwischen Freiheit

195 Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 64; Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (269).

196 Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 56, 65.

197 Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 4.

198 Dazu Ullmann, *Das Deutsche Kaiserreich 1871–1918*, 60.

199 So die Formulierung des Abgeordneten Lasker in einer Interpellation von 1873 im Deutschen Reichstag, zitiert nach: Schubert/Hommelhoff, Einleitung, 7f; Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 2.

200 Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 2.

201 Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 56; Klausning, *Aktiengesetz 1937*, Teil A Rn. 11 S. 11; Reich, *Ius Commune* II (1969), 239 (270f). Rudolf von Jhering soll 1875 sogar konstatiert haben, die Aktiengesellschaften hätten sich „unter den Augen des Gesetzes in organisierte Raub- und Betrugsanstalten verwandelt“, vgl. Zöllner, *AG* 39 (1994), 336 m. w. N.

202 Zum Verlauf Bayer/Habersack/Hofer, Band I Kapitel 11 Rn. 1–10; Hommelhoff, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, 57ff.