

ZWINGENDES GESELLSCHAFTSRECHT

von *Leonhard Hübner*

INHALT: I. Märkte machen Recht. – II. *Numerus clausus* im Gesellschaftsrecht. – III. Satzungsstrenge bei der AG. – IV. Präventiver Paternalismus als Rechtfertigung der Satzungsstrenge. – V. Zusammenfassung in Thesen.

I. *Märkte machen Recht*. – Märkte machen Recht¹. Dieser Satz gilt wie kein anderer für das Gesellschafts- und Unternehmensrecht². Er ist auch Ausdruck eines liberalen Verständnisses von Privatrecht. Dieses Dogma gilt umso mehr im Wirtschaftsrecht. In einem solchen Koordinatensystem steht jede Einschränkung der Vertragsfreiheit unter dem Druck der Rechtfertigung. Hinzu kommt, dass die Marktöffnung durch das Unionsrecht auch für Vertragsfreiheit streitet; die Privatautonomie, die die Vertragsfreiheit umfasst, stellt ein ungeschriebenes Unionsgrundrecht i.S.v. Art. 6 Abs. 3 EUV dar³.

Um das Thema sinnvoll einzugrenzen, möchte ich mich auf die AG beschränken. Während das Recht der Personengesellschaften wie GbR, oHG und KG sowie bei der GmbH als der kleinen Kapitalgesellschaft, weitestgehend liberal ausgestaltet ist, gilt bei der AG die Satzungsstrenge. Damit ist eigentlich eine Gesetzesstrenge gemeint. Die Satzung darf gerade nicht von dem Gesetz abweichen.

Neben der Satzungsstrenge des Aktienrechts kennt das Gesellschaftsrecht noch ein weiteres Prinzip, das die Vertragsfreiheit beschränkt, den *numerus clausus* der Gesellschaftsrechte. Auf diese beiden Prinzipien möchte ich im Folgenden eingehen.

¹ Der Autor dankt *Francesco Bordiga* und *Hannes Wais* für die freundliche Einladung zu der Konferenz in der Villa Vigoni im November 2019. Die Vortragsform wurde beibehalten.

² *Ebke*, Märkte machen Recht – auch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, in: FS Lutter, 17 ff.

³ BeckOGK/*Herresthal*, 01.01.2021, BGB § 311 Rn. 13; *Ebke*, *RabelsZ* 62 (1998), 195 ff.; vgl. auch *Ruffert* in *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 16.3 Rn. 12; *Calliess/Ruffert/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 16 GRCh Rn. 2; ausf. *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43 (55 ff.).

II. Numerus clausus im Gesellschaftsrecht. – Der *numerus clausus* im Gesellschaftsrecht besagt, dass es nur bestimmte Gesellschaftstypen im deutschen Recht gibt. Es herrscht der gesellschaftsrechtliche Typenzwang⁴. Die inhaltliche Ausgestaltung der jeweiligen Gesellschaftsform ist hingegen den Gesellschaftern überlassen, so dass sie die Gesellschaft an ihre Vorstellungen anpassen können.

Eine Typenfixierung, wonach die vorhandenen Gesellschaftsformen nicht bzw. nur in engen Grenzen abgeändert werden können, kennt das Gesellschaftsrecht also im Grundsatz nicht. Insofern besteht gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit. Dies ist ein Unterschied zum deutschen Sachenrecht. Das bekannteste Beispiel ist die aus steuerlichen Erwägungen entstandene GmbH & Co. KG, die von *Wiedemann* auch als „unser Delaware“⁵ bezeichnet worden ist.

Welche Rolle kann nach alledem zwingendes Recht im Gesellschaftsrecht spielen?

Zwingendes Recht dient nicht nur der Bindung der Akteure, sondern kann auch eine „*enabling function*“⁶ (Ermöglichungsfunktion) haben. Zwingendes Recht kann die Vertragsfreiheit erleichtern, indem sie den Beteiligten hilft, die von ihnen angebotenen Bedingungen zu signalisieren und sie an diese Bedingungen zu binden⁷. Das deutsche Gesellschaftsrecht setzt dies dergestalt um, dass es Gesellschaftsformen zur Verfügung stellt, die zu einem bestimmten Grad nicht flexibel sind; gleichzeitig bietet das deutsche und das europäische Recht aber die Wahl zwischen verschiedenen Gesellschaftsformen. Gesellschaftsgründer, die an einem flexiblen Regime interessiert sind, können zwischen den Rechtsformen wählen. Darauf ist zurückzukommen.

Ausnahmsweise kennt das deutsche Gesellschaftsrecht aber doch eine Typenfixierung, nämlich in seinem „Mutterschiff“, dem Recht der AG gemäß § 23 Abs. 5 AktG. Darauf liegt der Fokus der folgenden Ausführungen.

⁴ Grundlegend *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 5 III 1 c; vgl. auch *Reuter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973, passim; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, passim; *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 2004, S. 223 ff.; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2019, § 2 Rn. 14; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 45 Rn. 1.

⁵ *Wiedemann*, in: Lutter/ders., Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, S. 1, 14.

⁶ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: Kraakman et al., The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 1, 18 f.; *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673 (707), der daneben die *regulatory function* (Verhaltenssteuerung verbandsrechtlicher Bezugsgruppen) als zweite Funktion einbezieht; vgl. für das US-amerikanische Gesellschaftsrecht *Eisenberg*, 9 Colum. L. Rev. 1253 (1999).

⁷ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: Kraakman et al., The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 1, 18 f.

III. *Satzungsstrenge bei der AG.* – § 23 Abs. 5 S. 2 AktG lautet: „Die Satzung kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist“.

1. *Historie der Satzungsstrenge bei der AG.* – Das Prinzip der Satzungsstrenge ergibt sich aus der – hier nur zu skizzierenden – historischen Entwicklung in Deutschland. Die Satzungsstrenge bei der AG löste das Oktroi-System und das später geltende Genehmigungssystem ab, mit dem sich der Staat weitreichende Einflussrechte auf die Gestaltung der Satzung der AG sicherte⁸. Grund für die Aufgabe des Oktroi-Systems war, dass die staatliche Aufsicht ihren Aufgaben zum Schutz der Aktionäre nicht ausreichend nachgekommen ist⁹. An Stelle der staatlichen Aufsicht trat 1870 das heute geltende System der Normativbestimmungen. Mit dem Systemwechsel stellte das Gesetz nur noch Mindestanforderungen auf; diese Anforderungen müssen erfüllt sein, damit den Gründern ein Rechtsanspruch auf Eintragung der Gesellschaft entsteht¹⁰. Die Satzungsstrenge führte der Gesetzgeber dann in der Aktienrechtsreform 1965 in dem Glauben ein, die damalige h.L. zu normieren¹¹. Als Grundlage gilt eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1900¹².

2. *Zweck der Satzungsstrenge bei der AG.* – Der Satzungsstrenge werden verschiedene präventive Schutzfunktionen zugeschrieben. Sie dient zum einem dem Gläubigerschutz. Dabei geht es nicht nur um die Sicherstellung von Haftkapital durch Kapitalschutzregeln, sondern auch um verlässliche Organisationsstandards¹³ wie zwingende Vertretungsregeln (Gesamt- oder Einzelvertretung gemäß § 78 AktG, je nach Satzung).

⁸ *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, 2007, S. 995, 998 ff.; vgl. MüKoAktG/Habersack, 5. Aufl. 2019, Einl. Rn. 12 ff.; *Hoffmann-Becking*, in: MHD B AG, 5. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1 ff.; *Hopt*, in: Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, 123 ff.; *Großfeld*, Die rechtspolitische Beurteilung der Aktiengesellschaft im 19. Jahrhundert, 1979, S. 238.

⁹ *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, 995, 1004 f.; vgl. auch *Schubert*, ZGR 1981, 285, 288.

¹⁰ *Koch*, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2019, § 26 Rn. 16 ff., 17; *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, 995, 1006; vgl. auch *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006, § 10 II.

¹¹ *RegBegr Kropff* S. 44; *Großkomm AktG/Fischer*, 2. Aufl. 1961, § 16 Anm. 18; *Hirte*, in: Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, 61, 63; *Schlegelberger/Quassowski AktG 1937* § 16 Anm. 27; zur Entwicklung s. *Spindler* in Bayer/Habersack AktienR im Wandel Bd. II, 2007, S. 995, 998 ff.; krit. *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang: Venture Capital in Deutschland und den USA, 2016, S. 437.

¹² RGZ 49, 77, 80; ferner RGZ 65, 91, 92; vgl. dazu *Spindler*, AG 2008, 598 ff.; *Bayer*, Gutachten 67. DJT, 2008, E 29 ff.; *BeckOGK/Limmer*, 01.07.2020, AktG § 23 Rn. 46.

¹³ *Hüffer/Koch*, AktG, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 34; *BeckOGK/Limmer*, AktG § 23 Rn. 46; *K. Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 53.

Die Satzungsstrenge dient vor allem dem Minderheitenschutz, indem Kleinaktionäre vor unliebsamen Überraschungen in der Satzung geschützt werden. Im Sinne des Anlegerschutzes werden die Regeln für die Beteiligung an Aktiengesellschaften standardisiert, so dass die Handelbarkeit der Aktie gestärkt wird; andernfalls wäre der Börsenhandel deutlich limitierter, falls „sich jeder Aktionär zuvor anhand der Satzung über die Verfassung der Gesellschaft im Einzelnen vergewissern müsste“¹⁴. Ferner werden auch Informationsgefälle, ökonomisch Asymmetrien, zwischen Gesellschaft und potentiellen Aktionären überwunden; die Satzungsstrenge reduziert damit Transaktionskosten¹⁵. Schließlich dient die Satzungsstrenge dem Schutz der Arbeitnehmer, da sie auch der Absicherung der unternehmerischen Mitbestimmung und damit der Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat dient.

3. *Beispiele für die Satzungsstrenge bei der AG.* – Die Satzungsstrenge gilt nahezu im gesamten Aktienrecht¹⁶. Sie betrifft vor allem die Vorschriften über Zuständigkeiten, Zusammensetzung und innere Organisation der Organe, aber auch Vorschriften über Minderheitsrechte und die Sorgfaltspflichten der Leitungsorgane¹⁷.

Zentrale Beispiele für die Satzungsstrenge bilden die zwingende Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, sofern bestimmte Arbeitnehmerschwellen überschritten werden¹⁸. Ein anderes Beispiel bilden die Vertretungsregeln: So kann beispielsweise nur der Vorstand die AG nach außen vertreten oder nur der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit (nicht der AR-Vorsitzende) die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand vertreten. Ferner ist zwingend bei der AG ein Aufsichtsrat zu bilden. Es gibt bei der AG also nur eine dualistische Leitungsstruktur mit Vorstand und Aufsichtsrat.

4. *Kritik der Satzungsstrenge.* – Das Konzept der Satzungsstrenge hat unter den deutschen Gesellschaftsrechtlern – wenig überraschend – nicht nur große

¹⁴ So MüKoAktG/Pentz, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 158; vgl. auch Assmann, ZBB 1989, 49, 59 ff.; Habersack, AG 2009, 1, 8; Koch, AG 2015, 213; BeckOGK/Limmer, AktG § 23 Rn. 46; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 53.

¹⁵ Kölner Komm AktG/Arnold, § 23 Rn. 130; Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 34; Grigoleit/Vedder, AktG, 2. Aufl. 2020, § 23 Rn. 36.

¹⁶ Hirte, in: Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, 61, 82; BeckOGK/Limmer, AktG § 23 Rn. 47; GK-AktG/Röhrich/Schall, Stand: 01.03.2016, § 23 Rn. 173.

¹⁷ Bayer, Gutachten 67. DJT, 2008, E 28; Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 36; Kölner Komm AktG/Arnold, § 23 Rn. 139 ff.

¹⁸ Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 36; MüKoAktG/Pentz, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 164; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 55.

Freunde. *Holger Fleischer* etwa bezeichnet die Satzungsstrenge als Prokrustesbett¹⁹.

„In seiner Weltgeschichte berichtet der altgriechische Geschichtsschreiber Diodor (1. Jahrhundert v. Chr.) über den Unhold und Wegelagerer Prokrustes (griech. ‚Strecker‘):

Er sei ein „von Theseus bewältigter Räuber [gewesen], der alle, die in seine Hände fielen, auf ein Bett legte. Waren sie zu kurz, ‚streckte‘ er sie mit dem Hammer; waren sie zu lang, kürzte er sie mit Gewalt“²⁰.

Für die Aktionäre einer AG stellt die Satzungsstrenge ein allzu strenges Schema dar, in das sie hineingepresst werden, ohne dass sie es für ihre Bedürfnisse anpassen können. Ihnen wird also Gewalt angetan.

Hans-Jürgen Mertens hat die Satzungsstrenge noch deutlicher kritisiert: Historiker würden in 200 Jahren rätseln, ob die Satzungsstrenge ein Produkt der BRD oder der DDR gewesen wäre²¹.

5. Praxis: *Überwindung der Satzungsstrenge durch Nebenabreden* – a) *Inhalt und Gründe für Nebenabreden*. – Die Praxis hat recht schnell die Lehren aus der Satzungsstrenge gezogen. Sie behilft sich mit schuldrechtlichen Nebenabreden, die als eigenständige Verträge neben der Satzung stehen. § 23 Abs. 5 AktG ist auf schuldrechtliche Nebenabreden nicht anwendbar²². Somit kann die Praxis die Satzungsstrenge überwinden²³.

Nebenabreden sind aus Sicht der aktuellen Gesellschafter zulässig, „weil Gesellschafter frei über die Folgewirkungen ihrer Mitgliedschaft disponieren können“²⁴. Für künftige Gesellschafter sind sie auch akzeptabel, da sie nicht daraus verpflichtet sind, es sei denn sie beteiligen sich daran²⁵. Die nichtbeteiligten Gesellschafter werden vor allem durch das allgemeine Zivilrecht und den Grundsatz der Relativität geschützt²⁶. Einen Vertrag zu Lasten Dritter akzep-

¹⁹ *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 687.

²⁰ Brockhaus, 1956, Stichwort: Prokrustes.

²¹ *Mertens*, ZGR 1994, 426, 428 f.; vgl. auch *Hommelhoff*, ZGR Sonderheft 12 (1994), 65, 66.

²² BGH NJW-RR 2013, 410 Rn. 11; vgl. auch BGH, NJW 1987, 890; NJW 1994, 2536; NJW 2009, 669; OLG Karlsruhe, WM 1990, 725; GK-AktG/Röhricht/Schall, § 23 Rn. 328 ff.; *Hüffer/Koch*, AktG, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 45 ff.; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 64 ff.; MüKoAktG/Pentz, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 196; BeckOGK/Limmer, AktG § 23 Rn. 60; Kölner Komm AktG/Arnold, 3. Aufl. 2010, § 23 Rn. 172 ff.; *Mayer*, MittBayNot 2006, 281, 285; *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994, S. 113 ff.

²³ GK-AktG/Röhricht/Schall Rn. 297; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 65; *Grigoleit/Vedder*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 23 Rn. 44; *Koch*, AG 2015, 213 ff.

²⁴ *Grigoleit/Vedder*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 23 Rn. 9, 44.

²⁵ *Grigoleit/Vedder*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 23 Rn. 44.

²⁶ *Hüffer/Koch*, AktG, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 46; MüKoAktG/Pentz, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn.

tiert das Zivilrecht nicht²⁷. Bei den Nebenabreden wird es sich i.Ü. häufig um eine Innen-GbR handeln, da sich mehrere Gesellschafter zu einem gemeinsamen Zweck zusammenschließen und sich der Förderung des gemeinsamen Zwecks, zumeist der Sicherung stärkeren Einflusses in der AG, verpflichtet haben²⁸.

Warum gibt es aber solche Nebenabreden? Nebenabreden sollen sicherzustellen, dass die Aktien von Familienunternehmen in Familienhand bleiben²⁹ oder zumindest eine personalistische Struktur absichern³⁰. Ferner können sich nur bestimmte Gesellschafter aneinander per Nebenabrede binden. Schließlich kann ein Interesse an Heimlichkeit in Bezug auf die Inhalte der Nebenabrede bestehen; dies gilt gerade, wenn entsprechende Vereinbarungen nur den Beteiligten bekannt sind und sein sollen³¹.

b) *Zwei Beispiele für Nebenabreden – aa) Einschränkung der Übertragung von Aktien*

Das erste Beispiel für Nebenabreden betrifft die Verabredung zur Einschränkung der Übertragung von Aktien, sog. Vinkulierung (Anlegen von Fesseln) (italienisch: *vincolo*). Darin vereinbaren die Gesellschafter häufig Andienungspflichtigen bzw. Vorerwerbs- und Vorkaufsrechte (*tag along / drag along / Russian Roulette-Klauseln*)³². Bei diesen Regeln besteht für die Parteien weitgehende Vertragsfreiheit³³. Solche Klauseln dienen der Auflösung der Selbstblok-

198; GK-AktG/Röhrich/Schall, § 23 Rn. 328 ff.; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 66.

²⁷ BGH NJW 1995, 3183, 3184; NJW 1974, 96; NJW 1972, 942; NJW 1970, 2157; Staudinger/Klumpp, 2015, Vor § 328 Rn. 53 ff.; MüKoBGB/Gottwald, 8. Aufl. 2019, § 328 Rn. 261 ff.; BeckOGK/Mäsch, 01.10.2020, BGB § 328 Rn. 123 unter Hinweis auf die negative Vertragsfreiheit, die Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ist.

²⁸ Vgl. für Stimmrechtskonsortien BGHZ 179, 13 Rn. 14; Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 133 Rn. 26.

²⁹ Wiedemann, in: Lutter/ders., Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, 1, 30; BeckOGK/Limmer, AktG § 23 Rn. 60.

³⁰ Cziupka/Kliebisch, BB 2013, 715; Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 45; BeckOGK/Limmer, AktG § 23 Rn. 60; MüKoAktG/Pentz, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 197; Schatz, FS E. Vetter, 2019, 681, 687 ff.

³¹ K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 65; Grigoleit/Vedder, AktG, 2. Aufl. 2020, § 23 Rn. 9; GK-AktG/Röhrich/Schall Rn. 298; vgl. zu typischen Erscheinungsformen Mayer, MittBayNot 2006, 281, 283 ff.; Hoffmann-Becking, ZGR 1994, 442 ff.

³² Fleischer, DB 2012, 961 ff.; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 64.

³³ Vgl. dazu Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 ff.; zu einer Russian Roulette-Klausel OLG Nürnberg, NZG 2014, 22 ff.; Schroeder/Welpot NZG 2014, 609 ff.; Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 45; diff. Schmolke, ZIP 2014, 897, 902; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, GesR, 4. Aufl. 2019, 84 AktG Rn. 4; Schulte/Sieger, NZG 2005 24 ff.; Fleischer/Schneider, DB 2010, 2713 ff.

kade der Gesellschaft infolge eines Streits der beteiligten Gesellschafter. Wie beim *Russian Roulette* ist dabei der Ausgang unvorhersehbar.

In Deutschland ist bei einer AG eine Vinkulierung von Anteilen gemäß § 68 AktG nur für Namensaktien in der Satzung möglich. Namensaktien sind Aktien, auf denen der Namen steht. Anders ist dies bei den bisher noch überwiegenden anonymen Inhaberaktien. Bei diesen können Vinkulierungen nur im Wege einer Nebenabrede getroffen werden. Dies führt dazu, dass bei vinkulierten Namensaktien der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen ist, bei Inhaberaktien hingegen nicht. Hier ist ein gutgläubiger Erwerb möglich; als einzigen Schutz erhält der Vertragspartner Schadenersatz.

bb) *Stimmbindungsvereinbarungen*

Das zweite Beispiel sind Stimmbindungsvereinbarungen. Dabei handelt es sich um Vereinbarungen zwischen Aktionären, wie Stimmrechte gemeinsam in bestimmten Situationen ausgeübt werden. Sie sind zwar in die Satzung inkorporierbar, aber in der Regel besteht kein Interesse an deren Veröffentlichung. Anders als bei einer Satzungsregelung besteht auch eine höhere Flexibilität bei nachträglichem Änderungswunsch³⁴. Ihr Zweck liegt in der Einflussssicherung (z.B. in Familiengesellschaften oder gegenüber dem Treuhänder) sowie der Durchsetzung gleichgerichteter wirtschaftlicher Interessen³⁵.

Sie sind zulässig, da auch hier weitgehende Vertragsfreiheit besteht (Abstimmungsfreiheit des Aktionärs³⁶)³⁷. Im Übrigen wird die Zulässigkeit von Stimmbindungsvereinbarungen aufgrund eines Rückschlusses aus § 136 Abs. 2 und § 405 Abs. 3 Nr. 6 und 7 AktG bejaht³⁸. § 136 Abs. 2 verbietet dem Aktionär nur, sein Stimmrecht an Weisungen der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder nach Weisung eines abhängigen Unternehmens auszurichten; damit soll ein übermäßiger Einfluss des Vorstands auf

³⁴ MüKoAktG/Pentz, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 197; vgl. auch Mayer, MittBayNot 2006, 281, 285 ff.

³⁵ BGHZ 123, 226, 234; BGHZ 179, 13 Rn. 14 = NZG 2009, 183, 184; Ulmer, FS Hommelhoff, 2012, 1249, 1253 f.; Hoffmann-Becking, in: MHdB AG, § 39 Rn. 45 ff., 48; MüKoAktG/Arnold, 4. Aufl. 2018, § 136 Rn. 62; ausführlich zu Motiven für Stimmbindungsverträge Rode mann, Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Deutschlands, Englands, Frankreichs und Belgiens, 1998, S. 6 ff.

³⁶ BeckOGK/Rieckers, 01.06.2021, AktG § 136 AktG Rn. 52.

³⁷ RGZ 133, 90; BGHZ 48, 163, 166 ff.; BGH NJW 1983, 1910, 1911; BGH NJW 1987, 1890, 1892; BGH WM 2009, 231; OLG Hamm OLGR 1995, 245; OLG Karlsruhe OLGR 1999, 358; OLG Köln WM 1988, 974; OLG Oldenburg AG 2006, 724, 725; LG Konstanz BeckRS 2014, 15594; KölnKommTröger, 3. Aufl. 2017, § 136 AktG Rn. 114; Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 133 Rn. 25; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 21 II 4 a; Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994, S. 66 ff.

³⁸ Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 133 Rn. 27; Grigoleit/Herrler, AktG, 2. Aufl. 2020, § 136 Rn. 29.

die kapitalgebenden Aktionäre vermieden und die gesetzliche Konzeption der Organzuständigkeiten erhalten werden³⁹. Ferner stellen Stimmenkauf und -verkauf eine OWiG gemäß § 405 AktG dar. Schutzgut sind die Vermögensinteressen der Gesellschaft und der anderen Aktionäre⁴⁰. Im Fall von Stimmenverkauf oder Stimmenkauf bilden für den Aktionär nicht die Interessen der Gesellschaft, sondern seinen eigenen Interessen den Handlungsmaßstab, so dass Vermögensrisiken für die Gesellschaft entstehen⁴¹. Da das Gesetz also nur diese beiden Verbote über Stimmrechtsvereinbarungen kennt, sind Stimmrechtsvereinbarungen i.Ü. im Grundsatz zulässig.

6. *Auswirkungen der Liberalisierungstendenzen auf die Satzungsstrenge.* – Neben dem *work around* der Nebenabreden gerät die Satzungsstrenge aber auch durch zwei Entwicklungen, die vom Europäischen Recht ausgehen, unter Druck⁴²: Erstens durchdringt das europarechtlich zunehmend harmonisierte, zwingende Kapitalmarktrecht immer mehr das Gesellschaftsrecht. Daher taucht die Frage auf, ob das Kapitalmarktrecht den Anleger nicht ausreichend schützt. Zweitens zeigen sich die Liberalisierungstendenzen im Unionsrecht vor allem durch die *Golden Shares*-Rechtsprechung zu der Kapitalverkehrsfreiheit⁴³. Demgegenüber ist die zur Anerkennung von EU-Auslandsgesellschaften⁴⁴ auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit für die AG weniger relevant, weil die Finanzverfassung der AG unionsweit harmonisiert ist⁴⁵.

a) *Ersatz durch Kapitalmarktrecht?*

Auch wenn die Regulierung durch Kapitalmarktrecht einen Anlegerschutz zu gewähren vermag, betrifft dieser regelmäßig die Investitionsentscheidung vor/bei Eintritt in Gesellschaft⁴⁶. Die Satzungsstrenge als gesellschaftsrechtliches Konzept regelt die Wahrnehmung der mitgliedschaftlichen Befugnisse

³⁹ MüKoAktG/Arnold, 4. Aufl. 2018, § 136 Rn. 76; Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 136 Rn. 25; vgl. auch Grigoleit/Herrler, AktG, 2. Aufl. 2020, § 136 Rn. 30, 32.

⁴⁰ BeckOGK/Hefendehl, 19.10.2020, § 405 AktG Rn. 165; MüKoAktG/Schaal, 5. Aufl. 2019, § 405 Rn. 146.

⁴¹ BeckOGK/Hefendehl, 19.10.2020, § 405 AktG Rn. 165.

⁴² Habersack, AG 2009, 1, 6: „Anpassungs- und Reformdruck erfährt das deutsche Aktienrecht sodann durch das europäische Recht.“

⁴³ Grundmann/Möslein, ZGR 2003, 317, 346 ff.; vgl. auch Fleischer, ZHR 168 (2004), 673, 691 f.

⁴⁴ Vgl. nur Gehrlein/Born/Simon/Hübner, GmbHG, 4. Aufl. 2019, Int. GesR, Rn. 15 ff.; MüKoGmbHG/Weller, 3. Aufl. 2018, Einl. Int. GesR, Rn. 350 ff.; Scholz/H. P. Westermann, GmbHG, 12. Aufl. 2018, Anhang 4a Rn. 16 ff.

⁴⁵ Habersack, AG 2009, 1, 6.

⁴⁶ Habersack, AG 2009, 1, 8.

nach dem Eintritt in die Gesellschaft⁴⁷. Sie betrifft damit einen anderen Zeitpunkt als die kapitalmarktrechtlichen Regelungen. Das Aktienrecht stellt also sicher, dass die Aktionäre nach ihrer Anlageentscheidung nicht enttäuscht werden⁴⁸. Es ist in den Worten *Mülberts*: ein ex post-Anlegerschutz⁴⁹. Das Kapitalmarktrecht ist also kein Ersatz für die Satzungsstrenge⁵⁰.

b) *Aufweichung durch Grundfreiheiten*

Im Zuge der *Golden Shares*-Diskussionen ist auch die Diskussion um die Vereinbarkeit der Satzungsstrenge mit den Grundfreiheiten aufgekommen⁵¹. Konkret geht es um die Frage, ob die Satzungsstrenge mit der Kapitalverkehrsfreiheit oder der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist. Einerseits könnte es sich um Tätigkeitsausübungsregel handeln, die im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit gegen die Eröffnung des Schutzbereichs sprechen könnte⁵². Dies wird u.a. damit begründet, dass es sich im Fall zwingenden Aktienrecht nicht um eine „klassische Marktzugangssperre nach dem Muster der Goldenen Aktien“⁵³ handelt. Sofern man die Eröffnung des Schutzbereichs bejaht, könnte die Satzungsstrenge womöglich auch durch Gläubiger- und Arbeitnehmer- und Gesellschafterschutz gerechtfertigt werden. Ob die generelle Satzungsstrenge allerdings erforderlich im Sinne der *Gebhard*-Formel des EuGH ist, erscheint zweifelhaft⁵⁴. Richtigerweise sollte das deutsche Recht die flexiblere Lösung des italienischen Rechts wählen. Dieses erklärt nur einzelne Vorschriften für zwingend⁵⁵.

⁴⁷ *Habersack*, AG 2009, I, 8.

⁴⁸ *Hirte*, in: Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, 61, 82.

⁴⁹ *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 1995, S. 116 ff.

⁵⁰ *Habersack*, AG 2009, I, 8 f.; vgl. auch *Mertens*, ZGR 1994, 426, 431 f.; *Spindler*, AG 2008, 597, 600 f.

⁵¹ *Schön*, ZHR 160 (1996), 221, 248; *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317, 346 ff.; vgl. auch *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 690 ff.; *Spindler*, AG 1998, 53, 73; *Bürgers/Körber/Körber*, AktG, AktG, 4. Aufl. 2017, § 23 Rn. 40; *Kölner Komm AktG/Arnold*, 3. Aufl. 2010, § 23 Rn. 131 ff.; *Bayer*, Gutachten 67. DJT, 2008, E 35 f.; *Oechsler*, NZG 2007, 161, 163.

⁵² Vgl. EuGH, Urteil vom 10.12.2015 – C-594/14, NJW 2016, 223 - Kornhaas/Dithmar als Insolvenzverwalter, Rn. 28 m. Anm. *Weller/Hübner*; *MüKoBGB/Kindler*, Int. GesR, Rn. 440 f.; *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit, 2004, 37 f., 205 ff.; *Weller/Hübner*, FS Pannen, 259, 262 f.; etwas vorsichtiger *Verse/Wiersch*, EuZW 2016, 330, 331; krit. zur Bedeutung der Entscheidung *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 7.59; vgl. auch *Ringe*, JZ 2016, 573 ff.; *Scholz*, ZEuP 2016, 959 ff.; *Wansleben*, EWS 2016, 72 ff.

⁵³ So *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 690 f.; *Bayer*, Gutachten 67. DJT, 2008, E 35 f.

⁵⁴ *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317, 363 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu den Beitrag von *Bordiga* in diesem Sammelband.

c) *Irrelevanz aufgrund der Möglichkeit zur Gründung einer SE*

Auch hier scheint die Praxis Ausweichmöglichkeiten zu nutzen, die keinen Bedarf für eine Anstrengung entsprechender Prozesse notwendig machen. Mit der SE haben die Gesellschafter eine Möglichkeit, sich ein möglichst flexibles Statut zu suchen⁵⁶. Gerade eine monistische Leitungsstruktur mit einem Board oder eine flexiblere Mitbestimmungsregelung kann über das SE-Statut gewährt werden⁵⁷.

Da die SE-VO, soweit sie keine Regelungen vorsieht, aber auf das Recht des Sitzes verweist, gilt im Übrigen das deutsche Aktienrecht. Vor allem übernimmt die SE das Modell der Satzungsstrenge, was sich aus Art. 9 Abs. 1 lit. b) SE-VO ergibt⁵⁸. Eine vollständige Ablösung der Satzungsstrenge ist somit nicht möglich⁵⁹.

Entsprechende Ausweichbewegungen belegen auch die jüngsten Gründungszahlen aus den deutschen Handelsregistern. In den letzten Jahren waren bei der SE teilweise die größten Zuwächse bei allen in das Handelsregister eingetragenen Unternehmens- und Gesellschaftsrechtsformen zu verzeichnen; inzwischen gibt es mehr als 647 „deutsche“ SEs bei weiterhin steigender Tendenz⁶⁰.

IV. *Präventiver Paternalismus als Rechtfertigung der Satzungsstrenge.* – Die Standardisierung der Aktie zur Stärkung ihrer Fungibilität und zur Senkung von Transaktionskosten scheint das Hauptmotiv zu sein. Diese gesetzgeberische Wertung ist zunächst einmal hinzunehmen und 2008 vom Deutschen Juristentag so befürwortet worden⁶¹. Es ist der ordnungspolitische Ansatz des deutschen Gesetzgebers.

Er lässt sich nur mit einem Schuss Rechtspaternalismus begründen. Dies wird teilweise auch als „sozialschützende Funktion“⁶² bezeichnet. Der (potenti-

⁵⁶ Habersack, AG 2009, 1, 7 ff.

⁵⁷ Grundmann/Möslein, ZGR 2003, 317, 362; vgl. auch Habersack, AG 2009, 1, 7 ff.

⁵⁸ Bachmann, ZEuP 2008, 32, 36; MüKoAktG/Schäfer, 4. Aufl. 2017, Art. 9 SE-VO Rn. 25; Habersack/Drinhausen/Schürnbrand, 2. Aufl. 2016, Art. 9 SE-VO Rn. 51 ff.; vgl. auch Fleischer, AcP 204 (2004), 517; Lutter, BB 2002, 4; Hommelhoff, AG 2001, 279, 287

⁵⁹ Bachmann, ZEuP 2008, 32, 36 f.; Habersack, AG 2009, 1, 7.

⁶⁰ Kornblum, GmbHR 2020, 677, 688.

⁶¹ Beschlüsse des 67. DJT, ZIP 2008, 1896; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 53; Bürgers/Körper/Körper, AktG, 4. Aufl. 2017, § 23 Rn. 40; BeckOGK/Limmer, AktG § 23 Rn. 46.

⁶² Hirte, in: Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, 61, 82; Grundmann/Möslein, ZGR 2003, 317, 361; BeckOGK/Limmer, AktG § 23 Rn. 46; vgl. auch Köllner Komm AktG/Arnold, § 23 Rn. 131 ff.; Bürgers/Körper/Körper, AktG, 4. Aufl. 2017, § 23 Rn. 40; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 53.

elle) Aktionär soll geschützt werden. Insofern scheint eine Parallele zu den rechtspaternalistischen AGB-Regelungen in §§ 305 ff. BGB zu bestehen⁶³. Auch dort wird zur Senkung von Transaktionskosten die Vertragsfreiheit eingeschränkt⁶⁴. Allerdings ist es auf Gesellschaftsverträge nicht anwendbar⁶⁵. Für die AG gilt dies gerade aufgrund der Satzungsstrenge.

Jedoch besteht ein gewichtiger Unterschied: Das AGB-Recht setzt einen Rahmen, innerhalb dessen die Vertragsparteien frei agieren können; sie können also vom Gesetz abweichen. Die Abweichung vom Gesetz eröffnet lediglich die AGB-Kontrolle, wie sich aus § 307 Abs. 2 BGB ergibt⁶⁶. Dies ist den Aktionären gemäß § 23 Abs. 5 AktG unmöglich. Es sind eben nur bestimmte Gestaltungen erlaubt⁶⁷.

Letztlich werden damit zu Zwecken des Sozialschutzes zahlreiche Stakeholder wie Gläubiger, Gesellschafter oder Arbeitnehmer präventiv geschützt. Ordnungspolitisch übernimmt der Gesetzgeber die Ordnungsfunktion für das gute Funktionieren des Unternehmensträgers; er stellt die Seriosität der Rechtsform und die Stabilität der Wirtschaftsordnung vor die Privatinteressen der Gesellschafter; dies ist eine Form von präventivem Paternalismus⁶⁸.

Empirisch lässt sich die Eignung des präventiven Paternalismus wohl nur begrenzt untermauern. Gerade die angloamerikanischen Aktienmärkte gelten als deutlich tiefer als der deutsche Aktienmarkt⁶⁹.

Ob der Rechtspaternalismus vor den Grundfreiheiten Bestand hat, erscheint unsicher. Für die Marktkräfte stellt dies kein Problem dar. Erstens können sie sich schuldrechtlicher Nebenabreden bedienen, um ihre Vorstellungen zumindest vertraglich durchzusetzen. Scheidet dieser Weg aus, wie bei dem Zwang zur monistischen Leitungsstruktur, können sie auf die SE zugreifen, die ihnen eine größere Flexibilität ermöglicht. Nicht umsonst nutzen zahlreiche DAX-Gesellschaften wie die Allianz, E.ON, SAP, BASF oder Vonovia die SE als Rechtsform⁷⁰.

⁶³ Vgl. *Grunewald*, in: *Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft*, 2007, S. 311, 317 f.

⁶⁴ *Hirte*, in: *Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, 1998, 61, 82.

⁶⁵ Vgl. § 310 Abs. 4 BGB.

⁶⁶ Vgl. *MüKoBGB/Wurmnest*, § 307 Rn. 1; *Jauernig/Stadler, BGB*, 17. Aufl. 2018, § 307 Rn. 13; ausf. zu den Ursachen der Kontrollfreiheit *Stoffels, JZ* 2001, 843, 847 f.

⁶⁷ *Kuntz, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang: Venture Capital in Deutschland und den USA*, 2016, S. 398.

⁶⁸ *Hirte*, in: *Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, 1998, 61, 82; vgl. auch *Grundmann/Möslein, ZGR* 2003, 317, 361; *Hüffer/Koch, AktG*, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 34; *BeckOGK/Limmer, AktG* § 23 Rn. 46; *K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG*, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 53; krit. *Kuntz, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, 2016, 348 ff.

⁶⁹ *K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG*, 5. Aufl. 2020, § 23 Rn. 53; *Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl. 2011, Rn. 373.

⁷⁰ Vgl. *Habersack, AG* 2009, I, 8.

Es bleibt also dabei: Märkte machen Recht! Und Märkte lassen sich nur ungern in ein Prokrustes-Bett legen.

V. *Zusammenfassung in Thesen.* – 1. Der Satzungsstrenge werden verschiedene präventive Schutzfunktionen zugeschrieben: Gläubigerschutz, Schaffung verlässlicher Organisationsstandards, Minderheiten- und Anlegerschutz und Schutz der Arbeitnehmer.

2. Die Satzungsstrenge gilt nahezu im gesamten Aktienrecht. Sie betrifft vor allem die Vorschriften über Zuständigkeiten, Zusammensetzung und innere Organisation der Organe, aber auch Vorschriften über Minderheitsrechte und die Sorgfaltspflichten der Leitungsorgane oder auch die zwingende Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, sofern bestimmte Arbeitnehmerschwellen überschritten werden sowie die Vertretungsregeln.

3. Nebenabreden dienen zunächst dazu, die Satzungsstrenge zu überspielen. Sie sollen ferner sicherzustellen, dass die Aktien von Familienunternehmen in Familienhand bleiben oder zumindest eine personalistische Struktur absichern. Daneben können sich nur bestimmte Gesellschafter aneinander per Nebenabrede binden. Schließlich kann ein Interesse an Heimlichkeit in Bezug auf die Inhalte der Nebenabrede bestehen; dies gilt gerade, wenn entsprechende Vereinbarungen nur den Beteiligten bekannt sind und sein sollen.

4. Die Satzungsstrenge gerät durch zwei Entwicklungen, die vom Europäischen Recht ausgehen, unter Druck: Erstens durch das europarechtlich zunehmend harmonisierte, zwingende Kapitalmarktrecht und zweitens durch die Liberalisierungstendenzen im Unionsrecht vor allem durch die *Golden Shares*-Rechtsprechung zu der Kapitalverkehrsfreiheit.

5. Die Standardisierung der Aktie zur Stärkung ihrer Fungibilität und zur Senkung von Transaktionskosten scheint das Hauptmotiv zu sein. Diese gesetzgeberische Wertung entspricht dem ordnungspolitischen Ansatz des deutschen Gesetzgebers. Dieser Ansatz lässt sich nur mit einem Schuss Rechtspaternalismus begründen, weswegen er auch als „sozialschützende Funktion“ bezeichnet wird: Der (potentielle) Aktionär soll geschützt werden.