

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 226

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums

**AKADEMISCHE FEIER UND
SYMPOSIUM ZUM GEDÄCHTNIS AN**

PROF. DR. DR. H.C. MULT. MARCUS LUTTER



PROF. DR. DR. HC. MULT. MARCUS LUTTER

**Beiträge und Vorträge auf der Akademischen Feier und dem
wissenschaftlichen Symposium zum Gedächtnis an**

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter

14. Oktober 2022

Festsaal der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

nicht im Buchhandel erhältlich

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität

Bonn

Inhalt

VORWORT.....	7
--------------	---

AKADEMISCHE FEIER

ERÖFFNUNG.....	11
----------------	----

Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, Universität Bonn

BEGRÜßUNG.....	13
----------------	----

Prof. Dr. Jürgen von Hagen, Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn

MARCUS LUTTER.....	15
--------------------	----

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff, Universität Heidelberg

ERINNERUNGEN AN UNSEREN VATER.....	25
------------------------------------	----

Vera Lutter, New-York/Bonn

ZUM INTERNATIONALEN ENGAGEMENT MARCUS LUTTERS.....	33
--	----

Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, Universität Bonn

DER BEITRAG VON PROF. DR. DR. H.C. MULT. MARCUS LUTTER ZUR ENTWICKLUNG DER RECHTSWISSENSCHAFT UND RECHTSPRAXIS IN TAIWAN – EINE DANKSAGUNG.....	41
---	----

Rechtsanwalt Dr. Kuo-Ching Wang, Taiwan

MARCUS LUTTER – EUROPÄER, NACHBAR, FREUND	43
---	----

Prof. Mirosław Wyrzykowski, Universität Warschau

WISSENSCHAFTLICHES SYMPOSIUM

ZUR REFORM DES AUFSICHTSRATSRECHTS.....	51
---	----

Prof. Dr. Dirk Verse, Universität Heidelberg

DIE UNABHÄNGIGKEIT VON AUFSICHTSRATSMITGLIEDERN – EIN BEISPIEL FÜR DEN EINFLUSS VON MARCUS LUTTER AUF DEN DEUTSCHEN CORPORATE GOVERNANCE KODEX	71
--	----

Prof. Dr. Barbara Grunewald, Universität Köln

AKTUELLER STAND UND ENTWICKLUNGSPERSPEKTIVEN DES KONZERNRECHTS	85
---	----

Prof. Dr. Walter Bayer, Universität Jena

DER AKTIONÄR IN DER MARKTWIRTSCHAFT – UND SEINE (VIRTUELLE) HAUPTVERSAMMLUNG	117
---	-----

Prof. Dr. Ulrich Noack, Universität Düsseldorf

SCHLUSSWORT	131
-------------------	-----

Prof. Dr. Daniel Zimmer, Universität Bonn

Vorwort

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter ist am 22. Juni 2021 verstorben. Zu seinen Ehren und zu seinem Gedächtnis veranstaltete die Bonner Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät am 14. Oktober 2022 ein Symposium, das im Rahmen einer Akademischen Feier der Person und dem Werk Marcus Lutters gewidmet war, und in seinem wissenschaftlichen Teil Gegenwartsfragen des Gesellschaftsrechts behandelte. Die Beiträge zur Akademischen Feier, ergänzt durch eine Würdigung von Professor Wyrzykowski, Universität Warschau, sowie die Vorträge, die im Rahmen des Wissenschaftlichen Symposiums gehalten wurden, sind im Folgenden abgedruckt.

Akademische Feier

Eröffnung

Prof. Dr. Wulf-Henning Roth , Universität Bonn

Magnifizienz,
Spectabilis,
sehr verehrte Damen und Herren,
vor allem: liebe Angehörige von Marcus Lutter,

ich begrüße Sie – zugleich im Namen meiner Kollegen Koch und Zimmer – sehr herzlich zum Symposium, das dem Gedächtnis an Professor Marcus Lutter gewidmet ist.

Wie aus der Einladung ersichtlich, gliedert sich unsere Veranstaltung in zwei Abschnitte. Am *heutigen Nachmittag* wird ein wissenschaftliches Symposium stattfinden, das vier aktuellen gesellschaftsrechtlichen Themen gewidmet ist. Die Referenten standen Herrn Lutter in vielfältiger Weise besonders nahe. Ich danke Ihnen sehr herzlich für die Übernahme der Vorträge. Die Leitung der Diskussion wird Herr Kollege Koch übernehmen.

Am *heutigen Vormittag* stehen die Person und das Werk von Marcus Lutter ganz im Zentrum. Dies für uns zu entfalten ist kein anderer besser berufen als Herr Professor Hommelhoff. Frau Lutter wird uns an Erinnerungen an ihren Vater teilhaben lassen. Ich werde einige Worte zum internationalen Engagement von Marcus Lutter sagen wollen, um dann abschließend Herrn Dr. Wang die Gelegenheit zu einer Danksagung zu geben.

Beginnen wollen wir mit der Begrüßung durch den Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät: Herr von Hagen – ich darf Sie bitten.

Begrüßung

Professor Dr. Jürgen von Hagen

Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Rheinischen Friedrichs-Wilhelms-
Universität Bonn

Magnifizenz,

sehr geehrte Frau Lutter,

sehr geehrter Herr Kollege Hommelhoff,

sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

meine Damen und Herren,

zur Gedächtnisfeier für unseren im Juni 2021 verstorbenen Kollegen Marcus Lutter möchte ich Sie auch im Namen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät sehr herzlich begrüßen. Wir gedenken eines großen Mitglieds unserer Fakultät.

Marcus Lutter wurde 1979 auf den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an unserer Fakultät berufen. Er kam damals von der Ruhr-Universität Bochum. Dorthin war er 1966 berufen worden. Dort erhielt er Rufe an die Universität Wien, die Universität Tübingen und die Universität Gießen, die er alle ablehnte. Erst der Ruf aus Bonn konnte ihn von der Ruhr weglocken. Zum 1. April 1980 trat Marcus Lutter seine Professur bei uns an.

1982 wählte ihn die Ständige Deputation des Deutschen Juristentags zu ihrem Vorsitzenden und damit zum Präsidenten des Deutschen Juristentags. In dieser Eigenschaft reiste er 1983 nach Warschau und Krakau. 1985 folgte er einer Einladung auf eine Gastprofessur an der Chuo Universität in Tokio.

Nach der deutschen Einigung half Marcus Lutter beim Wiederaufbau der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig mit.

1991 wurde ihm das Große Verdienstkreuz der Bundesrepublik Deutschland verliehen, 2001 erhielt Marcus Lutter das Verdienstkreuz der Republik Polen. 1994 ehrte ihn die Wirtschaftsuniversität Wien mit einem Doctor honoris causa, 2003 ebenso die Universität Warschau, 2008 die Universität Jena.

Marcus Lutter war in zahlreichen Gremien und Kommissionen als geschätzter Berater von Politik und Wirtschaft tätig.

Zwei Institutionen, die unserer Fakultät weithin sichtbaren Glanz verleihen, gehen auf Gründungsinitiativen von Marcus Lutter zurück: Das Ende der 1980er Jahre gegründete Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, mit dem die Fakultät auf Lutters Betreiben dem Umstand Rechnung trug, dass das deutsche Wirtschaftsrecht immer stärker durch EU-Recht beeinflusst und geprägt wurde.

Zweitens die 1996 mit der Universität Warschau gemeinsam gegründete Deutsche Rechtsschule Warschau, die heute seinen Namen trägt. Zu beiden wird Herr Kollege Roth einiges sagen.

Marcus Lutter hat unsere Fakultät wissenschaftlich und als akademischer Lehrer maßgeblich geprägt. Ungezählte Studentinnen und Studenten haben von seiner großartigen Lehre profitiert. Über seine Mitwirkung in der Fakultät schrieb der damalige Dekan Prof. Marquardt in einem Brief zum 70. Geburtstag: „Ihr ausgleichendes Sich-einmischen, Ihr sachliches Abwägen, Ihr klärendes Wort fehlen uns bisweilen.“ Aber auch dies: „Ob es das kleine sportliche Auto mit dem offenen Verdeck noch gibt?“ Sportlich war Marcus Lutter offenbar nicht nur beim Autofahren. Anlässlich desselben Geburtstags gestand Kollege Marquardt, dass er sich kurz zuvor außerstande gesehen hatte, Marcus Lutter zwischen dem Juridicum und dem Hofgarten zu Fuß auf 50 Schritte Distanz einzuholen. „Ich gab mir wirklich Mühe“, schrieb er, „aber es war vergeblich: Der Abstand vergrößerte sich!“. Wer viel schaffen will, muss sich rasch bewegen! Dazu kann uns vielleicht Frau Lutter später etwas sagen.

Unsere Fakultät ist Marcus Lutter zu großem Dank verpflichtet. Wir gedenken heute eines großen Vertreters seiner Zunft und eines großen und großartigen Kollegen.

Dafür wünsche ich Ihnen allen einen guten und interessanten Tag.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Marcus Lutter

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff, Universität Heidelberg

I. Ihnen, Magnifizenz Hoch und Ihnen, Spectabilis von Hagen, aber auch Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen, brauche ich Marcus Lutter weder in Person noch in seinen Werken in Erinnerung zu rufen. Lebhaft steht er uns, vor mehr als einem Jahr verstorben, noch heute vor Augen: Ideen sprühend, anregend, wenn nicht gar begeisternd, elegant und dennoch einfach verständlich formulierend, voll gewinnendem Charme, in dem gelegentlich auch Schärfe aufblitzen konnte. Und sein reiches Schaffen und Wirken in der Wissenschaft während langer sechzig Forscherjahre ist schon mehrfach referiert, gewürdigt und gerühmt worden – zuletzt aus Anlass seines neunzigsten Geburtstags vom Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts¹ und kurz danach zu seinem Tod von hoch angesehenen Fachkollegen². Was gibt es da noch zu sagen?

Nun – Marcus Lutter selbst hat das Thema vorgegeben. Nur wenige Tage nach seinem Tod publizierte „seine“ ZGR die Summe seines Wissenschaftlerlebens aus seiner Feder³ unter dem wunderbaren Titel „60 Jahre glücklicher Wissenschaft der Jurisprudenz“. In diesem Beitrag berichtet er nicht nur über seinen Werdegang und über die Schwerpunkte seines Arbeitslebens, sondern auch und vor allem zeigt er seinen Lesern auf, was ihm in diesem Arbeitsleben besonders wichtig war. Daher sollen einige dieser Bedeutsamkeiten hier näher ausgeleuchtet und dabei dahin befragt werden, ob Marcus Lutter mit seinen Impulsen in ihnen künftig fortwirken und dies auch in Zukunft mit seinem Namen verbunden sein wird.

II. Gesellschaftsrecht hat er von Anbeginn seiner Forschungen immer schon weiter ausgreifend als Unternehmensrecht verstanden und es in größere Gesamtzusammenhänge gestellt. Dieser Ausgangspunkt führte ihn für die Aktiengesellschaft zur Erkenntnis, unter dem Aktiengesetz 1937 sei diese Rechtsform, auch getrieben von Kriegswirtschaft und staatlichem Dirigismus, zur quasi-öffentlichen Einrichtung denaturiert⁴. Für das Aktiengesetz

¹ Harbarth, ZGR 2020, 909.

² Habersack, AG 2021, 533; K. Schmidt, ZIP 2021, 1469.

³ Lutter, ZGR 2021, 327.

⁴ Lutter, ZGR 2021, 327, 331.

1965 sah Marcus Lutter seine Aufgabe daher darin, die Aktiengesellschaft zurückzuführen zu einer Gesellschaft mit Gesellschaftern, also mit ihren Aktionären⁵. Er nahm die Sentenz von den „Aktionären als den Eigentümern der Gesellschaft“ in der Gesetzesbegründung ernst und wollte diese weiterdenkend materialisieren. Im Aktionär sah er nicht etwa bloß den Kapitallieferanten mit Erlaubnis zur Spekulation, sondern darüber weit hinausgreifend den zentralen Akteur im System einer dezentralisierten und sich selbst regulierenden und organisierenden Marktwirtschaft⁶.

Damit hatte Lutter den schon von Anderen⁷ vorgetragenen Gedanken vom Aktionär als ordnungspolitischem Faktor aufgegriffen. Dem kommt nun nach bald fünfzig Jahren in einer Gegenwart unverändert Bedeutung zu, die (angestoßen von Impulsen vornehmlich aus dem Unionsrecht) um den Ausgleich zwischen shareholder- und stakeholder value⁸ ringt und um die rechtlichen Konsequenzen aus der purpose-Bewegung⁹. Vor allem aber ist vor Plänen des europäischen Gesetzgebers zu warnen, die darauf abzielen, eine behördliche Unternehmensaufsicht über Börsengesellschaften und andere Unternehmensträger im Interesse der Menschen- und Arbeitnehmerrechte, der Umwelt und des Klimas zu etablieren und die Gesellschaften damit zu quasi-öffentlichen Einrichtungen mutieren zu lassen.¹⁰ Die Aufgabe, die Marcus Lutter vor einem halben Jahrhundert für sich definiert hatte, ist den Gesellschaftsrechtlern heute gänzlich unverändert gestellt.

III. Eigenverantwortung und Selbstregulierung waren für Marcus Lutter die Leitsterne, um die Unternehmensverfassung von Kapitalgesellschaften zu durchleuchten. So war er mit praxisgeschärftem Blick überzeugt, den Aufsichtsräten stelle das Aktiengesetz in ausreichendem Maße Instrumente zur Verfügung, um wirksame Aufsicht auszuüben; für eine pflichtgemäße Überwachung komme es allein auf das Engagement des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder an¹¹. „Leuchttürme“ mit festem Schlaf seien dafür gänzlich ungeeignet¹².

⁵ Lutter, *Der Aktionär in der Marktwirtschaft*, 1974.

⁶ Dazu schon *Hommelhoff*, in: Grundmann/Riesenhuber, *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Band 2, 2010, S. 109 f.

⁷ Lutter (Fn. 5), S. 26 f beruft sich hier auf *Walter Strauss, Mestmäcker und Immenga*.

⁸ Hierzu *Harbarth*, AG 2022, 633, 634 ff mwN; *Weller/Hoppmann*, AG 2022, 640, 641 ff.

⁹ *Habersack*, FS Windbichler, 2020, S. 707; *Kuntz*, ZHR 186 (2022), 652; *Paefgen*, DZWIR 2022, 555.

¹⁰ *Hommelhoff*, NZG 2022, 577.

¹¹ Lutter, ZGR 2021, 335.

¹² Lutter, ebenda.

Ihnen hat Marcus Lutter sowohl im Fall „Mannesmann“, als auch bei den Finanzskandalen der Landesbanken weithin vernehmbar „den Marsch geblasen“¹³, zugleich jedoch mit dazu beigetragen, die Amtsführung deutscher Aufsichtsräte durchgreifend zu professionalisieren – ganz allgemein seit mehr als vierzig Jahren mit seinem immer weiter verfeinerten und ausgebauten Gemeinschaftswerk „Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats“¹⁴, das ihm nach eigenem Bekunden besonders wichtig war¹⁵ sowie speziell mit seinen zahlreichen Abhandlungen zur Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder¹⁶. Mit seinen Beiträgen zur praktisch spürbaren Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit¹⁷ hat Marcus Lutter nicht unwesentlich geholfen, die dualistische Unternehmensverfassung im Wettbewerb der Organisationsmodelle¹⁸ auch für die Zukunft zu stärken. Eigenverantwortung muss wahrgenommen werden.

IV. Eigenverantwortung prägte ebenfalls das Regulierungskonzept, das in der sog. Baums-Kommission deren Namensgeber zusammen mit Marcus Lutter als Wissenschaftler und weitere 21 Kommissionsmitglieder aus Politik und Wirtschaft für die Corporate Governance in Börsengesellschaften auf der Grundlage des englischen „comply or explain“-Systems entworfen und dem Bundestag zur Durchführung erfolgreich vorgeschlagen hatten¹⁹. Zweifellos ist der von der nachfolgend installierten Kodexkommission unter tatkräftiger Mithilfe Lutters ins Werk gesetzte und mittlerweile grundlegend überarbeitete²⁰ Deutsche Corporate Governance Kodex ein Gewinn²¹. Dennoch droht die von Marcus Lutter so sympathisch favorisierte Eigenverantwortlichkeit der Unternehmen für ihre Corporate Governance in dieser Zeit unter die Räder eines regulierungswütigen Unionsgesetzgebers zu geraten.

¹³ Lutter/Zöllner, FAZ vom 10.9.2004, S. 12; Lutter, BB 2009, 786; Lutter, ZIP 2009, 197.

¹⁴ Mittlerweile als „Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats“ 2020 in der siebten Auflage erschienen.

¹⁵ Lutter, ZGR 2021, 327, 334.

¹⁶ Sie sind eingebettet in die Vielzahl seiner Beiträge zum Aufsichtsrat im System der deutschen Aktiengesellschaft, s. Schneider/Hommelhoff (Hrsg.), Marcus Lutter, Gesammelte Schriften, 2010, S. 191 ff.

¹⁷ Bescheiden schreibt Lutter diese Verbesserung auch der Regierungskommission Corporate Governance zu (Lutter, ZGR 2021, 327, 335 Fn. 11), an deren Arbeiten er freilich selbst maßgeblich beteiligt war.

¹⁸ Zu den Feldern dieses Wettbewerbs Hommelhoff, NZG 2015, 1329.

¹⁹ Dazu Lutter, ZGR 2021, 327, 343.

²⁰ Zum überarbeiteten Grundkonzept *Nonnenmacher*, referiert bei von Werder, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 8. Aufl. 2021, Einl. Rn. 16.

²¹ Siehe beispielsweise Bachmann, ZHR 186 (2022), 641; Hommelhoff, in: Hommelhoff/Kley/Verse (Hrsg.), Reform des Aufsichtsratsrechts, 2021, S. 275.

Hatte dieser doch unter dem „comply or explain“-System detaillierte Vorgaben für die nichtfinanzielle Berichterstattung großer Börsengesellschaften statuiert (Artt. 19a/29a EU-BilanzRL)²². Solche Vorgaben überantwortet nun die CSR-Novelle der EU-Kommission²³ als delegierte Rechtsakte auf der Grundlage von EFRAG-Empfehlungen. Diese Empfehlungen laufen, schon heute absehbar, auf eine mehr als tausendseitige Regulatorik²⁴ mit für die betroffenen Unternehmen bindender Wirkung (Art. 290 Abs. 1 AEUV) hinaus, da die CSR-Novelle sich vom „comply or explain“-Mechanismus verabschiedet hat²⁵. Dass über die großen Börsengesellschaften hinaus nahezu alle Kapitalgesellschaften mit mehr als 250 Arbeitnehmern von dieser erweiterten und zwingenden Nachhaltigkeitsberichterstattung betroffen sind (Artt. 3 Abs. 4/19a Abs. 1 Bilanz-RL), rundet die einschneidende Abstandnahme von der Eigenverantwortlichkeit nur ab. Dieses Konzept zwingender Detailvorgaben will der Unionsgesetzgeber nun in der sog. CSDD-Richtlinie²⁶ auf die Corporate Governance der Kapitalgesellschaften erstrecken, soweit es um Menschen- und Arbeitnehmerrechte sowie den Schutz von Umwelt und Klima in der Wertschöpfungs- oder Lieferkette geht.

Marcus Lutter hätte diesen Abschied vom „comply or explain“-Mechanismus, gepaart mit überbordender Regulatorik, gewiss zu scharfem Protest veranlasst. Wir hätten seinen pointiert formulierten Vorwurf erwarten dürfen, die EU-Kommission und in deren Gefolge die anderen Institutionen europäischer Gesetzgebung hätten das zentrale Instrument eigenverantwortlicher Gestaltung der Corporate Governance, nämlich den „comply or explain“-Mechanismus²⁷, als bloße Camouflage auf Zeit missbraucht: Mit ihm die Regulatorik zunächst als letztlich unverbindliche Empfehlungen verschleiert, habe der Unionsgesetzgeber dann den Schleier fortgezogen und damit offenbart, worum es ihm von Anbeginn gegangen sei: die

²² Text auch abgedruckt in *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2017, S. 837 ff.

²³ Richtlinie 2022/2464 zur Nachhaltigkeitsberichterstattung vom 14. Dezember 2022, ABl. EU L 322/15.

²⁴ Siehe *Feldmann*, ACI-Quarterly 2022/IV, S. 30 f.

²⁵ In der allgemeinen Begründung zum Vorschlag für eine CSR-Novelle (KOM (2021) 189 endg. vom 21.4.2021) findet sich in der Begründung zu Art. 19a n.F. (S. 13) kein Wort zur Abstandnahme vom comply or explain-Mechanismus.

²⁶ Vorschlag für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit (KOM (2022) 71 endg vom 23.2.2022) – CSDD-RLE.

²⁷ Zu dieser Funktion *Leyens*, ZEuP 2016, 388; s. auch *von Werder*, in: *Kremer/Lutter/Bachmann/von Werder*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 5. Aufl. 2021, Präambel, Rn. 37 ff; *Lutter*, ebenda, Teil 4, Rn. 63 ff.

Unternehmen in ihrer Zielsetzung sowie in ihrer Aufbau- und Ablauforganisation fremd zu bestimmen²⁸ – Vorgaben, die den europäischen Gesetzgeber in Kompetenz und Erfahrung mit Sicherheit überfordern. Wie sehr fehlt uns schon jetzt Marcus Lutters warnende Stimme!

V. Für einen solch´ warnenden Zuruf wäre er wie kaum ein anderer legitimiert gewesen. Er verstand sich von Anbeginn seiner wissenschaftlichen Karriere an als *europäischer* Rechtsvergleicher, ausgewiesen durch seine Habilitationsschrift zum Kapitalschutz in den sechs Gründerstaaten der EWG²⁹, später dann aber auch durch die konstruktiv-kritische Begleitung des supranationalen Projekts einer Europäischen Aktiengesellschaft, der SE³⁰. Marcus Lutter wurde so zu einem der ganz frühen Europarechtler im Zivilrecht³¹, der seine Aufgabe nicht zuletzt darin sah, der Rechtspraxis und –wissenschaft die Texte des europäischen Sekundärrechts zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht samt ihren Erwägungsgründen zugänglich zu machen und zu ihrem Verständnis in ihre Gesamtzusammenhänge erläuternd einzubetten. Dies frühe Kompendium zum europäischen Unternehmensrecht wurde später um systematische Erläuterung der einzelnen Rechtsakte ergänzt und hat so, mittlerweile in 6. Auflage erschienen, wesentlich mit dazu beigetragen, das europäische Unternehmensrecht in die deutschen Diskurse der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft - mit dem ihm gebührenden Stellenwert - einzuführen. Ohne Rückbesinnung auf die unionsrechtlichen Wurzeln läuft im deutschen Aktien-, Umwandlungs-, Bilanz-, Restrukturierungs- und Kapitalmarktrecht fast nichts. Diese Erkenntnis hat Marcus Lutter vielen Gesellschaftsrechtlern über lange Jahrzehnte, zunächst eher mühsam, vermittelt. In seinem summierenden Lebensbericht nehmen sein Werk „Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht“³², die Arbeit an ihm und seine Nachfolge deshalb zu recht relativ breiten Raum ein³³ und signalisieren damit, wie wichtig ihm der Aufschluss des unionalen Unternehmensrechts war. An ihm kann heute niemand mehr vorbeigehen; dafür sorgt schon der europäische Gesetzgeber mit seinen Rechtsakts-

²⁸ Man schaue nur auf das umfassende und detailreich vorgespurte Schutzsystem nach Artt. 4 ff CSDD-RLE.

²⁹ Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und Kapitalrechten der EWG, 1964.

³⁰ Lutter (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 1976, 2. unveränderte Aufl. 1978.

³¹ So sein eigenes Selbstverständnis: Lutter, ZGR 2021, 327, 337.

³² Oben Fn. 22.

³³ Lutter, ZGR 2021, 327, 337 f.

Projekten in schneller Abfolge³⁴. In der Lehrmeister-Rolle hat dieser unterdessen Lutter abgelöst.

VI. Als Entdecker, Initiator und unermüdlicher Ideengeber wird Marcus Lutter gewiss im Konzernrecht in Erinnerung bleiben, auch und gerade in der europäischen Dimension der Organisationsform „Gruppe“. Schon bald nach der Verabschiedung des Aktiengesetzes mit seinem Recht der verbundenen Unternehmen hat er zur Organisation des Konzerns Fragen gestellt, die das Konzernrecht aus seiner einseitigen Ausrichtung auf den Außenseiterschutz³⁵ herausgelöst und ihm die Perspektive auf den Konzern als Organisation eröffnet haben³⁶: Was ist, wenn der Vorstand der Konzernmutter Entscheidungen, die (wie etwa die Eigenkapitalbeschaffung von außen) in die Zuständigkeit der Mutteraktionäre fallen, nicht der Hauptversammlung der Mutter vorlegt, sondern selbst auf dem Weg über die Tochter trifft? Und wie steht es um die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats in der Konzernmutter: Erstreckt sie sich zugleich auf die nachgeordneten Tochter- und Enkelgesellschaften im Konzern? In der Sache zielten diese Fragen darauf ab, die Machtstellung der Konzernvorstände einzuhegen, also um die Machtbalance innerhalb der Corporate Governance³⁷, um den Niederschlag einer dezentralisierten und sich selbst regulierenden und organisierenden Marktwirtschaft im Konzern. Das lenkte den Blick auf seine organisationsrechtliche Dimension.

Diese Dimension ist namentlich für den grenzüberschreitend im europäischen Binnenmarkt aktiven Konzern bedeutsam. Zwar steht es der Konzernmutter frei, in Ausübung ihrer primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) im EU-Ausland Tochtergesellschaften zu gründen. Aber damit weiß der Muttervorstand noch nicht (einfach, schnell und rechtssicher erschlossen), innerhalb welcher Grenzen die Tochter geführt werden darf, weiß die Tochtergeschäftsführung nicht ohne weiteres, ob, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen sie ihre Gesellschaft den Gesamtinteressen des Konzerns, den Interessen der

³⁴ Vor allem mit denen zur Nachhaltigkeit unternehmerischer Aktivitäten, vgl. den Überblick bei *Hommelhoff*, Lagebericht und Konzernlagebericht, 2022, § 289 HGB, Rn. 20 ff.

³⁵ Aber auch zu ihm hat Lutter im Anschluss an das Süssen-Urteil des Bundesgerichtshofs (BGHZ 80, 69) zusammen mit seinem Schüler Wolfram Timm (*Lutter/Timm*, NJW 1982, 409) Erkenntnis-fördernd die rechtsdogmatische Kategorisierung des „Konzernerneingangsschutzes“ entwickelt.

³⁶ Grundlegend *Lutter*, FS Harry Westermann, 1974, S. 347; zuletzt *Lutter*, FS K. Schmidt, 2009, S. 1069.

³⁷ *Lutter*, FS Harry Westermann, 1974, S. 348: Beschränkung von Macht durch Teilhabe.

Mutter unterordnen darf³⁸. Mit diesen organisationsrechtlichen Herausforderungen hat sich Marcus Lutter jahrzehntelang beschäftigt: Zum einen in dem von ihm editierten Sammelband zu den Tochtergesellschaften im Ausland³⁹ und zum anderen mit seinen Beiträgen im Forum Europaeum Konzernrecht⁴⁰ und im Forum Europaeum on Company Groups⁴¹. Bei Lichte besehen, zielten diese Bemühungen sämtlich darauf ab, die Führung von grenzüberschreitenden Konzernen zu erleichtern, enabling law für den Konzern zu schaffen, um auf diese Weise im Konzernrecht enabling and protecting law miteinander ausgleichend zu verbinden.

Auf diesem Weg muss weiter vorangeschritten werden, weil in dieser Zeit dem Konzern als Binnenmarkt-adäquat modernster Organisationsform von Rechtsprechung und Gesetzgebung schwerer Schaden angetan wird. Behandeln diese ihn doch in zunehmender Breite wie ein rechtlich ungegliedertes Einheitsunternehmen, die Töchter und Enkel durchgehend wie eine unselbständige Betriebsabteilung⁴². Dagegen hilft allein rechtswissenschaftliche und rechtspraktische Arbeit am Organisationsrecht des Konzerns. Hierfür hat Marcus Lutter schon vor einem halben Jahrhundert das Fundament gelegt. Mit diesem Ansatz, das Schutzrecht mit dem Organisationsrecht harmonisierend zu verbinden, wird er auch in Zukunft in Erinnerung bleiben. Seine „Entdeckung“, das Lutter'sche Konzernorganisationsrecht, wird gewiss seinen Namen tragen und bewahren.

VII. Bis in noch ferne Zeiten jedoch wird Marcus Lutter mit „seiner“ ZGR verbunden bleiben, mit der Archivzeitschrift zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht, deren fünfzigsten Gründungstag⁴³ er und sein Mitgründer Herbert Wiedemann⁴⁴ nicht mehr mitfeiern konnten. Mit dem ihm eigenen Gespür für sich anbahnende Entwicklungen (man lese nur im Selbstbericht nach⁴⁵) hatte er anfangs der siebziger Jahre des vergangenen

³⁸ Zur Problematisierung vgl. etwa *Teichmann* in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann (Hrsg.), *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 7.; s. auch *Lutter*, ZGR 2021, 327, 339.

³⁹ *Lutter* (Hrsg.), *Die Gründung einer Tochtergesellschaft im Ausland*, 3. Aufl. 1995.

⁴⁰ ZGR 1998, 672 mit Parallelveröffentlichungen in *Revue des sociétés* 1999, 43 ff/285 ff; *Derecho Mercantil* 1999, 445 ff; *European Business Organization Law* 2000, 165 ff; *Rivista delle Società* 2001, 341 ff.

⁴¹ ZGR 2015, 507/ECFR 2015, 299.

⁴² S. hierzu die Beiträge in Bergmann uam (Hrsg.), *Vom Konzern zum Einheitsunternehmen*, 2020.

⁴³ Dazu *Habersack*, ZGR 2022, 451.

⁴⁴ Auch sein Selbstbericht konnte nur posthum veröffentlicht werden (*Wiedemann*, ZGR 2022, 1).

⁴⁵ *Lutter*, ZGR 2021, 327, 333 f.

Jahrhunderts erkannt, das Gesellschaftsrecht werde im Zentrum des Handels- und Wirtschaftsrechts binnen kurzem so aufblühen, dass es eine alle Rechtsformen umfassende eigene und auf diese fokussierte Archivzeitschrift benötigen, aber auch tragen werde. Der Erfolg der ZGR hat Marcus Lutter Recht gegeben – nicht zuletzt deshalb, weil deren Herausgeber ihre Aufgabe darin sahen und sehen, selbst Themen zu formulieren und dafür geeignete Autoren zu finden⁴⁶. Nicht selten steuern und beflügeln die ZGR und ihre Herausgeber die Fortentwicklung des Gesellschafts- und Unternehmensrechts. Dessen herausragender Stellenwert kommt auch in der „Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung“, der VGR als größter juristischer Fachgesellschaft zum Ausdruck, die die ZGR initiiert hat. Und mit der ECFR, dem „European Company Financial Law Review“, ist vor zwanzig Jahren der lang andauernde Wunsch und Plan Lutters in Erfüllung gegangen, für den gesellschafts- und unternehmensrechtlichen Diskurs vornehmlich in der Union eine europäische Gesprächsplattform zu etablieren.

Marcus Lutter hatte sein „Kind“, die ZGR erfolgreich in die Volljährigkeit geführt und ihr damit eine vielversprechende Zukunft geschenkt. Zum Dank haben schon vor Jahren die ZGR-Herausgeber beschlossen, in jedem Heft an die Gründer zu erinnern⁴⁷. Möge damit Marcus Lutters Name noch in einhundert Jahren präsent sein.

VIII. Zum Abschluss zurück zu seinem Selbstbericht, zur Summe am Ende seines wissenschaftlich so reichen Lebens. In ihm findet sich zu seiner Lehrtätigkeit, zu seiner Rolle als Hochschullehrer nahezu nichts. Das erstaunt. Hatte er doch nach glaubwürdigem Bekunden ehemaliger Zuhörer schon in Bochum als tief sachlicher und gestrenger Dozent trotzdem mit seinem Charme und seinem eleganten Vortrag die Studierenden begeistert⁴⁸. Ihm war eben die Gabe geschenkt, Hirn wie Herz seiner Gegenüber gleichermaßen anzusprechen und zu aktivieren⁴⁹. Das wird in Bonn wohl nicht anders gewesen sein⁵⁰. Seine Lehrverpflichtungen nahm Marcus Lutter engagiert ernst. Ihm wäre es nicht im Traum eingefallen, sich aus Anlass seiner zahlreichen Berufungs- und Bleibeverhandlungen eine fünfjährige Befreiung von allen Lehrverpflichtungen zu verschaffen. Dazu bereiteten ihm

⁴⁶ Lutter, ZGR 2021, 327, 334.

⁴⁷ In jedem Heft beginnt die redaktionelle Umschlagseite 2 mit „begründet von Marcus Lutter und Herbert Wiedemann“ an ihrem Kopf.

⁴⁸ S. Hommelhoff (Fn. 6), S. 120.

⁴⁹ Vgl. auch K. Schmidt, ZIP 2021, 1469, 1470.

⁵⁰ Das bezeugt Dekan von Hagen in diesem Band S. 13 für die Fakultät.

Hörsaal und Seminar ganz offensichtlich viel zu große Freude. Was nun also mit der Lehre in seinem Lebensbericht?

Sie scheint bescheiden, aber umso eindrücklicher auf, wenn Marcus Lutter ganz am Ende seines Berichts (fast verschämt zurückhaltend) die 155 Promotionen benennt, die er betreut, und die 5 Habilitationen, die er begleitet hat⁵¹. So viele Doktoranden dafür zu gewinnen, mehr als ein Jahr ihres Lebens der Wissenschaft zu widmen, die nicht ihr Beruf werden wird, das gelingt nur einem Hochschullehrer, der schon in seinen Vorlesungen die Studierenden für die Wissenschaft begeistert und sie so in seine Seminare gelockt hat. Ja, weiter noch: nicht selten weckt erst die Person des Hochschullehrers, die der Student/die Studentin in dessen Grundvorlesungen kennenlernt, das Interesse an dessen Fachgebiet. Deshalb sprechen die 155 Promotionen deutlich dafür, dass Marcus Lutter schon vom Allgemeinen Teil des BGB bis zum Erbrecht voll Freude und gewinnend darauf hingearbeitet hat, die besten unter seinen Zuhörern später als akademischer Lehrer, als Doktorvater prägend betreuen zu können. Auch dies, wie er resümierend offenbart, ein Teil seines persönlichen Glücks, das ihm der Beruf des Professors verschafft hat⁵².

IX. An diesem Glück hat er uns, die wir Marcus Lutter auf seinem Weg in Universität und Wissenschaft begleiten durften, denen vergönnt war, mit ihm im Gespräch und Gedankenaustausch zu stehen, teilhaben lassen. Er hat uns mit vielem reich beschenkt, manchen von uns sogar mit seiner wunderbaren Freundschaft. Vor allem in den Herzen seiner Schüler wird er fest verankert bleiben⁵³.

⁵¹ Lutter, ZGR 2021, 327, 347.

⁵² Lutter, ZGR 2021, 327, 347.

⁵³ Drygala/Grunewald/Hommelhoff/Krieger/Schneider, NZG 2020, 1419.

Erinnerungen an unseren Vater

Vera Lutter, New York/Bonn

Sehr geehrter Herr Rektor,
sehr geehrter Herr Dekan,
liebe ehemalige Kollegen, Mitarbeiter und Schüler meines Vaters, liebe Freunde und liebe Familie.

Danke, dass Sie heute gekommen sind, um nicht nur juristisch, sondern auch persönlich an meinen Vater zu erinnern. Lieber Herr Roth, Ihnen und Frau Mühlens ganz besonderen Dank für Ihre Initiative und Ihren Einsatz!

Mein Vater hat Feste immer gerne gefeiert und er ließ sich auch gerne feiern. Wäre mein Vater heute hier, würde er sich sehr freuen. Feste nahm mein Vater zum Anlass, um etwas zu organisieren, das für andere interessant, schön und anregend sein sollte. Er wollte Menschen zusammenführen. Er wollte Erlebnisse anbieten, die so waren, wie er sich sein eigenes Leben wünschte und in großen Zügen auch gelebt hat. Ich denke an seinen 80. Geburtstag, den er in Bad Godesberg ausgiebig gefeiert hat, mit Konzert und Lesung, Museumsbesuchen und dem Besuch in einem Orgelbauwerk und natürlich einem üppigen Abendessen mit viel Rotwein. Viele von Ihnen, die heute hier sind, waren damals auch dabei. Vor nicht langer Zeit sprach ich mit der Patentochter meines Vaters und ihrem Mann über dieses Fest. Beide waren sich einig: „Für uns war das etwas ganz Besonderes!“ Das war für mich eine überraschende Aussage, denn – von weit her angereist – mit den wenigsten Anwesenden vertraut, als Tochter direkt eingebunden, war dieser Eindruck des Festes an mir vorübergegangen. Und kaum war es vorbei, saß ich wieder im Flugzeug nach New York.

Anlässlich seines 90. Geburtstags wurde mein Vater eingeladen, seinen Werdegang aufzuschreiben. Als ich ihn einmal aus New York in Bonn anrief, sagte er mir, er schreibe seine Lebensgeschichte auf. Ich war begeistert und sagte: „Wie schön, du schreibst also über dein Leben mit der Familie, mit uns allen, mit Kunst, Literatur und Musik!“ „Nein, nein, ganz und gar nicht“, war die Antwort. „Ich schreibe *nur* über meinen beruflichen Werdegang.“ Natürlich!

Diesen Beitrag in der *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (ZGR)* habe ich nun zum zweiten Mal gelesen und habe wieder erlebt, wie wunderbar mein Vater schreiben konnte. Ich habe ihn vor nicht allzu langer Zeit einmal gefragt, wie er das macht, so gut und schlüssig und dabei so überaus schön zu formulieren. Da sagte er nur: „Ach weißt du, das habe ich mir irgendwann mal so vorgenommen.“ *Lucky you* sagt man dazu auf Englisch. Er hat sich das einfach so vorgenommen.

In den letzten 20 Jahren gab es zu meinem Geburtstag immer einen Brief von meinem Vater, sehr persönlich geschrieben, in seinen bildreichen Formulierungen, voller Erinnerungen und Anregungen. Diese Briefe sind nun ein großer Schatz.

In dem ZGR-Rückblick steht vieles, das mir nicht bekannt war und ich freue mich, wie direkt mein Vater dort schreibt. Er schreibt von seinem Studienbeginn in München und sagt die Professoren waren schlicht furchtbar. Noch zu Lebzeiten hat er mir das näher erläutert.

Warum er dann nach Freiburg gegangen ist, weiß ich leider nicht. Er war schon immer ein Lebenskünstler, hat das Leben in vollen Zügen genossen, ist Ski gefahren, wandern gegangen, hat gesegelt, Musik gehört und Musik gemacht, Kunst angeschaut und hat viel Zeit mit Freunden und Kollegen verbracht. Und er hat gearbeitet, gearbeitet, gearbeitet und gearbeitet. Wenn ich zurückschaue, erscheint es mir so als hätte er in einem Leben gemacht, was andere in drei Leben machen würden.

Für unsere Familie war sein Übergang nach Freiburg entscheidend, denn dort lernte Vater meine Mutter kennen. Er hat diesen Moment einmal als seinen Kairos bezeichnet, einen von Schicksal und Weltgeschehen einzigartigen, beglückten und begünstigten Augenblick.

Mein Rückblick hier erscheint mir wie der Versuch, eine Lebensschrift rückwärts zu lesen, die Einladung dazu, eine wunderbare Gelegenheit, vieles in Gedanken noch einmal zu erleben. Was haben meine Eltern uns für ein schönes Leben geschenkt! Reich an Kultur, Bildung, Offenheit und den besten Werten. Über Athen und Genf, Zürich und Wien nach Bonn angereist, finde ich mich immer wieder auf den Spuren meiner Eltern, besonders natürlich meines nimmermüden und immer unternehmungslustigen Vaters. Überall gibt es Geschenke zu entdecken, überall erinnert mich vieles an ihn und vielerorts habe ich heute Verbindungen mit Menschen, die ich durch meine Eltern kennengelernt habe und deren alte Freundschaft in mir weiterlebt. Was für ein wunderbarer Reichtum!

Unsere Familie ist eine buntgemischte, höchst komplexe und interessante Ansammlung von Menschen. Das liegt daran, dass wir Kinder, Katja Kaut, Boris Lutter und ich selbst, dank

unserer Eltern, unter besten Voraussetzungen ins Leben gekommen sind. Sie waren sich ähnlich, und wo sie sich unterschieden, ergänzten sie sich.

Wir Kinder könnten verschiedener nicht sein. Wir haben vollkommen verschiedene Lebenswege gewählt, kommen aber aus dem gleichen durch und durch liberalen, eher links orientierten Haus. Zu Hause konnten wir immer alles fragen und äußern, nichts war tabu. Unsere Ansichten wurden gehört. Ob diese immer willkommen waren, mag ich im Rückblick bezweifeln, aber wir durften sie immer äußern. Ich kannte aber auch befreundete Familien, deren Kinder bei Tisch nicht sprechen durften. Bei uns ging es dagegen immer hoch her.

Mein Vater war weltoffen, an allem interessiert, neugierig, tolerant und unendlich abenteuerlustig. Meine Eltern hatten gemein die Liebe zur Musik, Literatur und Kunst und das Interesse an der Wiege der europäischen Kultur, dem alten Griechenland, sowie an der römischen Kultur, der italienischen Renaissance und dem Barock. Aber sie blieben da nicht stehen. Zeitgenössische Kunst, Literatur und Musik waren gleichermaßen willkommen in unserem Haus. All dies war fester Bestandteil ihres und unseres Lebens.

Die Tage meines Vaters hatten bekanntlich 36 Stunden, während derer nicht geschlafen wurde. Meine Mutter konnte bei dem Tempo nicht immer mithalten, und wir Kinder wussten manchmal nicht recht, wie uns geschah.

Bei all dem hatte Vater einen fantastischen Schutzengel. Jeder Segeltörn, bei dem er gerne in ein aufziehendes Unwetter steuerte, endete gut. Gletschertouren, die er bei widrigsten Witterungsverhältnissen antrat und die mit einer unvorhergesehenen Nacht auf dem Gletscher endeten, überstand er unversehrt. Frau und Kinder durchlebten damals eine schlaflose Nacht und bangten um sein Leben. Er kam, etwas schuldbewusst, aber quietschfidel mit dem Helikopter vom Gletscher herunter. Natürlich stelle ich rückblickend die dramatischen Momente dieser vielen Jahre heraus, aber so eben fügt sich meine Erinnerung.

Meine Mutter hat, nach wenigen Kostproben, die Teilnahme an Skitouren und Segeltörns abgelehnt. Meine Schwester und ich wurden früh mit unseren kleinen Schnürstiefeln auf Holzbretter gestellt, mit der Information: „Da ist oben, da ist unten und wenn ihr nichts sehen könnt, einfach immer runterfahren.“ Das ging so recht und schlecht, machte uns aber keine allzu große Freude. Am Ende einer solchen völlig vernebelten, sehr steilen und vereisten Abfahrt schnallte meine Schwester ihre Skier ab und sagte: „Niemals wieder.“ Etwas weniger dramatisch zog ich bald ähnliche Konsequenzen. Mein Bruder hatte mehr Glück. Als Jüngster, die Eltern schon etwas zurechtgebogen, tat er sich leichter. Auch war er im

Skifahren seinen Schwestern deutlich überlegen und hat unseren Vater viele Jahre auf Skitouren und beim Segeln fachkundig begleitet.

Eine meiner frühesten Kindheitserinnerungen ist eine Schlittenfahrt. Wir lebten in Kaiserslautern, und mein Bruder war noch nicht geboren. Ich muss drei oder maximal vier Jahre alt gewesen sein. Vater saß hinten auf dem Schlitten, meine Schwester in der Mitte und ich, als Stoßdämpfer vorne. Los ging es in atemberaubendem Tempo, den Berg hinunter durch den vernebelten dunkelgrauen Wald. Vorne stachen die riesigen Füße meines Vaters hin und wieder in den Schnee, um die im Weg stehenden Bäume zu vermeiden. Ich war atemlos und tief beeindruckt, aber wir kamen heil am Fuß des Berges an.

Ähnlich eine Ausfahrt in Vaters geliebttem Auto, dem Fiat Spider. Wir wohnten schon in Rockenhausen und ich war wohl vier oder fünf Jahre alt. Es ging zu einem Weingut in der Pfalz. Sicherheitsgurte gab es in den Autos, die mein Vater fuhr, nicht. Er hatte ja einen Schutzengel! Meine Schwester saß auf dem Beifahrersitz, ich hatte den weniger idealen, aber dafür etwas erhöhten Platz, zwischen den Sitzen auf der Handbremse. Vater drückte tüchtig aufs Gas, er war immer eilig, denn er musste ja drei Leben in einem unterbringen. Unter dem sonnenbeschienenen Walddach – es war ein wunderschöner Tag – fuhr Vater halbsbrecherisch. Auf der schmalen Landstraße setzte er zu einem Überholmanöver an. Unglücklicherweise kam ein Auto entgegen, aber die Welt kooperierte wie immer sehr gütig mit ihm und seinem Schicksal, und man nahm uns in dem kleinen Flitzer in die Mitte. Wieder ging alles gut.

Mein Vater wurde 1930 geboren, 1933 wurden die Nazis gewählt, 1939 brach der Krieg aus, 1945 war er vorbei, da war Vater 14 Jahre alt.

1948 wurde Israel gegründet und 1949 die Bundesrepublik Deutschland. Meine Eltern wurden beide in eine Welt geboren, in der nichts galt. Was man glaubte, durfte man nicht sagen und was man sagte, glaubte man nicht, sie waren Jugendliche in einer zerbrochenen Welt.

Meine Großmutter, die Mutter meines Vaters, war eine überzeugte „Anti-Nazi“ und hatte mit Hitler und der nationalsozialistischen Partei nichts im Sinn. Während des Krieges hörte sie auf dem Dachboden des Hauses in Primasens über ein verstecktes Radio den Sender der BBC. Sie war über alles informiert, wusste von den Konzentrationslagern und über die Truppenbewegungen Bescheid.

Der beste Jugendfreund meines Vaters war Wilhelm Fries, der Sohn einer Jüdin und eines nicht jüdischen Arztes, der Chefarzt des lokalen Krankenhauses war, bevor er seine Position verlor. Meine Großmutter legte großen Wert darauf, dass ihre Kinder mit den Kindern dieser

Familie regelmäßigen Umgang hatten. Sie selbst besuchte die Familie Fries wöchentlich, um mit dem dort versteckt gehaltenen Großonkel Schach zu spielen. Mein Vater wuchs also, wahrscheinlich ohne sich dessen bewusst zu sein, in einem sehr liberalen Haus auf. Der Vater war im Krieg, die Mutter führte das Haus und brachte die Kinder auf den Lebensweg.

Während des Krieges wurde Pirmasens, der Wohnort meiner Großeltern, zu 75% zerstört. Meine Großmutter lebte mit ihren Kindern im Keller. Auch dies erlebte mein Vater als ein Abenteuer. Bei Fliegeralarm hielt er sich regelmäßig vor dem Haus auf, um sich die Flugzeuge, deren Typen und Formation anzuschauen und zu studieren. Wenn Bomben abgeworfen wurden, war noch genügend Zeit, in den Keller zu flüchten. Meine Tante, seine zwei Jahre jüngere Schwester, die mir diese Geschichten erzählt hat und heute leider nicht bei uns ist, hat sich entsetzlich gefürchtet. Wieder hatte mein Vater Glück. Seine Abenteuerlust hingegen hat keine Angst zugelassen.

Die ersten Jahre nach dem Krieg waren sehr schwierig, es gab nichts zu essen, und die Familie – nicht aus der Pfalz stammend – hatte keine Kontakte zu Bauern. Vater musste mit 14 Jahren auf Hamsterfahrt gehen, als Trittbrettfahrer mit fadenscheiniger Kleidung, war er tagelang unterwegs, um Schuhcreme und Waschpulver gegen Lebensmittel zu tauschen. Wo er die Nächte verbrachte und ob er überhaupt schlief, das wissen wir nicht. Alles ging immer gut.

Mein Vater hat sich niemals beklagt. Vielleicht manchmal über seine Kinder, die nicht immer so durchgestartet sind, wie er sich das vorgestellt hatte, und die eben die Schussfahrten über vereiste Berge in dichtem Nebel und Schneegestöber nicht so toll fanden wie er. Er hat nie geklagt. Selbst in den letzten Jahren, nach dem Verlust meiner Mutter und seinen zunehmend sehr schweren Krankheiten, hat er niemals geklagt. Noch zu seinen Lebzeiten habe ich mir vorgenommen, es nach Kräften auch so zu machen.

Der promovierte Familienrechtler, mein Vater, kam als Assessor zufällig zu einem Notar, der ein großer Kenner des Gesellschaftsrechts war. Von da an nahm das Leben meines Vaters beständig Fahrt auf, bis es mit dem Beginn seiner Professur in Bochum 1965 zur Lichtgeschwindigkeit überging. Wir sahen ihn nicht oft und wenn, dann meist eilig das Haus verlassend. Wir wuchsen weitgehend uns selbst überlassen auf.

Dies änderte sich als mein Vater Großvater wurde. Das war eine so große Freude für ihn, dass ich heute noch manchmal darüber staune. Unsere Eltern haben uns nie in Konventionen gedrängt, Heirat und Nachwuchs, Familie, ein bürgerliches Leben wurde uns nie angetragen.

Wir sollten unseren Interessen folgen, hart arbeiten und nicht langweilig sein. Die Werte, mit denen wir unser Leben lebten, waren wichtig.

Als meine Schwester dann heiratete und eine Familie gründete, waren meine Eltern so übergücklich, dass ich zwischen den Zeilen lesen konnte, wie sehr sie diesen Wunsch im Stillen gehegt hatten. Auf die Enkel, Leo, Bruno und Tamara Kaut, war Vater unendlich stolz und hat an ihrem Leben Schritt für Schritt teilgenommen. Besonders mit Leo hat Vater in den letzten Lebensjahren viel Zeit verbracht. Sie teilten das Interesse an Musik und Kunst und mochten sich schrecklich gerne.

Als Großvater war mein Vater anders als in der Rolle des Vaters. Er war freundlicher, geduldiger und ein begeisterter Lehrer im Alltag. Er hat den Enkeln – erfolgreich – das Skifahren und Segeln beigebracht, mit ihnen Reisen nach Italien und Spanien gemacht, sie nach Salzburg zu den Festspielen eingeladen und vieles, vieles mehr. Ich habe meinen Vater einmal dazu befragt und da sagte er mir: „Als die Enkel geboren wurden, habe ich mir vorgenommen, dass ich bei ihnen vieles anders mache als bei euch.“ Das ist ihm gelungen. Auch kam dieses große Glück – Großvater zu sein – zu einer Zeit, als sein beruflicher Erfolg im Zenit angekommen war. Gepaart mit einer Prise Altersmilde entschleunigte sich sein Leben etwas und diese Veränderungen kamen auch anderen in seinem Umfeld zugute.

Trotz des atemberaubenden Tempos, mit dem mein Vater lebte, hat er sich immer auch für seine Kinder interessiert. Er hat unsere Lebensabschnitte verfolgt, wenn auch manchmal aus großer Distanz. Er hat meinen künstlerischen Werdegang mit viel Interesse und Anteilnahme begleitet und hat jede meiner Ausstellungen gesehen. Mit meiner Mutter kam er nach Nîmes, viele Male nach New York, nach Graz und Berlin, London und Neapel und die letzte große Reise, die nach Los Angeles geplant war, ist leider, leider der Pandemie zum Opfer gefallen.

Eine schöne Erinnerung habe ich an seinen Überraschungsbesuch bei einer meiner Ausstellungen in New York. Es muss 1998 gewesen sein, da kam er einfach durch die Türe der Galerie, völlig unerwartet war er auf einmal da. Ich lebte damals in einem Kreis von jungen Künstlern, Kuratoren und Kunsthistorikern. Keiner hatte einen Cent. Am Wochenende waren wir immer unterwegs, schauten uns Ausstellungen an und gingen zu Eröffnungen. Dieser Kreis von Freunden war auch zu meiner Eröffnung anwesend. Als die Galerie zumachte, lud mein Vater uns alle zum Essen ein. Das war herrlich, lustig und fröhlich. Alle aßen so viel sie konnten und tranken was sie wollten. Am Ende fragte mein Vater nach der Rechnung und legte seine Kreditkarte auf den Tisch. *Cash only* war die Antwort. Vater hat mit seinem herrlichen deutschen Akzent klargestellt, dass er gerade aus Europa angekommen

sei und kein US-Bargeld dabei habe. Ein großes Getue von Seiten des Restaurants entbrannte. Mein Vater blieb ruhig und freundlich und sagte nur: „Das müsst ihr jetzt regeln.“ Irgendwie ging es dann. Das Nachbarrestaurant hat die Karte durchgezogen und hat den Kollegen ausgeholfen. Nicht nur Vaters Überraschungsbesuch und seine Großzügigkeit, sondern auch diese Art, das Leben zu meistern, hat meine Freunde und natürlich auch mich sehr beeindruckt.

Mein Vater war mein bester Freund. In den letzten 20 Jahren vor seinem für mich viel zu frühen Tod, haben wir viel Zeit miteinander verbracht. Die Entschleunigung war unendlich wertvoll. Nach dem Tod meiner Mutter 2014 hatte er dann noch etwas mehr Zeit, und die habe ich genutzt und habe vieles mit ihm nachgeholt, für das vorher keine Zeit war. Wir haben kleine Reisen zusammen unternommen, uns Kunst angeschaut, gemeinsam Musik gehört und uns unterhalten.

Ich habe ihn zu schwierigen Situationen befragt und habe ihm manchmal mein Leid geklagt. „Schofel“ hat er einen meiner Galeristen genannt und recht hat er damit gehabt. Ich habe, im Großen wie im Kleinen, seine beeindruckende Klarsicht kennengelernt. Er konnte, auch im Privaten, Situationen und Probleme in einer unglaublichen Art zu einer glasklareren Essenz destillieren. Die Folgerungen, manchmal nur in einem Wort, nie aber in mehr als einem Satz dargestellt, wirkten durch ihre Klärung absolut lösend. Einmal habe ich ihm ein besonderes Problem vorgetragen. Ich wusste nicht, wie ich entscheiden sollte, denn das Resultat war nicht abzusehen. Da sagte mein Vater: „Mach’s einfach“; das wars und das Resultat war fantastisch.

Während ich nun – anlässlich der Gedächtnisfeier der Fakultät – in Bonn bin, wohne ich noch einmal in dem ganz besonderen Haus meiner Eltern. Das Haus selbst ist so schön und mit unendlich vielen schönen Sachen angefüllt. Draußen ist ein herrlicher, verwunschener, alter Garten, auf den, während ich dies schreibe, die Herbstsonne scheint und nachts der fast volle Mond. Wenn es irgendwie ging, saß Vater immer auf der Terrasse, oft bis spät in die Nacht, erst arbeitend, später dem aufsteigenden Mond zuschauend. Unsere Katze lag neben ihm auf der Gartenbank. Er hat die Nacht so aufmerksam und still studiert wie die Kunst und seine Arbeit. Fuchs, Igel und Marder kamen zu Besuch, wenn er dort saß und dem Mond auf seinem Weg über die Himmelsbahn zusah.

Mein Vater fehlt mir unendlich, aber ich freue mich an den vielen guten und schönen Erinnerungen, die er mir hinterlassen hat.

Zum internationalen Engagement Marcus Lutters

Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, Universität Bonn

Sehr verehrte Damen und Herren,

in seinen in der „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht“ im Jahre 2021 veröffentlichten Erinnerungen „60 Jahre glücklicher Wissenschaft der Jurisprudenz“, blickt Marcus Lutter resümierend auf sein Wirken in Wissenschaft und Praxis mit den Worten zurück: „... alles zu meinem höchst persönlichen Glück als ein typisch europäischer Jurist.“ In diesen Worten kommt zum Ausdruck, dass sich Marcus Lutter als jemand verstand, der sich in seiner wissenschaftlichen Tätigkeit der internationalen Dimension des Rechts und den persönlichen Verbindungen in Europa (und darüber hinaus) verpflichtet fühlte. Im Folgenden soll jedoch nicht von seinem wissenschaftlichen Werk die Rede sein. Dazu hat Herr Hommelhoff gesprochen. Mir geht es vielmehr um Lutters internationales Engagement:

- den Aufbau von wissenschaftlichen Verbindungen und Kontakten in das Ausland;
- seine Beratungstätigkeit in ausländischen Gesetzgebungsverfahren;
- die Etablierung des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht; und
- die Gründung der Deutschen Rechtsschule in Warschau.

I. Wissenschaftliche Kontakte

Schon früh begann Marcus Lutter seine Entwicklung als „europäischer Jurist“ mit seinen Studien zum ausländischen Gesellschaftsrecht, die ihn für seine Habilitationsschrift Anfang der 60er Jahre des letzten Jahrhunderts in die anderen EWG-Staaten führten: Studienaufenthalte in Straßburg, Brüssel, Utrecht, Paris und Rom, - Studienaufenthalte, aus denen sich – nach eigenen Worten – lebenslange Freundschaften und berufliche Verbindungen ergeben haben.

Ebenso international ist seine Forschungs- und Lehrtätigkeit später als wohlbestallter Universitätsprofessor: 1972-1973 ein Jahr als Visiting Professor in Berkeley, dann – 1985 – als Visiting Professor an der Chuo University in Tokyo, und schließlich 1996-1997 an der Universität Oxford in ähnlicher Funktion. Diese Aufenthalte dienten nicht nur der Forschung und ganz nebenbei auch dem Kennenlernen von „Land und Leuten“, sondern waren auch

Anknüpfungspunkte für wissenschaftliche Kooperationen, etwa mit Richard Buxbaum in Berkeley oder Paul Davies in Oxford. Ich erinnere mich noch gut (und mancher im Saal vielleicht ebenso), dass Marcus Lutter zusammen mit Paul Davies hier in Bonn für mehrere Sommersemester ein deutsch-englisches gesellschaftsrechtliches Seminar veranstaltet hat, in dem die aktuellen Themen des Gesellschaftsrechts in rechtsvergleichender und europäischer Perspektive diskutiert worden sind.

Marcus Lutter hatte die große Gabe, andere Personen für Dinge einzunehmen und zu überzeugen, die er für wichtig hielt und die ihm am Herzen lagen. Dabei hatte er auch das Glück und das Händchen, auf Personen zu treffen, die bereit und willens waren, mittels großzügiger Spenden etwas für eine gute Sache, wie etwa die deutsch-englischen Wissenschaftsbeziehungen, zu tun. Die Verbindungen zu Oxford und dort insbesondere zu Basil Markesinis haben sich gleich in mehreren Projekten niedergeschlagen: Im Ausbau der deutsch-rechtlichen Bibliothek an der Oxford University, die in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts kraftvoll vorangetrieben wurde; oder in der Anregung einer permanenten Personalstelle im Law Department an eben derselben Universität. Hier wurde dank großzügiger Spenden einer deutschen Familie die „Brost-Lectureship for German and European Law“ geschaffen, die bis heute existiert, von deutschen Nachwuchswissenschaftlern besetzt wird und eine gewichtige Rolle bei der Ausbildung englischer Studierender zur Vorbereitung für einen Studienaufenthalt in Deutschland spielt.

II. Beratung

Marcus Lutters Expertise war nicht nur im Inland hochgeschätzt, was sich in der Mitarbeit in wichtigen Kommissionen niedergeschlagen hat - sein Rat war gleichermaßen im Ausland begehrt. Seine Beziehungen zu einer Reihe von polnischen Gesellschaftsrechtlern reichten – wie ich aus eigener Anschauung erleben konnte – weit in die 80er Jahre des letzten Jahrhunderts zurück. Diese Beziehungen haben sich dann bei der Vorbereitung des neuen polnischen Gesetzbuchs über Handelsgesellschaften von 2001 vertieft. Das polnische Justizministerium ließ in diesem Zusammenhang den Gesetzentwurf durch eine Reihe von ausländischen Experten, unter ihnen Marcus Lutter, begutachten, auch und vor allem dahingehend, ob der Entwurf mit den europäischen Vorgaben, denen sich Polen unterwerfen musste, vereinbar war. Die Ausarbeitung des Gesetzbuchs lag in den Händen einer kleinen, aus polnischen Wissenschaftlern bestehenden Kommission. Professor Soltysinski schrieb mir,

dass Marcus Lutter dieser Kommission in den vier Jahren, in denen der Entwurf des Gesetzbuches ausgearbeitet wurde, mit Rat und Tat bei vielen Fragen zur Aktiengesellschaft und zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Seite gestanden und wichtige Impulse gegeben hat. Der polnische Gesetzentwurf wurde dabei zeitnah auch ins Englische übersetzt, und die Korrespondenz mit Lutter lief hierbei problemlos auf Englisch. Zu Fragen des Gesellschaftsrechts hat Lutter in diesen und den folgenden Jahren auch zahlreiche ins Polnische übersetzte Publikationen verfasst.

III. Das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

Internationalisierung der wissenschaftlichen Kooperationen geht bei Marcus Lutter Hand in Hand mit dem Anspruch an die Internationalisierung der Lehre und der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses.

Ich komme damit auf das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht zu sprechen, das um das Jahr 1989 herum als Kooperation einer Reihe von Lehrstühlen begründet worden ist. Beteiligt daran waren Professor Baron von Maydell, Frau Professor Knobbe-Keuk und Professor Everling, aber Spiritus Rector war Marcus Lutter.

Worum ging es? In einigen juristischen Zweigen begann sich angesichts der Entwicklungen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft der 80er Jahre, insbesondere der zunehmenden legislativen Vorgaben, die Erkenntnis durchzusetzen, dass die bisher rein national betriebene Rechtswissenschaft nicht mehr den gegebenen Realitäten gerecht werden konnte. Gesellschaftsrecht, Bilanzrecht, Handelsrecht, Steuerrecht oder Kartellrecht waren keine rein deutsch-rechtlichen Gebiete mehr, sondern europäisch beeinflusst, wobei die Anpassungs- und Konfliktpotentiale in den verschiedenen Rechtsgebieten durchaus in ähnlicher Weise auftraten und sich damit die Herausforderung stellte, diese Dinge in ihrer Gesamtheit in den Blick zu nehmen und in ihrer zukünftigen Entwicklung wissenschaftlich zu begleiten. An vielen deutschen Universitäten war man freilich mit dieser Einsicht noch nicht so weit, und auch in Bonn musste sie erst noch wirklich Fuß fassen – aber Bonn hatte Marcus Lutter.

Druck kam in dieser Zeit auch aus anderen Richtungen: Zum einen hatte die Reform der Prüfungsordnungen der Länder in den 80er Jahren eine stärkere Berücksichtigung des europäischen Rechts eingefordert, und zum anderen war die Diskussion um die Reform der

Juristenausbildung ganz allgemein zum beherrschenden Thema geworden: Forderungen nach – ich zitiere – einer „Öffnung des Studiums im Hinblick auf eine europäische Zukunft“ und einer „Europäisierung des Studiums“ wurden erhoben. Der Juristentag beschäftigte sich 1990 mit der deutschen Juristenausbildung im Wettbewerb mit den Ausbildungssystemen der anderen Mitgliedstaaten, und in der NJW erschien dazu begleitend ein Aufsatz mit dem bezeichnenden Titel „Juristen für den Binnenmarkt: Die Ausbildungssituation im Lichte der Arbeitsmarktanalyse“.

Dieser Zug zur Europäisierung von Rechtswissenschaft und Ausbildung hatte 1988 auch den Fachbereich und die Fakultät beschäftigt. Marcus Lutter machte den Vorschlag, das Europarecht in der Fakultät stärker zu verankern (FB-Sitzung vom 4.11.1988) und plädierte für einen stärkeren organisatorischen Zusammenschluss der mit dem Europarecht befassten Kollegen (FB-Sitzung vom 2.12.1988). Das Protokoll der Sitzung vom 2.12.1988 spiegelt freilich eine typisch konservativ-defensive Reaktion des Fachbereichs wider: Das Konzept – so heißt es im Protokoll – sei noch nicht hinreichend klar, es sollte noch vorberaten und auch mit nicht bei der Sitzung anwesenden Kollegen abgestimmt werden. In der darauffolgenden Sitzung vom 13.1.1989 ist von der Einsetzung einer Kommission die Rede, die sich mit der stärkeren Verankerung des Europarechts unter Berücksichtigung der Gesamtstruktur der Fakultät beschäftigen sollte. Die späteren Protokolle der FB-Sitzungen verschweigen sich zu dem Thema und zur Arbeit der Kommission.

Die Antwort Lutters ließ nicht lange auf sich warten. Sie bestand in der Gründung des Zentrums als einer auf Zusammenarbeit verschiedener Institute und Lehrstühle gegründete Einheit, die sich in ihrer Konzeption und ihren Zielen – auch aus der Rückschau – durchaus eindrucksvoll ausnimmt. In aller Kürze:

1990 wurde vom Zentrum ein DFG-Graduiertenkolleg zum „Europäischen Wirtschaftsrecht“ mit ca. 15 Stipendien eingeworben, in dem durch Doktorarbeiten der Prozess der Europäisierung des nationalen deutschen Rechts untersucht, die Grundlagen dafür im europäischen Primärrecht gesucht und die gemeinsamen Entwicklungen und Probleme in den verschiedenen Rechtsgebieten aufgezeigt werden sollten. Dieses Graduiertenkolleg hat neun Jahre mit Erfolg gearbeitet. Begleitet wurde dieses Graduiertenkolleg durch die Einwerbung einer Jean-Monnet-Professur der EG-Kommission, die an der Fakultät für ca. 15 Jahre existierte, und die in jedem Wintersemester mit europarechtsorientierten Wissenschaftlern

und Wissenschaftlerinnen und Praktikern aus Belgien, den Niederlanden und England besetzt werden konnte.

Ein weiterer Leuchtturm war der Start der Vorlesungsreihe zum europäischen Binnenmarkt, die in jedem Wintersemester stattfand – eine Vorlesungsreihe, die – wenn man einmal die Liste der Vortragenden durchgeht (von denen sich mancher auch in diesem Saal befindet) – sich als das „who’s who“ des nationalen und europäischen Wirtschaftsrechts liest – ganz abgesehen davon, dass hier fast wie selbstverständlich auch die Richter und gar Präsidenten des Europäischen Gerichtshofs zu Gast waren. Ergänzt wurde diese Vortragsreihe durch die jährliche Veranstaltung von Symposien – mit Schwerpunkt, wie bei Marcus Lutter nicht anders zu erwarten, im europäischen Unternehmens- und Gesellschaftsrecht.

Dieser neu gesetzte Schwerpunkt im europäischen Wirtschaftsrecht hat sich auch im Lehrprogramm unserer Fakultät niedergeschlagen. Frau Professor Anna-Katharina Mangold hat sich die Mühe gemacht, in einer (stark empirisch ausgerichteten) Studie zum Einfluss des Europarechts auf das nationale deutsche Recht („Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht“) auch der Frage nachzugehen, ob und in welcher Weise das Gemeinschaftsrecht in die Studienpläne der deutschen juristischen Fakultäten Eingang gefunden hat. Hier die Ergebnisse für Bonn - ich zitiere Frau Mangold: Während in Bonn in den 80er Jahren im Wesentlichen nur das Nötigste an Veranstaltungen zum Gemeinschaftsrecht angeboten worden sei, „scheint die Universität seit den 1990er Jahren wie aus einem Dornröschenschlaf erwacht“. Das Zentrum wird hier zwar nicht erwähnt, aber es ist des Rätsels Lösung: Der Blick auf die Vorlesungsprogramme der 90er Jahre zeigt eine bis dahin nicht gekannte Vielfalt europarechtsbezogener Veranstaltungen, an denen die Mitglieder des Zentrums einen großen Anteil hatten.

Das „Zentrum“ wird von Marcus Lutter in seinen „60 Jahren glücklicher Jurisprudenz“ nicht erwähnt. Über den Grund kann man nur spekulieren. Ich vermute zumindest einen Grund darin, dass er mit dem „Zentrum“ anfangs wohl noch mehr im Sinne hatte, als sich innerhalb des Rahmens der Fakultät und der dort tätigen Mitglieder realisieren ließ. Hier mögen sich nicht ganz erfüllende Erwartungen eine Rolle gespielt haben.

IV. Marcus-Lutter-Deutsche Rechtsschule Warschau

Zu den Herzensanliegen von Marcus Lutter gehörte, angesichts der unsäglichen Geschehnisse in der deutsch-polnischen Geschichte in der Zeit zwischen 1939 und 1945, die Verbesserung der deutsch-polnischen Beziehungen. Von daher war es für ihn ein Glücksfall – und zugleich eine als notwendig erkannte Aufgabe – als vor nun bald 30 Jahren sich für Polen die Möglichkeit eröffnete, sich in absehbarer Zeit den Europäischen Gemeinschaften anzuschließen. Dies musste auch und vor allem eine Einbindung Polens in den europäischen Rechtsraum mit sich bringen.

Bei einem Spaziergang am Rhein mit dem damaligen Dekan der Warschauer Fakultät für Recht und Verwaltung, Herrn Professor Wyrzykowski, – so erinnert sich Marcus Lutter – wurde die Idee geboren, den jungen polnischen Studierenden an der Warschauer Fakultät Kurse im deutschen und europäischen Recht in deutscher Sprache anzubieten. War zunächst wohl nur eine einmalige Vorlesungsreihe geplant, entwickelte sich daraus schnell der Wunsch und das Bedürfnis nach Verstetigung. Unter Einbeziehung des DAAD und der Stiftung für internationalrechtliche Zusammenarbeit wurden die finanziellen und organisatorischen Grundlagen gelegt, wobei die breite Personenkenntnis Marcus Lutters für das Projekt ganz wesentlich gewesen ist.

Daraus wurde die „Deutsche Rechtsschule Warschau“. Zwei Ziele sollten im Vordergrund stehen: Zum einen galt es, Grundkenntnisse vor allem im deutschen Wirtschaftsrecht zu vermitteln. Damit sollte den Studierenden ein Anreiz geboten werden, im Rahmen ihrer künftigen juristischen Tätigkeit in deutsch-polnischen Unternehmen zu arbeiten oder aber anwaltlich für deutsche Unternehmen in Polen tätig zu werden. Zum anderen sollte mit den europäischen Bezügen die Einbindung Polens in die Europäische Gemeinschaft begleitet werden.

Die Rechtsschule ist bis heute von den Studierenden nachgefragt und gilt als intellektuelle Herausforderung. Viele Studierende haben den Weg in Warschauer Kanzleien gefunden und beraten deutsche Unternehmen. Und seit jeher wird die Rechtsschule auch von einigen der großen deutschen Unternehmen – der Telekom, Thyssenkrupp, Allianz, Siemens – durch die Auslobung von Preisen in Form von drei- bis vierwöchigen Praktika unterstützt – eine

Anregung, die wiederum auf Marcus Lutter zurückgeht. Herr Professor Wyrzykowski würdigt in seinem Gastbeitrag eingehend die Verdienste Lutters um die Rechtsschule.

Die Warschauer Fakultät hat, um die Verdienste Marcus Lutters um die Deutsche Rechtsschule in Erinnerung zu behalten, angeregt, den Namen der Deutschen Rechtsschule zu ergänzen. Die Rechtsschule heißt jetzt: „Marcus-Lutter-Deutsche Rechtsschule Warschau“.

V. Mäzen

Marcus Lutter hat sich auch als Mäzen betätigt. Wenn ich mich recht erinnere, hat er – und seine Ehefrau – sich vor Jahren an der Unterstützung von jungen Musikern beteiligt, die an verschiedenen Aufführungsorten in Bonn ihre ersten Konzerte gegeben haben. Und vor drei, vier Jahren wurde im Vorgriff auf das Beethovenjahr der Zyklus der 32 Klaviersonaten im Kammermusiksaal des Beethovenhauses dank seiner Unterstützung zur Aufführung gebracht.

Aber damit habe ich bereits heimlich mein Thema verlassen: nämlich das *internationale* Engagement Marcus Lutters. Ich kehre deshalb – gerade auch was Spenden angeht – zum *internationalen* Engagement Lutters zurück: Herr Dr. Wang, ein Doktorand von Marcus Lutter, ist aus Taiwan zu uns gekommen. Er will in dem folgenden Beitrag Dank für eine Spende sagen, die Marcus Lutter dem Supreme Court von Taiwan in Form einer umfangreichen Sammlung deutscher wirtschaftsrechtlicher Zeitschriften vermacht hat.

Der Beitrag von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter zur Entwicklung der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Taiwan – eine Danksagung

Rechtsanwalt Dr. Kuo-Ching Wang, Taiwan

Im Jahre 1995 habe ich – auf Anregung von Herrn Prof. Lutter – den Aufsatz „Die Gründung einer Tochtergesellschaft in Taiwan“ geschrieben. Seitdem standen wir in engerem Kontakt. Im Jahr 1996 habe ich ihn zu einem Symposium nach Taiwan eingeladen, auf dem Prof. Lutter, der damalige Wirtschaftsminister Rexrodt und der Direktor der AHK Taiwan Vorträge zum Thema: „Investitionen in Deutschland“ gehalten haben. Danach hat Prof. Lutter mich mehrmals ermutigt, zur Kommunikation und Zusammenarbeit zwischen Deutschland und Taiwan im Bereich der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis beizutragen. Uns gemeinsam war das Anliegen, dass dabei die Außenbeziehungen Deutschlands nicht belastet werden durften.

In 2012 habe ich eine Richterdelegation zum Besuch in Deutschland begleitet, um danach unter Betreuung von Prof. Lutter meine Doktorarbeit in Bonn zu verfassen und im Jahre 2015 (im Alter von 60 Jahren) zu promovieren. Neben der Partnerschaft zwischen dem Juristischen Fachbereich der Universität Bonn und der National Taiwan Universität sind die Partnerschaften zwischen dem OLG Frankfurt sowie dem OLG Köln und dem Taiwan High Court entstanden, in deren Rahmen ein Austausch von Richterdelegationen – im zweijährigen Rhythmus – organisiert werden konnte. All dies hat von der Ermutigung durch Prof. Lutter profitiert und zur Entwicklung der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Taiwan beigetragen.

Zwei weitere Beispiele mögen diese Entwicklungen belegen. Herr Prof. Dr. Tolksdorf, der ehemalige Präsident des BGH, hat im Oktober 2013 Taiwan besucht und (auf einem DAAD-Symposium) einen Vortrag zur Unabhängigkeit der Rechtsprechung und einen weiteren Vortrag vor dem Justiz-Yuan über die Institution der Großen Senate gehalten. Am 4. Juli 2019 wurde dann die Institution der Großen Senate als ein Meilenstein der Justizreform in Taiwan eingeführt. Im Jahre 2016 hat Herr Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert, der damalige Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Taiwan besucht und auf einer Konferenz des Deutschen Instituts Taipei zum Thema Schöffensystem gesprochen und mit einigen prominenten

Richtern, Professoren, und Rechtsanwälten diskutiert. Sein in das Chinesische übersetzter Aufsatz „Thesen zur Jury und Schöffensystem“ wurde im September 2016 (mit einem Vorwort von mir) in der viel gelesenen Justizwochenzeitung veröffentlicht. Nun wird ab dem 1. Januar 2023 ein modifiziertes Schöffensystem in Taiwan eingeführt.

Im Jahre 2019 hat Prof. Lutter Zeitschriften zum deutschen und europäischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht dem Obersten Gerichtshof in Taiwan geschenkt. Daraufhin wurde am 27. März 2020 ein Raum für diese Zeitschriften in der Bibliothek im Obersten Gerichtshof eröffnet. Die Spende ist ein Meilenstein: Nun stehen in den Bücherregalen der Bibliothek des Obersten Gerichtshofs nicht nur Bücher und Zeitschriften auf Chinesisch und Englisch, sondern auch Zeitschriften in deutscher Sprache.

Im Namen des Präsidenten Tsan Wu und des ehemaligen Präsidenten Yu-Shan Cheng des Obersten Gerichtshofs in Taiwan bedanke ich mich bei Frau Vera Lutter, der Tochter von Prof. Lutter, für die Spende der genannten Zeitschriften ihres Vaters. Zugleich richte ich allen Teilnehmern an dieser Gedächtnisfeier für Herrn Prof. Lutter die herzlichsten Grüße der Herren Präsidenten Wu und Cheng aus.

Der Beitrag von Prof. Lutter zur Entwicklung der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis endet nicht mit der Spende seiner Zeitschriften. Seine Ermutigung begleitet mich. Von 1997 an betreute ich über 10 jahrelang ein Joint-Venture Projekt in Bereich der Halbleitersparte/Infineon von Siemens in Taiwan. Nun halte ich die Gründung der unabhängigen Halbleiterindustrie in Deutschland für sehr wichtig. Prof. Lutter hat mir gesagt, dass alles von Gott vorgeplant sei. Sehen wir, was die kommenden zehn Jahre bringen werden!

Marcus Lutter – Europäer, Nachbar, Freund

Prof. Mirosław Wyrzykowski, Universität Warschau

Ich bedanke mich sehr herzlich für die Einladung zur heutigen Gedächtnisfeier für Marcus Lutter und bitte, meine Abwesenheit wegen einer früher übernommenen Verpflichtung zu entschuldigen. Mit diesen Zeilen möchte ich Herrn Professor Marcus Lutter meine höchste Anerkennung, meinen Respekt und meine Dankbarkeit erweisen.

Marcus Lutter war ein beständiger und treuer Freund im Rahmen der polnischen Annäherung an die Europäische Gemeinschaft und der damit verbundenen Fragen und Probleme. Seit Anfang der 1990er Jahre beteiligte er sich regelmäßig als Experte an den Gesetzgebungsarbeiten im Zusammenhang mit den Reformen des polnischen Handels-, Gesellschafts-, Wirtschafts- und Bankrechts. Er hat den Entwurf zur Kodifizierung des Gesellschaftsrechts und die gesetzlichen Änderungen im Verbraucherrecht kommentiert.

Marcus Lutter initiierte wissenschaftliche Konferenzen und Symposien (u.a. gemeinsam mit der Deutsch-Polnischen Juristenvereinigung), hielt Vorträge bei den vom polnischen Justizministerium organisierten Fortbildungskursen für Richter und regte zusammen mit der Polnischen Juristenvereinigung Projekte zur Erweiterung der Kenntnisse des europäischen Rechts an. Er initiierte, lehrte und kommentierte nicht nur, sondern lud aus Deutschland auch die bedeutendsten Vertreter der wirtschafts- und bankwissenschaftlichen Lehre und Praxis nach Polen ein, und war damit ein außergewöhnlicher Vermittler zwischen der deutschen und der polnischen Wissenschaft und Wirtschaft.

Seine einzigartige Energie, sein Erfindergeist, sein Charisma und seine Konsequenz bei der Verwirklichung eines klar definierten Ziels führten zu Ergebnissen, die sich sowohl in der Qualität des Rechts als auch im Wert der theoretischen Überlegungen und in der Schaffung eines Mechanismus institutioneller und persönlicher Verbindungen niederschlugen, die ein Höchstmaß an Zusammenarbeit und Einheit von Intellekt und Herz widerspiegeln. Eines der ersten materiellen Ergebnisse seines Wirkens war die Veröffentlichung eines von ihm und J. Semmler herausgegebenen Sammelbandes mit dem Titel "*Rechtsgrundlagen freiheitlicher*

Unternehmenswirtschaft" in polnischer Sprache (der polnische Titel lautet „*Podstawy prawne gospodarki rynkowej*“, Warschau 1997, C. H. Beck, 397 S.).

Die Beziehung von Professor Lutter zur Universität Warschau und ihrer Fakultät für Recht und Verwaltung ist eine ganz besondere. Er überzeugte sowohl die Universität Bonn und ihren juristischen Fachbereich wie auch die Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit von seiner Idee der Errichtung der Deutschen Rechtsschule an der Universität Warschau, die dann auf seine Initiative hin 1997 gegründet wurde. Professoren und Dozenten der Universität Bonn und anderer Universitäten geben seitdem – in deutscher Sprache – eine Einführung in verschiedene Gebiete des deutschen und europäischen Rechts. Das Niveau des Unterrichts an der Deutsche Rechtsschule, ihre Organisationsstruktur und ihre Arbeitsmethodik sind nicht nur Quelle des hohen Ansehens, das mit dem Abschluss an der Schule verbunden ist. Die Schule wurde auch zum Vorbild für andere Unternehmungen dieser Art an polnischen Universitäten (z. B. an der Jagiellonen-Universität und der Universität Danzig) und in anderen Ländern in diesem Teil Europas. Denn was von Anfang an auffiel, war das außerordentliche und unermüdliche Bemühen von Marcus Lutter, die Deutsche Rechtsschule in jeder Hinsicht zu einem Musterbeispiel für Exzellenz zu machen: das Niveau der Lehre, die Organisation des didaktischen Prozesses, das akademische Ethos, die Verantwortung der Studenten für die Verpflichtungen, die sie mit ihrem Studium des deutschen Rechts eingegangen sind.

Der Unterricht an der Deutschen Rechtsschule wird in enger Zusammenarbeit zwischen der Warschauer und der Bonner Fakultät organisiert. Der heute einjährige Studienkurs für deutsches und europäisches Recht richtet sich in erster Linie an Jurastudenten und polnische Juristen, die mehr über das Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland und seine immer stärkeren Verbindungen zum Recht der Europäischen Union wissen möchten. Studenten und Absolventen anderer Fakultäten können ebenfalls teilnehmen, wenn ihre Arbeit oder ihre Interessen mit dem Programm der Schule in Zusammenhang stehen. Bis heute haben weit mehr als 700 Studenten in 26 Jahrgängen die Deutsche Rechtsschule erfolgreich absolviert.

Das Renommée der Deutschen Rechtsschule in der juristischen Fachwelt, aber darüber hinaus auch in der breiteren Öffentlichkeit spiegelt sich in den Persönlichkeiten aus Politik, Recht und Wirtschaft wider, die die jährlichen Eröffnungsvorträge gehalten haben. Zu erwähnen sind hier insbesondere Edzard Schmidt-Jortzig, Hans-Dietrich Genscher, Jutta Limbach, Kurt

Biedenkopf, Herta Däubler-Gmelin, Paul Kirchhof, Udo Di Fabio, Gesine Schwan, Karl Dedecius, Hans-Jürgen Papier, Brigitte Zypries, Winfried Hassemer, Karsten Schmidt, Dieter Grimm, Thomas von Danwitz, Johannes Masing, Christine Hohmann-Dennhardt, Thomas Kremer, Susanne Baer, Peter Hemeling, Peter M. Huber, Arne Wittig, Peter Hommelhoff und Franz C. Mayer.

Die Themen der Eröffnungsvorträge waren stets grundlegenden Fragen gewidmet, die für das Verständnis der Rechtswirklichkeit in der nationalen und europäischen Dimension von Bedeutung sind. Dabei ging es beispielsweise um den Einfluss der Verfassung auf das Privatrecht, die Europäische Grundrechtecharta, die Grundrechte als Wertesystem, Recht und Sprache, Politik und Vertrauen, die einheitliche Rechtsordnung als dauerhaft zu verwirklichende Forderung, den sozialen Rechtsstaat oder den Grundrechtsschutz in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union. Die in den ersten zwanzig Jahren der Schule gehaltenen Vorträge sind veröffentlicht in dem Buch *Auf dem Wege zur Gemeinschaft der Rechtskultur II*, hrsg. von Marcus Lutter, W.-H. Roth und Mirosław Wyrzykowski, Warschau 2016, verlegt vom stets wohlwollenden Verlag C.H. Beck, getreu der Idee der deutsch-polnischen juristischen Zusammenarbeit.

Absolventen der Deutschen Rechtsschule sind gefragte Bewerber in Top-Kanzleien. Einige von ihnen haben auch ihr Studium des deutschen Rechts im LL.M.-Programm fortgesetzt, das unter Mitwirkung von Professor Lutter an der Universität Bonn entwickelt wurde. Er war der Organisator, Förderer, Mentor und Freund der Absolventen der Juristischen Fakultät der Universität Warschau, die an der befreundeten Bonner Universität studierten. Darüber hinaus haben die Besten der Besten auf seine Initiative hin Promotionsstudien aufgenommen, indem sie Dissertationen an der Universität Bonn anfertigten. Es ist allgemein bekannt, wie sehr sich Professor Lutter um die polnischen Studenten kümmerte, und zwar weit über die akademische Beratung hinaus. Er kümmerte sich persönlich darum, die bestmöglichen Bedingungen für Aufenthalt, Studium und Praxis in großen deutschen Kanzleien und Finanzinstituten zu schaffen.

Seine wissenschaftliche und moralische Autorität, sein intellektueller und persönlicher Einfluss waren und sind von dauerhaftem Wert für die besondere Beziehung zwischen der Universität Warschau und Prof. Marcus Lutter. Die Deutsche Rechtsschule ist auch eine Plattform für wissenschaftliche Reflexion durch Seminare und Konferenzen von polnischen

und deutschen Juristen. Unter vielen anderen möchte ich ein Ereignis erwähnen, das zu Beginn der polnischen Verfassungskrise stattfand, die 2015 begann und in den folgenden Jahren des dramatischen Prozesses der Zerstörung der Verfassung durch die Verfassungsorgane des Staates fortgesetzt wurde. Es handelte sich um die Konferenz *Der Verfassungsstaat*, an der deutsche und polnische Verfassungsrichter teilnahmen. Es wurden Beiträge zu Themen wie dem Wesen des Rechtsstaates, dem Wesen des demokratischen Rechtsstaates, dem vertretbaren Rechtsstaat, der Bedrohung des Rechtsstaates, der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft und der Trias Menschenwürde-Freiheit-Gleichheit, also den grundlegenden Menschenrechten, gehalten. Der zuverlässige Verlag C. H. Beck hat die Tagungsunterlagen in Form des Buches *Der Verfassungsstaat*, Warschau 2017, veröffentlicht.

Wir wissen dies alles sehr zu schätzen: Professor Marcus Lutter ist nicht nur der "Vater" der „Lutter-Schule“ in Deutschland, er ist auch der "Vater" und beste Geist der akademischen Zusammenarbeit zwischen Bonn und Warschau, zwischen Deutschland und Polen. Dies soll auch darin zum Ausdruck kommen, dass die Deutsche Rechtsschule Warschau auf Initiative der Warschauer Fakultät seit kurzem nach Marcus Lutter benannt ist („Marcus-Lutter-Deutsche Rechtsschule Warschau“).

Professor Marcus Lutter war eine herausragende Persönlichkeit, die mit ihrer Renaissance-Grandezza und aristokratischen Noblesse jeden beeindruckt hat. Er war äußerst bescheiden, zog die Menschen an und gleichzeitig fand jeder von uns sofort seinen Platz in einer beruflichen oder privaten Beziehung zu ihm. Man sah ihn schon von weitem: graues, fast schulterlanges Haar, das im Wind wehte, ein prächtig gefärbter Kaschmirschal, ein schneller Schritt, den Kopf immer dem Gesprächspartner zugewandt, ein Strahlen in den Augen bei der Kenntnismahme eines Lehrerfolgs oder beim Vorschlag zu einem Konzert in der Warschauer Philharmonie oder zu einer Operaufführung.

Jeder, der mit Marcus Lutter zusammengearbeitet hat, erinnert sich an eine weitere besondere Eigenschaft, nämlich seine Bereitschaft, die Erfolge der Schüler und derjenigen, die die Arbeit der Deutschen Rechtsschule organisierten, anzuerkennen und zu loben. Wenn etwas Neues in der Funktionsweise der Schule eintrat, wenn scheinbar unmögliche Angelegenheiten erfolgreich bewältigt wurden, wenn etwas Gutes im Privatleben oder in der Öffentlichkeit geschah, wussten wir, wie er reagieren würde: Es wurde immer mit einem Wort kommentiert:

"fantastisch". "Fantastisch" ist für mich der Spitzname und das Symbol für Marcus Lutter. Er allein hatte eine solche Summe von Qualitäten, dass, wenn jemand eine besondere, einzigartige Synthese solcher Qualitäten verdiente, diese Synthese heißen muss:

'Fantastisch Marcus Lutter'

*Wissenschaftliches
Symposium*

Zur Reform des Aufsichtsratsrechts

Prof. Dr. Dirk A. Verse, Universität Heidelberg

I. Einführung

1. *Marcus Lutter* und das Recht des Aufsichtsrats

Mit *Marcus Lutter* verbindet man unheimlich viel, aber ganz bestimmt auch und gerade das Recht des Aufsichtsrats. Wir alle kennen seine Klassiker „Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat“¹ und „Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats“², die er über all die Jahre hinweg immer wieder auf den neuesten Stand gebracht hat. Daneben hat er nicht weniger als gut 50 Aufsätze verfasst, die sich allein oder schwerpunktmäßig mit dem Aufsichtsrat befassen³, stets in der ihm eigenen unverwechselbaren, für mich beispiellosen Verbindung aus inhaltlicher Klarheit und sprachlicher Eleganz, Kraft und Eindringlichkeit.

Die Themenpalette seiner Arbeiten zum Aufsichtsrat ist weit gespannt; und doch lässt sich ein roter Faden ausmachen, der seine Beiträge miteinander verbindet. Es ist das Anliegen, dem Aufsichtsrat einen funktionsfähigen Rechtsrahmen zu verschaffen, der ihn ertüchtigt und ihn auch dazu anhält, seine in den letzten Jahrzehnten – in den Worten von *Marcus Lutter* – „geradezu dramatisch“ angewachsenen Aufgaben⁴ effektiv und frei von Interessenkonflikten wahrzunehmen.

In diesem Bestreben hat *Marcus Lutter* unser Verständnis des geltenden Aufsichtsratsrechts entscheidend geprägt. Nur als ein Beispiel von vielen sei daran erinnert, dass er als einer der ersten klar herausgearbeitet hat, dass die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 1 AktG nicht nur oder in erster Linie retrospektiv auf bereits abgeschlossene Sachverhalte zu beziehen ist⁵, sondern der Aufsichtsrat den Vorstand (mindestens) ebenso

¹ Erstmals erschienen 1979, zuletzt in 3. Auflage 2006.

² Erstmals erschienen 1980 (gemeinsam mit *Gerd Krieger*), inzwischen in 7. Auflage 2020 (gemeinsam mit *Gerd Krieger* und dem Verf.).

³ S. die Schriftenverzeichnisse von *Marcus Lutter* in U.H. Schneider/Hommelhoff/K. Schmidt/Timm/Grunewald/Drygala (Hrsg.), Festschrift für *Marcus Lutter* zum 70. Geburtstag, 2000, S. 1649 ff. (bis 2000), und U.H. Schneider/Hommelhoff (Hrsg.), *Marcus Lutter – Gesammelte Schriften*, 2010, S. 1315 ff. (2001 bis 2010); für den Zeitraum ab 2011 die Angaben in der Datenbank von juris.

⁴ *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 7. Aufl. 2020, Rn. 58; *Lutter*, DB 2009, 775.

⁵ So noch der Ausgangspunkt im frühen Recht des Aufsichtsrats (ADHGB); zur historischen Entwicklung *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, 2006, S. 795 f.

auch prospektiv in Bezug auf grundsätzliche Fragen der zukünftigen Geschäftspolitik zu kontrollieren hat, und zwar nicht nur über Zustimmungsvorbehalte zu wichtigen Geschäften (§§ 111 Abs. 4 Satz 2, 111b, 204 Satz 2 AktG), sondern auch durch kontinuierliche Beratung des Vorstands⁶. Der Bundesgerichtshof und die heute ganz herrschende Lehre sind ihm darin bekanntlich gefolgt⁷.

Der Einfluss von *Marcus Lutter* auf das Recht des Aufsichtsrats erschöpft sich aber bei weitem nicht in den vielen Beiträgen zur Ausdeutung der *lex lata*. Als Gründungsmitglied der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK), der er bis 2008 angehörte, hat er viele Kodexempfehlungen mitbeeinflusst, die für die Arbeit des Aufsichtsrats von großer Bedeutung sind. Darüber hinaus hat er sich in verschiedenen Kommissionen, Arbeitsgruppen oder schlicht als „einfacher Professor“⁸ immer wieder mit Vorschlägen zu Wort gemeldet, wie man den gesetzlichen Regelungsrahmen des Aufsichtsrats *de lege ferenda* verbessern könnte⁹. Einiges davon ist aufgegriffen worden, anderes nicht¹⁰. Und damit bin ich bei dem mir gestellten Thema – der Reform des Aufsichtsratsrechts.

2. Die Reforminitiative des Arbeitskreises „Recht des Aufsichtsrats“

Vor anderthalb Jahren hat ein 16-köpfiger Arbeitskreis aus Hochschullehrern, Rechtsanwälten und Organmitgliedern von DAX-Unternehmen ein Eckpunktepapier für eine Reform des Aufsichtsratsrechts vorgelegt¹¹. Der Arbeitskreis, dem mit *Peter Hommelhoff* und *Gerd Krieger* auch zwei prominente *Lutter*-Schüler angehören, schlägt keine Revolution des Aufsichtsratsrechts vor – aber doch eine umfassende systemimmanente Weiterentwicklung

⁶ Besonders deutlich *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2. Aufl. 1984, S. 5 f. (abgeleitet aus der Berichtspflicht des Vorstands nach § 90 AktG, die insbesondere in § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 AktG zukunftsgerichteten Charakter hat).

⁷ In der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1991 hat sich der II. Zivilsenat an erster Stelle auf *Marcus Lutter* berufen; BGHZ 114, 127, 130 = NJW 1991, 1830; seither ständige Rechtsprechung, zuletzt BGHZ 218, 122 = NZG 2018, 629 Rn. 17; aus dem Schrifttum statt vieler *Habersack* in Münchener Komm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 12, 50; *Hopt/Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 111 Rn. 47 ff.; *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 4), Rn. 103 ff.

⁸ *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 288.

⁹ Exemplarisch *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287; *ders.*, NJW 1995, 1133; *ders.*, ZIP 2003, 417.

¹⁰ S. noch unten II. 2. (Größe des Aufsichtsrats), II. 3. b) (Begründungspflicht für Wahlvorschläge), II. 3. c) (Begrenzung der Ämterhäufung).

¹¹ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477. Die das Eckpunktepapier vorbereitenden Referate und Diskussionsberichte sind in einem ZGR-Sonderheft erschienen: *Hommelhoff/Kley/Verse* (Hrsg.), Reform des Aufsichtsratsrechts, 2021.

und Modernisierung, die das Aufsichtsratssystem auch im internationalen Wettbewerb der Unternehmensverfassungen stärken soll. Der Arbeitskreis greift damit eine Forderung auf, die zuvor im Schrifttum namentlich von *Karl-Ludwig Kley* und *Mathias Habersack* – beide ebenfalls Mitglieder des Arbeitskreises – erhoben worden war¹². Stellungnahmen der Unternehmensverbände BDI und VCI haben sich (bei Kritik im Detail) grundsätzlich zustimmend geäußert und sich dafür ausgesprochen, dass der Gesetzgeber die Reforminitiative aufgreifen möge¹³. Ob dies auf mittlere Sicht geschehen wird, bleibt abzuwarten. Im Koalitionsvertrag 2021 wird das Projekt nicht genannt.¹⁴

Da ich die Vorschläge des Arbeitskreises mitinitiiert habe, bin ich heute wohl kaum in der Erwartung eingeladen worden, diese Vorschläge hier in Bausch und Bogen zu verwerfen. Ganz im Gegenteil möchte ich versuchen, mit einem Rundgang durch das Eckpunktepapier das Bewusstsein dafür zu schärfen, dass sich in Bezug auf eine Modernisierung des Aufsichtsratsrechts eine Reformanstrengung allemal lohnen würde.

Nicht zu leugnen ist natürlich – das sei vorausgeschickt –, dass das Recht des Aufsichtsrats schon in den letzten 25 Jahren immer wieder punktuell Gegenstand von Reformen war¹⁵. KonTraG, TransPuG, BilMoG, VorstAG, AReG, ARUG II, FöPoG I und II und in Reaktion auf den Wirecard-Skandal zuletzt das FISG¹⁶ haben den rechtlichen Rahmen für den Aufsichtsrat punktuell Schritt für Schritt weiterentwickelt¹⁷. Die sprichwörtliche „Aktienrechtsreform in Permanenz“¹⁸ hat auch im Recht des Aufsichtsrats deutliche Spuren hinterlassen. Aber dabei handelte es sich immer nur um mehr oder weniger punktuelle Nachjustierungen. Daneben war es häufig der auf Empfehlungen und Anregungen beschränkte Kodex, der wichtige Themen aufgegriffen hat, etwa die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder, das Problem des *overboarding* oder den Investorendialog.

¹² *Kley*, AG 2019, 818 (unter dem provokanten Titel „Aktiengesetz & Aufsichtsrat: ‚Dornröschen 2.0‘“); *Habersack*, Der Aufsichtsrat 02/2020.

¹³ BDI, Reform des Aufsichtsratsrechts, Stellungnahme vom 3.1.2022 (<https://bdi.eu/publikation/news/reform-des-aufsichtsratsrechts>), S. 1 („Nach einer ersten Bewertung [...] hält der BDI einen Großteil der Eckpunkte für sinnvoll.“); Arbeitsgruppe des VCI-Fachausschusses Unternehmensrecht, NZG 2022, 156.

¹⁴ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP (abrufbar unter www.spd.de/koalitionsvertrag2021/).

¹⁵ *Bachmann*, FS Seibert, 2019, S. 13, 25: „Am Aufsichtsrat ist zuletzt viel herumgeschraubt worden“.

¹⁶ Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz v. 3.6.2021, BGBl. I, 1534.

¹⁷ S. den Überblick bei *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 4), Rn. 44 ff.; zum FISG etwa *M. Roth*, NZG 2022, 53; *Simons*, NZG 2021, 1429.

¹⁸ Der Begriff geht zurück auf *Zöllner*, AG 1994, 336. Mit der seit 1994 einsetzenden Welle an kleineren Aktienrechtsnovellen in Zusammenhang gebracht hat ihn, soweit ersichtlich, erstmals *Seibert*, AG 2002, 417.

Was bislang fehlt, ist eine Reformanstrengung des Gesetzgebers, die das Recht des Aufsichtsrats erstmals seit 1965 systematisch-umfassend auf den Prüfstand hebt. Im Folgenden möchte ich versuchen, dies anhand einiger der Vorschläge des Arbeitskreises zu verdeutlichen.

II. Rechtssichere, effiziente und aufgabenadäquate Besetzung des Aufsichtsrats

Ein erster Schwerpunkt der Reformvorschläge betrifft die Besetzung des Aufsichtsrats.

1. Rechtssichere Bestellung

Diese muss zunächst einmal rechtssicher möglich sein. Schon in diesem Punkt ist die geltende Rechtslage unbefriedigend. Der BGH hat es bekanntlich abgelehnt, die Lehre vom fehlerhaften Organ auf die Beschlussfassung im Aufsichtsrat zu übertragen¹⁹. Daher gelten die betroffenen Aufsichtsratsmitglieder hinsichtlich der Beschlussfassung rückwirkend als Nichtmitglieder, wenn sich eine Wahlanfechtung nach Jahr und Tag als erfolgreich erweist. Das kann gravierende Konsequenzen für die Wirksamkeit der Aufsichtsratsbeschlüsse haben, bis hin zu einer möglichen Unwirksamkeit der Feststellung des Jahresabschlusses²⁰. Eine Absicherung durch eine vorsorgliche gerichtliche Ersatzbestellung der gewählten Mitglieder analog § 104 AktG, die unter die aufschiebende Bedingung der rechtskräftigen Nichtigerklärung des angefochtenen Wahlbeschlusses gestellt wird und mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Bestellung erfolgt, ist nach obergerichtlicher Rechtsprechung nicht möglich²¹. Auch der Ausweg, dass die von der Anfechtung betroffenen Mitglieder ihr Amt niederlegen in der Hoffnung, anschließend gerichtlich wiederbestellt zu werden, ist nicht

¹⁹ BGHZ 196, 195 = NZG 2013, 456 Rn. 18 ff. Für Pflichten, Haftung und Vergütung ist dagegen auch vom BGH anerkannt, dass die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung auf den Aufsichtsrat anwendbar sind; BGHZ 168, 188 = NZG 2006, 712 Rn. 14; BGHZ 196, 195 = NZG 2013, 456 Rn. 19. Kritisch zu BGHZ 196, 195 ein großer Teil des Schrifttums, etwa *Habersack* (Fn. 7), § 101 Rn. 70; *Kiefner* in: Kölner Komm. AktG, 3. Aufl. 2013, § 252 Rn. 25 ff.; *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 101 Rn. 22; *Lieder*, ZHR 178 (2014), 282, 290 ff.; *Rieckers*, VGR 19 (2014), 124, 141 ff.

²⁰ Eingehend dazu *C. Arnold/Gayk*, DB 2013, 1830; *Friedrichs*, Die Folgen der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, 2016, S. 26 ff.; speziell zu den Auswirkungen auf die Feststellung des Jahresabschlusses auch *Koch* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 256 Rn. 43.

²¹ Zuletzt OLG München NZG 2021, 235 Rn. 6 ff.; zuvor bereits OLG Köln FGPrax 2007, 143; OLG Köln NZG 2011, 508; ebenso *Habersack* (Fn. 7), § 104 Rn. 12; skeptisch auch *Koch* (Fn. 19), § 104 Rn. 8; a.A. aber erhebliche Teile des Schrifttums, insbes. *Hoffmann-Becking*, FS Krieger, 2020, S. 379 m.w.N.; ferner (sogar für unmittelbare Anwendbarkeit des § 104 AktG) *E. Vetter/van Laak*, ZIP 2008, 1806, 1809 ff.; *E. Vetter*, ZIP 2012, 701, 706 f.

frei von Unwägbarkeiten, da nicht gesichert, dass sowohl die Betroffenen als auch das Registergericht bereit sind, sich auf diesen Weg einzulassen²².

Wie viele andere sieht der Arbeitskreis daher an dieser Stelle Reformbedarf²³, ohne sich auf eine der diskutierten Lösungsvarianten (Wahlanfechtung grundsätzlich nur mit *ex-nunc*-Wirkung, Ausdehnung des Freigabeverfahrens, bedingte gerichtliche Ersatzbestellung) festzulegen²⁴. Es besteht derzeit Anlass zur Hoffnung, dass der Gesetzgeber diese Frage auch unabhängig von einer möglichen weitergehenden Reform des Aufsichtsratsrechts aufgreifen wird, nämlich im Kontext der schon lange diskutierten Reform des Beschlussmängelrechts. Der stellvertretende Vorsitzende des Rechtsausschusses des Bundestags, der FDP-Abgeordnete *Thorsten Lieb*, hat im Juli 2022 angekündigt, dass die Ampelkoalition diese Reform nun endlich angehen werde²⁵. Falls diese Ankündigung nicht folgenlos bleibt, wird in diesem Rahmen auch die angefochtene Aufsichtsratswahl Berücksichtigung finden müssen.

2. Effiziente Größe des Aufsichtsrats

Reformbedarf sieht der Arbeitskreis wenig überraschend auch hinsichtlich der Größe des Aufsichtsrats. Dass eine dem MitbestG unterliegende Gesellschaft mit mehr als 20.000 Arbeitnehmern zwingend einen 20-köpfigen Aufsichtsrat haben muss (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MitbestG), hält der Arbeitskreis für überzogen. Nach seinem Vorschlag soll die Satzung künftig auch eine geringere Mitgliederzahl – mindestens aber zwölf – vorsehen können²⁶. Das ist zugegeben ein altes Thema; der zwingend zwanzigköpfige Aufsichtsrat steht schon lange in der Kritik²⁷. *Marcus Lutter* hatte dazu schon in den 1990er Jahren eine sehr klare Meinung:

²² Näher *Hoffmann-Becking* (Fn. 21), S. 379, 383. Auch der mögliche Ausweg, mit einem Bestätigungsbeschluss nach § 244 AktG für Abhilfe zu sorgen, stößt an enge Grenzen; *Hoffmann-Becking* a.a.O. S. 379, 382 f.

²³ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 49 f.; *Poelzig* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 239, 247 ff.; zust. BDI (Fn. 13), Ziff. 8.4 („Entschärfung der BGH-Rechtsprechung sehr sinnvoll“); VCI, NZG 2022, 156 („vom VCI schon seit langem gefordert“); zuvor bereits *Drygala/Gehling*, ZIP 2014, 1253; *Koch* (Fn. 19), § 104 Rn. 8 a.E.; a.A. allerdings *Florstedt*, NZG 2014, 681.

²⁴ Zu möglichen Lösungsvarianten s. die Diskussion bei *Drygala/Gehling*, ZIP 2014, 1253; allgemein zur Reform des Beschlussmängelrechts *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, 2018; Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 72. DJTs, 2018.

²⁵ Tweet vom 4.7.2022 (<https://twitter.com/ThorstenLieb/status/1543864709031550976>).

²⁶ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 28; ausführliche Begründung bei *Krieger* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 95, 97 ff.; zust. BDI (Fn. 13), Ziff. 3; VCI, NZG 2022, 156 f.; grds. auch *Heinen/Schilz/Kahle*, ZIP 2022, 553, 557 f., die die Untergrenze allerdings bei 10 Mitgliedern ziehen wollen.

²⁷ S. etwa BDA/BDI, Mitbestimmung modernisieren, Bericht der Kommission Mitbestimmung, 2004, S. 21 f., 40; *Raiser*, Gutachten B für den 66. DJT, 2006, S. 89 ff.; Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung, ZIP 2009, 885, 886 f. (§§ 7 Abs. 1, 33a Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 MitbestG-E); ferner die in Baums (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rn. 49, wiedergegebenen Stellungnahmen; pointiert *Böck-*

„Sitzungen mit bis zu 25 oder gar 30 Personen (20 Aufsichtsratsmitglieder, 5-10 Vorstandsmitglieder) können nicht fruchtbar sein.“²⁸ Der Deutsche Bundestag habe diese Regelung 1976 „gegen den Rat aller Erfahrenen“ eingeführt²⁹.

Nun ist gewiss nicht ausgeschlossen, auch in einem 20-köpfigen Aufsichtsrat effektiv zu arbeiten, zumal ohnehin viel in Ausschüsse delegiert wird. Möglicherweise ist für manche Gesellschaften diese Größe auch die richtige³⁰. Aber warum sollte man sie zwingend vorschreiben, noch dazu, wenn man inzwischen weiß, dass namhafte Gesellschaften (Allianz, BASF, SAP und andere, künftig auch e.on) die Umwandlung in eine SE für eine moderate Verkleinerung des Aufsichtsrats genutzt und damit offenbar gute Erfahrungen gemacht haben? Sofern man – wie vom Arbeitskreis vorgeschlagen – abweichend von der Rechtslage in der SE³¹ immerhin an einer Mindestgröße von zwölf Mitgliedern festhält, bleibt auch genügend Raum für eine ausgewogene Zusammensetzung der Arbeitnehmerseite, die den eigentlichen Normzweck der Größenvorgabe bildet³². In einem 12-köpfigen Aufsichtsrat könnten sowohl Gewerkschaftsvertreter (§ 7 Abs. 2 MitbestG) als auch der Vertreter der leitenden Angestellten (§ 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG) weiterhin Platz finden³³.

Freilich darf man nicht naiv sein. Ähnliche Vorschläge sind bisher stets am Widerstand der Gewerkschaften gescheitert³⁴, und auch bei einem neuen Anlauf wird mit Protest zu rechnen sein. Es ist wohl keine ganz falsche Vermutung, dass dabei auch eine Rolle spielt, dass kleinere Aufsichtsräte in absoluten Zahlen auch zu weniger Mandaten für gewerkschaftsangehörige Mitglieder führen, die bekanntlich einen erheblichen Teil ihrer

li, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009: „man ist sich praktisch in einem Punkt weltweit einig – die Effizienz eines körperschaftsrechtlichen Gremiums nimmt vom Erreichen einer zweistelligen Mitgliederzahl an exponentiell ab.“

²⁸ Lutter, ZHR 159 (1995), 287, 297 („heute praktisch unstrittig“) m.w.N. aus dem älteren Schrifttum.

²⁹ Lutter, AG 1994, 176.

³⁰ Nach Angaben des Instituts für Mitbestimmung und Unternehmensführung der Hans-Böckler-Stiftung haben im Jahr 2021 ca. 40 % der Unternehmen mit 20-köpfigem Aufsichtsrat diese Größe freiwillig gewählt, darunter insbesondere kommunale Unternehmen (<https://www.mitbestimmung.de/html/entwicklung-der-anzahl-der-mitbestimmten-550.html>).

³¹ In der SE kann auch bei paritätischer Mitbestimmung die Aufsichtsratsgröße auf unter 12 Mitglieder reduziert werden, was in der Praxis auch gelegentlich geschieht (z.B. SGL Carbon SE 8 Mitglieder, Delivery Hero 6 Mitglieder).

³² Vgl. Begr. RegE zu § 7 MitbestG, BT-Drucks. 7/2172, S. 22: „Für die von den geltenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften abweichende Festlegung der Größe des Aufsichtsrats ist vor allem der Gedanke bestimmend, dass im Aufsichtsrat die verschiedenen Faktoren der Vertretung der Arbeitnehmer in einem ausgewogenen Verhältnis beteiligt sein müssen.“

³³ Näher Krieger in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 95, 101 ff.

³⁴ Zur Kritik der Gewerkschaften s. DGB-Thesen zum Mitbestimmungsentwurf, Beilage zu ZIP 48/2009, S 36, 37 (Komplexität der Überwachungsaufgabe erfordere entsprechende Aufsichtsratsgröße, in größeren Gremien können mehr unterschiedliche Blickwinkel Berücksichtigung finden); Gerum/Debus, Die Größe des Aufsichtsrats als rechtspolitisches Problem, 2006.

Bezüge an die Hans-Böckler-Stiftung abführen müssen und diese damit zu einem Großteil finanzieren³⁵.

3. Aufgabenadäquate Besetzung

Der Arbeitskreis schlägt ferner ein Bündel von Maßnahmen vor, die eine „gute“, d.h. aufgabenadäquate Besetzung des Aufsichtsrats fördern sollen.

a) Zuverlässigkeit

Dazu gehört zunächst, dass die Bestellungsverbote des Vorstandsrechts bei Berufsverböten und Vorstrafen (§ 76 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2-3 AktG) künftig auch auf die Aufsichtsratsmitglieder erstreckt werden³⁶. Das sollte eigentlich selbstverständlich sein, ist im geltenden Recht aber aus unerfindlichen Gründen nicht vorgesehen³⁷.

b) Sachkunde

Zudem will der Arbeitskreis durch einen prozeduralen Kniff sicherstellen, dass der Aufsichtsrat seiner Verantwortung, nur gut geeignete, sachkundige Kandidaten für die Wahl vorzuschlagen, mit der gebotenen Sorgfalt nachkommt. Zu diesem Zweck soll der Aufsichtsrat künftig verpflichtet sein, der Hauptversammlung mit seinem Wahlvorschlag auch eine Begründung vorzulegen, warum gerade dieser Kandidat oder diese Kandidatin nach seiner Einschätzung dem Anforderungsprofil entspricht³⁸. Ein pflichtgemäß handelnder

³⁵ *Krieger* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 95, 98; näher und kritisch zu dieser Abführungspraxis *ders.*, FS E. Vetter, 2019, S. 363. Zur Bedeutung für den Etat der Hans-Böckler-Stiftung s. deren Jahresbericht 2021, S. 70: 63% der Stiftungseinnahmen stammen aus Zuwendungen von Förderern, darunter vor allem Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten, Arbeitsdirektoren und Geschäftsleiter gewerkschaftlicher Unternehmen.

³⁶ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 25; *Verse* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 82 f.; zust. BDI (Fn. 13), Ziff. 2.4; VCI, NZG 2022, 156; *Heinen/Schilz/Kahle*, ZIP 2022, 553, 559; zuvor bereits *Habersack*, Gutachten E zum 69. DJT, 2012, S. 83 f.; *Hopt/Roth* (Fn. 7), § 100 Rn. 27; *Kley*, AG 2019, 818, 820 f.; abw. *Hesseler*, Amtsunfähigkeit von GmbH-Geschäftsführern, 2009, S. 304 f.

³⁷ Eine analoge Anwendung des § 76 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2-3 AktG lehnt die h.M. mangels Planwidrigkeit der Regelungslücke ab; *Habersack* (Fn. 7), § 100 Rn. 51; *Hopt/Roth* (Fn. 7), § 100 Rn. 27 (mit rechtspolitischer Kritik); *Mertens/Cahn* in Kölner Komm. AktG, 3. Aufl. 2013, § 100 Rn. 7; *Spindler* in BeckOGK AktG, Stand 1.10.2022, § 100 Rn. 47; obiter auch OLG Stuttgart BeckRS 2015, 14340 Rn. 313; a.A. *Thaten*, Die Ausstrahlung des Aufsichts- auf das Aktienrecht am Beispiel der Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2016, S. 283.

³⁸ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 20 (mit der Einschränkung „zumindest in börsennotierten Gesellschaften“); ohne diese Einschränkung *Dreher*, FS Windbichler, 2020, S. 552, 558 ff.; *Verse* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 69, 73; ebenso auch schon die von der EU-Kommission eingesetzte Hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts in ihrem Bericht v. 4.11.2002, S. 68 (ab-rufbar unter www.europeanprivatecompany.eu); *Lutter*, ZIP 2003, 417, 419; für eine entsprechende Kodexempfehlung Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR), AG 2022, 239 Rn. 44. Bisher empfiehlt der Kodex ledig-

Aufsichtsrat muss sich mit dieser Frage ohnehin intensiv befassen; dann sollte es ihm auch nicht schwerfallen, das Kondensat seiner Überlegungen den Aktionären mit dem Wahlvorschlag mitzuteilen. Durch diese Begründungspflicht wird also kein unnötiger Mehraufwand produziert, der Aufsichtsrat aber zu einer sorgfältigen Wahrnehmung seiner Vorschlagsverantwortung angehalten. Soweit eingewandt wird, dass durch die Begründungspflicht ein neues Anfechtungsrisiko geschaffen würde³⁹, sei daran erinnert, dass der Arbeitskreis zugleich die Rechtsunsicherheit bei angefochtener Aufsichtsratswahl entscheidend reduzieren will (s.o. II. 1.), so dass dann auch bei einer Anfechtung wegen Verletzung der Begründungspflicht keine unangemessenen Folgen mehr drohen würden⁴⁰.

c) Zeitliche Verfügbarkeit (Höchstzahl der Mandate)

Daneben will der Arbeitskreis auch die hinreichende zeitliche Verfügbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder und damit die Frage der Ämterhäufung ins Visier nehmen. Bei allem Streben nach Professionalisierung soll zwar am Nebenamtscharakter der Aufsichtsrats Tätigkeit nicht gerüttelt werden. Aber es handelt sich – wieder in den Worten von *Marcus Lutter* – um ein „höchst anspruchsvolles Teilzeitamt“⁴¹. Ungeachtet dessen lässt das Aktiengesetz weiterhin die Anhäufung von bis zu zehn Aufsichtsratsmandaten zu (bei Doppelzählung des Vorsitzes, § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Satz 3 AktG) und dies auch in großen börsennotierten Gesellschaften und sogar dann, wenn der Mandatsträger zusätzlich noch ein anspruchsvolles Hauptamt innehat. Mandate in ausländischen Gesellschaften werden dabei nach (wohl noch) herrschender Ansicht nicht einmal mitgezählt⁴².

lich, dass dem Kandidatenvorschlag ein Lebenslauf beigefügt wird, der über relevante Kenntnisse und Erfahrungen Auskunft gibt (Empf. C. 14 DCGK), und dass Beziehungen des Kandidaten zu dem Unternehmen, den Organen der Gesellschaft und wesentlich beteiligten Aktionären offengelegt werden (Empf. C. 13 DCGK).

³⁹ BDI (Fn. 13), Ziff. 2.1; VCI, NZG 2022, 156, 160.

⁴⁰ Davon abgesehen verhält es sich schon jetzt so, dass nach § 131 Abs. 1 AktG auf Nachfrage eines Aktionärs in der Hauptversammlung die zur Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Wahl erforderlichen Umstände offenbart werden müssen (*Verse* in Hommelhoff/Kley/Verse [Fn. 11], S. 69, 73 m.w.N.) und bei Verletzung dieser Pflicht ebenfalls eine Anfechtung droht.

⁴¹ *Lutter*, NJW 1995, 1133.

⁴² Für die h.M. (u.a. unter Hinweis auf drohende Rechtsunsicherheit infolge von Abgrenzungsschwierigkeiten und einen Umkehrschluss aus § 125 Abs. 1 Satz 5 AktG) *Koch* (Fn. 19), § 100 Rn. 6; *Hoffmann-Becking* in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 30 Rn. 14; *Mader*, ZGR 2014, 430, 432 ff.; jeweils m.w.N.; zur vordringenden Gegenansicht *Habersack* (Fn. 7), § 100 Rn. 23; *Hopt/Roth* (Fn. 7), § 100 Rn. 56 ff.; *Roßkopf* in Goette/Arnold, Hdb. Aufsichtsrat, 2021, § 2 Rn. 43; *Weller*, ZGR 2010, 679, 707.

Diese noch aus dem Jahr 1937 stammende Regelung⁴³ ist offensichtlich nicht mehr zeitgemäß⁴⁴. Auch das ist schon seit langem immer wieder moniert worden, auch von *Marcus Lutter*⁴⁵, und es gab auch immer wieder Anläufe, die Mandatsobergrenze abzusenken, bisher jedoch ohne Erfolg⁴⁶. Man mag zwar einwenden, dass inzwischen immerhin der Kodex in die Bresche springt. Die von ihm empfohlenen Mandatsobergrenzen – nicht mehr als fünf Aufsichtsratsmandate oder vergleichbare Funktionen in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften, für Vorstandsmitglieder börsennotierter Gesellschaften nicht mehr als zwei (Empf. C.4-5 DCGK) – sind wesentlich strenger, und sie werden von den meisten entsprechenserklärungspflichtigen Unternehmen auch eingehalten⁴⁷. Aber zum einen werden die Kodexempfehlungen nicht ausnahmslos befolgt, und zum anderen ändert sich durch eine mehr oder weniger gute Befolgung des Kodex nichts daran, dass der Gesetzgeber ein falsches Signal setzt, wenn er durch eine viel zu großzügige Regelung den Eindruck erweckt, dass ein erheblicher zeitlicher Einsatz nur Kür statt gesetzliche Pflicht sei.

Der Arbeitskreis will daher die gesetzliche Höchstzahl von zehn auf sechs absenken und für Personen, die im Hauptamt ein Leitungsmandat innehaben, auf zwei Aufsichtsratsmandate, und zwar jeweils unter Einbezug vergleichbarer ausländischer Mandate⁴⁸. Diese strengeren Grenzen sollen aber nur für kapitalmarktorientierte Gesellschaften (§ 264d HGB) gelten, da in diesen bei typisierender Betrachtung die Komplexität der Überwachungsaufgabe erhöht ist und ein gesteigertes öffentliches Interesse besteht. In dieser Beschränkung auf kapitalmarktorientierte Gesellschaften liegt mehr als nur ein Randdetail. Während nämlich

⁴³ § 86 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 (mit dem Vorbehalt, dass aufgrund ministerieller Anordnung Ausnahmen möglich waren, sofern zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen erforderlich). Zur vorausgehenden Entwicklung und Diskussion *Lieder* (Fn. 5), S. 222 ff., 305 ff., 364 ff.

⁴⁴ Allg. Ansicht im Schrifttum; s. neben dem Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 5 auch *Hopt/Leyens*, ZGR 2019, 929, 955 („von der Entwicklung offensichtlich überholt“); *Kley*, AG 2019, 818, 819 („wirklichkeitsfremd“); *Bangert*, BOARD 2019, 123, 124 („wird den heutigen Anforderungen an die Aufsichtsratsstätigkeit zweifellos nicht mehr gerecht“); *Fleischmann* in *Johannsen-Roth/Illert/Ghassemi-Tabar*, DCGK, 2020, Grds. 12 Rn. 4 („überholt“); *Heinen/Schilz/Kahle*, ZIP 2022, 553, 558 („aus der Zeit gefallen“); *Verse* in *Hommelhoff/Kley/Verse* (Fn. 11), S. 69, 83.

⁴⁵ *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 302 (für Absenkung auf fünf Mandate).

⁴⁶ Für Absenkung der gesetzlichen Höchstzahl auf fünf Aufsichtsratsmandate Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 20.5.1997, BT-Drucks. 13/7737, S. 17 f.; Gesetzentwurf des Bundesrates vom 29.1.1998, BT-Drucks. 13/9716; Entschließungsantrag der FDP-Fraktion vom 12.11.2008, BT-Drucks. 16/10885; Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen vom 6.3.2009, BR-Drucks. 211/09; *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 302; für Absenkung auf sechs *Habersack* (Fn. 36), S. 83; *Mülbert*, Gutachten 61. DJT 1996, S. 108 (fünf bis sechs); Überblick über weitere Vorschläge bei *Hopt/Roth* (Fn. 7), § 100 Rn. 69.

⁴⁷ Nach einer Erhebung, die sich auf alle im Regulierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse notierten Gesellschaften bezieht, liegen die Befolgungsquoten bei 94,1% (C.4 Hs. 1), 93,0% (C.4 Hs. 2), 87,2% (C.5 Hs. 1) bzw. 91,9% (C.5 Hs. 2); v. *Werder/Danilov/Schwarz*, DB 2021, 2097, 2101.

⁴⁸ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 26; *Verse* in *Hommelhoff/Kley/Verse* (Fn. 11), S. 69, 83 ff.

frühere Initiativen zur Absenkung der Mandatsobergrenze stets an dem Einwand gescheitert sind, dass eine pauschale Absenkung der Mandatszahl für alle Gesellschaften der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse nicht gerecht werde⁴⁹, lässt sich dieser Einwand gegen den Vorschlag des Arbeitskreises nicht erheben.

d) Unabhängigkeit

Nur kurz angesprochen sei ein letzter Punkt zur Besetzung des Aufsichtsrats: die Frage der Unabhängigkeit, auf die Frau *Grunewald* im Anschluss näher eingehen wird. Hier stellt sich u.a. die Frage, ob es der Bedeutung der Unabhängigkeit – verstanden in dem umfassenden Sinn einer Unabhängigkeit nicht nur vom Vorstand und der Gesellschaft, sondern auch vom kontrollierenden Aktionär – wirklich gerecht wird, Regelungen hierzu ausschließlich dem Kodex (Empf. C.1 Satz 6, C.6-12 DCGK) zu überlassen, wie es das Gesetz seit dem AReG von 2016 tut⁵⁰. Der Arbeitskreis sieht auch insoweit den Gesetzgeber in der Pflicht; er will wenigstens die Unabhängigkeit eines der beiden Finanzexperten in Unternehmen von öffentlichem Interesse wieder im Gesetz verankern⁵¹ – ein Anliegen, das interessanterweise auch von der Kodexkommission selbst geteilt wird⁵².

III. Effektivierung der Aufgabenerfüllung

Neben der Größe und Besetzung des Aufsichtsrats bezieht sich ein zweiter Teil der Reformvorschläge auf Maßnahmen, die es dem Aufsichtsrat erleichtern sollen, seinen Aufgaben effektiv nachzukommen.

⁴⁹ Zu diesem Einwand etwa Begr. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 15 f.; Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, NZG 2011, 936, 938; wohl aus diesem Grund ablehnend (wenngleich mit nur knapper Mehrheit) auch 69. Deutscher Juristentag 2012, Wirtschaftsrechtliche Abteilung, Beschluss 18.

⁵⁰ Die erst durch das BilMoG 2009 eingeführte Vorgabe, dass der Finanzexperte im Aufsichtsrat kapitalmarkt-orientierter Unternehmen unabhängig sein muss (§ 100 Abs. 5 AktG a.F.) ist durch das AReG 2016 wieder gestrichen worden, da die geänderte Abschlussprüferrichtlinie sie nicht mehr zwingend verlangt; vgl. Art. 39 Abs. 5 Richtlinie 2006/43/EG (Abschlussprüfer-RL) i.d.F. der Änderungsrichtlinie 2014/56/EU; dazu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 9 Rn. 70 f.

⁵¹ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 23 f.; *Verse* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 69, 75 ff.; ebenso zuvor bereits *Habersack*, Der Aufsichtsrat 02/2020; *Hopt/Kumpan*, AG 2021, 129 Rn. 21; *Mattheus*, Renaissance des unabhängigen Finanzexperten, Börsen-Zeitung v. 31.10.2020, S. 6; ablehnend aber BDI (Fn. 13), Ziff. 2.3, und VCI, NZG 2022, 156, 158, u.a. mit Blick auf sonst drohende Anfechtungsrisiken (s. dazu aber oben II. 1.).

⁵² Stellungnahme der Regierungskommission DCGK vom 12.2.2021 zu einzelnen Vorschlägen im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität, S. 2: „Indem die Bundesregierung an der Streichung der entsprechenden Unabhängigkeitsvorgabe durch das AReG 2016 für die beiden Finanzexperten festhält, bleibt eine gravierende Diskrepanz zwischen dem deutschen Aktienrecht und einhelliger Erwartungen der nationalen und internationalen Investoren bestehen.“

1. Ausbau des Direktinformationsrechts (Befragung von Angestellten)

In diesem Kontext will der Arbeitskreis insbesondere die vorstands~~un~~abhängige Information des Aufsichtsrats stärken. Konkret will er die Befugnis des Aufsichtsrats, Angestellte der Gesellschaft ggf. auch ohne Vermittlung des Vorstands zu befragen, auf eine rechtssichere Grundlage stellen. Bisher ist die Reichweite dieser Befugnis unklar und umstritten. Die traditionelle, auch von *Marcus Lutter* vertretene Ansicht gestattet dem Aufsichtsrat ein „bypassing“ des Vorstands nur in eng begrenzten Ausnahmefällen, namentlich dann, wenn der konkrete Verdacht einer Fehlinformation durch den Vorstand besteht⁵³. Die neuere, in den letzten zwanzig Jahren zunehmend vertretene Gegenansicht hält den direkten Zugriff auf Angestellte der Gesellschaft dagegen auch unabhängig von einem konkreten Verdacht für zulässig⁵⁴.

Der Gesetzgeber des FISG hat diesen Streit nicht allgemein entschieden. Er hat aber in dem neu gefassten § 107 Abs. 4 Sätze 4-6 AktG immerhin den Mitgliedern des Prüfungsausschusses in Unternehmen von öffentlichem Interesse ein (über den Ausschussvorsitzenden kanalisiertes) Direktbefragungsrecht gegenüber den Leitern bestimmter Zentralbereiche unterhalb des Vorstands eingeräumt, und dies unabhängig von einem konkreten Verdacht auf Fehlverhalten⁵⁵. Der Vorstand muss also nicht gefragt werden, er muss aber über die Einholung der Auskunft informiert werden, sobald dies ohne Beeinträchtigung des Überwachungszwecks möglich ist, ggf. also auch schon vor Kontaktaufnahme⁵⁶. Ähnliche Regeln findet man seit einigen Jahren im Bankaufsichtsrecht, dort aufgrund europäischer Vorgaben⁵⁷.

⁵³ *M. Arnold* in *Arnold/Goette*, Hdb. Aufsichtsrat, 2021, § 4 Rn. 71 ff.; *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173, 195 ff.; *Hoffmann-Becking*, ZGR 2011, 136, 152 f.; *Koch* (Fn. 19), § 90 Rn. 11, § 111 Rn. 36; *Kort*, FS E. Vetter, 2019, S. 341, 359 ff.; *Lieder*, ZGR 2018, 523, 563 f.; *Lutter*, AG 2006, 517, 520 f.; *Mertens/Cahn* (Fn. 37), § 109 Rn. 24, § 111 Rn. 55; *Spindler* (Fn. 37), § 111 Rn. 43; ausführliche Darstellung bei *Reichert*, FS Grunewald, 2021, S. 891, 899 ff.

⁵⁴ *Dreher*, FS Ulmer, 2003, S. 87, 92 ff.; *ders.*, FS Goette, 2011, S. 43, 48 ff.; *Drygala* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 4. Aufl. 2020, § 109 Rn. 11 f.; *Grigoleit/Tomasich* in *Grigoleit*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 111 Rn. 52; *Habersack* (Fn. 7), § 109 Rn. 19, § 111 Rn. 80; *Hopt/Roth* (Fn. 7), § 109 Rn. 61, § 111 Rn. 495 ff.; *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, 2006, S. 182 ff.; *Schmolke*, FS Grunewald, 2021, S. 1041, 1048 ff.; *S.H. Schneider*, Informationspflichten und Informationssystemeinrichtungspflichten im Aktienkonzern, 2006, S. 106 f.; vermittelnd *Eichner/Leukel*, AG 2020, 513 Rn. 37: nicht allein in Verdachtsfällen, aber nur, wenn alle anderen Instrumente ausgeschöpft sind.

⁵⁵ Näher dazu *Koch* (Fn. 19), § 107 Rn. 44 ff.; *M. Roth*, NZG 2022, 53, 57 f.; *Simons*, NZG 2021, 1429, 1434 f.

⁵⁶ *Habersack* in *Hommelhoff/Kley/Verse* (Fn. 11), S. 23, 33; *Verse* in *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, § 34 SEAG Rn. 44.

⁵⁷ §§ 25d Abs. 8 Sätze 7-8, Abs. 9 Sätze 3-4, Abs. 12 Sätze 6-7 KWG (Direktinformationsrechte des Vorsitzenden des Risiko-, des Prüfungs- und des Vergütungskontrollausschusses); dazu *Lutter/Krieger*, *Verse* (Fn. 4), Rn. 1512 f.

Der Arbeitskreis schlägt nun vor, diese Regelung auszubauen, und zwar auf der Linie der neueren Ansicht: Der Aufsichtsrat – wohlgerneht das Organ, nicht einzelne Mitglieder⁵⁸ – soll generell auch ohne Vermittlung des Vorstands Mitarbeiter befragen können, wann immer ihm dies zweckmäßig erscheint, also ggf. auch ohne den konkreten Verdacht auf Unregelmäßigkeiten (z.B. zu dem Zweck, sich durch Stichproben von der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung zu überzeugen)⁵⁹. Dieser Ausbau des verdachtsunabhängigen Direktinformationsrechts trägt der Parallele zum Einsichts- und Prüfungsrecht nach § 111 Abs. 2 AktG Rechnung, das nach h.M. ebenfalls ohne das Vorliegen eines konkreten Verdachts ausgeübt werden kann⁶⁰, und ist m.E. nur konsequent: Wenn man in dem verdachtsunabhängigen Direktinformationsrecht – wie der Gesetzgeber des FISG und der Unionsgesetzgeber im Bankaufsichtsrecht – prinzipiell ein wertvolles Kontrollinstrument sieht, warum soll es dann auf Unternehmen von öffentlichem Interesse begrenzt sein? Und weshalb soll es nur dem Prüfungsausschuss (bzw. dessen Mitgliedern) zustehen und nicht dem Gesamtaufsichtsrat?⁶¹

Zugleich sind allerdings die Bedenken, die der traditionellen skeptischen Ansicht zugrunde liegen, ernst zu nehmen. Die Sorge, dass ein zu bereitwilliges *by-passing* des Vorstands durch den Aufsichtsrat ein vertrauensvolles Miteinander der Organe belasten und die Autorität des Vorstands untergraben kann⁶², ist verständlich. Der Arbeitskreis betont daher, ganz ähnlich übrigens wie die Regierungsbegründung des FISG⁶³, dass das Direktbefragungsrecht nichts daran ändern soll, dass der Vorstand nach § 90 AktG primärer Informationsschuldner des Aufsichtsrats bleibt; eine generelle Ausforschung bei Mitarbeitern ist nicht beabsichtigt⁶⁴. Vielmehr soll dem Aufsichtsrat ein weites Ermessen eingeräumt werden, ob und wann er von dem Direktbefragungsrecht auch anlassunabhängig Gebrauch macht, und bei dieser

⁵⁸ Also wie beim Einsichts- und Prüfungsrecht nach § 111 Abs. 2 AktG, s. *Habersack* (Fn. 7), § 111 Rn. 73 m.w.N.

⁵⁹ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 15; *Habersack* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 23, 32 ff.; *Löbbe* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 199, 222 ff.

⁶⁰ Dies wird auch von Autoren anerkannt, die hinsichtlich der Mitarbeiterbefragung bisher an dem traditionellen, restriktiveren Ansatz festhalten; s. etwa *Koch* (Fn. 19), § 111 Rn. 34; *Mertens/Cahn* (Fn. 37), § 111 Rn. 52; einschränkend allerdings auch insoweit *Hoffmann-Becking*, ZGR 2011, 136, 147.

⁶¹ Ebenso *Löbbe* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 199, 222 f.

⁶² Statt vieler *M. Arnold* (Fn. 53), § 4 Rn. 73; *Lutter*, AG 2006, 517, 521.

⁶³ Begr. RegE FISG zu § 107 Abs. 4 Satz 3 AktG, BT-Drucks. 19/26966, S. 116: „Mit dieser Regelung (...) ist indes keine Abkehr von der Grundentscheidung des Aktiengesetzes (vgl. § 90 Abs. 1 AktG) verbunden, dass der Vorstand grundsätzlich der richtige Adressat für ein Auskunftsverlangen des Aufsichtsrats ist.“

⁶⁴ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 15; *Habersack* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 23, 33; *Löbbe* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 199, 224.

Ermessensausübung darf sich der Aufsichtsrat gewiss auch vom Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Vorstand leiten lassen⁶⁵. Wird dies klargestellt, steht damit zugleich fest, dass das Direktbefragungsrecht bei weitem nicht mit einer anlassunabhängigen Direktbefragungspflicht gleichzusetzen ist. Die mitunter geäußerte Befürchtung, dass die Einführung eines solchen Rechts unkalkulierbare Haftungsrisiken für die Aufsichtsratsmitglieder heraufbeschwöre⁶⁶, erscheint unter diesen Gegebenheiten nicht begründet.

2. Ausstattung des Aufsichtsrats

Um seine Aufgaben effektiv wahrnehmen zu können, benötigt der Aufsichtsrat neben wirksamen Überwachungsinstrumenten natürlich auch eine entsprechende Ausstattung mit angemessenen personellen und sachlichen Ressourcen. Auch das ist ein Klassiker der Reformdiskussion. Der Arbeitskreis schlägt dazu eine schlanke Lösung vor, die im Wesentlichen aus zwei Komponenten besteht.

Erstens soll der vom BGH⁶⁷ vor einigen Jahren anerkannte Rechtssatz kodifiziert werden, dass der Aufsichtsrat bei sog. Hilfsgeschäften, die zur Wahrnehmung seiner Aufgaben abgeschlossen werden, befugt ist, die AG gegenüber Dritten zu vertreten⁶⁸. Unter diese Vertretungsmacht für Hilfsgeschäfte fällt z.B. die Mandatierung von externen Beratern und Sachverständigen⁶⁹, nach richtiger Ansicht aber auch die Einstellung von (allein den Weisungen des Aufsichtsrats unterstehenden) Mitarbeitern eines eigenen „Aufsichtsratsbüros“⁷⁰. Letzteres ist bisher umstritten, könnte und sollte aber anlässlich einer Kodifizierung zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden⁷¹.

⁶⁵ Habersack in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 23, 34.

⁶⁶ Deziert Lutter, AG 2006, 517, 521 („Büchse der Pandora“); ähnlich Bürgers, ZHR 179 (2015), 173, 197 ff.; Hoffmann-Becking, ZGR 2011, 136, 145; Koch (Fn. 19), § 111 Rn. 36; Kort (Fn. 53), S. 341, 356 f. („Haftungsfälle“); dagegen bereits Hopt/Roth (Fn. 7), § 111 Rn. 502 mit Fn. 2360 („Aus dem Informationsrecht folgt nur in krassen Ausnahmefällen eine Informationspflicht.“); Schmolke (Fn. 54), S. 1041, 1051.

⁶⁷ BGHZ 218, 122 = NZG 2018, 629 Rn. 15 ff.; ebenso die h.L., statt vieler Habersack (Fn. 7), § 112 Rn. 4; Hopt/Roth (Fn. 7), § 112 Rn. 54; Lutter/Krieger/Verse (Fn. 4), Rn. 656 ff.; Strohn, 2. FS K. Schmidt, 2019, S. 461, 465 f.

⁶⁸ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 40; Roßkopf in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 177, 187 ff.

⁶⁹ S. die Beispiele bei Roßkopf in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 177, 188. Nach BGHZ 218, 122 = NZG 2018, 629 Rn. 18 ff. unterfällt auch die Vertretung der AG in einem Rechtsstreit mit dem vom Aufsichtsrat beauftragten Sachverständigen der Vertretungsmacht des Aufsichtsrats.

⁷⁰ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 40 (jedenfalls in größeren Gesellschaften); Habersack (Fn. 7), § 111 Rn. 158 (bei entsprechendem Arbeitsanfall); Hopt/Roth (Fn. 7), § 112 Rn. 57; Lutter/Krieger/Verse (Fn. 4), Rn. 657 ff., insbes. 659; Roßkopf in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 177, 185 f.;

Zweitens soll geregelt werden, dass über die Frage, ob Auslagen einzelner Aufsichtsratsmitglieder für erforderlich gehalten werden durften und daher analog §§ 670, 675 BGB erstattungsfähig sind, nicht der Vorstand, sondern ebenfalls der Aufsichtsrat zu entscheiden hat⁷². Auch das ist bisher unklar und umstritten⁷³.

Der hinter diesen beiden Vorschlägen stehende Grundgedanke ist ebenso einfach wie einleuchtend: Der Aufsichtsrat soll sich all das selbstständig und eigenverantwortlich beschaffen können, was er nach seiner Einschätzung zur effektiven Aufgabenerfüllung benötigt, ohne dabei auf die Zustimmung des Vorstands angewiesen zu sein. Dabei versteht es sich, dass die Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG (und ggf. § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG) für eine nicht pflichtgemäße Ausübung dieser Befugnis einstehen müssen.

Weitergehende gesetzgeberische Maßnahmen, etwa gesetzliche Regelungen über ein Aufsichtsratsbudget⁷⁴ und die Anerkennung einer Verfügungsbefugnis des Aufsichtsrats über ein „eigenes“ Bankkonto⁷⁵, hält der Arbeitskreis hingegen für entbehrlich⁷⁶. Die Zahlungsabwicklung soll mithin Sache des Vorstands bleiben; dieser ist aber verpflichtet, die vom Aufsichtsrat im Außenverhältnis begründeten Zahlungspflichten der Gesellschaft zu erfüllen und hinsichtlich der Angemessenheit des Auslagenersatzes die Einschätzungsprärogative des Aufsichtsrats zu respektieren. Das mögliche Gegenargument, dass die Verfügungsbefugnis über ein eigenes Aufsichtsratskonto zwingend erforderlich sei, um etwaige Geheimhaltungs-

Strohn (Fn. 67), S. 460, 469; a.A. *Mertens/Cahn* (Fn. 37), § 112 Rn. 27; *Spindler* (Rn. 37), § 112 Rn. 5; kritisch auch *BDI* (Fn. 13), Ziff. 6.1; *VCI, NZG 2022*, 156, 161.

⁷¹ Generell könnte und sollte anlässlich einer Reform die Reichweite der Vertretungsbefugnis für „Hilfsgeschäfte“ präzisiert werden. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Vertretungsbefugnis auch Geschäfte abdeckt, die der Aufsichtsrat zwar als zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ansieht, aber bei pflichtgemäßer Beurteilung nicht für erforderlich halten durfte; s. dazu einerseits *Koch* (Fn. 19), § 112 Rn. 2; *Roßkopf* in *Hommelhoff/Kley/Verse* (Fn. 11), S. 177, 187 Fn. 46 (Pflichtwidrigkeit lässt Vertretungsmacht unberührt); andererseits aber *BGHZ 218, 122 = NZG 2018, 629 Rn. 17* („Gleichlauf zwischen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis“); *Hopt/Roth* (Fn. 7), § 112 Rn. 58.

⁷² Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, *NZG 2021*, 477 Rn. 41; *Roßkopf* in *Hommelhoff/Kley/Verse* (Fn. 11), S. 177, 183 f.; zust. *BDI* (Fn. 13), Ziff. 6.2.; *VCI, NZG 2022*, 156, 161.

⁷³ Für Zuständigkeit des Vorstands z.B. *Hoffmann-Becking* (Fn. 42), § 33 Rn. 18; *Koch* (Fn. 19), § 113 Rn. 8; *ders.* *ZHR 180* (2016), 578, 603 ff.; für Zuständigkeit des Aufsichtsrats aber die wohl h.M., *Habersack* (Fn. 7), § 113 Rn. 30; *Hopt/Roth* (Fn. 7), § 113 Rn. 39; *Mertens/Cahn* (Fn. 37), § 113 Rn. 13; *Wasmann/Gärtner* in *Arnold/Goette*, Hdb. Aufsichtsrat, 2021, § 6 Rn. 179 ff.; vermittelnd – erst Prüfung durch den Vorstand und, sofern dieser den Auslagenersatz ablehnt, abschließende Entscheidung durch den Aufsichtsrat – *Scherb-da Col*, *Die Ausstattung des Aufsichtsrats*, 2018, S. 543 ff.; *Schnorbus/Ganzer*, *BB 2019*, 258, 263 ff.

⁷⁴ Für ein Aufsichtsratsbudget insbesondere *Theisen*, *Der Aufsichtsrat 2011*, 1; *ders.*, *FS Säcker*, 2011, S. 487, 510 ff.; *ders.*, *AG 2018*, 589; *ders.*, *AG 2021*, 329.

⁷⁵ Dafür *de lege ferenda v. Schenck*, *FS Marsch-Barner*, 2018, S. 483, 488 f.; für eine entsprechende Verfügungsbefugnis schon nach geltendem Recht *Strohn* (Fn. 67), S. 461, 466 ff.; dagegen jedoch die h.M., s. *Habersack* (Fn. 7), § 111 Rn. 102 m.w.N.

⁷⁶ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, *NZG 2021*, 477 Rn. 40; *Roßkopf* in *Hommelhoff/Kley/Verse* (Fn. 11), S. 177, 189 ff.

interessen des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand zu schützen, hat der Arbeitskreis nicht für durchschlagend erachtet. Ein Geheimhaltungsinteresse kann zwar im Einzelfall vorübergehend durchaus bestehen, etwa bei der Beauftragung eines Headhunters, der einen Nachfolger für den Vorstandsvorsitzenden suchen soll⁷⁷. Dort, wo es unbedingt nötig ist, hat die Praxis aber auch bisher schon Wege gefunden, die Vertraulichkeit für den erforderlichen Zeitraum zu wahren, sei es durch zeitlichen Aufschub der Rechnungstellung⁷⁸, sei es dadurch, dass man die Rechnung „neutral“ hält und die zugehörige Tätigkeitsbeschreibung nur an den Aufsichtsrat adressiert⁷⁹.

IV. Klärung von Zweifelsfragen und Präzisierungen des geltenden Rechts

Neben den genannten Vorschlägen zur Besetzung und Größe des Aufsichtsrats und zur Gewährleistung einer effektiven Aufgabenerfüllung schlägt der Arbeitskreis noch eine Reihe weiterer Regelungen vor, die vor allem darauf abzielen, Zweifelsfragen des geltenden Rechts zu klären und die Rechtslage zu präzisieren. Darauf kann hier zum Abschluss nur noch in aller Kürze eingegangen werden.

1. Innere Ordnung des Aufsichtsrats: Vorsitzender, Ausschüsse, Umgang mit Interessenkonflikten

Mehrere Vorschläge betreffen die innere Ordnung des Aufsichtsrats. Hierzu wird zunächst vorgeschlagen, die Rechte und Pflichten des Vorsitzenden näher auszugestalten, namentlich seine Funktion als Bindeglied zum Vorstand, seine Pflicht zur Koordination der Aufsichtsratsarbeit, seine sitzungsleitenden Befugnisse und seine Aufgabe zur Repräsentation des Aufsichtsrats⁸⁰. Bisher findet der Vorsitzende im Gesetz trotz seiner herausragenden Bedeutung kaum Erwähnung. *Marcus Lutter* hat ihn daher als das „im Recht fast unbekanntes Wesen“ bezeichnet⁸¹.

⁷⁷ S. etwa v. *Schenck* (Fn. 75), S. 483, 484; insoweit auch *E. Vetter*, 2. FS Hopt, 2020, S. 1363, 1374.

⁷⁸ *Roßkopf* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 177, 193; *E. Vetter* (Fn. 77), S. 1363, 1374.

⁷⁹ *Roßkopf* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 177, 193.

⁸⁰ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 34 ff.; zum Hintergrund *Decher* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 145; speziell zu den sitzungsleitenden Befugnissen *Austmann*, FS Krieger, 2020, S. 51.

⁸¹ *Lutter*, NJW 1995, 1133.

Ferner soll der Katalog der Aufgaben, die an Ausschüsse delegiert oder nicht delegiert werden können (§ 107 Abs. 3 Satz 7 AktG), präziser gefasst werden, indem bisher ungeschriebene Delegationsverbote im Interesse der Rechtssicherheit kodifiziert werden⁸². Der Praxis ist in diesem Kontext insbesondere an der Klarstellung gelegen, dass auch der Aufschub einer ad-hoc-Mitteilung (Art. 17 Abs. 4 MAR), sofern dafür der Aufsichtsrat zuständig ist, in einem Ausschuss entschieden werden kann; das ist vor allem bei der Vorbereitung von Personalwechseln im Vorstand von Bedeutung⁸³.

Zudem will der Arbeitskreis den Umgang mit Interessenkonflikten regeln – ein wichtiges Themenfeld, das aber bisher nur durch ungeschriebene und zum Teil umstrittene Regeln bestimmt wird. Der Arbeitskreis schlägt dazu u.a. vor, die aus der organschaftlichen Treuepflicht abgeleitete Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten⁸⁴ und die Reichweite der Stimmverbote, die bisher aus § 34 BGB analog und dem Verbot des Richtens in eigener Sache hergeleitet werden⁸⁵, zu kodifizieren⁸⁶. Zudem will er klarstellen, dass sich ein konfliktbefangenes Aufsichtsratsmitglied auch dann von der Beratung und der Abstimmung zurückziehen darf, wenn der Interessenkonflikt nicht die für ein Stimmverbot erforderliche Intensität erreicht, aber doch so gewichtig ist, dass sich der Betroffene nicht mehr auf die Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) berufen kann⁸⁷. Letzteres entspricht zwar schon heute zu Recht verbreiteter Praxis, ist aber nicht unumstritten. Im Gegenteil wird teilweise vertreten, dass ein solches Rückzugsrecht nach geltendem Recht

⁸² Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 43; *Löbbe* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 199, 224 f.; zust. BDI (Fn. 13), Ziff. 7.1; VCI, NZG 2022, 156, 161.

⁸³ Für eine entsprechende Klarstellung (zumindest in der Gesetzesbegründung) Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 43; *Löbbe* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 199, 225 ff.; BDI (Fn. 13), Ziff. 7.1; VCI, NZG 2022, 156, 161. Zum geltenden Recht ist die Frage umstritten; s. einerseits – für Möglichkeit der Delegation auf einen Ausschuss – BaFin, Emittentenleitfaden, 5. Aufl., Modul C (Stand 25.3.2020), Abschnitt I.3.3.1.1.; *Löbbe* a.a.O., S. 226 f.; andererseits – für Plenumsvorbehalt, wenn sich die Selbstbefreiungskompetenz des Aufsichtsrats aus seiner nach § 107 Abs. 3 Satz 7 AktG nicht delegierbaren Personalkompetenz (insbes. § 84 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 AktG) ableitet – *Mülbert*, FS Stilz, 2014, S. 411, 423; *Klöhn* in: Klöhn, MAR, 2018, Art. 17 Rn. 194.

⁸⁴ Dazu statt vieler *Habersack* (Fn. 7), § 100 Rn. 100; *Hopt/Roth* (Fn. 7), § 100 Rn. 302. Entgegen dem durch die Empfehlung E.1 DCGK vermittelten Eindruck besteht somit schon jetzt eine zwingende Vorgabe; s. schon *Koch*, ZGR 2014, 697, 723 (zu Ziff. 5.5.2 DCGK a.F.); abw. *Kremer* in *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder*, DCGK, 8. Aufl. 2021, E.1 Rn. 4.

⁸⁵ *Habersack* (Fn. 7), § 108 Rn. 29 ff.; *Hopt/Roth* (Fn. 7), § 108 Rn. 64 ff.

⁸⁶ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 30 f.; *Koch* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 111, 122 ff.; zust. BDI (Fn. 13), Ziff. 4.1-4.2; VCI, NZG 2022, 156, 160.

⁸⁷ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 32 (sofern dem keine gewichtigen Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen, z.B. die Beeinträchtigung der Beschlussfähigkeit oder die Betroffenheit aller Aufsichtsratsmitglieder); etwas weitergehend *Koch* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 111, 127 f.: konfliktbefangenes Mitglied „soll“ sich zurückziehen.

nicht begründbar sei, sondern dem Grundsatz der Gesamtverantwortung aller Aufsichtsratsmitglieder widerspreche⁸⁸.

2. Auftreten nach außen: Vertretungsbefugnisse, Außenkommunikation

Wesentlich ausgebaut werden soll schließlich auch der Rechtsrahmen für das Auftreten des Aufsichtsrats im Außenverhältnis.

Dies betrifft zum einen die Vertretungsbefugnisse des Aufsichtsrats. Neben der schon erwähnten Kodifizierung der Vertretungsmacht bei Hilfsgeschäften (s.o. III. 2.) soll die Reichweite des § 112 AktG, mithin die Vertretung gegenüber den Vorstandsmitgliedern und ihnen gleichzustellenden Personen, klarer gefasst werden⁸⁹. Gedacht ist dabei u.a. an die Einbeziehung von Geschäften mit künftigen und ehemaligen Vorstandsmitgliedern⁹⁰, an die Vertretung gegenüber Hinterbliebenen in Bezug auf Ansprüche aus dem Vorstandsanstellungsvertrag (Versorgungszusagen)⁹¹ sowie an eine Klärung der umstrittenen Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Gesellschaft, an der ein Vorstandsmitglied beteiligt ist, diesem gleichgestellt wird⁹².

Zum anderen soll erstmals die Kommunikation des Aufsichtsrats in und außerhalb der Hauptversammlung geregelt werden. Zur Kommunikation in der Hauptversammlung soll in § 131 AktG ergänzt werden, dass Aktionärsfragen, die in die alleinige Kompetenz des Aufsichtsrats fallen, nicht vom Vorstand, sondern vom Aufsichtsrat zu beantworten sind⁹³.

⁸⁸ So namentlich *Habersack* (Fn. 7), § 100 Rn. 81 f., 102; dagegen jedoch die h.L., *Koch* (Fn. 19), § 108 Rn. 13; *Reichert*, FS E. Vetter, 2019, S. 597, 606 ff.; *ders.*, FS Krieger, 2020, S. 723, 745 ff.; *Seibt*, FS Hopt, 2010, S. 1363, 1385; *Meyer*, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, 2021, S. 212 f. m.w.N.

⁸⁹ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 18; *Habersack* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 23, 36 f.; zust. BDI (Fn. 13), Ziff. 1.7 („zur Erhöhung der Rechtssicherheit sehr sinnvoll“); VCI, NZG 2022, 156, 157.

⁹⁰ Unklarheit besteht im geltenden Recht insbesondere darin, ob Geschäfte mit ehemaligen Vorstandsmitgliedern generell unter § 112 AktG fallen (so etwa *Bachmann*, FS Grunewald, 2021, S. 31, 42 f.) oder nur, wenn sie mit der vormaligen Vorstandstätigkeit in Zusammenhang stehen (so die h.M., *Habersack* [Fn. 7], § 112 Rn. 13, 15; *Wasserbüch*, Die Vertretung der AG durch ihren Aufsichtsrat, S. 22 ff. m.w.N.), und wie dieser Zusammenhang ggf. zu bestimmen ist.

⁹¹ Dazu BGH NZG 2007, 31; *Hoffmann-Becking* (Fn. 42), § 23 Rn. 8.

⁹² Geklärt ist bisher nur, dass eine Gesellschaft, deren Alleingesellschafter ein Vorstandsmitglied ist, diesem für Zwecke des § 112 AktG gleichgestellt wird; BGHZ 220, 377 = NJW 2019, 1677 Rn. 11 ff.; ebenso für sonstige Fälle wirtschaftlicher Identität *Habersack* (Fn. 7), § 112 Rn. 9; *Koch* (Fn. 19), § 112 Rn. 10. Ob auch schon eine einfache Mehrheitsbeteiligung oder eine wesentliche Minderheitsbeteiligung des Vorstandsmitglieds an der anderen Gesellschaft genügt, ist dagegen umstritten; verneinend die überwiegende Ansicht, *Habersack* a.a.O.; *Wasserbüch* (Fn. 90), S. 49 ff. m.w.N.; bejahend *Bachmann* (Fn. 90), S. 31, 46 ff. (bei Beteiligung von mehr als 25%); *Schubmann/Tolksdorf*, AG 2019, 295, 297 (ab beherrschendem Einfluss).

⁹³ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 477 Rn. 47; *Poelzig* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 239, 242 f.; zust. BDI (Fn. 13), Ziff. 8.2; VCI, NZG 2022, 156, 157; zuvor auch schon *Decher* in Großkomm.

Das geschieht in der Praxis regelmäßig schon und ist auch zweckmäßig, ist im Gesetz aber bisher nicht abgebildet. Stattdessen sieht sich die h.M. genötigt, auf mehr oder weniger gewundene Behelfskonstruktionen (Vorstand delegiert die Fragenbeantwortung an den Aufsichtsrat und/oder macht sich dessen Antworten zu eigen) auszuweichen⁹⁴.

Was schließlich die in den letzten Jahren viel diskutierte⁹⁵ Kommunikation des Aufsichtsrats außerhalb der Hauptversammlung, insbesondere gegenüber Investoren oder der Presse, betrifft, so soll diese nach dem Willen des Arbeitskreises ebenfalls erstmals auf eine verlässliche Grundlage gestellt werden⁹⁶. Der Arbeitskreis will solche Kontakte, die in der Praxis weit verbreitet sind⁹⁷, an klare prozedurale Regeln binden: Es soll stets eine Ermächtigung durch den Aufsichtsrat erforderlich sein (die aber auch allgemein erteilt werden kann), und im Nachgang soll das ermächtigte Aufsichtsratsmitglied – in der Regel der Vorsitzende – dem Plenum über die Kommunikation berichten müssen. Zudem will der Arbeitskreis klarstellen, dass der Inhalt der Kommunikation (wie in der einschlägigen Kodexanregung A.4 DCGK) auf aufsichtsratspezifische Themen beschränkt sein muss. Nicht in die Kommunikationskompetenz des Aufsichtsrats fallen demnach insbesondere „inhaltliche Aspekte der Geschäftsstrategie“⁹⁸. Das entspricht zwar schon jetzt ganz herrschender Ansicht⁹⁹, wird aber in der Praxis offenbar nicht hinreichend ernst genommen¹⁰⁰. Die vom Arbeitskreis gewählte Formulierung – keine „inhaltlichen Aspekte der Geschäftsstrategie“ –

AktG, 5. Aufl. 2020, § 131 Rn. 66; *Merkner/Schmidt-Bendun*, AG 2011, 734, 738 ff.; *Siems* in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 131 Rn. 17; *E. Vetter* in FS H.P. Westermann, 2008, S. 1589, 1600 ff.; abw. noch Bericht der Regierungskommission Corporate Governance (Fn. 27), Rn. 61: Regelung sei zu aufwändig.

⁹⁴ S. nur *Decher* (Fn. 93), § 131 Rn. 66; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2. Aufl. 2020, Rn. 1122; näher und kritisch zu diesen Behelfskonstruktionen *J. Vetter*, FS E. Vetter, 2019, S. 835, 837, 846 ff., der sich stattdessen dafür ausspricht, eine Annexkompetenz und bei defizitärer Erfüllung von Berichtspflichten des Aufsichtsrats (z.B. nach § 171 Abs. 1 AktG) auch eine Annexverpflichtung des Aufsichtsrats zur Fragenbeantwortung in der Hauptversammlung anzuerkennen.

⁹⁵ Ausgelöst wurde die Diskussion durch die „Leitsätze für den Dialog zwischen Investor und Aufsichtsrat“ der Initiative Developing Shareholder Communication v. 5.7.2016, den flankierenden Aufsatz von *Hirt/Hopt/Mattheus*, AG 2016, 725 und die kurz darauf eingeführte Kodexanregung Ziff. 5.2 Abs. 2 DCGK (jetzt A.4 DCGK). Aus der Fülle des Schrifttums dazu etwa *Koch* (Fn. 19), § 111 Rn. 54 ff.; *ders.*, AG 2017, 129; *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 4), Rn. 284; *Holle*, ZIP 2019, 1895; *Schiessl*, FS Krieger, 2020, S. 813; monographisch *Ebrahimzadeh*, Der Investorendialog des Aufsichtsrats, 2020; *Schauer*, Aufsichtsratskommunikation, 2021.

⁹⁶ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 47 Rn. 16; *Habersack* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 23, 34 ff. (mit Formulierungsvorschlag); zust. BDI (Fn. 13), Ziff. 1.5; grds. auch VCI, NZG 2022, 156, 159 f.

⁹⁷ Rechtstatsächliche Angaben dazu bei *v. Werder/Danilov/Schwarz*, DB 2021, 2097, 2107.

⁹⁸ Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats, NZG 2021, 47 Rn. 16; *Habersack* in Hommelhoff/Kley/Verse (Fn. 11), S. 23, 35.

⁹⁹ S. nur *Koch* (Fn. 19), § 111 Rn. 54 mit zahlreichen Nachw.

¹⁰⁰ Nach der empirischen Studie von *Tietz/Hammann/Hoffmann*, Der Aufsichtsrat 2019, S. 69 ff., wird gerade über Fragen der Unternehmensentwicklung und -strategie am häufigsten gesprochen.

schließt es allerdings nicht aus, dass der Aufsichtsrat den Investoren seine Rolle im Strategieprozess erläutert, also z.B. mitteilt, wie regelmäßig er sich mit dem Vorstand zu Strategiefragen austauscht und wie er die Umsetzung der Strategie durch den Vorstand überwacht¹⁰¹.

V. Schlussbetrachtung

Damit komme ich zum Schluss unserer *tour d'horizon* durch die Reformvorschläge des Arbeitskreises. Ich habe nicht alle Punkte nennen können, und es gibt sicher weitere wichtige Themen, die man – auch über die Vorschläge des Arbeitskreises hinaus – im Kontext einer Reform des Aufsichtsratsrechts diskutieren könnte: z.B. die Öffnung für Mitbestimmungsvereinbarungen (wie bei der SE)¹⁰², ein Wahlrecht zwischen dualistischem und monistischem System (nach dem Vorbild anderer EU-Mitgliedstaaten und ebenfalls wie in der SE)¹⁰³ oder, wenn man über das Gesellschaftsrecht hinausblickt, die Aufhebung der merkwürdigen steuerlichen Regelung, dass man Aufsichtsratsbezüge nur zur Hälfte als Betriebsausgaben ansetzen kann¹⁰⁴.

Auch so ist aber hoffentlich deutlich geworden, dass es (unabhängig davon, ob man allen Einzelvorschlägen des Arbeitskreises folgen mag) eine ganze Reihe von Punkten gibt, in denen sich das Recht des Aufsichtsrats im Lichte des inzwischen erreichten Entwicklungsstands besser und klarer gestalten ließe, als es bisher der Fall ist. Daher ist es an der Zeit, das Recht des Aufsichtsrats umfassend – nicht nur punktuell in Reaktion auf eine EU-Richtlinie oder den nächsten aufsehenerregenden Skandal – wieder auf den neuesten Stand zu bringen, ganz so, wie es der Gesetzgeber zuletzt mit der Reform des Personengesellschaftsrechts vorgemacht hat.

¹⁰¹ So auch schon *Schiessl* (Fn. 95), S. 813, 821.

¹⁰² Der Arbeitskreis Recht des Aufsichtsrats (NZG 2021, 47 Rn. 53) hat dazu keine eigenen Eckpunkte vorgelegt, sondern auf die bereits vorliegenden Vorschläge des Arbeitskreises Unternehmerische Mitbestimmung (ZIP 2009, 885) verwiesen.

¹⁰³ Für ein Wahlrecht nicht nur in der SE (Art. 38 SE-VO), sondern auch in der AG 69. DJT 2012, Beschluss Nr. 19 der Abteilung Wirtschaftsrecht; ferner *Bayer*, Gutachten E zum 67. DJT, 2008, S. 112 f.; *Habersack*, Gutachten E zum 69. DJT, 2012, S. 71; *Hopt*, ZHR 175 (2011), 444, 468 f.; *Reichert*, AG 2016, 677, 680 f.; monographisch *Fischer*, Monistische Unternehmensverfassung, 2010; s. auch Section 8.01 Abs. 2 European Model Companies Act (EMCA); zur zunehmenden Verbreitung des Wahlrechts in anderen Mitgliedstaaten *Hopt*, a.a.O. 469.

¹⁰⁴ § 10 Nr. 4 KStG; kritisch dazu bereits *Lutter*, ZHR 159 (1995), 287, 303 f. („absurde Idee“), ferner *Koch* (Fn. 19), § 113 Rn. 25 („systemwidriger Fremdkörper“); *Pfarrmann* in Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht, 163. Erg.-Lfg. 2022, § 10 KStG Rn. 80 („im Schrifttum zu Recht nahezu einhellig kritisiert“); für Aufhebung der Vorschrift auch schon Bericht der Regierungskommission Corporate Governance (Fn. 27), Rn. 65.

Lassen Sie mich zum Schluss noch einmal den Bogen zu *Marcus Lutter* schlagen. Es bestand leider nicht mehr die Gelegenheit, die Reforminitiative des Arbeitskreises im Einzelnen mit ihm zu diskutieren. Mir ist aber ein Brief von *Marcus Lutter* an *Karl-Ludwig Kley* anlässlich unserer Initiative bekannt, aus dem hervorgeht, dass er das Recht des Aufsichtsrats – übrigens neben dem Recht des Vorstands und dem Recht der Hauptversammlung – für „dringend der Reform bedürftig“ hielt.¹⁰⁵ Daraus leite ich die Hoffnung ab, heute zumindest im Großen und Ganzen auch in seinem Sinne gesprochen zu haben.

¹⁰⁵ Brief von *Marcus Lutter* an *Karl-Ludwig Kley* v. 21.4.2021.

Die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern – ein Beispiel für den Einfluss von Marcus Lutter auf den Deutschen Corporate Governance Kodex

Prof. Dr. Barbara Grunewald, Universität Köln

I. Problemstellung

Fragen nach der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder haben Konjunktur. Sie spielen in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen eine Rolle, was zur Folge hat, dass die Voraussetzungen, unter denen Unabhängigkeit bejaht wird, nicht immer die gleichen sind. Oftmals ist auch von Interessenkonflikten die Rede, ohne dass so recht klar wäre, wann welche Regeln gelten sollen.

Einer der ersten, der sich mit den einschlägigen Fragen beschäftigt hat, war *Marcus Lutter*. Im Folgenden soll geklärt werden, inwieweit seine Thesen sich im Gesetz, besonders aber im Corporate Governance Kodex niedergeschlagen haben und was in Zukunft in diesem Punkt zu erwarten ist.

II. Die Thesen von Marcus Lutter

Der maßgebliche Aufsatz von *Lutter* zu diesem Thema findet sich 1981 in der ZHR¹ unter dem Titel „Bankenvertreter im Aufsichtsrat“, er bezieht sich aber, wie *Lutter* in dem Aufsatz selber klarstellt², nicht nur auf Bankenvertreter, sondern allgemein auf jeden Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat. Neben anderen Themen geht es zentral um die Frage nach der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder. *Marcus Lutter* bildet unter anderem zwei Beispiele, die noch heute im Mittelpunkt der Diskussion stehen.

Beispiel 1: X ist Aufsichtsratsmitglied bei der A-AG und bei der B-AG, zwei Unternehmen, deren Produkte teilweise miteinander konkurrieren. Der Vorstand von A nimmt an, dass B ein Konkurrenzprodukt einführen wird, und schlägt deshalb seinem Aufsichtsrat eine Abwehrinvestition vor. Der Aufsichtsrat will die Investition ablehnen, weil er an die befürchtete Markteinführung nicht glaubt. X weiß, dass diese Markteinführung tatsächlich bevorsteht.

¹ ZHR 145 (1981) S. 224.

² ZHR 145 (1981) S. 224, 237.

Wie soll sich X verhalten?

Beispiel 2: M ist Vorstandsmitglied der X-Bank und Aufsichtsrat der A-AG. Im Aufsichtsrat ist bei einem Großkredit zwischen der X-Bank oder der Y-Bank zu entscheiden, die unterschiedliche Konditionen bieten. Wie soll sich M verhalten?

Die Lösung von *Lutter* ist im **Beispiel 1** eindeutig: Er sieht die im Gesetz angelegten Inkompatibilitätsregeln für Aufsichtsräte in §§ 100, 105 AktG als nicht abschließend an. Dort sind folgende Fälle geregelt:

§ 100 Abs. 2 AktG:

- Aufsichtsratsmitglied hat bereits 10 Mandate
- Aufsichtsratsmitglied ist gesetzlicher Vertreter einer abhängigen Gesellschaft
- Aufsichtsratsmitglied ist gesetzlicher Vertreter einer Kapitalgesellschaft, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört
- Aufsichtsratsmitglied war in den letzten 2 Jahren Vorstandsmitglied der börsennotierten AG, es sei denn die Wahl erfolgt auf Vorschlag von Aktionären, die mehr als 25% der Stimmrechte halten.

§ 105 AktG

- Aufsichtsrat ist Mitglied des Vorstands oder Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds oder Prokurist oder umfassend ermächtigter Handlungsbevollmächtigter der AG.

Diese Inkompatibilitätsregeln seien – so *Lutter* – in speziellen Fallkonstellationen zu ergänzen. Dies gelte in erster Linie für Personen, die als Aufsichtsrat in konkurrierenden Unternehmen tätig sind, aber auch für leitende Angestellte. Das Wissen – um Strategie und taktische Vorhaben – führe zu einer inneren Befangenheit, die das Mitglied an einer unabhängigen Meinungsbildung hindere. Auch an der Diskussion könne es sich nicht unbefangen beteiligen. Das Mitglied sei nur höchst beschränkt einsatzfähig. Es sei „sozusagen ständig krank“³. Daher sei **der Wahlbeschluss** der Hauptversammlung, der ein solches Aufsichtsratsmitglied wähle, **anfechtbar**.

³ *Lutter* ZHR 145 (1981) S. 224, 236.

Zudem liege stets ein wichtiger Grund für die Abberufung i.S.v. § 103 Abs. 3 AktG vor. Fall 1 ist damit gelöst. X darf nicht in den Aufsichtsrat gewählt werden. Seine Wahl wäre anfechtbar. **Er kann nach § 103 Abs. 3 AktG auf Antrag des Aufsichtsrates durch das Gericht abberufen werden.**⁴

Beispiel 2 entscheidet *Lutter* anders⁵. Es handle sich, so seine Aussage, nicht um einen unternehmerischen Grundkonflikt, sondern um einen Zusammenstoß von Pflichten im Einzelfall. Gemäß den Grundgedanken von § 181 BGB oder § 47 Abs. 4 GmbHG habe sich das Aufsichtsratsmitglied der **Stimme zu enthalten. Auch solle es der Beratung fernbleiben.**

III. Die Entwicklung des Kodex

Mit diesen später noch weiter ausgearbeiteten⁶ Thesen wurde *Marcus Lutter* Mitglied der Regierungskommission Corporate Governance, die sich mit möglichen Defiziten des deutschen Systems der Unternehmensführung und -kontrolle befassen sollte⁷.

Es verwundert daher nicht, dass die Kommission vorschlug, in dem noch zu erarbeitenden Kodex vorzusehen,

- dass Aufsichtsratsmitglieder keine Mandate in anderen Unternehmen wahrnehmen dürfen, die zur Gesellschaft im Wettbewerb stehen⁸ und
- die Frage der Unabhängigkeit bei der Formulierung des Kodex zu berücksichtigen. Dazu gehöre auch das Problem des Überwechsels von Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat⁹.

Die erste Empfehlung nimmt klar die These von *Lutter* auf, die zweite weist aufgrund ihrer Unklarheit wohl eher daraufhin, dass man sich in der Regierungskommission nicht einig war, wie mit den anderen Fällen verfahren werden sollte.

⁴ *Lutter* ZHR 145 (1981) S. 224, 238.

⁵ ZHR 145 (1981) S. 224, 247.

⁶ Z.B. FS Beusch 1993 S. 509, ZIP 2003, 417; FS Raiser 2005, S. 259; FS Canaris II 2007, S. 245; FS Priester 2007, S. 417.

⁷ Bericht der Regierungskommission Corporate Governance 2001, S. 1.

⁸ Bericht der Regierungskommission Corporate Governance (s.o. Fn. 7), S. 96.

⁹ Bericht der Regierungskommission Corporate Governance (s.o. Fn. 7), S. 97.

Im Text des ersten Kodex finden sich entsprechende Aussagen:

5.4.2

Eine unabhängige Beratung und Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat wird auch dadurch ermöglicht, dass dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstands angehören sollen und dass Aufsichtsratsmitglieder **keine Organfunktionen** oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des **Unternehmens ausüben sollen**.

5.5.2

Jedes Aufsichtsratsmitglied soll **Interessenkonflikte**, insbesondere solche, die aufgrund einer Beratung oder Organfunktion bei Kunden, Lieferanten, Kreditgebern oder sonstigen Geschäftspartnern entstehen können, dem Aufsichtsrat gegenüber **offenlegen**.

5.5.3

Der Aufsichtsrat soll in seinem Bericht an die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informieren. Wesentliche und nicht nur **vorübergehende Interessenkonflikte** in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds **sollen zur Beendigung** des Mandats führen.

Ob die eingangs geschilderten Fälle unter diese Bestimmungen fallen und – besonders wichtig – welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn dies der Fall sein sollte, ist jedenfalls für die erste der Regeln wenig klar.

IV. Die momentane Rechtslage

1. Aufsichtsräte mit Mandaten in Konkurrenzunternehmen

a) Vorgaben des Aktiengesetzes

aa) Wahlentscheidung

Die Frage, ob die **Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds anfechtbar ist**, wenn diese Person in einem konkurrierenden Unternehmen als Aufsichtsratsmitglied tätig ist, wird nach wie vor diskutiert. Die Ansicht von *Lutter* – die dies bejaht – hat sich nicht durchgesetzt¹⁰ und zwar zu

¹⁰ Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic* AktG 2. Aufl. § 100 Rn. 19, 21; MünchKommAktG/*Habersack* 4. Aufl. § 100 Rn. 82; *Koch* AktG 16. Aufl. § 103 Rn. 13b; Spindler/*Stilz/Spindler* AktG 4. Aufl. § 100 Rn. 40 f.; Karsten Schmidt/*Marcus Lutter/Drygala* AktG 4. Aufl. Rn. 27 f. aber mit der unklaren Einschränkung für den Fall, dass

Recht. Die im Gesetz genannten Fälle haben keine Ähnlichkeit mit der Situation, dass ein Aufsichtsratsmitglied auch Mitglied eines Aufsichtsrats in einem konkurrierenden Unternehmen ist. Hinzu kommt, dass wenig klar ist, wann von einem solchen Fall auszugehen wäre¹¹. Das zeigt schon das Beispiel von *Lutter*: Die Produktpalette der Unternehmen überschneidet sich „teilweise“. Damit stellt sich die Frage, ab wann die Überschneidung so erheblich ist, dass die Wahl anfechtbar wird.

Die Regierungskommission Corporate Governance¹² hatte erwogen, das **Bundeskartellamt mit der Untersagung der Ausübung konkurrierender Mandate zu betrauen**, dies aber aus guten Gründen verworfen. Zwar wäre dann wohl mehr Rechtssicherheit zu erreichen gewesen. Aber dies wäre mit langwierigen Entscheidungsprozessen verbunden gewesen.

Das Gesetz sieht seit Inkrafttreten des KonTraG eine andere passgenauere Lösung vor¹³. Nach § 125 Abs. 1 S. 5 AktG müssen bei **börsennotierten Gesellschaften** einem Vorschlag zur Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds **Angaben zu Mitgliedschaften** in anderen gesetzlich zu bildenden Aufsichtsräten beigefügt werden. Mitgliedschaften in vergleichbaren Kontrollgremien sollen ebenfalls beigefügt werden. Dann können die Aktionäre selber entscheiden, ob sie – trotz dieser Mitgliedschaften – das Aufsichtsratsmitglied wählen wollen oder eben nicht.

Bei **nicht börsennotierten Unternehmen** gilt diese gesetzliche Regelung nicht. Vielmehr bleibt es dann bei der in § 124 Abs. 3 S. 4 AktG getroffenen Normierung: Anzugeben sind lediglich Name, ausgeübter Beruf und Wohnort der zur Wahl stehenden Person. Aber das kann nicht zur Folge haben, dass in diesen Unternehmen die Wahl einer in einem Konkurrenzunternehmen als Aufsichtsrat tätigen Person anfechtbar wäre. Vielmehr ist dies in jeder Gesellschaft gleichermaßen nicht der Fall. Das zeigt auch § 105 Abs. 2 S. 4 AktG: Selbst für Aufsichtsratsmitglieder, die stellvertretende Vorstandsmitglieder sind, gilt **kein Wettbewerbsverbot**. Nur in extremen Fällen (Aufsichtsratsmitglied hat in früheren Fällen seine Pflichten aufgrund von konkurrierenden Tätigkeiten in einem anderen Aufsichtsrat verletzt) kann dies anders sein.

die AG „dauernd in einem zentralen Tätigkeitsbereich zu der Gesellschaft im Wettbewerb steht“. Wie *Lutter*: *Reichert/Schlitt* AG 1995, 241, 244.

¹¹ *Hopt/Leyens* ZGR 2019, 929, 964.

¹² S.o. Fn. 7, S. 95.

¹³ *Koch* (s.o. Fn. 10) § 124 Rn. 33 zu Recht als „deutlich überlegene Lösung“ bezeichnet; auch Bundestagsdrucksache 13/9712 S. 17 zum KonTraG.

bb) Abberufung

Damit stellt sich die Frage, wie sich das Unternehmen schützen kann, in dessen Aufsichtsrat die Person bereits Mitglied ist, die sich nun in den Aufsichtsrat des konkurrierenden Unternehmens wählen lässt. Für diese AG besteht – wie auch für die AG, die die Person zuerst gewählt hat – die Möglichkeit, das Aufsichtsratsmitglied abuberufen. Die **Hauptversammlung** kann das jederzeit mit Dreiviertelmehrheit auch ohne wichtigen Grund beschließen (§ 103 Abs. 1 S. 1 AktG). Doch ist dies jedenfalls bei Publikumsgesellschaften kaum praktisch durchführbar. Zum einen müssen die Aktionäre Kenntnis von dem weiteren Mandat haben und zum anderen müsste die entsprechende Mehrheit organisiert und dann auch erreicht werden.

Darüber hinaus besteht nach § 103 Abs. 3 AktG die Möglichkeit, dass das **Aufsichtsratsmitglied auf Antrag des Aufsichtsrates** (Beschluss mit einfacher Mehrheit) durch das Gericht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen wird. Insoweit liegt allerdings **allein in der Tätigkeit in dem Konkurrenzunternehmen noch kein wichtiger Grund**¹⁴. Denn andernfalls würde die Wertung des Gesetzes – Tätigkeit im Konkurrenzunternehmen ist bei entsprechender Entscheidung der Hauptversammlung akzeptabel – überspielt. So bald aber der begründete Verdacht aufkommt, die Person nutze entsprechende Informationen aus oder handle sonst aufgrund ihrer besonderen Stellung rechtswidrig, ändert sich die Lage: Ein wichtiger Grund liegt nunmehr vor¹⁵.

Für die **AG, die die Person vor Aufnahme der Konkurrenzfähigkeit zum Mitglied ihres Aufsichtsrates gewählt** hat, wird sogar regelmäßig allein in der Aufnahme der Konkurrenzfähigkeit ein wichtiger Grund liegen¹⁶. Denn schließlich hat man sich nicht bewusst für das mit einer solchen Tätigkeit stets verbundene Risiko entschieden. Insoweit trifft die Ansicht von *Lutter* also zu.

Wurde in dem Unternehmen, das die Person trotz ihrer Konkurrenzfähigkeit gewählt hat, erst später bekannt, dass sie in konkurrierenden Unternehmen Aufsichtsratsmitglied ist,

¹⁴ Karsten/Schmidt/Lutter/Drygala (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 17; Grigoleit/Grigoleit/Tomasie (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 19; MünchKommAktG/Habersack (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 42; Koch (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 13b; Kölner Kommentar zum AktG/Mertens/Cahn 3. Aufl. § 103 Rn. 35; Hölters/Simon AktG 4. Aufl. § 103 Rn. 37.

¹⁵ Mit Unterschieden im Einzelnen BGH ZIP 2009, 460, 464; Karsten Schmidt/Lutter/Drygala (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 17; Grigoleit/Grigoleit/Tomasie (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 19; MünchKommAktG/Habersack (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 42; Koch (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 13b; Hölters/Simon (s.o. Fn. 14) § 103 Rn. 37.

¹⁶ Grigoleit/Grigoleit/Tomasie (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 19.

wird man genau so zu entscheiden haben¹⁷. Es fehlt nämlich auch dann die bewusste Entscheidung der Aktionäre für diese Person trotz Konkurrenzfähigkeit. Gleiches gilt für beide Unternehmen, wenn die Konkurrenzfähigkeit erst nach der Wahl durch eine Erweiterung der Produktpalette entsteht¹⁸.

Der Aufsichtsrat hat nun zu überlegen, wie er den wichtigen Grund gewichtet. **Ein Zwang zur Abberufung besteht nicht**. Die Vorteile, die die Mitgliedschaft der betreffenden Person für die Arbeit im Aufsichtsrat hat, eventuell kombiniert mit einer Persönlichkeitsstruktur, die Zurückhaltung bei heiklen Fragen erwarten lässt, können größer sein als die aus der Konkurrenzfähigkeit unter Umständen für die AG erwachsenden Nachteile. Im Rahmen dieser von der Business Judgement Rule¹⁹ gedeckten Entscheidung spielt dann auch die Frage eine Rolle, inwieweit sich die Produktpaletten der Unternehmen überschneiden.

b) Vorgaben des Kodex

Der Kodex regelt in C.12 folgendes:

Aufsichtsratsmitglieder sollen keine Organfunktion oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben und nicht in einer persönlichen Beziehung zu einem wesentlichen Wettbewerber stehen.

Dies gilt konzernweit²⁰. Auch dies trägt die Handschrift von *Lutter* und ist schon in der ersten Fassung des Kodex enthalten. Auch folgt hieraus die **Pflicht zur Abberufung bzw. zur Amtsniederlegung**, sofern keine Abweichungserklärung erfolgt. Der Wahlbeschluss ist allerdings nach h.M. nicht anfechtbar²¹.

2. Interessenkonflikte im Aufsichtsrat

a) Vorgaben des Aktiengesetzes

aa) Stimmverbote

Das Aktiengesetz spricht einen Interessenkonflikt wie im Fall 2 der Beispiele von *Lutter* nicht an. Es regelt lediglich **einen Sonderfall in § 111b AktG**, nämlich ein Stimmverbot für Auf-

¹⁷ Grigoleit/*Grigoleit/Tomasic* (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 19.

¹⁸ Beispiel wurde von *W.-H. Roth* in der Diskussion entwickelt.

¹⁹ *Koch* (s.o. Fn. 10) § 103 Rn. 10, § 84 Rn. 55; zur Abberufung des Vorstands *Lieder* ZGR 2018, 523, 543 ff.

²⁰ *Hopt/Leyens* ZGR 2019, 929, 965.

²¹ Statt aller *Koch* (s.o. Fn. 10) § 161 Rn. 31 ff.

sichtsratsmitglieder, die an einem Geschäft einer börsennotierten AG mit nahestehenden Personen und hohem Wert beteiligt sind oder bei denen die Besorgnis eines Interessenkonflikts aufgrund ihrer Beziehungen zu der nahestehenden Person besteht. Diese Fälle werden nur selten sein.

Es entspricht aber allgemeiner Meinung, dass das in § 34 BGB niedergelegte **Stimmverbot, das von der herrschenden Meinung zu einem allgemeinen Verbot des Richtens in eigener Sache erweitert wird**²², auch für die Beschlussfassung im Aufsichtsrat gilt. Was genau unter dieser Formel zu verstehen ist, ist allerdings unklar. So ist man sich für den hier zur Diskussion stehenden Fall – Aufsichtsratsmitglied ist zugleich Vorstand der Gesellschaft, mit der ein Rechtsgeschäft zur Entscheidung im Aufsichtsrat ansteht – nicht einig, ob ein Stimmverbot eingreift²³. Erst recht gilt dies, wenn die Person als Vorstand der anderen Gesellschaft nicht allein entscheidet²⁴.

Vieles spricht dafür, ein **Stimmverbot abzulehnen**. Die in § 34 BGB genannten Fälle (Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst, Einleitung eines Rechtsstreits zwischen dem Abstimmenden und dem Verein) liegen klar anders. Hinzu kommt, dass Stimmverbote eine Alles-oder-Nichts-Lösung beinhalten, die der Komplexität und Unterschiedlichkeit der jeweiligen Fallgestaltungen oftmals nicht gerecht wird. Daher sollte man besser den gefassten Beschluss bewerten. Ist er durch treuwidrige Stimmen zustande gekommen, ist er nichtig, andernfalls gültig. Denn letztlich entscheidend sollte das Ergebnis der Beschlussfassung, nicht aber der Weg sein, auf dem der Beschluss zustande kommt.

bb) Die Offenlegung

Eine Offenlegung des Interessenkonflikts ist aufgrund der Treuepflicht des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft geschuldet²⁵. Denn nur wenn bekannt ist, dass das Auf-

²² Karsten/Schmidt/Lutter/Drygala (s.o. Fn. 10) § 108 Rn. 30; MünchKommAktG/Habersack (s.o. Fn. 10) § 108 Rn. 29; Koch (s.o. Fn. 10) § 108 Rn. 9; Kölner Kommentar zum AktG/Mertens/Cahn (s.o. Fn. 14) § 108 Rn. 65; Spindler/Stilz/Spindler (s.o. Fn. 10) § 108 Rn. 29.

²³ Bejahend Grigoleit/Grigoleit/Tomasic (s.o. Fn. 10) § 108 Rn. 24; Seibt FS Hopt 2010, S. 1363, 1376; ablehnend MünchKommAktG/Habersack (s.o. Fn. 10) § 108 Rn. 30; GroßKommAktG/Hopt/Roth § 108 Rn. 64; Schäfer ZGR 2014, 713, 751.

²⁴ Dann gegen ein Stimmverbot Grigoleit/Grigoleit/Tomasic (s.o. Fn. 10) § 108 Rn. 25.

²⁵ MünchKommAktG/Habersack (s.o. Fn. 10) § 100 Rn. 93; Koch ZGR 2014, 697, 709; Kölner Kommentar zum AktG/Mertens/Cahn (s.o. Fn. 14) § 100 Rn. 18; Lutter FS Priester 2007, S. 417, 420; auch Diekmann/Fleischmann AG 2013, 141, 143 mit wenig klarer Ausnahme für potentielle Interessenkonflikte; siehe 78

sichtsratsmitglied auf zwei Schultern trägt, können seine Argumente sachgerecht gewichtet werden. Für den hier zur Diskussion stehenden Fall ist die Sache klar. Das Aufsichtsratsmitglied muss seine besondere Beziehung zu dem betroffenen Unternehmen offenlegen.

cc) **Teilnahme an der Beschlussfassung**

Nach der Offenlegung stellt sich die Frage, ob das Aufsichtsratsmitglied noch an der Beratung und Beschlussfassung teilnehmen darf. Das ist **zu bejahen. Sofern kein Stimmverbot** eingreift, ist dies offensichtlich²⁶.

Sollte **ein Stimmverbot bestehen**, bleibt es gleichwohl dabei, dass das Aufsichtsratsmitglied mitberaten darf²⁷. Denn Sinn der Offenlegung ist auch, es den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern zu ermöglichen, die Argumente des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds, die ja durchaus von Bedeutung sein können – zumal es unter Umständen der einzige wirkliche Fachmann für die Entscheidung der zu Debatte stehenden Frage ist –, sachgerecht zu gewichten. Das gilt gerade auch für die Aspekte, die das betreffende Aufsichtsratsmitglied einbringt und von denen in Folge der Offenlegung ja bekannt ist, von welcher persönlichen Warte aus sie entwickelt wurden.

Auch ist die Beeinflussung der Überlegungen von Aufsichtsratsmitgliedern durch persönliche Umstände so typisch für jede Argumentation in jedem Fall, dass es zum Alltagsgeschäft jedes Entscheiders gehört, diese Hintergrundaspekte zu bedenken.

Diese Wertung liegt auch § 107 Abs. 3 S. 4 AktG zu Grunde. Danach kann ein Ausschuss abschließend über die Zustimmung zu Geschäften mit nahestehenden Personen beschließen, der lediglich mehrheitlich aus Mitgliedern zusammengesetzt sein muss, bei denen keine Besorgnis eines Interessenkonflikts besteht. Die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung²⁸ sagt ausdrücklich, damit werde ein Anreiz geschaffen, einen solchen Ausschuss einzurichten, in dem die Argumente aller Seiten ausgetauscht werden können.

auch Bundestagsdrucksache 19/9739 S. 77 zu § 107 Abs. 3 S. 4 – 6; a.A. Kremer/Bachmann/Lutter/von Werder/Kremer Deutscher Corporate Governance Kodex 8. Aufl. E1 Rn. 4.

²⁶ Schäfer ZGR 2014, 731, 747.

²⁷ Kölner Kommentar zum AktG/Mertens/Cahn (s.o. Fn. 14) § 100 Rn. 21; a.A. Koch ZGR 2014, 697, 712; Schäfer ZGR 2014, 731, 747; auf den Einzelfall stellt Kremer/Bachmann/Lutter/von Werder/Kremer (s.o. Fn. 25) E1 Rn. 2 ab.

²⁸ BT-Drucksache 19/9739 S. 76.

Das ändert aber nichts daran, dass das Aufsichtsratsmitglied, das dem Stimmverbot unterliegt, **nach Abschluss der Diskussion den Raum zu verlassen hat**²⁹. Da er an der Abstimmung nicht teilnehmen darf, wird ihm auch nur das Ergebnis mitgeteilt.

dd) Eingreifen der Business Judgement Rule

Das betroffene Aufsichtsratsmitglied kann sich, wenn es wegen der Beschlussfassung in Anspruch genommen wird, **nicht auf die Business Judgement Rule** berufen. Denn diese setzt voraus, dass der Entscheider frei von Interessenkonflikten gehandelt hat³⁰, was in den geschilderten Fällen klar nicht gegeben ist³¹.

Dies heißt aber nicht, dass **die anderen Aufsichtsratsmitglieder** sich ebenfalls nicht auf die Business Judgement Rule berufen können³². Dies gilt insbesondere dann, wenn der Konflikt – rechtswidriger Weise – **nicht offengelegt wurde**. Dann können die Aufsichtsratsmitglieder von dem Konflikt nicht betroffen sein. Denn sie entscheiden so, als gäbe es den Interessenkonflikt in der Person eines ihrer Mitaufsichtsratsmitglieder nicht. Daher gibt es auch keinen Grund, warum sie nicht frei von Interessenkonflikten sein sollten³³.

Aber auch **wenn der Konflikt offengelegt wurde**, gilt nichts anderes und zwar unabhängig davon, ob das Aufsichtsratsmitglied an der anschließenden Beratung teilnimmt oder nicht. Das wird teilweise anders gesehen³⁴. Das soll dann wiederum zur Folge haben, dass die anderen Aufsichtsratsmitglieder das betroffene Aufsichtsratsmitglied von der Beratung und Be-

²⁹ Ähnlich *Reichert* FS Vetter 2019, S. 597, 601; auch *MünchKommAktG/Habersack* (s.o. Fn. 10) aber enger § 109 Rn. 10: Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme; nach h.M. darf eine von einem Stimmverbot betroffene Person normalerweise auch bei der Abstimmung im Raum bleiben; *MünchKommGmbHG/Drescher* 3. Aufl. § 47 Rn. 15; *Prütting/Wegen/Weinreich/Schöpflin* BGB 17. Aufl. § 34 Rn. 1; *Erman-Westermann* BGB 16. Aufl. § 34 Rn. 1.

³⁰ Statt aller *Koch* (s.o. Fn. 10) § 93 Rn. 44; *Grigoleit/Grigoleit/Tomasic* (s.o. Fn. 10) § 93 Rn. 44.

³¹ Zu der Frage, ob die Person der Beschlussfassung fernbleiben darf *Reichert* (s.o. Fn. 29) S. 597, 608 ff.

³² So aber *Koch* (s.o. Fn. 10) § 108 Rn. 13; *Koch* ZGR 2014, 697, 709, 720; *Lutter* FS Canaris (s.o. Fn. 6) S. 249 f.; *Bunz* NZG 2011, 1294, 1296; vermittelnd *Paefgen* AG 2004, 245, 253, es komme darauf an, ob die Mehrheit voll aufgeklärt und unbefangen sei; a.A. *Blasche* AG 2010, 692, 698; *Reichert* (s.o. Fn. 29) S. 597, 613.

³³ *Bunz* NZG 2011, 1294, 1295; *Kölner Kommentar zum AktG/Mertens/Cahn* (s.o. Fn. 14) § 93 Rn. 29; *Reichert* (s.o. Fn. 28) S. 597, 612 f.; *Schäfer* ZGR 2014, 731, 746; a.A. *Blasche* AG 2010 692, 698; *Lutter* FS Canaris (s.o. Fn. 6) S. 245, 252.

³⁴ S.o. Fn. 32.

schlussfassung ausschließen können³⁵. Eine solche Vorgehensweise ist der Zusammenarbeit im Aufsichtsrat ersichtlich abträglich und vom Gesetz auch nicht vorgesehen. Vielmehr wird, wenn so verfahren wird wie geschildert, sichergestellt, dass alle Argumente aufgeführt und gewichtet werden können.

Wenn das betroffene Aufsichtsratsmitglied so wie beschrieben im Anschluss an die **Diskussion den Raum verlässt**, ist die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder umfassend gewahrt. Sie gewichten die Argumente und stehen bei der Abstimmung weitgehend nicht unter Druck, da das Aufsichtsratsmitglied, das dem Interessenkonflikt unterliegt, das Abstimmungsverhalten nicht miterlebt. Natürlich bleibt es möglich, dass dieser Person später (rechtswidriger Weise) über die Stimmabgabe einzelner Aufsichtsratsmitglieder berichtet wird oder aufgrund eines einstimmigen Beschlusses klar ist, wie die Aufsichtsratsmitglieder abgestimmt haben. Bei einem einstimmigen Beschluss ist aber deutlich, dass das Ergebnis von allen mitgetragen wird. Das macht es unwahrscheinlich, dass das nicht stimmberechtigte Aufsichtsratsmitglied direkt oder indirekt gegen seine Amtskollegen vorgeht.

Zu einem späteren Bericht über individuelle Stimmabgaben an das von Stimmverbot betroffene Aufsichtsratsmitglied kann es nur kommen, wenn ein Aufsichtsratsmitglied ihm dies mitteilt. Das wäre ein rechtswidriges Verhalten, da die Treuepflicht es gerade in dieser schwierigen Situation gebietet, das Abstimmungsverhalten nicht offenzulegen. Mit rechtswidrigem Verhalten muss aber nicht gerechnet werden und die Rechtsordnung muss dem auch nicht auf jede beliebige Art und Weise entgegenreten.

b) Vorgaben des Kodex

Der Kodex regelt den Konflikt in E.1.

E.1: Jedes Aufsichtsratsmitglied soll Interessenkonflikte unverzüglich dem Vorsitzenden des Aufsichtsrates offenlegen. Der Aufsichtsrat soll in seinem Bericht an die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informieren. Wesentliche und nicht nur vorübergehende Interessenkonflikte in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds sollen zur Beendigung des Mandates führen.

Der Kodex setzt – wie in E1 klar ersichtlich – auf Offenlegung der Interessenkonflikte. Damit

³⁵ So *Koch* (s.o. Fn. 10) § 108 Rn. 13; *Koch* ZGR 2014, 697, 721; bei intensiven Konflikten auch *Diekmann/Fleischmann* AG 2013, 141, 146; a.A. *Schäfer* ZGR 2014, 731, 746.

stellt sich die Frage, **was ein Interessenkonflikt** im Sinne dieser Bestimmung ist. Meines Erachtens ist die Regelung weit auszulegen³⁶. Es muss ausreichen, dass das Aufsichtsratsmitglied Mitglied des Vertretungsorgans der Gesellschaft ist, die Vertragspartner werden soll, oder eine sonstige wesentliche Funktion (Aufsichtsratsmitglied, Prokurist, 2. Führungsebene) in dieser Gesellschaft innehat. Denn die Offenlegung behindert den Abstimmungsprozess in der AG nicht und verlangt dem Aufsichtsratsmitglied nichts Unzumutbares ab.

Im Gegenteil: Es handelt sich um eine bedeutende Information, da sie den anderen Aufsichtsratsmitgliedern dabei hilft, die Argumente des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds sachgerecht einzuordnen.

V. Ausblick

Nur zwei Fälle aus dem Aufsatz von *Lutter* haben hier zur Diskussion gestanden. Die von ihm angestoßene Debatte über die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder hat aber noch zahllose andere Facetten. Der **Deutsche Corporate Governance Kodex enthält mittlerweile 7 Empfehlungen zur Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite**, die zwischen Unabhängigkeit von der Gesellschaft, dem Vorstand und dem kontrollierenden Aktionär unterscheiden. Zugleich nennt er Indikatoren, die gegen die Unabhängigkeit sprechen. Die Basis für diese Vorgaben liegt in dem bereits erwähnten Aufsatz von *Marcus Lutter*.

Die Begründung zum **Gesetzentwurf der Bundesregierung** zu § 107 Abs. 3 AktG – also zu dem bereits genannten Ausschuss – **zählt wieder andere Aspekte auf**, die die Besorgnis eines Interessenkonfliktes aufgrund der Beziehung zu der nahestehenden Person im Sinne der Norm nahelegen und verweist einen Aufsichtsrat, der diese Kriterien präzisieren will, auf die Empfehlungen der europäischen Kommission zur Unabhängigkeit der Abschlussprüfer bzw. zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern – also wieder auf andere Kriterien³⁷.

Immer wichtiger werden aber auch die **Kodizes der Stimmrechtsberater**³⁸, deren Vorgaben zwar auch Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder verlangen, aber wieder andere Krite-

³⁶ Eher für eine enge Auslegung *Koch* (s.o. Fn. 10) § 108 Rn. 12.

³⁷ BT-Drucksache 19/9739 S. 77.

³⁸ *Hopt/Leyens* ZGR 2019, 929, 946; *Koch* (s.o. Fn. 10) § 100 Rn. 36; *Poelzig* ZHR 185 (2021) 373, 378 f.

rien zur Festlegung der Unabhängigkeit benutzen. So schreibt beispielsweise **ISS** (International Shareholder Services) vor, dass (auch in mitbestimmten Aktiengesellschaften) zwei Drittel der Anteilseignervertreter unabhängig sein sollen. C.6 des deutschen Corporate Governance Kodex verlangt nur eine nach Einschätzung der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseignerseite angemessene Zahl, allerdings sollen nach C.7 mehr als die Hälfte der Anteilseignervertreter unabhängig von Gesellschaft und Vorstand (nicht vom kontrollierenden Aktionär) sein.

Glass/Lewis sehen Aufsichtsratsmitglieder als unabhängig an, wenn sie keine erhebliche finanzielle, familiäre oder andere Beziehung mit der Gesellschaft oder ihren Organen haben. Jede dieser Abhängigkeiten ist dann mit Vorgaben weiter definiert. *Glass/Lewis* verlangen mehr als 50% unabhängige Aufsichtsratsmitglieder. Es liegt auf der Hand, dass die Abstimmung all dieser Vorgaben erhebliche Schwierigkeiten für die Gesellschaften mit sich bringt.³⁹

Gleichzeitig wächst die **Bedeutung der Unabhängigkeit auch international**⁴⁰. Der neueste Trend führt zum sogenannten **Lead Independent Director**⁴¹, übernommen aus dem monistischen System, das nicht so klar zwischen Geschäftsführung und Kontrolle unterscheidet wie das Deutsche Aktienrecht. Dieser Lead Independent Director taucht bei der Fresenius Medical Care AG & Co KGaA in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates auf. Diese Person muss die Unabhängigkeitskriterien der Deutschen Corporate Governance Kodex erfüllen, also die geschilderte lange Liste. Unklar ist, ob es letztlich wie in C.8 des Kodex auf die Einschätzung der Anteilseignervertreter ankommt oder ob die Kriterien von C.7 zwingend sind. Jedenfalls enthält die Geschäftsordnung weitere Kriterien, so dass der Lead Independent Director unabhängiger ist als ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats im Sinne des deutschen Kodex.

Diese also **ganz besonders unabhängige Person soll Mitglied** des Prüfungsausschusses und des Nominierungsausschusses sein und sie soll das Recht haben, den Aufsichtsrat einzuberufen und Punkte auf die Tagesordnung zu setzen, sie soll weiter die Selbstevaluierung des Aufsichtsrates leiten und das Ergebnis bewerten; weiter soll sie das Recht haben, ökologische, soziale und Governance Aspekte der Gesellschaft anzusprechen, sie soll ein Verständnis für Aspekte haben, die Share- und Stakeholder betreffen, und als Intermediär zwischen den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern agieren – um seine Stellung nur grob zu skizzieren.

³⁹ Zu den voting guidelines von *Glass/Lewis* s. <https://www.glasslewis.com/voting-policies-current/>.

⁴⁰ *Krolop* in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2021, 2022 S. 19, 29.

⁴¹ Siehe *Henning/Henke* BOARD 2022, 168.

Auch wenn man diesen Vorgaben in der Geschäftsordnung eines Aufsichtsrates kritisch gegenübersteht, sich beispielsweise fragt, ob nicht alle Aufsichtsratsmitglieder einen Großteil dieser Befugnisse haben oder haben sollten, lässt sich nicht leugnen, dass solche Regeln die Bedeutung der Unabhängigkeit sogar noch erhöhen.

Die Bedeutung der Überlegungen von *Marcus Lutter* vor fast 50 Jahren sind damit offensichtlich. Das lässt sich nur von wenigen juristischen Abhandlungen sagen.

Für mich persönlich war es ein großes Glück, von einem so bedeutenden Denker lernen zu dürfen. Wir waren oft nicht einer Meinung – wie auch meine heutigen Ausführungen zeigen. Aber ich habe immer bewundert, wie offen er Gegenargumenten gegenüber war. So ist das eben bei den ganz Großen.

Aktueller Stand und Entwicklungsperspektiven des Konzernrechts

Prof. Dr. Walter Bayer, Universität Jena

I. Einleitung und Rechtstatsachen

Der Zusammenschluss mehrerer Korporationen zu einem unternehmerischen Verbund, zum Konzern, gehört zu den fruchtbaren Erfindungen auf der Nahtstelle zwischen Wirtschaftspraxis und Jurisprudenz. Konzerne sind ungemein leistungsfähige, weil flexible Formen der Organisation wirtschaftlicher Tätigkeit. Spätestens seit dem Ende des 2. Weltkrieges sind sie in herausragendem Umfange die Träger nicht nur des binnenwirtschaftlichen, sondern vor allem des grenzüberschreitenden unternehmerischen Handelns.¹

Diese Sätze stammen nicht von mir, sondern von *Marcus Lutter*, zu dessen Ehren und Gedenken wir hier zusammengekommen sind. Seine Einschätzung aus dem Jahre 1985 ist heute noch so zutreffend wie damals. Unbestritten ist der Konzern eine der leistungsfähigsten Organisationsformen der modernen Wirtschaft,² mit den Worten von *Peter Hommelhoff* ein „privatautonom geschaffenes Kulturgut“.³

Empirische Daten belegen, dass der Konzern heute die wichtigste Organisationsform für große und mittlere Unternehmen ist: Auch wenn in Deutschland (nicht zuletzt wegen der vielen Einzelunternehmen und Einpersonen-GmbH) 99% aller Unternehmen konzernunabhängig sind, so liegt doch der Anteil der Konzerne an der Bilanzsumme bei über 80% und der Anteil der Konzerne an den Beschäftigten bei über 60%. Für die meisten Staaten in Europa gelten ähnliche Zahlen.⁴ Nach aktuellen Schätzungen sind in Deutschland 50 bis 75% aller Aktiengesellschaften⁵ und etwa die Hälfte aller GmbH⁶ in Konzerne eingebunden.

¹ Zitat nach *Marcus Lutter*, FS Stempel 1985, S. 825, 826.

² *G. Krieger*, ZfU 2017, 25, 41 im Anschluss an *Druey*, SZW/RSDA 2012, 414, 415.

³ *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 399.

⁴ Einzelangaben bei *Fülbier/Gassen*, ZGR-Sonderheft 22 S. 42 f. unter Bezugnahme auf Erhebungen aus der Amadeus-Datenbank im Jahre 2015.

⁵ *Bayer/Hoffmann*, AG 2018, R 116 ff (knapp 50% der börsennotierten Gesellschaften); vgl. weiter Münch-KommAktG/*Altmeppen*, 5. Aufl. 2020 Einl. §§ 291 ff Rn 19 (3/4 aller AG). Nach *Florstedt* haben 40% aller deutschen AG einen Mehrheitsgesellschafter, ZGR 2022, 13, 16 Fn 7 und ZHR 184 (2020), 10, 15.

Vertragskonzerne spielen dabei eine eher untergeordnete Rolle; nur ein niedriger einstelliger Prozentsatz wird mittels eines Beherrschungsvertrages kontrolliert.⁷ Es dominiert mithin der *faktische Konzern*, der auf der Möglichkeit der Beherrschung qua Anteilmehrheit beruht.⁸

Ich möchte Ihnen heute in einen Überblick über den aktuellen Stand und die Entwicklungsperspektiven des Konzernrechts geben. Ich denke, dass wir uns darüber einig sind, dass der Begriff des „Konzerns“ im Rahmen dieses Vortrags nicht nur die legal definierte Herrschaft unter „einheitlicher Leitung“ nach Maßgabe von § 18 Abs. 1 S. 1 AktG umfassen soll,⁹ sondern weitergehend schon die Beziehung zwischen einem herrschenden und einem abhängigen Unternehmen iSv § 17 Abs. 1 AktG, weil bereits die Möglichkeit der Herrschaftsausübung sowohl zur Gefährdung der Tochter führen als auch Pflichten der Leitungsorgane der Mutter begründen kann.¹⁰

Und da nun der Konzern – wiederum mit den Worten des „Großmeisters des Gesellschaftsrechts“ – „der paradoxe Fall des Unternehmens ist, das als solches überhaupt keine Rechtsform hat“,¹¹ ist auch das Konzernrecht strenggenommen nicht nur rechtsformübergreifendes Gesellschaftsrecht, sondern weit über das Gesellschaftsrecht hinausgreifendes Unternehmensrecht. Ich beschränke mich – aufgrund der begrenzten Zeit – im Wesentlichen auf die gesellschaftsrechtlichen Aspekte.

Mein Vortrag hat drei Teile: Ich beginne mit einem Rückblick auf die vielfältige Beschäftigung von *Marcus Lutter* mit dem Konzern (unter II.), gebe dann einen gestrafften Überblick über den aktuellen Stand des Konzernrechts (unter III.) und erörtere schließlich Entwicklungsperspektiven auf europäischer und nationaler Ebene (unter IV.).

II. Marcus Lutter und das deutsche und europäische Konzernrecht – ein Rückblick

Marcus Lutter hat sich über viele Jahrzehnte intensiv mit dem deutschen und dem europäischen Konzernrecht beschäftigt. Betrachtet man im Rückblick seine zahlreichen

⁶ Siehe nur Scholz/*Emmerich*, GmbHG 13. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 3; MünchKommGmbHG/*Liebscher*, 4. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 8 mwN.

⁷ *Engert/Florstedt*, ZIP 2019, 493, 496; *Bayer/Hoffmann*, AG 2015, R 91 ff (zur börsennotierten AG); *Lieder/Hoffmann*, AG 2017, R 266 ff (zur AG); *Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2019, 1261 ff (zur GmbH).

⁸ Siehe hier nur MünchKommAktG/*Bayer*, 5. Aufl. 2019 § 17 Rn 14 ff, 34 ff mwN.

⁹ Näher MünchKommAktG/*Bayer*, 5. Aufl. 2019 § 18 Rn 26 ff mwN.

¹⁰ Näher MünchKommAktG/*Bayer*, 5. Aufl. 2019 § 17 Rn 1 ff mwN.

¹¹ So *Marcus Lutter*, FS Stimpel 1985 S. 825, 828 im Anschluss an *Ballerstedt*, in: Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Socialpolitik 20 Bd. I S. 603, 630 f.

Publikationen, so sind drei Schwerpunkte hervorzuheben: (1) Das Konzernorganisationsrecht in der AG-Konzernspitze, (2) das ungeschriebene Recht des GmbH-Konzerns und (3) die Angleichung des Konzernrechts auf der europäischen Ebene.

1. Aktienkonzernrecht

Als *Lutter* sich im Jahre 1963 mit seiner grundlegenden Schrift zur „Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktienrechten und GmbH-Rechten der EWG“ habilitierte und dann drei Jahre später zum Lehrstuhlinhaber an der neugegründeten Ruhr-Universität in Bochum berufen wurde, befand sich das Konzernrecht der deutschen AG in einem fundamentalen Umbruch, war doch zum 1. Januar 1966 das neue Aktiengesetz in Kraft getreten, wo zum ersten Mal in der europäischen Rechtsordnung¹² detaillierte Regelungen zum Konzernrecht kodifiziert worden waren, und zwar in einem allgemeinen rechtsformübergreifenden Teil (§§ 15 ff AktG) sowie in einem besonderen Teil, in dem einerseits zwischen dem Vertragskonzern (§§ 291 ff AktG) und dem faktischen Konzern (§§ 311 ff AktG) unterschieden wurde. Im Rückblick wurde zu Recht festgestellt, dass das im Aktiengesetz kodifizierte Konzernrecht „eine der großen innovativen Leistungen des Gesetzgebers von 1965 gewesen ist“.¹³

a) Vorausgegangen war eine in der *Weimarer Republik* überwiegend von Praktikern begonnene Diskussion über diese neue Form der Unternehmensverbindung,¹⁴ die wiederum von der Praxis vor dem Hintergrund wirtschaftspolitisch erwünschter Kartelle¹⁵ und steuerlich begünstigter Organschaft¹⁶ bereits im *Kaiserreich* entwickelt worden¹⁷ und auch aus Sicht der

¹² So *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 29. Im zeitgenössischen Schrifttum wird formuliert, dass es sich um „die erste Kodifikation des materiellen Konzernrechtes in den Aktiengesetzen der Welt“ handelt; vgl. nur *Raumann*, Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im RefE eines Aktiengesetzes, in: Beiträge zur Aktienrechtsreform, Hrsg. Hans Hengeler, 1959, S. 159 mit Bezugnahme auf *Würdinger*, DB 1958, 1447 („wohl von allen Aktiengesetzen der Welt die erste Kodifikation des materiellen Konzernrechtes“).

¹³ So *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 233.

¹⁴ Dazu näher *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 1 ff; vgl. weiter *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 233 ff.

¹⁵ Näher *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 4 mwN.

¹⁶ Näher *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 5 mwN.

¹⁷ Näher *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 13 Rn 146 mwN.

Rechtsprechung keinen Bedenken ausgesetzt war.¹⁸ Als nach dem 1. Weltkrieg ein erbitterter Kampf um die Herrschaft in den deutschen Aktiengesellschaften geführt wurde,¹⁹ „nahm die Konzernbildung in einem Tempo zu, welches die deutsche Wirtschaft bis dato nicht erlebt hatte. Erfasst wurden sämtliche Wirtschaftszweige, die Kartellbildung wurde überflügelt, man sprach von ‚industriellen Herzogtümern‘, den ‚großen amerikanischen Trusts nicht nachstehend“.²⁰ Nicht zuletzt auch steuerrechtlich bedingt²¹ waren Mitte der 1920er Jahre 60% und Ende 1932 über 80% des in Aktiengesellschaften investierten Kapitals konzerngebunden.²²

Obgleich der Zusammenbruch zahlreicher Unternehmen im Zuge der Weltwirtschaftskrise zur Kodifikation erster konzernrechtlicher Regelungen im Rahmen der Notverordnung vom 19. September 1931²³ führte,²⁴ wurde „die naheliegende Frage nach der Konzerngefahr und deren Bändigung [...] dabei jedoch allenfalls zögerlich gestellt“.²⁵ Diese Gefahr resultierte aus der von namhaften Praktikern propagierten Rechtsidee, dass es keine Pflichtverletzung der Verwaltung der abhängigen Gesellschaft sei, wenn diese geschädigt werde, weil diese Schädigung **im** Konzerninteresse geboten sei. Untersagt war – auch nach der Rechtsprechung – allein die sittenwidrige Schädigung der Aktionärsminorität.²⁶ Auch im Aktiengesetz von 1937²⁷ wurde trotz der Aufnahme weiterer konzernrechtlicher Regelungen²⁸ unausgesprochen

¹⁸ Siehe etwa ROHGE 22, 277 ff; RGZ 68, 235 ff (Hibernia). Dazu auch *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 3, 8.

¹⁹ Dazu *Noerr*, ZHR 150 (1986), 155, 160; *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 9.

²⁰ So *Friedländer*, Konzernrecht, 2. Aufl. 1954 S. 7 (zitiert nach *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 9); vgl. weiter *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 13 Rn 146.

²¹ Ausf. *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 13 Rn 151 ff.

²² *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 10 mwN.

²³ Näher *Engelke/Maltschew*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Kap. 14 Rn 22 ff, 34 ff.

²⁴ Näher *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 11; *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 235.

²⁵ So *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 235; vgl. weiter *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 10, 12 ff.

²⁶ Näher *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 14 f mwN; vgl. weiter *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 13 Rn 237 ff.

²⁷ Näher *Bayer/Engelke*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 15.

²⁸ Überblick bei *Bayer/Engelke*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 15 Rn 118.

an dem Vorrang des Konzerninteresses festgehalten, der sowohl dem Zeitgeist als auch den Grundvorstellungen des Gesetzgebers entsprach.²⁹

Als nach dem Ende des 2. Weltkrieges in der *jungen Bundesrepublik* mit der Vorbereitung für ein neues Aktiengesetz begonnen wurde,³⁰ setzte dann aber rasch eine sehr kontroverse Debatte über die Gefahren der Konzernbildung und ihre Eindämmung ein.³¹ Dokumentiert wird diese Kontroverse anschaulich zum einen in den Auseinandersetzungen auf dem 42. DJT im Jahre 1957³², in dem die Erforderlichkeit gesetzgeberischer Maßnahmen auf dem Gebiete des Konzernrechts einstimmig befürwortet³³ und eine Expertenkommission³⁴ zur Ausarbeitung zentraler Regelungsaspekte eingesetzt worden war,³⁵ zum anderen durch das im Jahre 1958 in Angriff genommene Gesetzgebungsverfahren, in dem *Ernst Geßler* zwar die von ihm noch im RefE³⁶ propagierte Linie,³⁷ herrschende Unternehmen in einen vertraglich legitimierten und transparenten Konzern hineinzuzwingen, indem Einflussnahmen im faktischen Konzern durch drakonische Haftungsbestimmungen praktisch unterbunden werden sollten,³⁸ aufgrund massiver Kritik aus Wissenschaft und Praxis nicht durchsetzen konnte,³⁹ indes auch die verabschiedete Regelung zu einem jahrelangen Streit führte, ob der faktische Konzern vom Gesetz auch wirklich als zulässig anerkannt sei oder bloß als wirtschaftliche

²⁹ Ausf. *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 16 ff; vgl. weiter *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 236. So wird im offiziellen Kommentar von *Schlegelberger/Quassowski* das „Gesamtinteresse des Konzerns“ ausdrücklich als schutzwürdiger Belang angeführt, der es rechtfertigen könne, entgegen dem allgemeinen Verbot aus § 101 AktG 1937 (entspricht in etwa § 117 AktG 1965) die konzernzugehörige AG zu schädigen; vgl. *Schlegelberger/Quassowski*, AktG 3. Aufl. 1939, § 101 Rn 10.

³⁰ Näher *Kropff*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 16 Rn 17 ff.

³¹ Näher *Kropff*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 16 Rn 554 ff.

³² Nähere Darstellung bei *J. Schmidt*, Die Evolution des deutschen Konzernrechts – 42. DJT (1957) und 59. DJT (1992), in: Bayer (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages, 2010, S. 407, 417 ff mwN.

³³ Verhandlungen des 42. DJT, 1957, Bd. II F 1 ff, 129.

³⁴ Dazu und zu ihren Mitgliedern *Kropff*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 16 Rn 557.

³⁵ Verhandlungen des 42. DJT, 1957, Bd. II F 1 ff, 129. Zu deren Ergebnissen: Studienkommission des DJT, Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, 1967.

³⁶ Dazu etwa *Würdinger*, DB 1958, 1447 ff; *Kropff*, NJW 1959, 173 ff.

³⁷ Näher *Kropff*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 16 Rn 560 ff, 563 ff.

³⁸ Siehe zu Einzelheiten *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 23 sowie *Kropff*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 16 Rn 565 ff.

³⁹ Nachw. bei *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 24; vgl. weiter *Kropff*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 16 Rn 568 ff. Auch der modifizierte RegE aus dem Jahre 1960 (näher *Altmeyen*, aaO Rn 25 ff) wurde insbesondere von den Wirtschaftsverbänden noch stark kritisiert (näher *Kropff*, aaO Rn 582 ff; vgl. weiter *Altmeyen*, aaO Rn 28 ff).

Tatsache geduldet werde.⁴⁰ Überwiegend wurde angenommen, die Regelung sei nicht praktikabel, ineffektiv und damit im Ergebnis unbrauchbar,⁴¹ eine Einschätzung, die sich erst im Laufe der nächsten Jahrzehnte verändern sollte.⁴²

Wenngleich *Marcus Lutter* sich auch mit dieser Grundsatzfrage und zahlreichen weiteren Einzelfragen beschäftigt⁴³ und insbesondere auch kritisiert hat, dass das Aktiengesetz keine Regeln zur Bildung eines faktischen Konzerns, vielmehr nur Vorschriften zur Ordnung des schon bestehenden Konzerns geschaffen hat, was im Ergebnis auf ein unzutreffendes statisches Verständnis hinauslaufe, während doch der Konzern ein sich fortlaufend verändernder Prozess sei,⁴⁴ war sein „Lieblingsthema“ oder nach Aussage von *Peter Hommelhoff* gar das „Thema seines wissenschaftlichen Lebens“ die Frage nach den Binnenstrukturen im Konzern.⁴⁵

Dabei ging es *Lutter* im Kern um die vom Gesetzgeber des Aktiengesetzes 1965 nicht geregelte, weil offenkundig nicht als Problem erkannte Machtverteilung zwischen den Organen der Konzernobergesellschaft.⁴⁶ Hatte der Gesetzgeber das neue kodifizierte Konzernrecht als Schutzrecht für die abhängige Gesellschaft, deren (Minderheits-)Aktionäre und deren Gläubiger konzipiert, so entwickelte *Lutter* in mehreren Schritten die These, dass

⁴⁰ Dazu näher GHEK/*Kropff*, AktG 1994 § 311 Rn 8 ff mwN. Nachzeichnung jüngst bei *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 385 ff.

⁴¹ Nachw. Bei GHEK/*Kropff*, AktG 1994 Vor §§ 311-318 Rn 11.

⁴² Siehe aktuell nur MünchKommAktG/*Altmeyden*, 5. Aufl. 2020 Vor § 311 Rn 29 („angebliche ‚Insuffizienz‘ der §§ 311 ff. [ist] graue Theorie geblieben“).

⁴³ *Beispiele* anderweitiger Beschäftigungen mit dem aktienrechtlichen Konzernrecht: So kritisierte *Lutter* im Jahre 1972 die Praxis deutscher Aktiengesellschaften, für *Optionsanleihen ausländischer Tochtergesellschaften* Bezugsrechte auf Aktien der Mutter zu garantieren, ohne hierüber die Hauptversammlung der Mutter Beschluss fassen zu lassen (vgl. FS Walther Kastner 1972 S. 245 ff = AG 1972, 125 ff); bekanntlich hat sich diese Ansicht im Schrifttum durchgesetzt (für die heute ganz hM vgl. *Koch*, AktG 16. Aufl. § 221 Rn 72 mwN.; aA noch das Vorstandsmitglied der Bayer AG *Silcher*, in FS Geßler 1971 S. 185 ff.; gegen *Lutter* auch noch das weitere Vorstandsmitglied der Bayer AG, *Dieter Schaub*, AG 1972, 340 ff; wie *Lutter* aber auch schon GroßKommAktG/*Schilling*, 3. Aufl. 1971 § 221 Anm. 18). Ein Jahr später erörterte *Lutter* die *Beherrschung einer AG durch mehrere Mütter* (NJW 1973, 113 ff.); dabei kritisierte er die Begründung in einer Entscheidung des OLG Karlsruhe (DB 1972, 1572). Auch dieser Sichtweise haben sich sowohl der II. Zivilsenat als auch die hL angeschlossen (vgl. nur MünchKommAktG/*Bayer*, 5. Aufl. 2019 § 17 Rn 77 ff mwN). Anhand der Motometer-Entscheidungen (vgl. BVerfG ZIP 2000, 1670 zu OLG Stuttgart ZIP 1997, 362) spricht sich *Lutter* (in FS Bruno Kropff 1997, S. 191 ff.) für einen stärkeren Schutz der Minderheit aus, wenn das herrschende Unternehmen die abhängige AG unter Übernahme ihres Geschäftsbetriebs auflösen möchte (sog. *übertragende Auflösung*). Der Idee einer Haftung aus *Konzernvertrauen* hat *Lutter* (in GS Knobbe-Keuk 1997, S. 229 ff.) eine eindeutige Absage erteilt („systemwidrig“). Anhand des Falles Feldmühle Nobel erörterte *Lutter* die Problematik von Vermögensveräußerungen einer abhängigen AG (in FS Steindorff 1990, S. 125 ff).

⁴⁴ *Lutter/Timm*, NJW 1982, 409, 411 mit Bezugnahme auf *Behrens*, ZGR 1975, 433, 440 ff; *Wiedemann*, ZGR 1978, 477, 487 ff und *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980, S. 71 ff.

⁴⁵ So *Hommelhoff*, in Grundmann/Riesenhuber Hrsg., Deutsche Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, 2010, Bd. 2 S. 97, 105.

⁴⁶ Dazu auch *Koch*, ZIP 2020, 2485 ff.

das geschriebene Konzernrecht unvollständig sei und um ein eigenständiges Organisationsrecht für die Konzernobergesellschaft ergänzt werden müsse. Denn das geschriebene Konzernrecht sei keineswegs als abschließend zu verstehen, sondern müsse in der Weise fortentwickelt werden, dass das für die selbständige AG geschriebene Organisationsrecht an die Besonderheiten des Konzerns angepasst werde.

Ein erster grundlegender Beitrag⁴⁷ „zur Binnenstruktur des Konzerns“ wird im Jahre 1974 publiziert.⁴⁸ Bereits hier thematisiert *Lutter* anhand von vier Beispielen, nämlich der Wahl und Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern, der Entscheidung über die Gewinnverwendung, der Entlastung und der Satzungsänderung, wie sich durch die Konzernierung originäre Aktionärsrechte auf den Vorstand der Mutter hin verschieben, der als Vertreter der Allein- oder Mehrheitsaktionärin deren Rechte in der Hauptversammlung der Tochter wahrnimmt.⁴⁹ Klar und nachvollziehbar wird bereits an dieser Stelle herausgearbeitet, dass nicht mehr die Aktionäre der Mutter über die Besetzung des Aufsichtsrats der Tochter entscheiden, dass die Aktionäre der Mutter allein noch über den Gewinn entscheiden, den der Vorstand von den Tochter-, Enkel- und Urenkelgesellschaften nach oben hin abfließen lässt und nicht in Rücklagen außerhalb des Zugriffs der Aktionäre reserviert hat.⁵⁰ *Lutter* kommt weiter zu dem Ergebnis, dass bei der Entlastung des Vorstands der Mutter auch eine gute oder schlechte Konzernleitung berücksichtigt werden müsse. Durch Satzungsänderungen in der Tochter, speziell bei Unternehmensverträgen und Kapitalerhöhungen, könnten die Interessen der Aktionäre der Mutter verletzt werden.

Unterstützt und teilweise gemeinsam mit seinen Schülern hat *Marcus Lutter* sowohl die Frage nach einer Pflicht des Vorstands der Mutter zur Leitung des gesamten Konzerns⁵¹ als auch die hiervon zu unterscheidende Frage nach einem Mitspracherecht der Aktionäre der Mutter zum einen *im Vorfeld* einer beabsichtigten Strukturveränderung und zum anderen auch bei gewichtigen Maßnahmen *in den abhängigen Konzerngesellschaften*, in zahlreichen

⁴⁷ So auch die Würdigung durch zwei Nachfolger auf dem Bonner Lutter-Lehrstuhl, *Fleischer*, NZG 2019, 1241, 1247 („Grundlagencharakter“) und *Koch*, ZIP 2020, 2485 („eindrucksvoll“).

⁴⁸ *Lutter*, Zur Binnenstruktur im Konzern, FS H. Westermann, 1974, S. 347 ff.

⁴⁹ *Lutter*, Zur Binnenstruktur im Konzern, FS H. Westermann, 1974, S. 347, 351 ff.

⁵⁰ Nochmals aufgegriffen in *Lutter*, Rücklagenbildung im Konzern, in: FS Goerdeler, 1987 S. 327 ff.

⁵¹ Eingehend *Lutter* in seiner Bonner Abschiedsvorlesung am 13. Februar 1996; abgedruckt im Liber Amicorum für Rüdiger Volhard 1996, S. 105, 109 ff; zu dieser Problematik auch *Uwe H. Schneider*, Konzernleitung als Rechtsproblem, BB 1981, 249 ff; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982.

Publikationen weiter verfolgt;⁵² die sog. „Lutter-Schule“ war dabei oftmals meinungsprägend, wenngleich auch vielfacher Kritik ausgesetzt.

Ein Denkmal wird der auf *Marcus Lutter* zurückgehenden These von einer ungeschriebenen Zuständigkeit der Hauptversammlung für grundlegende Strukturveränderungen in der Mutter und ggf. für nachfolgende gewichtige Maßnahmen in der Tochter insbesondere in dem „wohl berühmtesten Fall des deutschen Gesellschaftsrechts“,⁵³ der *Holz Müller-Entscheidung* aus dem Jahre 1982,⁵⁴ gesetzt.⁵⁵ Der vielfach aus der Praxis kommende Appell an den II. Zivilsenat, die als unästhetisch⁵⁶ empfundene „Villa Holz Müller“⁵⁷ abzureißen,⁵⁸ hatte zwar zunächst keinen Erfolg; vielmehr konnte sich die Holz Müller-Lehre auch im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung weitgehend durchsetzen.⁵⁹ Dem Bestreben, die Villa Holz Müller durch einen „Anbau“ zu erweitern oder gar zum Mehrfamilienhaus auszubauen,⁶⁰ hat indes der II. Zivilsenat 22 Jahre später in den *Gelatine-Entscheidungen* und in völlig anderer Besetzung eine entschiedene Absage erteilt;⁶¹ der höchstrichterlich auf Extremfälle begrenzte Anwendungsbereich der Holz Müller-Rechtsprechung lässt ihre Bedeutung in der Praxis gegen Null sinken.⁶²

2. GmbH-Konzernrecht

Für das Recht der GmbH folgte der BGH in der *Lufttaxi-Entscheidung*⁶³ zunächst noch der Linie des Reichsgerichts, wonach die Mehrheitsmacht des herrschenden Gesellschafters allein

⁵² Siehe insbesondere *Lutter*, FS Stimpel 1985, S. 825 ff.

⁵³ So *Fleischer/Heinrich*, in: *Fleischer/Thiessen*, Hrsg., *Gesellschaftsrechts-Geschichten*, 2018, S. 345, 346; folgend *Koch*, ZIP 2020, 2485, 2486.

⁵⁴ BGHZ 83, 122.

⁵⁵ Siehe BGHZ 83, 122, 136 ff.

⁵⁶ In diese Richtung *Beusch*, FS Werner 1984, S. 1, 21; *Martens*, ZHR 147 (1983), 377, 427.

⁵⁷ Siehe *Lutter*, FS Stimpel 1985, S. 285.

⁵⁸ So *Martens*, ZHR 147 (1983), 377, 428; vgl. weiter *Heinsius*, ZGR 1984, 383 ff, 410 f; kritisch auch *Götz*, AG 1984, 85 ff, 94; zurückhaltend *H. P. Westermann*, ZGR 1984, 352 ff, 382

⁵⁹ Zusammenfassend *Fleischer/Heinrich*, in: *Fleischer/Thiessen*, Hrsg., *Gesellschaftsrechts-Geschichten*, 2018, S. 361 ff; vgl. jüngst wieder *Koch*, ZIP 2020, 2485, 2486.

⁶⁰ Siehe *Lutter*, FS Stimpel 1985, S. 825 ff; zur Beteiligung der HV bei der Veräußerung wesentlicher Unternehmensteile auch *Lutter/Leinekugel*, ZIP 1998, 225 ff.

⁶¹ BGHZ 159, 30, 39 („Für diese Lehre kann [BGHZ 83, 122] nicht in Anspruch genommen werden“).

⁶² So bereits *Liebscher*, ZGR 2005, 1, 16 („Bedeutungsschwund“).

⁶³ Siehe nur BGHZ 31, 258, 278.

durch die Generalklauseln (§§ 138, 242, 826 BGB) begrenzt sei.⁶⁴ Nach Inkrafttreten des neuen Aktiengesetzes sollte dann jedoch für GmbH-Konzerne nach den Vorstellungen der Bundesregierung das aktienrechtliche Modell übernommen werden,⁶⁵ mithin für faktische Konzerne die *entsprechende Heranziehung der §§ 311 ff AktG*. Nachdem diese Konzeption von der „nahezu gesamten wissenschaftlichen Literatur“ abgelehnt worden war⁶⁶ und die geplante große GmbH-Reform der Jahre 1971 und 1973 letztendlich insgesamt gescheitert ist, hat sich bekanntlich ein anderer Ansatz durchgesetzt,⁶⁷ dem sich – unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung⁶⁸ – auch der II. Zivilsenat in der richtungsweisenden *ITT-Entscheidung* angeschlossen hat: Die Begrenzung der Mehrheitsmacht durch die Treuepflicht und eine Ersatzpflicht des herrschenden Gesellschafters, die von jedem Minderheitsgesellschafter mit der *actio pro socio* geltend gemacht werden kann.⁶⁹ Dieser Ansatz wurde fortgeführt und zu einem GmbH-spezifischen Konzerneingangsschutz erweitert.⁷⁰

Obleich sich *Marcus Lutter* über diese Zweiteilung in ein Aktien- und in ein GmbH-Konzernrecht stets mokiert hat (ein „Unikum in der Welt!“)⁷¹ war doch auch er der Ansicht, dass sich eine Übernahme der aktienrechtlichen Regeln auf den faktischen GmbH-Konzern verbiete.⁷² Denn im Unterschied zur AG sei die GmbH gerade *nicht konzernoffen*.⁷³ Der

⁶⁴ Folgend das überwiegende Schrifttum; vgl. nur Hachenburg/*Barz*, GmbHG 7. Aufl. 1975 § 13 Anh II Rn 24 f. mwN; aA mit Hinweis auf die Treuepflicht aber schon Hachenburg/*Schilling*, GmbHG 7. Aufl. § 14 Rn 26 f.

⁶⁵ Siehe dazu RegE zur GmbH-Reform BT-Drs 7/253, S. 63 ff (§§ 230 ff [zur vertraglich beherrschten GmbH], §§ 247 ff [zur faktisch beherrschten GmbH]).

⁶⁶ So *Wiedemann*, JZ 1976, 392, 394; vgl. weiter (zum RefE) *Eder*, GmbHR 1970, 249 ff; kritisch auch *Arbeitskreis GmbH-Reform*: Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, 1972, Bd. 2, S. 45 ff.

⁶⁷ Grundlegend *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft 1970, S. 261 ff, 277 ff; vgl. weiter *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 318 ff, 345 ff.; *Schilling*, FS Hefermehl 1976, S. 383 ff.

⁶⁸ Siehe BGHZ 65, 15, 21 mit Bezugnahme auf BGHZ 31, 258.

⁶⁹ BGHZ 65, 15, 18 ff (betr. unzulässige Konzernumlage in einem mehrstufigen Konzern mit ausländischer Konzernspitze) m. Besprechung *Rehbinder*, ZGR 1976, 386 ff = GmbHR 1975, 269 m. Besprechung durch *H. P. Westermann*, GmbHR 1976, 77 ff = BB 1975, 1450 m. Anm. *Schilling* = NJW 1976, 191 m. Anm. *Ulmer* = JZ 1976, 408 m. Besprechung *Wiedemann*, JZ 1976, 392 ff; vgl. aus dem zeitgenössischen Schrifttum weiter *K. Schmidt*, GmbHR 1979, 121 ff; aus der Kommentarliteratur etwa *R. Fischer*, GmbHG 10. Aufl. 1983 § 13 Anm. 5, 12. Bekräftigung obiter durch BGHZ 95, 330, 335, 340 (Autokran).

⁷⁰ Siehe BGHZ 80, 69 (betr. Aufhebung Wettbewerbsverbot) = NJW 1981, 1512 m. Besprechung *Lutter/Timm*, NJW 1982, 409 ff, 413 ff.

⁷¹ *Lutter*, AG 1990, 179; vgl. dann nochmals *Lutter*, DB 1992, 2429, 2430 („Luxus“); *Lutter*, ZGR 2000, 1, 15 („Rechtsslage könnte nicht verwirrender sein“).

⁷² So explizit in der Erstkommentierung des *Fischer/Lutter*, GmbHG 11. Aufl. 1985 Anh § 13 Rn 9; vgl. weiter *Lutter*, ZGR 1982, 245, 260 f; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 16. Aufl. 2004 Anh § 13 Rn 11; abl. auch schon *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 252 f.

⁷³ Siehe *Fischer/Lutter*, GmbHG 11. Aufl. 1985 Anh § 13 Rn 10.

treuepflichtbasierte Ansatz der Rechtsprechung hat denn auch seine uneingeschränkte Zustimmung gefunden.⁷⁴ Wie sich manche hier im Saal noch erinnern, hat dann auch der 59. DJT nahezu einstimmig eine analoge Anwendung der §§ 311 ff AktG auf die GmbH abgelehnt.⁷⁵ Heute ist diese Sichtweise unbestritten.⁷⁶

Weil in der Tendenz dem vom Arbeitskreis GmbH-Reform im Jahre 1972⁷⁷ entwickelten Vorschlag zur Haftung im *qualifizierten faktischen Konzern* folgend,⁷⁸ hat dann auch die Zuerkennung von Haftungsansprüchen der GmbH-Gläubiger analog §§ 302, 322 AktG gegenüber dem herrschenden Gesellschafter durch die *Autokran-Entscheidung*⁷⁹ im Sinne einer pflichtwidrigen Konzernleitungshaftung *Lutters* Zustimmung gefunden,⁸⁰ während er der Ausweitung zu einer Zustands- oder Strukturhaftung durch die Entscheidung *Tiefbau*⁸¹ reserviert gegenüber stand.⁸² Die Korrektur dieser seit dem viel kritisierten *Video-Urteil*⁸³ nochmals verschärfte Rechtsprechungslinie⁸⁴ durch die *TBB-Entscheidung*⁸⁵ wurde nachdrücklich begrüßt.⁸⁶ Zustimmung fand dann auch die neue dogmatische Verortung einer subsidiären Außenhaftung durch die Rechtsfigur des *existenzvernichtenden Eingriffs*⁸⁷ und die damit verbundene Abkoppelung der Haftung vom Vorliegen eines Konzerntatbestands.⁸⁸ Die

⁷⁴ Siehe auch noch *Fischer/Lutter*, GmbHG 11. Aufl. 1985 Anh § 13 Rn 10 ff.

⁷⁵ Siehe 59. DJT Bd. II R 192 (unter II. 6.). Dazu auch *Lutter*, DB 1992, 2429 f.

⁷⁶ Siehe BGHZ 149, 10, 16 (Bremer Vulkan); *Altmeyden*, GmbHG 10. Aufl. 2021 § 13 Rn 55; N/S/H/*Beurskens*, GmbHG 23. Aufl. 2022 KonzernR Rn 15, 46; vgl. auch noch *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 265 f mwN. Dazu auch noch unter III. 4.

⁷⁷ Mitglieder: G. Hueck, Lutter, Mertens, Rehbinder, P. Ulmer, Wiedemann, Zöllner.

⁷⁸ *Arbeitskreis GmbH-Reform*: Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. 2, 1972, S. 49 ff.

⁷⁹ BGHZ 95, 330, 335 ff = ZIP 1985, 1263 m. Besprechung *Lutter*, ZIP 1985, 1425 ff (die Entscheidung zählt zu den „grands arrêts de la jurisprudence commerciale“).

⁸⁰ Siehe *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 13. Aufl. 1991 Anh § 13 Rn 16 ff.

⁸¹ BGHZ 107, 7, 16 ff.

⁸² Siehe *Lutter*, AG 1990, 179, 180 ff.

⁸³ BGHZ 115, 187, 195 ff. = ZIP 1991, 1354. Siehe zur Kritik nur *Altmeyden*, DB 1991, 2225 ff; *Flume*, DB 1992, 25 ff; *K. Schmidt*, ZIP 1991, 1325 ff; *Kleindiek*, ZIP 1991, 1330 ff.

⁸⁴ Zusammenfassend *Kleindiek*, GmbHR 1992, 574 ff.

⁸⁵ BGHZ 122, 123 = JZ 1993, 575 m. Anm. *Lutter* und Besprechung durch *Hommelhoff*, ZGR 1994, 395 ff und *K. Schmidt*, ZIP 1993, 549 ff; zusammenfassend *Krieger*, ZGR 1994, 375 ff.

⁸⁶ Siehe *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 14. Aufl. 1995 Anh § 13 Rn 17 ff.

⁸⁷ Grundlegend BGHZ 149, 10 (Bremer Vulkan); bekräftigend BGHZ 150, 61; BGHZ 151, 181 (KBV).

⁸⁸ Siehe *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 16. Aufl. 2004 § 13 Rn 15, Anh § 13 Rn 26.

erneute Änderung der dogmatischen Grundlage hin zu einer deliktischen Innenhaftung nach § 826 BGB durch die *Trihotel-Entscheidung*⁸⁹ hat *Lutter* indes nur teilweise überzeugt.⁹⁰

3. Konzernrecht in Europa

Die Beschäftigung von *Marcus Lutter* mit dem Konzernrecht auf europäischer Ebene⁹¹ beginnt im Jahre 1970 mit seinem Gutachten für den 48. DJT.⁹² Grenzüberschreitende Verschmelzungen oder grenzüberschreitende Vertragskonzerne waren von engen Ausnahmen abgesehen⁹³ noch nicht möglich und die Praxis behalf sich mit komplizierten Hilfskonstruktionen.⁹⁴ Mit dem Vorschlag eines Staatsvertrags zwischen den damaligen 6 EWG-Gründungsstaaten⁹⁵ wollte *Lutter*⁹⁶ diese unzureichenden Rahmenbedingungen mit Hilfe eines **fusionsähnlichen internationalen Vertragskonzerns** verbessern.⁹⁷ Trotz kontroverser Diskussion fand der Vorschlag breite Zustimmung, wengleich ebenfalls betont wurde, dass auch die Schaffung einer *Europäischen Aktiengesellschaft*, die Ermöglichung *grenzüberschreitender Fusionen* sowie eine *Angleichung der nationalen Gesellschaftsrechte* dringlich geboten seien.⁹⁸

Während bekanntlich die Anstrengungen zur Schaffung der SE und auch zur grenzüberschreitenden Verschmelzung nach jahrelangen Bemühungen schließlich Erfolg hatten, sind bis heute alle Ansätze zur Schaffung eines europäischen Konzernrechts

⁸⁹ BGHZ 173, 246 Rn 16 ff.

⁹⁰ Siehe *Lutter/Hommelhoff/Lutter*, 17. Aufl. 2009 § 13 Rn 33, 48.

⁹¹ Dazu auch *Schön*, ZIP 2020, 2496 ff.

⁹² *Lutter*, in: Gutachten H zum 48. DJT, Bd. 1, 1970; dazu näher *J. Schmidt*, Grenzüberschreitende Unternehmensverbindungen - 48. DJT (1970), in: Bayer (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages, 2010, S. 313 ff.

⁹³ Zum (zulässigen) grenzüberschreitenden Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag zwischen einer ausländischen Mutter- und einer deutschen Tochter-AG näher *Bayer*, Der grenzüberschreitende Beherrschungsvertrag, 1988, S. 20 ff und *S. Maul*, NZG 1999, 741 ff.

⁹⁴ Nachw. bei *J. Schmidt*, Grenzüberschreitende Unternehmensverbindungen - 48. DJT (1970), in: Bayer (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages, 2010, S. 313, 318 f.

⁹⁵ *Schön* spricht von „visionäre[n] Thesen“ (ZIP 2020, 2496).

⁹⁶ Siehe auch noch *Marcus Lutter*, „Für einen Europäischen Vertragskonzern“, ZSR 1971, 267 ff., oder „Teilfusionen im Gesellschaftsrecht“, FS Barz 1974, S. 199 ff.

⁹⁷ Zusammenfassend *J. Schmidt*, Grenzüberschreitende Unternehmensverbindungen - 48. DJT (1970), in: Bayer (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages, 2010, S. 313, 319 ff.

⁹⁸ Näher *J. Schmidt*, Grenzüberschreitende Unternehmensverbindungen - 48. DJT (1970), in: Bayer (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages, 2010, S. 313, 321 f mwN.

gescheitert.⁹⁹ *Marcus Lutter* hat dies sehr betübt, hat er sich doch auch in späteren Jahren,¹⁰⁰ insbesondere auch im Rahmen des **Forum Europaeum Konzernrecht**,¹⁰¹ um eine solche europäische Lösung bemüht.¹⁰² Quintessenz des Vorschlags war eine bloße „Kernbereichsharmonisierung“¹⁰³ sowie im Hinblick auf die Pflichtenstellung von Geschäftsleitern abhängiger Gesellschaften eine Orientierung¹⁰⁴ an der französischen Rozenblum-Doktrin.¹⁰⁵ Obgleich dieses Konzept im Schrifttum auf reges Interesse gestoßen war,¹⁰⁶ konnte es die Kommission nicht zur Vorlage eines Legislativvorschlags bewegen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt galt das Projekt einer europäischen Konzernrechtsharmonisierung als gescheitert.

III. Aktueller Stand

1. Schutz der abhängigen AG

Wie wir bereits gehört haben, war der Schutz der abhängigen AG sowie ihrer (Minderheits-) Aktionäre und Gläubiger ein Kernanliegen des reformierten Aktiengesetzes.¹⁰⁷ Er wird im **Vertragskonzern**, der Weisungsrechte gegenüber der vertraglich beherrschten AG begründet (vgl. § 308 AktG), durch Mitwirkungsrechte bei der Konzernbildung (§ 293 Abs. 1 AktG) sowie durch einen **Konzerneingangsschutz** in Form eines Austrittsrechts mit im Spruchverfahren nachprüfbarer Abfindung verwirklicht (vgl. § 305 AktG),¹⁰⁸ der **Gläubigerschutz** sowohl durch die Publizität der Beherrschung als auch durch spezielle Schutzregeln (vgl. §§ 302, 303 AktG), insbesondere die Pflicht zur Verlustübernahme. Dieser

⁹⁹ Nachzeichnung der Entwicklung bei *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, Rn 12.2 ff mwN.

¹⁰⁰ Siehe die Thesen und Vorschläge in *Lutter*, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, ZGR 1987, 324 ff.

¹⁰¹ Näher *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 ff. mit Thesen und Vorschlägen S. 766 ff.

¹⁰² Dazu auch *Schön*, ZIP 2020, 2496, 2497.

¹⁰³ So *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 677, 687.

¹⁰⁴ *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 768 f.

¹⁰⁵ Zu dieser näher *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, Rn 12.6 mwN.

¹⁰⁶ Näher *Schön*, ZIP 2020, 2496, 2497 mwN.

¹⁰⁷ Siehe oben II. 1.

¹⁰⁸ Für im Vertragskonzern verbleibende außenstehende Aktionäre ist ein Ausgleichsanspruch vorgesehen (§ 304 AktG).

Schutz wird nach hM dergestalt verstärkt, dass Weisungen dann unzulässig sind, wenn sie zur Existenzgefährdung der beherrschten Gesellschaft führen.¹⁰⁹

Die früher vorherrschende Lesart, der **faktische Konzern** werde vom Aktiengesetz zwar geduldet, indes nicht im Sinne einer Billigung legalisiert,¹¹⁰ wird heute nicht mehr vertreten;¹¹¹ umstritten ist allein, ob die §§ 311 ff AktG als **Privilegierung** des herrschenden Unternehmens zu verstehen sind, wie es die ganz hM annimmt,¹¹² weil nach ihrer Lesart das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft zunächst benachteiligen und dann erst später den Ausgleich einseitig festlegen dürfe.¹¹³ Eine starke Gegenmeinung widerspricht dieser Ansicht¹¹⁴ und hält eine Benachteiligung nur dann für zulässig, wenn ex ante eine verbindliche Vereinbarung getroffen wird, die einem Drittvergleich standhält.¹¹⁵ Unstreitig sollte heute sein, dass das Konzernprivileg jedenfalls *nicht* als *Privileg* in dem Sinne zu verstehen ist, dass die abhängige Gesellschaft *im Konzerninteresse geschädigt* werden darf.¹¹⁶ Denn unbestritten ist eine Schädigung der abhängigen Gesellschaft generell nur dann zulässig, wenn sich *zum einen* die entstehenden Nachteile isolieren und damit ausgleichen lassen; andernfalls bewegt sich das herrschende Unternehmen außerhalb der erlaubten faktischen Konzernherrschaft¹¹⁷ und haftet nach § 317 AktG, ggf. auch nach Maßgabe der Regeln über

¹⁰⁹ Siehe nur (mit einzelnen Unterschieden) *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 308 Rn 19; MünchKommAktG/*Altmeyen*, 5. Aufl. 2020 § 308 Rn 129 ff; K. Schmidt/Lutter/*Langenbacher*, AktG 4. Aufl. 2020 § 308 Rn 35; weitergehend Emmerich/Habersack/*Emmerich*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 308 Rn 60 ff.

¹¹⁰ Siehe oben II. 1.

¹¹¹ Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns ist unbestritten; vgl. nur *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 311 Rn 4; Emmerich/Habersack/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn 8; MünchKommAktG/*Altmeyen*, 5. Aufl. 2020 § 311 Rn 20 ff, 26; vgl. weiter BGH AG 2008, 779 Rn 17 (Züblin/Strabag).

¹¹² So die ganz hM; vgl. *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 311 Rn 4; Emmerich/Habersack/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn 2; K. Schmidt/Lutter/*J. Vetter*, AktG 4. Aufl. 2020 § 311 Rn 6; vgl. weiter BGHZ 179, 71 Rn 12 (MPS); vgl. weiter BGHZ 190, 7 Rn 48 (Telekom III. Börsengang); BVerfG ZIP 2011, 2094 Rn 19; noch offengelassen in BGHZ 175, 365 Rn 28 (UMTS).

¹¹³ *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 311 Rn 41; K. Schmidt/Lutter/*J. Vetter*, AktG 4. Aufl. 2020 § 311 Rn 102; GroßKommAktG/*Fleischer*, 5. Aufl. 2020 § 311 Rn 335; Emmerich/Habersack/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn 81 mwN.

¹¹⁴ *Altmeyen*, ZIP 1996, 693 ff; vgl. weiter *Altmeyen*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. II Kap. 23 Rn 40.

¹¹⁵ So insbesondere MünchKommAktG/*Altmeyen*, 5. Aufl. 2020 § 311 Rn 359 ff im Anschluss an MünchKommAktG/*Kropff*, 2. Aufl. 2000 § 311 Rn 250 ff; neuerdings auch *Grigoleit*, ZGR 2019, 412, 452 ff.; tendenziell auch KK/*Koppensteiner*, AktG 3. Aufl. 2004 § 311 Rn 123 f.

¹¹⁶ Insoweit jedenfalls zutreffend (und in Übereinstimmung mit der hM) MünchKommAktG/*Altmeyen*, 5. Aufl. 2020 § 311 Rn 42; vgl. weiter *Bürgers/Guntermann*, FS Krieger 2020, S. 141, 154 mwN.

¹¹⁷ Übereinstimmend *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 311 Rn 42; Emmerich/Habersack/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn 2, 9a, 43; vgl. weiter *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 251; vgl. weiter BVerfG, ZIP 2011, 2094 Rn 19 aE.

den *qualifiziert faktischen Aktienkonzern*¹¹⁸ bzw. nach den Regeln der *Existenzvernichtungshaftung*.¹¹⁹ Zum anderen haften das herrschende Unternehmen und deren gesetzliche Vertreter nach § 317 AktG, wenn isolierbare Nachteile nicht fristgerecht ausgeglichen werden.¹²⁰

Konkret bedeutet dies, dass eine faktische Konzernleitung zulässig ist, sofern alle der abhängigen AG entstehenden Nachteile nach Maßgabe von § 311 AktG ausgeglichen werden.¹²¹ Weiterhin ist zwingend ein Bericht über die Beziehungen der abhängigen AG zu allen anderen verbundenen Unternehmen nach Maßgabe von § 312 AktG aufzustellen; dieser sog. *Abhängigkeitsbericht* ist vom Abschlussprüfer zu prüfen, der über das Ergebnis den Aufsichtsrat zu informieren hat (vgl. § 313 AktG). Der Aufsichtsrat hat dann den Bericht sowie den Prüfbericht seinerseits im Plenum zu prüfen und über das Ergebnis der Hauptversammlung zu berichten (§ 314 AktG). Ergänzt wird der Schutz der Aktionäre der abhängigen Gesellschaft noch durch das Auskunftsrecht über Konzernangelegenheiten nach § 131 Abs. 1 S. 2 AktG.¹²²

In Übereinstimmung mit *Peter Hommelhoff*¹²³ und den Beschlüssen des 59. DJT¹²⁴ lautete denn auch im Jahre 1996 das Urteil von *Marcus Lutter*, dass sich die gesetzliche Konzeption aus Abhängigkeitsbericht, Prüfung und Testat „wahrscheinlich bewährt“ hat, wenngleich dieser innovative Rechtsgedanke der Prophylaxe „trotz seines offenbaren Erfolges“ weltweit abgelehnt werde.¹²⁵

Aus eigener Erfahrung im Kontext des MPS-Falles möchte ich insoweit allerdings Zweifel anmelden und teile im Ergebnis die Einschätzung von *Hoffmann-Becking*, dass „Abhängigkeitsberichte in aller Regel farblos und nicht aussagekräftig (seien) im Hinblick auf

¹¹⁸ Dafür MünchKommAktG/Bayer, 5. Aufl. 2019, § 18 Rn 11; *Bayer/Trölitzsch*, in: Lutter/Bayer, Holding-HB 6. Aufl. 2020 Rz. 8.89; Emmerich/Habersack/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn 43, Anh § 317 Rn 5 ff; im Ergebnis auch *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 257.

¹¹⁹ Dafür *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 311 Rn 7, § 1 Rn 30 im Anschluss an *Hüffer*, in: FS Goette 2012, S. 191, 200 ff.

¹²⁰ Siehe BGHZ 190, 7 Rn 36 ff und Leitsatz c) (Telekom III. Börsengang)

¹²¹ Teilweise abw. Ansatz jüngst bei *Engert*, Vom Schutzrecht zum schützenden Organisationsrecht, ZGR-Sonderheft 22 (2020), S. 59 ff. (Wertaufteilung bei konzerninternen Transaktionen).

¹²² Näher *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 131 Rn 15 ff.; dazu bereits *Lutter*, AG 1985, 117, 119 ff.

¹²³ *Hommelhoff*, 59. DJT Bd. I G 16 ff und empirisch untermauert nochmals *Hommelhoff*, ZHR 156 (1992), 295 ff.

¹²⁴ 59. DJT Bd. II R 191 (unter II. 3.).

¹²⁵ So *Lutter*, (mit beiden Zitaten) in: Liber Amicorum für Rüdiger Volhard 1996, S. 105, 108.

das, was sich zwischen Mutter und Tochter tatsächlich abgespielt hat“.¹²⁶ Der Tendenz zu größerer Publizität im Bilanz- und Kapitalmarktrecht würde es daher entsprechen, wenn der Gesetzgeber¹²⁷ den zahlreichen Stimmen¹²⁸ folgen würde, die für eine Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts eintreten, wobei den Geheimhaltungsinteressen durch eine passgenaue Schutzklausel Rechnung getragen werden könnte.¹²⁹

Die anfangs mehr oder weniger konturlosen Vorschriften der §§ 311, 317 AktG haben in neuerer Zeit durch mehrere BGH-Entscheidungen an Deutlichkeit und Schärfe gewonnen.¹³⁰ Sie gelten im Grundsatz auch dann, wenn die öffentliche Hand als Konzernspitze fungiert.¹³¹ Ich teile daher die verbreitete Ansicht,¹³² dass sich das System der §§ 311 ff AktG – unter dem Vorbehalt der auch von mir befürworteten Publikation des Abhängigkeitsberichts – insgesamt bewährt hat.¹³³ Weder früher noch heute zeitgemäß ist hingegen der gestreckte Nachteilsausgleich gem. § 311 Abs. 2 AktG,¹³⁴ dem nach Aussagen aus der Praxis indes keine Bedeutung zukommen, jedoch die Privilegierung des herrschenden Unternehmens begründen soll.¹³⁵

Auf den erneuten Prüfstand müsste das deutsche Modell indes, sofern sich im Rahmen einer Harmonisierung des europäischen Konzernrechts die Anerkennung eines Gruppeninteresses

¹²⁶ So *Hoffmann-Becking*, 59. DJT Bd. II R 19.

¹²⁷ Der Gesetzgeber der Aktienrechtsreform 1965 hat die Problematik erkannt, von einer Pflicht zur Veröffentlichung des Abhängigkeitsberichts – entgegen der ursprünglichen Ankündigung von Bundesjustizminister Fritz Schäffer – indes abgesehen (gegen eine Veröffentlichung explizit *Flume*, DB 1959, 190, 191), da befürchtet wurde, dass Vollständigkeit und Tiefgründigkeit des Berichts aus Gründen des Geheimnisschutzes leiden würden (vgl. *BegrRegE* bei *Kropff*, S. 411).

¹²⁸ Siehe auch schon *Lutter*, Zeitschrift Schweizerische Aktiengesellschaft (SAG) 1976, 152, 159 („bedeutendste Fehlleistung des Gesetzgebers von 1965“).

¹²⁹ Siehe nur *Fleischer*, BB 2014, 835, 838 ff; *Habersack*, AG 2016, 691, 694; *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 312 Rn 38; *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 253 ff; vgl. im Kontext von RPT auch schon *Bayer/Selentin*, NZG 2015, 7, 11 und *Spindler/Seidel*, AG 2017, 169, 170; jüngst wieder *Florstedt*, ZHR 184 (2020), 10, 56 f.

¹³⁰ Siehe nur BGHZ 141, 79 (Buderus); BGHZ 175, 365 (HVB/Unicredit); BGHZ 179, 71 (MPS); BGHZ 190, 7 (Telekom/III. Börsengang).

¹³¹ Grundlegend BGHZ 69, 334 (Veba/Gelsenberg); bekräftigend BGHZ 135, 107 (VW); ausf. *Bayer*, FS K. Schmidt 2019, S. 65 ff mwN.

¹³² Siehe auch *Habersack*, AG 2016, 691, 697.

¹³³ Positive Gesamteinschätzung auch bei *MünchKommAkt/Altmeppen*, 5. Aufl. 2020 Vor § 311 Rn 28 f; *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 311 Rn 6; *Emmerich/Habersack/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn 12; *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 253 mwN; vgl. auch schon *Kropff*, in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel, 2007, Bd. I Kap. 16 Rn 604.

¹³⁴ So im Kontext von RPT: *Bayer/Selentin*, NZG 2015, 7, 12 f; *Veil*, NZG 2017, 521, 529; *Florstedt*, ZHR 184 (2020), 10, 57.

¹³⁵ Gegen Abschaffung indes *MünchKommAktG/Altmeppen*, 5. Aufl. 2020 § 311 Rn 45.

durchsetzen sollte. Ich werde darauf noch im letzten Abschnitt meines Vortrags zurückkommen.¹³⁶

Hier ist noch anzumerken, dass es nach geltendem Recht im faktischen Konzern – anders als beim Vertragskonzern – keinen speziellen Konzerneingangsschutz gibt;¹³⁷ allein bei *börsennotierten Gesellschaften* kommt dem Pflichtangebot nach § 35 WpÜG eine solche Wirkung zu.¹³⁸

2. Schutz der Aktionäre der Mutter

Eine Mitwirkung bei der Konzernbildung besteht für die Aktionäre der Mutter aktuell nur bei der Begründung eines Vertragskonzerns sowie bei Konzernbildungen, die durch Umwandlungen nach Maßgabe des UmwG herbeigeführt werden.¹³⁹ Ein Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung der Mutter für Ausgliederungen auf eine Tochter besteht nach der bereits geschilderten, restriktiven Gelatine-Rechtsprechung nur in extremen Ausnahmefällen.¹⁴⁰ Soll der ausgegliederte Unternehmensteil an die Börse gebracht werden, so soll nach ganz hM für die Aktionäre der Mutter nicht einmal ein Bezugsrecht auf die neuen Aktien begründet sein.¹⁴¹ Und im Unterschied zu ausländischen Rechtsordnungen kann gleichfalls nach ganz hM auch eine so grundlegende Strukturveränderung wie jüngst der Zusammenschluss von Linde mit Praxair ohne jede Mitwirkung der Hauptversammlung durchgeführt werden.¹⁴² Auch der Erwerb der Dresdner Bank durch die Commerzbank erfolgte ohne jede Mitwirkung der Commerzbank-Aktionäre,¹⁴³ gleichfalls die mit

¹³⁶ Dazu näher unten IV. 1.

¹³⁷ Nicht durchgesetzt hat sich auch eine faktische Konzerneingangskontrolle „durch die Hintertür“ eines Wettbewerbsverbots des herrschenden Unternehmens mit der Möglichkeit der Befreiung durch Hauptversammlungsbeschluss (unter Stimmrechtsausschluss des herrschenden Unternehmens); näher *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 259 mwN; aA etwa *Emmerich/Habersack/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Vor § 311 Rn 7 mwN.

¹³⁸ Unstreitig; vgl. nur *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 258 mwN.

¹³⁹ Siehe auch *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 263.

¹⁴⁰ Näher oben II. 1.

¹⁴¹ Siehe für die hM nur *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 186 Rn 5 mwN; aA insoweit *Lutter*, AG 2000, 342, 343 ff.

¹⁴² Dazu näher *Emmerich/Habersack/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Vor § 311 Rn 45 mwN zum Streitstand.

¹⁴³ Zum Streitstand näher *Emmerich/Habersack/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, Vor § 311 Rn 42 mwN; gegen Mitwirkung OLG Frankfurt, AG 2011, 173, 174 [dazu kritisch *Lutter*, ZIP 2012, 100

erheblichen Risiken (Prozessrisiken und Reputationsrisiken wegen des umstrittenen Produkts Glyphosat) belastete Übernahme von Monsanto durch die Bayer AG, die zudem mit einer strategischen Neuausrichtung des Geschäfts verbunden war.¹⁴⁴

Weniger eindeutig und deutlich umstrittener¹⁴⁵ ist hingegen die Frage, „ob und welche Maßnahmen auf Ebene der Tochter der Zustimmung der Hauptversammlung der Mutter bedürfen“.¹⁴⁶ Angesichts der von Gelatine dezidiert betonten Wesentlichkeitsschwelle,¹⁴⁷ gegen die auch vom BVerfG keine verfassungsrechtlichen Bedenken geltend gemacht wurden,¹⁴⁸ kommt einer Entscheidung dieses Streits indes kaum praktische Bedeutung zu.¹⁴⁹ Es ist daher zu konstatieren: Sowohl bei der Bildung faktischer Konzerne als auch bei wesentlichen Maßnahmen innerhalb der Konzerngesellschaften haben die Aktionäre der Mutter nach der aktuell vorherrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum *grundsätzlich keine Mitwirkungsrechte*. In Übereinstimmung mit *Marcus Lutter* halte ich diesen Befund für rechtspolitisch bedenklich.¹⁵⁰ Ich werde hierauf nochmals zurückkommen.

3. Konzernleitungspflicht/Konzern-Compliance

Es wurde bereits festgestellt, dass der Gesetzgeber der Aktienrechtsreform 1965 entgegen seiner Behauptung kein Konzernverfassungsrecht geschaffen, sondern allein Regelungen zur Begründung eines Vertragskonzerns und Schutzregelungen für die abhängige Gesellschaft getroffen hat.¹⁵¹ Ich habe ausgeführt, dass *Marcus Lutter* als erster diese Defizite erkannt und klar benannt hat.¹⁵²

351; *Priester*, AG 2011, 654 ff; *Spindler*, FS Goette 2011 S. 513, 518 f; *Rottbauer*, in: *Priester/Heppe/Westermann* (Hrsg.), *Praxis und Lehre im Wirtschaftsrecht*, 2018 S. 215 ff]; dafür noch LG Frankfurt, ZIP 2010, 429, 431 (abl. indes etwa *Decher*, FS U. H. Schneider 2011, S. 261, 265 f.); unentschieden BGH, ZIP 2012, 515 (Nichtannahmebeschluss).

¹⁴⁴ Näher *Stephan/Strenger*, AG 2017, 346, 347 f.

¹⁴⁵ Zum Streitstand *Emmerich/Habersack/Habersack*, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 10. Aufl. 2022, Vor § 311 Rn 48 f mwN.

¹⁴⁶ So *Jochen Vetter*, 50 Jahre Aktienkonzernrecht, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 231, 263.

¹⁴⁷ Näher oben II. 1.

¹⁴⁸ Siehe BVerfG, ZIP 2011, 2094 Rn 17 (StrabaG).

¹⁴⁹ Siehe *Emmerich/Habersack/Habersack*, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 10. Aufl. 2022, Vor § 311 Rn 49.

¹⁵⁰ *Lutter*, FS K. Schmidt 2009, S. 1065, 1076.

¹⁵¹ Siehe oben II. sowie III. 1. und 2.

¹⁵² Näher oben II. 1.

Heute ist unbestritten, dass ungeachtet der eigenverantwortlichen Leitung der abhängigen Tochter-AG¹⁵³ durch deren Vorstand auch den Vorstand der Mutter *Konzernleitungspflichten* treffen, will er nicht riskieren, wegen unzureichender *Konzern-Compliance*¹⁵⁴ haftbar gemacht zu werden.¹⁵⁵ Der früher regelmäßig bemühte Hinweis auf den konzernrechtlichen Trennungsgrundsatz¹⁵⁶ und das grundsätzlich nicht bestehende Weisungsrecht im faktischen Konzern¹⁵⁷ verfängt heute immer weniger;¹⁵⁸ denn aufgrund europarechtlich geprägter Vorgaben des Bank- und Versicherungsaufsichtsrechts,¹⁵⁹ aber auch aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen im Wettbewerbsrecht,¹⁶⁰ im Datenschutzrecht,¹⁶¹ im Kapitalmarktrecht¹⁶² und neuerdings auch im Atomrecht,¹⁶³ werden verbundene Unternehmen ungeachtet der tatsächlichen Ausübung von Konzernleitungsmacht immer mehr als *wirtschaftliche Einheit* verstanden,¹⁶⁴ so dass bei Verstößen von Konzerntöchtern durchaus der gesamte Konzernumsatz zur Grundlage für Bußgeldfestsetzungen gemacht und auch die Konzernspitze hierfür in die Haftung genommen werden kann.¹⁶⁵ Das Interesse an effektiver Sanktionierung von Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Verbotsnormen, die im Interesse der Allgemeinheit erlassen wurden, treffen hier ungebremst und mit systemsprengender

¹⁵³ Zur GmbH näher unter III. 4.

¹⁵⁴ Einzelheiten bei v. *Schenck*, in: Lutter/Bayer, Holding-HB, 6. Aufl. 2020 Rn 5.80; ausf. *Mackert*, in: Lutter/Bayer, Holding-HB, 6. Aufl. 2020 Rn 6.130 ff mwN.

¹⁵⁵ Dazu nur *Habersack*, AG 2016, 691, 696 mwN.

¹⁵⁶ Zum Trennungsgrundsatz: *Bayer/Trölitzsch*, in: Lutter/Bayer, Holding-HB, 6. Aufl. 2020 Rn. 8.10; Münch-KommAktG/*Heider*, 5. Aufl. 2019 § 1 Rn 46 ff; vgl. auch BGH ZIP 2003, 2247; BGH ZIP 2014, 565, 568.

¹⁵⁷ Siehe zum fehlenden Weisungsrecht im faktischen Konzern nur K. Schmidt/Lutter/*J. Vetter*, AktG 4. Aufl. 2020, § 311 Rn 7; Emmerich/Habersack/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn 10; MünchKommAktG/*Altmeyen*, 5. Aufl. 2020 § 311 Rn 404 mwN; vgl. auch noch MünchKommAktG/*Bayer*, 5. Aufl. 2019 § 18 Rn 20.

¹⁵⁸ So auch Emmerich/Habersack/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn 87b; K. Schmidt/Lutter/*J. Vetter*, AktG 4. Aufl. 2020, § 311 Rn 116a ff; einschränkend indes *Altmeyen*, NZG 2022, 1227 ff.

¹⁵⁹ Näher Emmerich/Habersack/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn 87a; *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 76 Rn 20; *Poelzig*, VGR 23 (2017) S. 83, 85 ff.

¹⁶⁰ Ausf. *Poelzig*, VGR 23 (2017), S. 83, 87 ff; *Schweitzer/Woeste*, ZGR-Sonderheft 22, S. 141 ff; *Prütting*, ZGR-Sonderheft 22, S. 173 ff; jüngst wieder *Bauermeister*, NZG 2022, 59 ff.

¹⁶¹ *Louven*, FS Taeger 2020, S. 725 ff; *Uebele*, EuZW 2018, 440 ff.

¹⁶² *Poelzig*, VGR 23 (2017), S. 83, 92 ff.

¹⁶³ *G. Krieger*, ZfU 2017, 25, 27 ff.

¹⁶⁴ Zusammenfassend *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 1 Rn 21, § 76 Rn 21; K. Schmidt/Lutter/*J. Vetter*, AktG 4. Aufl. 2020 § 311 Rn 116a ff.

¹⁶⁵ Siehe nur *Bayer/Trölitzsch*, in: Lutter/Bayer, Holding-HB, 6. Aufl. 2020 Rn. 8.33 ff (zum Kartellrecht); *Kersting/Otto*, NZKart 2021, 651 ff; K. Schmidt/Lutter/*J. Vetter*, AktG 4. Aufl. 2020, § 311 Rn 116a; Emmerich/Habersack/*Habersack*, 10. Aufl. 2022 § 311 Rn. 87b.

Kraft¹⁶⁶ auf das traditionelle deutsche Gesellschaftsrecht mit seinem konzernrechtlichen Trennungsprinzip. Aktuell sind Tendenzen auszumachen, auch für Versäumnisse in der Lieferkette die Konzernspitze stärker in die Pflicht zu nehmen.¹⁶⁷

Auch wenn der Gedanke, Verstöße bei der Tochter auch der Mutter und deren Organen zuzurechnen nicht neu, sondern – ungeachtet zahlreicher noch nicht höchstrichterlich entschiedener Streitfragen – bereits in § 130 OWiG angelegt ist,¹⁶⁸ so hat doch das europäische Recht und die strenge Rechtsprechung des EuGH zu einer deutlichen Gewichtsverschiebung geführt: Allgemein wird heute konstatiert, dass das deutsche Trennungsprinzip als Grundlage des Konzernrechts „europarechtlich angezählt und mittlerweile weniger ein ehernes Grundprinzip als vielmehr eine durch zahlreiche Ausnahmen durchlöchernte Regel“ ist.¹⁶⁹

Aus diesem Befund wird verbreitet folgende Konsequenz hergeleitet: Können das herrschende Unternehmen und seine gesetzlichen Vertreter unter bestimmten Umständen für Verfehlungen oder auch schon für Unzulänglichkeiten aus dem Bereich der Töchter in Anspruch genommen werden, dann resultiert daraus unweigerlich die Verpflichtung des Vorstands der Mutter, eine rechtssichere Basis zu schaffen, um personelle und organisatorische Vorsorge zur Verhinderung solcher Haftungssituationen treffen zu können. Diese Vorsorge soll gewährleisten, dass die Mutter ihrer sog. *konzerndimensionalen Legalitätskontroll- und durchsetzungspflicht*¹⁷⁰ nachkommen kann; Grundlage dieser Pflicht ist zum einen die Abwehr von Sanktionen und Haftungsansprüchen, zum anderen aber auch das Interesse der Mutter am Werterhalt ihrer Beteiligungen.¹⁷¹

Fraglich und teilweise umstritten ist, wie das herrschende Unternehmen speziell im faktischen Konzern in die Lage versetzt wird, auf rechtlich einwandfreier Grundlage seiner Compliance-Verantwortung nachzukommen. Die Begründung *originärer Weisungsrechte* der Mutter gegenüber Töchtern in der Rechtsform der AG scheidet außerhalb des Vertragskonzerns

¹⁶⁶ Koch, AktG 16. Aufl. 2022 § 1 Rn 21; vgl. weiter Habersack, AG 2016, 691, 697 („systemsprengende Durchbrechung“).

¹⁶⁷ Näher Ott/Lüneborg/Schmelzeisen, DB 2022, 238 ff.

¹⁶⁸ Dazu auch Habersack, AG 2016, 691, 696 mwN zum Streitstand; vgl. weiter Poelzig, VGR 23 (2017), S. 83, 92 ff.

¹⁶⁹ So wörtlich Koch, FS Windbichler 2020, S. 817, 834.

¹⁷⁰ Dazu Koch, AktG 16. Aufl. 2022 § 76 Rn 20; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter, AktG 4. Aufl. 2020 § 311 Rn. 116; näher Poelzig, VGR 23 (2017), S. 83, 98 ff.; Weller/Kaller/Schulz AcP 216 [2016], 387, 413 ff.

¹⁷¹ Nachw. bei Altmeyden, NZG 2022, 1227, 1228.

aus.¹⁷² Nach hM kann die Mutter allerdings auch im faktischen Aktienkonzern vom *Vorstand der Tochter-AG* sachgerechte und effektive *Compliance-Strukturen einfordern*.¹⁷³ Teilweise wird dieses Recht (und seitenverkehrt die Pflicht des Tochter-Vorstands) unmittelbar aus dem vorrangigen europäischen Recht oder einer speziellen Vorschrift des nationalen Rechts abgeleitet,¹⁷⁴ teilweise wird hierfür die Treuepflicht der Tochter gegenüber der Mutter herangezogen.¹⁷⁵ Auf dieser Basis lassen sich dann auch alle für die Konzern-Compliance notwendigen Informationsrechte der Mutter begründen. Insbesondere *Peter Hommelhoff* hat jüngst herausgearbeitet, dass die Konzernleitung und damit auch die Konzern-Compliance im dezentral geführten faktischen Konzern eine arbeitsteilige Aufgabe ist, in die sich die Konzernspitze und die Geschäftsführungen der jeweiligen Töchter gemeinsam einbringen müssen.¹⁷⁶ Präzisiert wird das Pflichtenprogramm der Tochter nach verbreiteter Praxis durch sog. Konzern-Koordinationsverträge (Relationship Agreements), gegen die angesichts der geschilderten Rechtslage grundsätzlich keine Einwände bestehen, sofern die Grenzen aus den §§ 76, 311 ff AktG beachtet werden.¹⁷⁷

Auch wenn nicht zu leugnen ist, dass angesichts der widersprechenden Gesetzbefehle die Rechtslage unübersichtlich ist und die Dogmatik an ihre Grenzen gelangt, erscheinen die pragmatischen Problemlösungsansätze der hM überzeugender als der Rückzug auf die Aussage, angesichts von § 76 AktG sei es der Mutter unmöglich, Compliance bei der Tochter durchzusetzen, so dass dieser Erkenntnis widerstreitendes Unionsrecht wegen Perplexität unbeachtlich sei.¹⁷⁸ Ich werde auf die Problematik später nochmals zurückkommen.¹⁷⁹

¹⁷² So aber *Grigoleit*, AktG 2. Aufl. 2020 § 76 Rn 98 mwN.

¹⁷³ K. Schmidt/Lutter/*J. Vetter*, AktG 4. Aufl. 2020, § 311 Rn 116a ff., 116d; *Habersack*, FS Möschel 2011, 1175, 1187 f.

¹⁷⁴ IdS wohl *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 311 Rn 48b.

¹⁷⁵ IdS Emmerich/*Habersack/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 Rn 87b; ausf. *J. Vetter*, FS Krieger 2020 S. 1065, 1077 ff.

¹⁷⁶ Siehe jüngst *Hommelhoff*, FS Krieger 2020 S. 393, 396 ff.; vgl. weiter v. *Schenck*, in: Lutter/Bayer, Holding-HB, 6. Aufl. 2020 Rn. 5.90 ff.

¹⁷⁷ Ausf. *Seibt*, FS K. Schmidt 2019, S. 431 ff; *Habersack*, FS Krieger 2020, S. 281 ff; vgl. weiter K. Schmidt/Lutter/*J. Vetter*, AktG 4. Aufl. 2020, § 311 Rn 116e ff; GroßKommAktG/*Fleischer*, 5. Aufl.2020, § 311 Rn 55.

¹⁷⁸ In diese Richtung aber jüngst *Altmeyden*, NZG 2022, 1227, 1234.

¹⁷⁹ Siehe bei IV. 1.

4. Besonderheiten bei der GmbH

Wie bereits erwähnt,¹⁸⁰ gilt in der GmbH mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung¹⁸¹ ein absolutes Schädigungsverbot, was bedeutet, dass eine Konzernobergesellschaft die abhängige GmbH selbst dann nicht schädigen darf, wenn deren Nachteil oder sonstiger Schaden sofort ausgeglichen wird.¹⁸² Anders ist die Rechtslage, wenn alle Gesellschafter zustimmen¹⁸³ oder es sich um eine 100%ige Tochter-GmbH handelt.¹⁸⁴ In diesen Fällen hat die Konzernmutter im Interesse des Gläubigerschutzes lediglich die Grenzen der Kapitalerhaltung (§§ 30, 31 GmbHG) zu beachten;¹⁸⁵ in Ausnahmefällen kommt eine Haftung aus Existenzvernichtung in Betracht.¹⁸⁶ Bei der Kapitalerhaltung ist das aus § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG resultierende Vollwertigkeits- und Deckungsgebot indes in der Weise konzernspezifisch fortzuschreiben, „dass die Einhaltung dieses Gebots nicht auf das einzelne Geschäft innerhalb des Konzerns, auf die einzelne Maßnahme anzuwenden ist, sondern auf die Gesamtsysteme des konzerninternen Leistungsaustauschs“.¹⁸⁷ Erforderlich, aber zum Schutze der Gläubiger auch ausreichend ist es, wenn innerhalb des Konzerns sichergestellt ist, dass alle Leistungen der Konzerntochter an die Mutter oder andere Konzerngesellschaften in einem überschaubaren Zeitraum durch angemessene Gegenleistungen ausgeglichen

¹⁸⁰ Siehe o. II. 2.

¹⁸¹ Zur Möglichkeit, den Minderheitenschutz in der (konzern-)abhängigen GmbH auszugestalten – sei es zur Vermeidung der Abhängigkeit, sei es zum Schutz der Minderheit im bestehenden Konzern – näher Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 41 ff mwN.

¹⁸² Aus dem aktuellen Schrifttum etwa *Bayer/Trölitzsch*, in: Lutter/Bayer Holding-HB 6. Aufl. 2020 Rz. 8.41; Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 58; *Altmeyen*, GmbHG 10. Aufl. 2021 Anh § 13 Rn 142, 152; Henssler/Strohn/*Verse*, 5. Aufl. 2022 § 13 GmbHG Anh Rn 48 ff; Scholz/*Emmerich*, GmbHG 13. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 103 ff; MünchKommGmbHG/*Liebscher*, 4. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 408 ff, 412 ff, 422 ff, 430; MünchHdBGmbH/*Kiefner*, 5. Aufl. 2018 § 68 Rn 17 f.; ausf. *Schneider/Schneider*, FS Bergmann 2018 S. 661, 664 ff.

¹⁸³ MünchKommGmbHG/*Liebscher*, 4. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 419, 426, 431; MünchHdBGmbH/*Kiefner*, 5. Aufl. 2018 § 68 Rn 29.

¹⁸⁴ BGHZ 95, 330, 340 (Autokran); BGHZ 119, 257, 262; BGHZ 122, 123, 129 (TBB); BGHZ 142, 92, 95; BGH GmbHR 2008, 1319, 1322; *Bayer/Trölitzsch*, in: Lutter/Bayer Holding-HB 6. Aufl. 2020 Rz. 8.41, 8.78; MünchKommGmbHG/*Liebscher*, 4. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 419, 530 ff; MünchHdBGmbH/*Kiefner*, 5. Aufl. 2018 § 68 Rn 29.

¹⁸⁵ Dazu *Bayer/Trölitzsch*, in: Lutter/Bayer Holding-HB 6. Aufl. 2020 Rz. 8.38; MünchKommGmbHG/*Liebscher*, 4. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 420; MünchHdBGmbH/*Kiefner*, 5. Aufl. 2018 § 68 Rn 30.

¹⁸⁶ Dazu näher Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 32 ff; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, ebd. § 13 Rn 25 ff mwN; vgl. auch schon oben II. 2.

¹⁸⁷ So zutreffend Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 26 im Anschluss an *Hommelhoff*, ZGR 2012, 535, 539 ff. In diesem Sinne dezidiert auch MünchKommGmbHG/*Liebscher*, 4. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 428 ff mwN.

werden.¹⁸⁸ Für die Einhaltung dieser Pflichten, insbesondere auch für die Einrichtung eines entsprechenden Kontroll- und Ausgleichssystems¹⁸⁹ (Stichwort Konzern-Compliance¹⁹⁰) ist neben der Geschäftsleitung der jeweiligen Tochter-GmbH auch die Geschäftsleitung der Mutter verantwortlich.¹⁹¹

Zulässig ist auch im GmbH-Recht die Begründung eines **Vertragskonzerns**, um der Konzernmutter auf diese Weise eine umfassende Konzernleitungsmacht zu sichern.¹⁹² Solche Unternehmensverträge mit abhängigen GmbH sind in der Praxis weit verbreitet.¹⁹³ Eine Grenze bilden auch hier¹⁹⁴ existenzgefährdende Weisungen.¹⁹⁵

Ein Beherrschungsvertrag mit einer abhängigen GmbH kommt dadurch zustande, dass dieser schriftlich abgeschlossen wird (vgl. § 293 Abs. 3 AktG) und die Gesellschafterversammlung ihre Zustimmung erteilt. Dieser Beschluss bedarf notarieller Form¹⁹⁶ und ist (konstitutiv) im Handelsregister (der abhängigen GmbH) einzutragen;¹⁹⁷ dabei ist der Vertrag der Urkunde beizufügen.¹⁹⁸ Erforderlich ist weiterhin ein Zustimmungsbeschluss der Anteilshaber des herrschenden Unternehmens mit satzungsändernder Mehrheit (vgl. § 293 Abs. 2 AktG).¹⁹⁹ Umstritten und vom BGH bislang offen gelassen²⁰⁰ ist, ob der Beschluss der

¹⁸⁸ Wie hier Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 26.

¹⁸⁹ Einzelheiten bei Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 28 ff.

¹⁹⁰ Dazu bereits oben III. 3.

¹⁹¹ Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 27; vgl. weiter *Tröger/Dangelmayer*, ZGR 2011, 558, 575 ff.

¹⁹² Für alle Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 65, 70; *Altmeyden*, GmbHG 10. Aufl. 2021 Anh § 13 Rn 17, 26, 49 ff.

¹⁹³ Rechtstatsachen bei *Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2019, 1261 ff.

¹⁹⁴ Siehe zur AG bereits o. III. 1.

¹⁹⁵ *Altmeyden*, GmbHG 10. Aufl. 2021 Anh § 13 Rn 57 ff.; *H/C/L/Leuschner*, GmbHG 3. Aufl. 2021 Anh § 77 Rn 226; *MünchKommGmbHG/Liebscher*, 4. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 858 ff.; *Scholz/Emmerich*, GmbHG 13. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 243 ff.

¹⁹⁶ BGHZ 105, 324, 330 ff.; Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 73 ff.; *Altmeyden*, GmbHG 10. Aufl. 2021 Anh § 13 Rn 41.

¹⁹⁷ BGHZ 105, 324, 342 = GmbHR 1989, 25 (Supermarkt); BGH, GmbHR 1992, 253, 255 (Siemens); *Altmeyden*, GmbHG 10. Aufl. 2021 Anh § 13 Rn 32; *MünchKommGmbHG/Liebscher*, 4. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 756; *Henssler/Strohn/Verse*, 5. Aufl. 2022 § 13 GmbHG Anh Rn 98; Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 85 mwN.

¹⁹⁸ BGH GmbHR 1992, 253, 254 (Siemens); Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 75; *Altmeyden*, GmbHG 10. Aufl. 2021 Anh § 13 Rn. 32.

¹⁹⁹ BGHZ 105, 324, 333 ff.; *N/S/H/Beurskens*, GmbHG 23. Aufl. 2022 KonzernR Rn 110; *Scholz/Emmerich*, GmbHG 13. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 196 ff.; *Henssler/Strohn/Verse*, 5. Aufl. 2022 § 13 GmbHG Anh Rn 73; Lutter/Hommelhoff/*Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 77, 100 mwN.

²⁰⁰ So ausdrücklich BGHZ 105, 324, 332; vgl. weiter *N/S/H/Beurskens*, GmbHG 23. Aufl. 2022 KonzernR Rn 110; *H/C/L/Leuschner*, GmbHG 3. Aufl. 2021 Anh § 77 Rn 169 ff.; aA *Altmeyden*, GmbHG 10. Aufl. 2021 Anh § 13 Rn 44 mwN.

Gesellschafterversammlung der abhängigen GmbH der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf²⁰¹ – jeder Gesellschafter mithin ein Vetorecht hat²⁰² – oder ob die satzungsändernde Mehrheit ausreicht,²⁰³ wobei das herrschende Unternehmen mitstimmen darf, also keinem Stimmrechtsausschluss gem. § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG unterliegt,²⁰⁴ in diesem Fall soll der notwendige Minderheitenschutz über Mechanismen, die an die §§ 293a ff AktG angelehnt sind,²⁰⁵ erfolgen, weiterhin sind Ausgleichs- und Abfindungsregelungen entsprechend §§ 304, 305 ff AktG vorzusehen.²⁰⁶ Der Gläubigerschutz wird auch im GmbH-Vertragskonzern durch eine entsprechende Anwendung der §§ 302, 303 AktG gesichert.²⁰⁷

5. Sonderrecht für börsennotierte Gesellschaften

Die oben getätigte Feststellung, dass es kein europäisches Konzernrecht gibt, ist seit der Änderung der **Aktionärsrechte-RL** im Jahre 2017²⁰⁸ insoweit nicht mehr zutreffend, als nunmehr die Kontrolle von Geschäften mit nahestehenden Unternehmen (sog. **Related Party Transactions – RPT**) durch die Aktionäre verbessert werden soll.²⁰⁹ Obgleich auch Geschäfte mit nahestehenden natürlichen Personen erfasst werden, etwa mit

²⁰¹ So N/S/H/*Beurskens*, GmbHG 23. Aufl. 2022 KonzernR Rn 106; Scholz/*Emmerich*, GmbHG 13. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 193 ff; H/C/L/*Leuschner*, GmbHG 3. Aufl. Bd. 3 2021 Anh § 77 Rn 170; Henssler/*Strohn/Verse*, 5. Aufl. 2022 § 13 GmbHG Anh Rn 69; nach der Realstruktur der GmbH diff. MünchKommGmbHG/*Liebscher*, 4. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 764 ff.

²⁰² Nach dieser Ansicht sind weitere Regelungen zum Minderheitenschutz entbehrlich, da entsprechende Maßnahmen als Voraussetzung für die Zustimmung eingefordert werden können; vgl. nur *Bayer/Trölitzsch*, in: Lutter/*Bayer Holding-HB* 6. Aufl. 2020 Rz. 8.69; Scholz/*Emmerich*, GmbHG 13. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 211.

²⁰³ So *Stephan*, Konzern 2015, 349, 352 ff; *Altmeyen*, GmbHG 10. Aufl. 2021 Anh § 13 Rn 37 ff; Lutter/*Hommelhoff/Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 88 mwN. Tendenziell in diese Richtung auch (zur Kündigung) BGHZ 190, 45 Rn 12 ff; vgl. hierzu auch *Hegemann*, GmbHR 2012, 315, 321.

²⁰⁴ So Lutter/*Hommelhoff/Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 76; abw. *Altmeyen*, GmbHG 10. Aufl. 2021 Anh § 13 Rn 39.

²⁰⁵ So nunmehr Lutter/*Hommelhoff/Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 66, 82 ff; für analoge Anwendung noch Lutter/*Hommelhoff/Hommelhoff*, GmbHG 20. Aufl. 2020 Anh § 13 Rn 56 ff; vgl. weiter N/S/H/*Beurskens*, GmbHG 23. Aufl. 2022 KonzernR, Rn 104; *Altmeyen*, GmbHG 10. Aufl. 2021 Anh § 13 Rn 47 mwN.

²⁰⁶ So MünchKommGmbHG/*Liebscher*, 4. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 914 ff; Lutter/*Hommelhoff/Hommelhoff*, GmbHG 21. Aufl. 2023 Anh § 13 Rn 91 ff mwN.

²⁰⁷ BGHZ 116, 37, 41 ff; *Bayer/Trölitzsch*, in Lutter/*Bayer Holding-HB* 6. Aufl. 2020 Rz. 8.69; N/S/H/*Beurskens*, GmbHG 23. Aufl. 2022 KonzernR Rn 94; Henssler/*Strohn/Verse*, 5. Aufl. 2022 § 13 GmbHG Anh Rn 103; Scholz/*Emmerich*, GmbHG 13. Aufl. 2022 Anh § 13 Rn 246 ff.

²⁰⁸ RL (EU) 2017/828; näher *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018 Rn 29.5 mwN. Siehe auch zum abweichenden Kommissionsvorschlag etwa *Bayer/Selentin*, NZG 2015, 7 ff.

²⁰⁹ Näher *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018 Rn 29.163 ff; vgl. weiter *Florstedt*, ZGR 2022, 13, 58 ff („europäisches Konzernrecht“).

Vorstandsmitgliedern oder deren Angehörigen, handelt es sich empirisch betrachtet doch um einen europäischen Rechtsakt, der einen Ausschnitt aus dem in den meisten Mitgliedstaaten bislang **nicht kodifizierten Konzernkonflikt** regelt.²¹⁰ Um nun aber Brüche mit dem vorhandenen deutschen Konzernrecht zu vermeiden, wurde um den Wortlaut der RL in Brüssel hart gerungen und auch die **Umsetzung** in das deutsche Recht (vgl. §§ 111a-c AktG) erfolgte ausweislich der Gesetzesbegründung **minimalinvasiv**.²¹¹ Eine umfassende Darstellung der neuen Rechtslage verbietet sich hier. Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass nunmehr bestimmte Geschäfte oberhalb eines Schwellenwertes von 1,5% des Anlage- und Umlaufvermögens einem **Zustimmungsvorbehalt durch den Aufsichtsrat** unterliegt (§ 111b AktG) und unverzüglich **zu veröffentlichen** sind (§ 111c AktG). Ausgenommen sind insbesondere Rechtsgeschäfte im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen (§ 111a Abs. 2 AktG) und im Grundsatz auch Rechtsgeschäfte mit einer **100%igen Tochtergesellschaft** (§ 111a Abs. 3 Nr. 1 AktG).

Mit gutem Grund ausgenommen sind weiterhin Rechtsgeschäfte **im Vertragskonzern** (vgl. § 111a Abs. 3 Nr. 3 lit. a) AktG).²¹² Im Ergebnis handelt es sich bei der RPT-RL um Regelungen, die sowohl aktien- als auch kapitalmarktrechtlich fundiert sind und im Sinne einer Komplementärfunktion den **Außenseiterschutz nach §§ 311 ff AktG ergänzen**²¹³ (vgl. auch § 311 Abs. 3 AktG). Im Anwendungsbereich der RPT-RL entfällt der – nach Aussagen der Praxis indes sowieso bedeutungslose – gestreckte Nachteilsausgleich des § 311 Abs. 2 AktG.²¹⁴ Nach bisherigem Kenntnisstand kann die Praxis mit den neuen Vorschriften gut leben.²¹⁵

²¹⁰ Zutreffend *Florstedt*, ZGR 2022, 13, 16; vgl. weiter *Grigoleit*, ZGR 2019, 412, 414 ff.

²¹¹ BegrRegE BT-Drs 19/9739 S. 35, 80; vgl. weiter *Koch*, AktG 16. Aufl. 2022 § 111a Rn 1; K. Schmidt/Lutter/*J. Vetter*, AktG 4. Aufl. 2020 § 111a Rn 21 ff.

²¹² In diesem Sinne bereits *Bayer/Selentin*, NZG 2015, 7, 12; *Seibt*, DB 2014, 1910, 1915; *J. Vetter*, ZHR 179 (2015) 273, 315 ff; *Veil*, NZG 2017, 521, 524; vgl. weiter *H. F. Müller*, ZGR 2019, 97, 108 ff.

²¹³ In diese Richtung auch *Florstedt*, ZHR 184 (2020), 10, 18 ff.; vgl. weiter *Grigoleit*, ZGR 2019, 412, 414 ff.

²¹⁴ Unstreitig; vgl. nur *Emmerich/Habersack/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022 § 311 Rn 69; ausf. *Grigoleit*, ZGR 2019, 412, 456.

²¹⁵ Siehe nur *H. F. Müller*, ZGR 2019, 97, 125.

IV. Entwicklungsperspektiven

1. Europäisches Konzernrecht

Die zum Zeitpunkt der Jahrtausendwende verbreitete Annahme, das Europäische Konzernrecht sei endgültig „tot“, hat sich im Rückblick als verfrüht erwiesen. Konzernrechtliche Themen stehen vielmehr seit einigen Jahren nicht nur im **Fokus der Wissenschaft**,²¹⁶ sondern auch **wieder ganz oben auf der EU-Agenda**.²¹⁷ Mit Ausnahme der bereits erwähnten europäischen Regelungen zu **Related Party Transactions**, die durch das ARUG II 2019 in das deutsche Recht implementiert wurden,²¹⁸ sind allerdings bis heute alle gesetzgeberischen Initiativen, etwa zur **SPE**²¹⁹ oder zur **SUP**,²²⁰ gescheitert.²²¹

Als Hauptgrund für das Scheitern einer **umfassenden Kodifikation** des europäischen Konzernrechts nach dem Vorbild des deutschen Aktiengesetzes werden regelmäßig die trotz zahlreicher Rechtsangleichungs-RL nach wie vor bestehenden **Unterschiede** in den nationalen Gesellschaftsrechten der Mitgliedstaaten genannt.²²² Daher wird es vielfach als Fortschritt gesehen, wenn in naher Zukunft wenigstens für **wichtige Einzelfragen** ein europäischer Rechtsrahmen geschaffen würde, der zu mehr Rechtssicherheit im Verhältnis zwischen der Konzernmutter und ihren oftmals in zahlreichen Mitgliedstaaten angesiedelten Konzerntöchtern beitragen würde.

So wird insbesondere vielfach die Anerkennung eines **Gruppeninteresses** gefordert, aus dem eine rechtlich abgesicherte Konzernleitungsmacht hergeleitet werden kann.²²³ Das Problem besteht darin, eine Lösung zu finden, die es unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Haftungsabschottung der Mutter erlaubt, der Tochter eine im Einzelfall nachteilige Weisung zu geben, die von der Geschäftsführung der Tochter ohne Auslösung einer Haftungsfolge befolgt werden darf oder ggf. sogar befolgt werden muss. Obgleich das **rechtspolitische**

²¹⁶ Siehe nur *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 2015, 507 ff; *J. Schmidt*, Konzern 2017, 1 ff; *Hommelhoff/Lutter/Teichmann*, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, ZGR-Sonderheft 20, 2017; *Fleischer*, ZGR 2017, 1 ff; *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379 ff; *Schön*, ZGR 2019, 343 ff.

²¹⁷ Einzelheiten bei *Forum Europaeum on Company Groups*, ZGR 2015, 507, 508 f; vgl. weiter *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018 Rn. 12.37 ff.

²¹⁸ Näher o. III. 5.

²¹⁹ Siehe nur *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897 ff.

²²⁰ Dazu *Hommelhoff*, GmbHR 2014, 1065.

²²¹ Hierzu auch schon *Schön*, ZIP 2020, 2496, 2498.

²²² Siehe nur *Schön*, ZIP 2020, 2496, 2498 ff mwN.

²²³ Näher *Teichmann*, AG 2013, 184 ff; *Schön*, ZIP 2020, 2496, 2499 f; *Schön*, ZGR 2019, 343, 354 ff.

Bedürfnis für eine solche Regelung im Interesse einer ökonomisch sinnvollen Konzernführung kaum noch bestritten wird, sind bislang jedoch alle Bemühungen gescheitert, das Gruppeninteresse zu definieren und in die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu integrieren.²²⁴

Dieser Befund ist indes alles andere als verwunderlich. Denn es ist evident, dass jede Art von Anerkennung eines Gruppeninteresses mit den Interessen von außenstehenden Gesellschaftern und selbst bei 100%igen Töchtern mit den Interessen der Tochtergläubiger kollidieren kann. Im Ergebnis führen wir heute auf europäischer Ebene die gleiche Diskussion, die wir **seit 100 Jahren** auch in Deutschland zum Konzerninteresse geführt haben.²²⁵ Auch wenn heute im Unterschied zum Diskussionsstand der Aktienrechtsreform 1965 die Legitimität des faktischen Konzerns weitgehend anerkannt ist,²²⁶ bleibt die **entscheidende Frage**: Wie lässt es sich außerhalb eines Vertragskonzerns mit Verlustausgleichspflicht, mithin im faktischen Konzern unter Aufrechterhaltung der Haftungsabschottung, rechtfertigen, dass eine Konzerngesellschaft im Konzerninteresse geschädigt wird, ohne dass der Schaden in einem absehbaren Zeitraum ausgeglichen wird?

Vielfach wird gefordert, dass der europäische Gesetzgeber diesen gordischen Knoten zerschlägt und aufzeigt, *unter welchen Voraussetzungen* dem Gruppeninteresse der Vorrang gegenüber den Einzelinteressen der Gruppengesellschaften eingeräumt werden soll.²²⁷ Den **Mitgliedstaaten** könne es dann überlassen bleiben, diese Wertentscheidung in ihre nationalen Rechtsordnungen *zu integrieren* und bestehende *Gestaltungsspielräume* zu nutzen.²²⁸

Ich bin sehr skeptisch, ob Überlegungen in diese Richtung zielführend sind, würden sie doch im Ergebnis dazu führen, dass auf europäischer Ebene zugunsten des Gesamtkonzerns und zulasten einzelner Konzerngesellschaften das vom Aktiengesetz 1965 strikt abgelehnte Schädigungsprivileg kodifiziert würde. Ich kann mir nicht vorstellen, dass sich die Politik mit dieser Idee anfreunden könnte.²²⁹ So hat denn jüngst auch das **polnische Konzernrecht** eine Konzernleitungsmacht mit dem Recht zu schädigenden Weisungen gegenüber der Tochter nur für den zentral geführten Einheitskonzern, nicht dagegen für dezentralisierte

²²⁴ Siehe nur *Schön*, ZIP 2020, 2496, 2500; skeptisch auch *Fleischer*, ZGR 2017, 1, 35 mwN. Einen Überblick über die unterschiedlichen Vorschläge auf nationaler und internationaler Ebene gibt etwa *J. Schmidt*, Konzern 2017, 1, 5 ff mwN.

²²⁵ Dazu oben II.

²²⁶ Näher jüngst *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 388 ff.

²²⁷ Zu Einzelheiten näher *Schön*, ZGR 2019, 343, 354 ff; vgl. weiter (demnächst) *Hommelhoff*, Ein europäisches Gruppenrecht für den Binnenmarkt.

²²⁸ Siehe nur *Schön*, ZIP 2020, 2496, 2500.

²²⁹ Ablehnend auch MünchKomm/Altmeppen, 5. Aufl. 2020 Vor § 311 Rn 31 aE.

Konzernverbindungen geschaffen.²³⁰ Innovativ ist bei dieser jüngsten Konzernrechtskodifikation der Ansatz, zwischen 100%igen Töchtern und Töchtern mit Minderheitsgesellschaftern zu unterscheiden. Im ersteren Fall ist allein ein Gläubigerschutz zu gewährleisten, mithin die Liquidität der Tochter zu sichern, im zweiten Fall sind alle weisungsbedingten Nachteile auszugleichen.²³¹ Diese kodifizierte Regelung entspricht im Ergebnis auch der Rechtslage für die GmbH in Deutschland;²³² insoweit spräche auch nichts gegen eine entsprechende Kodifikation auf europäischer Ebene.

Ich möchte noch einen weiteren Aspekt in meine Überlegungen einbeziehen: Von der Frage des Gruppeninteresses zu *unterscheiden* und doch eng mit ihr *verbunden* ist der Schutz des Gesamtkonzerns gegenüber den bereits geschilderten Tendenzen einer Aufweichung des Trennungsprinzips. Wenn Rechtsverstöße in den Töchtern selbst bei Installation eines konzernweiten Compliance-Systems im Regelfall zur Sanktionierung des gesamten Konzerns führen, ist es um die Zukunft des **dezentral geführten grenzüberschreitenden Konzerns** schlecht bestellt, läuft hier doch die ökonomisch sinnvolle Haftungsabschottung ins Leere. Aus diesem Grund hat *Peter Hommelhoff* jüngst nachdrücklich vor der „Zerstörung des dezentral strukturierten und dezentral geführten faktischen Konzerns“ gewarnt.²³³

Auch insoweit muss der europäische Gesetzgeber bekennen, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen ihm die harte Sanktionierung gravierender Rechtsverstöße in Konzerntöchtern wichtiger ist als die Arbeitsteilung in einem dezentral geführten Konzern. Der europäische Gesetzgeber kann nicht einerseits den Konzern als *wirtschaftliche Einheit* sehen und Rechtsverletzungen konzernweit sanktionieren, und sich andererseits der Anerkennung eines Gruppeninteresses verweigern, mithin *zentrale Konzernleitungsmacht erschweren*.

M. a. W.: Die Aufweichung von Trennungsprinzip und Haftungsabschottung geht zwingend einher mit einem Ausbau von rechtlich durchsetzbarer Konzernleitungsmacht, während dezentrale Konzernführung die Trennung der Konzerngesellschaften und das Prinzip der Haftungsabschottung notwendigerweise geradezu erfordert. Da es *Marcus Lutter* nicht mehr vergönnt ist, diese Zusammenhänge aufzuzeigen und auf europäischer Ebene ein in sich

²³⁰ Näher *Hommelhoff*, AG 2022, 513 ff.

²³¹ Siehe *Hommelhoff*, AG 2022, 513 Rn 13 ff.

²³² Siehe oben III. 4.

²³³ *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 409; vgl. auch *Hommelhoff*, in ZGR-Sonderheft 22 S. 215 ff („Rettet den Konzern“).

stimmiges Konzernrecht einzufordern, ist es nun an uns, insoweit tätig zu werden und in seinem Sinne für eine sachgerechte Lösung einzutreten.²³⁴

Die jüngst von *Peter Hommelhoff* vorgelegte Konzeption eines „*Europäischen Gruppenrechts für den Binnenmarkt*“, die zwischen zentralistischen und dezentral geführten Konzernverbindungen unterscheidet und daraus unterschiedliche Weisungsrechte und Folgepflichten sowie abgestufte Überwachungs- und Sorgfaltspflichten ableitet,²³⁵ ist ein solcher in sich weitgehend stimmiger Vorschlag, der an den Europäischen Gesetzgeber adressiert ist. Er knüpft an die deutsche differenzierende Regelung zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern an, modifiziert diesen Ansatz indes im Hinblick auf Vorbehalte und Widerstände in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten. Zweifellos wird diese umfassende Konzeption der Diskussion neue Impulse geben.

Dennoch bin ich im Hinblick auf eine zeitnahe Verwirklichung skeptisch. Wenn sich der Trend, den Konzern ungeachtet seiner gesellschaftsrechtlichen Binnenstruktur als wirtschaftliche Einheit zu betrachten und entsprechend zu sanktionieren, fortsetzt, wird sich die Praxis immer stärker hierauf einstellen und den zentralistisch geführten Konzern bevorzugen: Denn wenn schon die Haftungstrennung weitgehend fällt, dann kann sich die Konzernspitze auf diese Weise auch Konzernleitungsmacht mit Weisungsrechten verschaffen.²³⁶

Will man hingegen – was wünschenswert wäre – den Trend umkehren und den Gesetzgeber dazu bewegen, von der generellen Betrachtung des Konzerns als Einheitsunternehmen abzulassen und zu einer differenzierten Betrachtung zurückzukehren, mithin dezentral geführte Konzerne aus einer umfassenden Konzernhaftung zu entlassen und den Gesamtkonzern nur dann zu sanktionieren, wenn die Konzernspitze an Verfehlungen der Töchter beteiligt ist, so dürfte dies nur dann gelingen, wenn man darauf verzichtet, von der dezentral geführten, mithin eigenständigen Tochter zu verlangen, Nachteile im Gruppeninteresse ohne Ausgleich in Kauf zu nehmen.

M.a.W.: Ich halte es für nahezu ausgeschlossen, den europäischen Gesetzgeber dazu zu bewegen, auf der einen Seite ein Gruppeninteresse mit Schädigungsprivileg anzuerkennen und auf der anderen Seite einer Aufweichung des konzernrechtlichen Trennungsprinzips und der damit einhergehenden Haftungsabschottung entgegenzutreten. Wir werden uns daher

²³⁴ Für eine Gesamtbetrachtung und gegen eine „Atomisierung“ konzernrechtlicher Fragestellungen auch *Fleischer*, ZGR 2017, 1, 37.

²³⁵ Näher *Hommelhoff* (in Fn. 227).

²³⁶ Ähnlich schon *G. Krieger*, ZfU 2017, 25, 41.

entscheiden müssen zwischen dem *dezentral geführten Konzern*, dem eine Schädigung von Töchtern mit Hinweis auf ein irgendwie geartetes Gruppeninteresse generell verboten ist, und für den eine Sanktionierung des Gesamtkonzerns bei Verfehlungen in einzelnen Töchtern rechtspolitisch nicht geboten ist, und dem *zentral geführten Einheitskonzern*, der Durchgriffsrechte auf die Töchter hat, jedoch auch einer weitgehenden Pflicht zum Nachteils- bzw. Verlustausgleich unterliegt und grundsätzlich auch einer konzernweiten Sanktionierung unterliegt.

Mir ist bewusst, dass es eine solch scharfe Schwarz-Weiß-Trennung durch den Gesetzgeber nicht geben wird. Es spricht im Gegenteil viel dafür, dass man die Rechtslage in der Schwebe halten und wie im Fall der RPT-RL²³⁷ nur punktuelle Regelungen treffen und ggf. Korrekturen im Hinblick auf die Sanktionierung dezentral geführter Konzerne vornehmen wird. Im Übrigen wird man die Rechtsprechung Einzelfälle entscheiden lassen. Die *Konzernrechtspraxis* wird sich trotz all der geschilderten Unzulänglichkeiten auf die unsichere Rechtslage einstellen und anpassen. Sie hatte damit weder vor 100 Jahren ein Problem noch vor 50 Jahren mit dem kodifizierten Konzernrecht des Aktiengesetzes. Auch wenn die Rechtslage im grenzüberschreitenden Konzern unübersichtlicher ist, so wurden die dabei auftretenden Schwierigkeiten doch auch in der Vergangenheit bewältigt.

Diese eher pessimistische Einschätzung ändert nichts an dem zutreffenden Befund, dass auf europäischer Ebene legislatorischer Handlungsbedarf besteht. Aber vielleicht gilt auch hier in Anlehnung an eine Formulierung aus der Politik: Besser keine Lösung als eine schlechte Lösung?

2. Das „unvollendete Konzernrecht“ auf der Ebene der Konzernmutter

Marcus Lutter hat seine Idee eines systematischen und in sich stimmigen Konzernverfassungsrechts im Jahre 2008 in einem engagierten Vortrag anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät in Jena²³⁸ nochmals nachhaltig verteidigt und dabei auch nicht mit Kritik an der Gelatine-Rechtsprechung gespart, jedoch freimütig eingeräumt, dass seine Versuche, den BGH „von der Notwendigkeit einer systematisch stimmigen Lösung zu überzeugen“, gescheitert sind.²³⁹

²³⁷ Näher unter III. 5.

²³⁸ Abgedruckt in FS K. Schmidt 2009 S. 1065 ff.

²³⁹ *Lutter*, FS K. Schmidt 2009 S. 1065, 1076.

Insoweit sei das Konzernrecht „unvollendet“ und es sei nun die Aufgabe der nächsten Generation, diesen Mangel zu beseitigen.²⁴⁰ Allerdings ist aktuell weder bei den jüngeren Vertretern der Rechtswissenschaft noch von der Richtergeneration, die nunmehr die Richtung des II. Zivilsenats bestimmt, eine Tendenz ersichtlich, gegen die Gelatine-Rechtsprechung zu opponieren und der Hauptversammlung der Mutter mehr Mitspracherechte bei der Konzernbildung oder Umstrukturierung einzuräumen, obgleich dieses Ergebnis – wie *Marcus Lutter* zutreffend erkannt hat – ungeachtet der Zuständigkeitsnormierung in § 119 Abs. 1 AktG im Wege der Rechtsfortbildung ohne größere Schwierigkeiten aus einer „konzernverfassungsrechtlichen Gesamtanalogie“ hätte hergeleitet werden können, da sowohl im Aktien- wie auch im Umwandlungsgesetz für alle *grundlegenden Strukturentscheidungen* eine Befassung der Hauptversammlung mit satzungsändernder Mehrheit vorgeschrieben ist.²⁴¹ Wir alle kennen den Grund für diese Zurückhaltung. Die meisten von uns lehnen ein Mehr an Mitwirkungsrechten der Hauptversammlung nicht grundsätzlich ab. Und im Vergleich zu anderen wichtigen Rechtsordnungen könnte auch die deutsche AG „mehr Aktionärsdemokratie wagen“. Die Holz Müller-Rechtsprechung und ihre Ausweitung durch die Lutter-Schule wurde vorrangig deshalb abgelehnt, weil jahrzehntelang jedem Hauptversammlungsbeschluss das Risiko immanent war, von räuberischen, querulatorischen oder aktivistischen Aktionären angegriffen zu werden, was Zeitverzögerung, Aufwand und Kosten bedeutete.²⁴²

Dieses Risiko ist bereits heute deutlich verringert und würde sich mit der allgemein eingeforderten Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts endgültig erledigen. Nichts spräche dagegen, wenn der Gesetzgeber, der vor kurzem eine große Reform des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), darüber hinaus ein DiRUG und ein DiREG sowie jüngst die virtuelle Hauptversammlung (vgl. §§ 118a, 130a AktG nF) auf den Weg gebracht hat, auch über die Zuständigkeit der Hauptversammlung neu nachdenken würde und bei wesentlichen Ausgliederungen außerhalb des Umwandlungsgesetzes sowie weiteren wichtigen Veränderungen in der Unternehmensstruktur eine Zustimmung der

²⁴⁰ *Lutter*, FS K. Schmidt 2009 S. 1065, 1076.

²⁴¹ Siehe *Lutter*, FS K. Schmidt 2009 S. 1065, 1073

²⁴² Hierzu und zu den „Abwehrmaßnahmen“ des Gesetzgebers näher *Bayer/Fiebelkorn* ZIP 2012, 2181 ff; vgl. weiter *Bayer/Möller* NZG 2018, 801 ff.

Hauptversammlung anordnet.²⁴³ Dann wäre im Sinne von *Marcus Lutter* wenigstens das deutsche Konzernrecht „vollendet“.

²⁴³ In diese Richtung jüngst auch *Stephan/Strenger*, AG 2017, 346 ff. Zu erwägen wäre etwa auch die Zulässigkeit einer Satzungsregelung für solche Mitentscheidungsrechte der Hauptversammlung.

Der Aktionär in der Marktwirtschaft – und seine (virtuelle) Hauptversammlung

Prof. Dr. Ulrich Noack, Universität Düsseldorf

I. Marcus Lutter über die Hauptversammlung (1972)

„Eine Einrichtung, die auch nur in der Theorie den Anspruch erhebt, Versammlung von einigen hunderttausend Personen zu sein, muss gravierende Mängel haben. Dabei ist noch nicht einmal entscheidend, dass sich ... in der Form des Vollmachtstimmrechts der Banken ein Subsystem gebildet hat, das überhaupt erst die Funktionsfähigkeit dieses System garantiert. ... Entscheidend für unsere Überlegungen ist allein, dass dieses System das Interesse des Einzelaktionärs an Teilhabe ganz notwendig beseitigen muss; denn er weiß, dass es sich nicht mehr um Versammlungen handelt, die ihre Entscheidung aufgrund offener Diskussion finden, sondern – was die Entscheidungsfindung angeht – um die Abhaltung eines Rituals: Das Ergebnis steht längst fest.“

So hat sich *Marcus Lutter* vor einem halben Jahrhundert zur Hauptversammlung geäußert. Dies geschah im Jahr 1972 in einem Vortrag bei der Berliner Juristischen Gesellschaft und wurde in der sehr lesenswerten Schrift „Der Aktionär in der Marktwirtschaft“ publiziert. Darin findet sich eine programmatische Grundlegung dessen, wie der (im akademischen Sinne) junge Professor die Rolle des Aktionärs sieht (dazu auch *Hommelhoff* in diesem Band). Insbesondere geht es ihm um die Aktivierung des wirtschaftlichen Eigentümers am Aktienunternehmen, was u.a. durch eine moderne Gestaltung der Hauptversammlung zu geschehen habe.

Mit Blick auf die eingangs zitierte Bemerkung wird man sagen dürfen, dass sie auch im Jahr 2022 hätte getroffen werden können, also nichts von ihrer Aktualität eingebüßt hat. Wohl ist das von *Lutter* angesprochene systemrelevante Vollmachtstimmrecht der Banken kein wesentlicher Zankapfel mehr, doch bleibt es bei der Grundaussage: Für den „Einzelaktionär“ (*Lutter*) ist die Hauptversammlung nicht attraktiv. Dieser Befund ist mit gelehrten Worten über die rationale Apathie und ähnlichem von anderen feinsinnig untermauert worden. Empirie und Theorie sind sich im Grunde einig, dass sich die Hauptversammlung der großen Aktiengesellschaft in einer „Sinnkrise“ (*Ulrich Seibert*) befindet.

II. Braucht das Aktienrecht eine Hauptversammlung?

Als erstes und ganz grundsätzlich mag überlegt werden, ob es überhaupt eine Hauptversammlung geben muss. Salopp gefragt: Braucht man das oder kann das weg? Über die historischen Kolonial-Aktiengesellschaften des 18. Jahrhunderts heißt es, dass es so etwas wie eine jährliche Zusammenkunft nicht gab, wohl weil das Expeditionsunternehmen entweder glückte oder nicht. Heutzutage sind größte Vermögenswerte über Konstrukte in Aktien investiert, bei welchen es keine Mitsprache gibt, sondern nur die binäre Alternative bleiben oder gehen zur Wahl steht. Für viele kleine und mittlere Anleger, die über ETF und aktiv gemanagte Fonds wirtschaftlich betrachtet Aktionäre sind, ist die Teilhabe ganz ausgeschlossen, und sie ist für sie auch uninteressant.

Vorstellungen solcher anstalts- oder stiftungsähnlichen Ausgestaltungen sind von Außenseitern (nicht negativ gemeint) geäußert worden. Die Aktiengesellschaft als Ort verantwortungsvoller Großaktionäre, so hatte es *Müller-Erzbach* in der Weimarer Zeit gesehen. In den siebziger Jahren erschien die Habilitationsschrift von *Günter Roth* mit einem Votum in eben diesem Sinne: „Wenn die Aktionärsmitsprache nicht funktioniert, wenn sie keinen Nutzen bringt, keinen sinnvollen Zweck erfüllt, dann ist ihre Existenzberechtigung auch de jure in Frage zu stellen und in letzter Konsequenz auf sie schlechthin zu verzichten.“

Ohne Hauptversammlung würde unsere Unternehmensverfassung jedoch eine Leerstelle aufweisen, die allein vom Aufsichtsrat nicht geschlossen werden kann. Die Folge wäre eine öffentlich-rechtliche Regulierung, was zumindest in Schlüsselindustrien auf ein Aktienamt hinausliefe. In der Sache wäre man wieder beim Konzessionssystem des frühen 19. Jahrhunderts angelangt. Dass es ohne ein Organ der Aktionäre nicht geht (aus europarechtlichen Gründen bei der börsennotierten AG auch gar nicht gehen darf; dazu noch später), sollte sich von selbst verstehen und ist auch gar nicht streitig. Wenn es zuweilen heißt: „Abschaffung der Hauptversammlung“ (*Gregor Bachmann* in der FS *Günter Roth*, 2011), dann ist nach dem ersten Schreck bald klar, dass allein das die herkömmliche Versammlungsform in Frage gestellt wird, nicht das Organ als solches.

III. Hauptversammlung: zwei Seiten einer Medaille

So wie eine Medaille zwei Seiten hat, so verhält es sich auch bei der Hauptversammlung. Sie ist zum einen das Organ der Aktionäre (also das Haupt), zum anderen der Zusammentritt der Aktionäre (also die Versammlung). Auf der einen Seite geht es um die Stellung des

Aktionärsorgans in der Corporate Governance, auf der anderen Seite um seine Konstitution und das Verfahren. Das Bild von der Medaille zeigt auch, dass beides zusammengehört. Je einfacher das Verfahren, desto eher können Befugnisse für das Aktionärsorgan reklamiert werden; bei einem schwerfälligen Prozedere versteht es sich, dass nur in wenigen Fällen hier die Entscheidungen angesiedelt sein können.

Im Folgenden soll es zunächst um die erste Worthälfte gehen, also um das „Haupt“ des Aktionariats. Wo steht es in der Verfassung unserer Aktiengesellschaft?

IV. Das Haupt des Aktionariats

1. Sitz der Aktionärsdemokratie?

Zuweilen wird die Haupt-Versammlung als „Sitz der Aktionärsdemokratie“ bezeichnet; so in Lehrbüchern, vom BVerfG und in der Begründung des Gesetzes über virtuelle Hauptversammlungen. Diese Redeweise sollte man besser vermeiden. Staatspolitische Anklänge führen in die Irre. Es gilt nicht das urdemokratische *one man - one vote*, sondern das kapitalistische *one share – one vote*; wer mehr investiert hat, kann die HV dominieren. Zutreffend hat es die Begründung zum AktG 1965 so ausgedrückt: „Ein Unternehmen ist kein Staat im Kleinen, der Vorstand keine Staatsregierung, die Hauptversammlung kein Parlament.“

Im Vortragstitel findet sich das Possessivpronomen („der Aktionär ... und *seine* Hauptversammlung“)? Ist das so, gehört sie ihm? So die Frage zu stellen, heißt sie zu verneinen. Auch Vorstand und Aufsichtsrat sind wesentlich an der HV beteiligt, nicht nur weil sie teilnehmen „sollen“ (§ 118 Abs. 3 AktG). Der Vorstand beruft ein (§ 121 AktG) und er muss dort Rede und Antwort stehen (§ 131 AktG); gemeinsam mit dem Aufsichtsrat werden Tagesordnung und Beschlussvorschläge gemacht (§ 124 Abs. 3 AktG); der Vorsitzende des Aufsichtsrats leitet die Versammlung und stellt die Beschlüsse fest (§ 130 AktG). Schon diese Verfahrensregeln zeigen, dass es sich bei der HV um ein in die Aktien-Unternehmensverfassung eingebettete Einrichtung handelt. Dort üben die Aktionäre ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft aus (§ 118 Abs. 1 S. 1 AktG).

Vor allem jedoch: Die Hauptversammlung hat keine Kompetenz-Kompetenz, sondern ordnet sich ein in die vom AktG 1965 festgelegte Gewaltenteilung der Organtrias. An den Spitzen des Dreiecks befinden sich je Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung, jedes Organ hat seine Zuständigkeit – das Dreieck lässt sich drehen, kein Organ steht hierarchisch über dem

anderen. „Nach der Organisationsverfassung der AG sind die Aktionäre den anderen Gesellschaftsorganen nicht übergeordnet“, so befand das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1999.

2. Die Holzmüller-Lücke

Es gibt eine „bei der Verabschiedung des Gesetzes nicht erkannte besondere Fallgestaltung“, so der Bundesgerichtshof im Jahr 2004 im Gelatine-Fall. Gemeint ist eine Lücke in der gesetzlichen Kompetenzzuweisung zwischen Hauptversammlung und Verwaltung. Und wer hat diese „besondere Fallgestaltung“ aufgespürt? *Marcus Lutter* war es, dessen rechtswissenschaftliche Forschung (dazu *Walter Bayer* in diesem Band) zu der spektakulärsten und meistdiskutierten höchstrichterlichen Entscheidung führte, dem *leading case* „Holzmüller“ (1982). Lutter war über die Rezeption anfangs gar nicht erfreut, er schrieb in der Festschrift für den seinerzeitigen Senatsvorsitzenden Walter Stimpel (1985): „Ein Bauwerk missfiel den Sachkundigen in ihrer Mehrheit und den Betroffenen vollkommen, wurde als misslungen, ja geradezu unästhetisch empfunden, so dass man dem Baumeister dringend den Abriss empfahl: Die Villa Holzmüller“. Seine weitergehenden Vorstellungen einer HV-Kompetenz für Strukturänderungen konnte er nicht durchsetzen; der BGH setzte im Jahr 2004 mit dem Gelatine-Judikat enge Grenzen für die Annahme ungeschriebener HV-Zuständigkeit und hohe Anforderungen an den entsprechenden HV-Beschluss. Damit hatte sich die Diskussion weithin beruhigt.

Eine gesetzliche Regelung konnte nicht einmal die Corporate-Governance-Kommission (2001) vorschlagen, an welcher *Marcus Lutter* maßgeblich mitwirkte. Zu unterschiedlich waren die Vorstellungen, zu heterogen die möglichen Sachverhalte. Heute wird der Fall des Beteiligungserwerbs diskutiert (Bayer kauft Monsanto) oder umgekehrt der der Veräußerung wesentlicher Geschäftsbereiche (was bedeutet insoweit § 179a AktG?), auch der Börsengang ist ein Thema (Regimewechsel: AktG-Regeln für börsennotierte Gesellschaften, Kapitalmarktrecht) ebenso wie der Börsenrückzug (HV-Zuständigkeit nahm der BGH zunächst an – Macrotron, dann aber nicht mehr – Frosta).

3. EU und die HV

Marcus Lutter hat früh die Bedeutung des europäischen Rechts (erst EWG, dann EG, jetzt EU) für das mitgliedsstaatliche erkannt. Die Etablierung des Zentrums für Europäisches

Wirtschaftsrecht in Bonn gelang auf seine Initiative (dazu *Roth* in diesem Band). Mit seiner Habilitationsschrift über das „Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG“ legte er Grundlagen, der Kapitalrichtlinie aus dem Jahr 1976 war er einer der geistigen Väter. Dort war und ist bestimmt: „Jede Kapitalerhöhung wird von der Hauptversammlung beschlossen“ (heute: Art. 68 Gesellschaftsrechts-Richtlinie 2017). Diese an sich klare Festlegung hat in der Finanzkrise im Jahr 2008 einiges Kopfzerbrechen bereitet, ging es doch um die rasche staatliche Beteiligung („Rettung“) an Bank-Aktiengesellschaften ohne langwierige HV-Befassung. In der Coronakrise (Lufthansa 2020) und aktuell in der Gaskrise (Uniper 2022) ist der Weg über die Hauptversammlung gelungen.

Die Hauptversammlung ist als Institution für börsennotierte Aktiengesellschaften in der Aktionärsrechte-Richtlinie (ARRL 2007/2017) eindeutig festgeschrieben. Die Richtlinie befasst sich mit deren Konstitution, mit der Information des Aktionariats via Intermediäre, mit Stimmrecht, Fragerecht, Vertretung und einigen Beschlusselementen (nicht aber mit Beschlussmängeln!). Eine „Abschaffung“ (s.o.) oder wesentliche Veränderung der HV würde dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber nicht möglich sein. Eine dritte Reform der ARRL in den zwanziger Jahren sollte mehr Offenheit bringen, um der Versteinerung entgegenzuwirken. So ist die zentrale Rolle der Intermediäre fraglich, wenn es digitale Aktien auf Blockchain-Basis geben wird, da dann eine Direktbeziehung zwischen Aktionär und seiner Gesellschaft herzustellen ist.

Bei der angesprochenen Neuausrichtung wird man in der EU noch grundsätzlicher über die Rolle der HV nachdenken müssen. Die bisher gepflegte Vorstellung war, dass die HV als Gegenpart zur Verwaltung („Board“) agiert, was dem monistischen System entspricht. Diese vom angelsächsischen Rechtskreis inspirierte Anschauung dürfte mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs an Gewicht verlieren. Das in Deutschland und vielen anderen Mitgliedstaaten herrschende dualistische System weist dem Aufsichtsrat wesentliche Kompetenzen zu. Daher hat Deutschland auch die Option herausverhandelt (und von ihr Gebrauch gemacht), dass der Aufsichtsrat letztlich über die Vorstandsvergütung und über Geschäfte mit nahestehenden Personen befindet (§§ 111a ff AktG). Auf Einzelheiten soll es hier nicht ankommen, sondern auf die Erkenntnis, dass die Rolle der Hauptversammlung in Europa durchaus in Bewegung ist. *Marcus Lutter* hätte es in seinen besten Jahren sehr gefallen, hier kräftig mitzumischen.

4. GuV der HV

Macht man überschlägig eine Gewinn- und Verlustrechnung für die HV in der Ära *Lutter* auf, so lässt sich Folgendes festhalten: Das größte Asset ist die Villa Holzmüller, mag auch der weitere Ausbau stocken.

Auf der Verlustseite ist das Delisting zu vermerken, von dem oben schon die Rede war. Wie gewonnen, so zerronnen. Der Gesetzgeber hat sich für eine kapitalmarktrechtliche Lösung (§ 39 Abs. 2 BörsG) entschieden.

Ebenfalls der HV-Beschlusskompetenz entwunden ist die konkrete Verwendung genehmigten Kapitals. Ein auf den Erhöhungssachverhalt ausgerichteter Hauptversammlungsbeschluss wurde in „Holzmann“ verlangt (1982), während es „Siemens/Nold“ (1997) genügt, wenn die Kapitalmaßnahme „im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft“ (BGH) liegt und der Hauptversammlung in allgemein-abstrakter Form, also formelhaft, beschrieben wird. Das wurde vom BGH mit der Trägheit der Hauptversammlung angesichts rascher Entscheidungsnotwendigkeiten gerechtfertigt. Dass die Entscheidung ein „Unglück“ sei (*Lutter* in einer Urteilsbesprechung), hört man heute nicht mehr. Im Gegenteil, die rechtspolitische Frage ist aufgeworfen, ob bei der Hauptversammlung der Publikumsgesellschaft das Mitwirkungsrecht ganz genommen werden soll – also auch bei der Eigenkapital- und nicht nur bei der Fremdkapitalfinanzierung.

Während der Insolvenz war es schon immer selbstverständlich, dass die Anteilseigner in Angelegenheiten von Vermögensbelang nicht mehr mitreden. Das moderne Sanierungsrecht hat der HV allerdings bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit und sogar schon bei einer Krise (= Fortbestand der juristischen Person gefährdende Entwicklung) die Flügel gestutzt. In der Restrukturierung können „auch die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der an dem Schuldner beteiligten Personen durch den Restrukturierungsplan gestaltet, sonstige gesellschaftsrechtlich zulässige Regelungen getroffen sowie Anteils- und Mitgliedschaftsrechte übertragen werden“ (§ 2 Abs. 3 StaRuG). Der Plan gestaltet, nicht die HV. Diese kann zwar im Konzert der Gläubiger mitstimmen, doch wird ihr Votum ggf. überstimmt bzw. wegen Obstruktion nicht gehört (§ 26 StaRuG).

Auf der Positivliste ist, wenn man so will, ein Bedeutungszuwachs bei konsultativen Entscheidungen zu verzeichnen. Damit sind Beschlüsse gemeint, die „weder Rechte noch Pflichten“ begründen (§ 120a Abs. 2 S. 2 AktG), doch indirekt wirken. So liegt es bei dem Votum zum Vergütungssystem und zum Vergütungsbericht. Mit der Schlagzeile „Mehr Aktionärsdemokratie wagen“ hat jüngst *Drinhausen* (ZHR 2022, 201) dafür plädiert,

Konsultativbeschlüsse für alle mit der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft in Zusammenhang stehenden Themen zuzulassen, jedenfalls dann, wenn die Initiative dazu von der Verwaltung kommt. Empfehlende Voten der HV sind gewiss heikel, doch klug umgesetzt könnte die konsultative Mitsprache des Aktionariats frischen Wind in die erstarrte Corporate Governance bringen.

V. Die Versammlung des Hauptes

Zur anderen Seite der Medaille, der Haupt-*Versammlung*: Sie bezeichnet das Verfahren, ein Aktionärstreffen rechtsförmlich zu konstituieren. Dass es sich dabei um eine Versammlung in physischer Präsenz handelt, war bis vor kurzem selbstverständlich. Das war gewiss so vor 180 Jahren, als die 1835 gegründete Düsseldorf-Elberfelder Aktiengesellschaft ihre „Actionaire“ versammelte: die rheinischen und bergischen Kaufleute, die teilhatten an der ersten westdeutschen Eisenbahn. Wie anders sollte über das damalige High-Tech-Unternehmen verhandelt werden, das die Waren der Wuppertaler Textilindustrie direkt an den Rhein und damit in die Welt transportierte?

Das AktG 1965 hatte noch eine beschauliche, überwiegend nationale Aktienwelt angetroffen. Zwar war die gute alte Zeit vorbei, als sich „Schornsteinaktionäre“ einmal jährlich getroffen haben. Schornsteinaktionäre: so bezeichnete der FAZ-Publizist *Heinz Brestel* die honorigen Investoren, die im Umkreis des Schlotens ihrer Fabrik wohnen. Die Regelungen der Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung waren an diesem Idyll, am „Modell Landsgemeinde“ (so der Schweizer Autor *Hofstetter* in der ZGR 2008, 560), ausgerichtet.

Diese Ausrichtung ist durchaus angemessen für das Gros der deutschen Aktiengesellschaften, denn deren Aktien sind nicht an der Börse notiert. „Die im Dunkeln sieht man nicht“ – deren Hauptversammlungen laufen ohne große Publicity und in aller Regel streng vertraulich ab. Eher ist es die Vielzahl der Regelungen, die das AktG im harschen Gegensatz zum GmbHG für die kleine AG vorhält, ein Problem; leicht verheddert man sich da, ohne böse Absicht, schlicht wegen der Komplexität. Die Komplexität bewältigen große, teuer beratene AG durchweg gut, aber der Perplexität entkommen sie nicht: Wenn alle Aktionäre zur HV kämen, könnte diese nicht stattfinden, auch nicht im größten Stadion. *Lutter* hat es in eingangs zitierter Sentenz angesprochen. Daher hat das Aktienrecht schon früh nicht auf die höchstpersönliche Präsenz gesetzt, sondern eine Vertretungspräsenz genügen lassen: „Das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden.“ (§ 134 III 1 AktG). Die europäische Aktionärsrechte-Richtlinie hat diesen Grundsatz für alle börsennotierten

Aktiengesellschaften in der EU festgelegt: „Jeder Aktionär hat das Recht, eine andere natürliche oder juristische Person zum Vertreter zu bestellen, damit diese Person in seinem Namen an der Hauptversammlung teilnimmt und sein Stimmrecht ausübt.“ (Art. 10 Abs. 1 S. 1). Doch wer ist zur Vertretung bereit? Bei größerem Investment gewiss die entsprechend zu honorierende Vertrauensperson des Aktionärs, beim Streubesitz sind es Banken, Aktionärsvereinigungen oder (seit dem Jahr 2001) von der Gesellschaft (!) benannte Personen. Diese organisierte Vertretung (Noack, FS Lutter, 2000) war seither das Mittel der Wahl, zumal sie auch digital funktioniert (über Internetportale, die fast alle börsennotierten Gesellschaften anbieten; frühere Fassungen des Deutschen Corporate Governance Kodex empfahlen, die Stimmrechtsausübung zu „erleichtern“). Mit der (elektronischen) Briefwahl ist eine weitere Abkehr vom Präsenzgrundsatz zu verzeichnen, im Grunde ist dieser damit aufgegeben.

Die Hauptversammlung einer börsennotierten Aktiengesellschaft ist seit jeher ein kommunikatives Großereignis. Der Einsatz von Informationstechnologie („EDV“) zur Vorbereitung und Durchführung dieser Massenveranstaltung ist keine Neuerung der Gegenwart. Mit dem Internet gelangten die vermeintlichen Randthemen technischer Durchführung in den Mittelpunkt. Es ging und geht nicht mehr um bloße Hilfen der Versammlungsorganisation, sondern um den Kern der Versammlung selbst.

Ab der Jahrtausendwende mehrten sich die Reformschübe, eine evolutive Digitalisierung kam langsam, aber stetig voran (Noack, FS Seibert, 2019). Das Neuland „Internet“ wurde für die Hauptversammlung erschlossen. Dieser Fortschritt hat anfangs Bedenken erweckt, weil der Internetzugang breiter Aktionärskreise nicht gesichert sei – ein Einwand, der sich mittlerweile erledigt haben dürfte. Ein vorläufiger Abschluss war mit der Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie im Jahr 2009 erreicht (ARUG I), das die elektronische Fernabstimmung bzw. -teilnahme an der Hauptversammlung ermöglichte (§ 118 Abs. 1 und 2 AktG).

Und dann kam Corona. Das COVMG vom 27.3.2020 bestimmte, dass während der Pandemie eine virtuelle Hauptversammlung (VHV) „ohne physische Präsenz der Aktionäre“ abgehalten werden kann. Das war im Grunde überhaupt keine Versammlung, auch keine digitale, sondern die Aktionäre konnten wie im Fernsehen den Akteuren (Vorstand, Aufsichtsrat, Notar) zusehen. Akute Einwirkungsmittel seitens der Aktionäre gab es nicht. In der zweiten und dritten Corona-HV-Saison 2021/2022 haben einige große Gesellschaften freiwillig die Möglichkeit audiovisueller Beiträge vor der und in die VHV hinein eröffnet. Nach Einschätzung des Bundesjustizministeriums wurde das „Format der virtuellen Hauptversammlung von der Praxis gut angenommen und hat sich im Großen und Ganzen

bewährt. ... steigende Präsenzzraten ... Fragerecht im Vorfeld ... hat zu einer Erhöhung der Qualität bei der Beantwortung beigetragen“ (Internetseite BMJ.de)

Die Ampel-Regierung hat in ihrem Koalitionsvertrag erklärt: „Wir ermöglichen dauerhaft Online-Hauptversammlungen und wahren dabei die Aktionärsrechte uneingeschränkt“. So ist es im Frühjahr 2022 auch gekommen. Nach einem BMJ-Referentenentwurf, der stark das Vorfeld der HV insbesondere für das Auskunftsrecht erschloss, kam es zu einem weniger einschneidenden Regierungsentwurf, der eher den Präsenzcharakter auch der virtuellen Versammlung betonte. Seit Juli 2022 ist das Aktienrecht um Bestimmungen zur virtuellen Hauptversammlung (VHV) angereichert (insbes. §§ 118a, 126 Abs. 4, 130a, 131 Abs. 1a-f, 243 Abs. 3 AktG).

Die Grundregel (§ 118a Abs. 1 S. 1 AktG) dieser AktG-VHV lautet: „Die Satzung kann vorsehen oder den Vorstand dazu ermächtigen, vorzusehen, dass die Versammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre oder ihrer Bevollmächtigten am Ort der Hauptversammlung abgehalten wird (virtuelle Hauptversammlung).“ Doch nun ist eine Intervention der „elektronisch zu der Versammlung zugeschalteten Aktionäre“ (§ 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 7, 8 AktG) möglich: das Stimm-, Antrags-, Rede-, Frage- und Widerspruchsrecht kann auf diese Weise (insbesondere per Videokommunikation) ausgeübt werden. Der Vorstand kann eine Frage-/Antwortrunde im Vorhinein anbieten (§ 131 Abs. 1a AktG), Nachfragen in der HV sind stets möglich sowie Fragen zu neuen Sachverhalten (§ 131 Abs. d, e AktG). Neu ist auch, dass Aktionäre das Recht haben, Stellungnahmen zu den Gegenständen der Tagesordnung im Wege elektronischer Kommunikation vor der VHV einzureichen (§ 130a Abs. 1 AktG), welche zugänglich zu machen sind.

Mit den knapp geschilderten Regelungen ist der rechtspolitische Auftrag des Koalitionsvertrags, der von „uneingeschränkter Wahrung“ der Aktionärsrechte spricht, rechtstechnisch erledigt, teilweise sogar übererfüllt, denn eine Frage-/Antwortrunde und ein Stellungnahmerecht im Vorfeld gibt es bei der herkömmlichen Präsenz-HV nicht. Doch die weitgehende Anpassung der virtuellen HV an Abläufe der Präsenz-HV ist auch problematisch. Weniger bedeutsam mag sein, dass es technizistische Details gibt, welche der Praxis anfangs Schwierigkeiten bereiten werden (ein Beispiel: wie kann die in die VHV eingebundene „Videokommunikation“ des Aktionärs kontrolliert werden, etwa auf unangemessene Bildhintergründe hin). Es ist vielmehr der Grundansatz, die VHV wie die herkömmliche HV als Tagesereignis zu inszenieren, an welchem potenziell alle Aktionäre zugleich teilhaben. Dass die eigentlichen Entscheidungen über die Ausübung des Stimmrechts

(bzw. die Ausübung selbst per elektronischer Briefwahl) im Vorfeld fallen, bleibt bei dem Gesetz gewordenen Modell der HV wenig berücksichtigt.

VI. Funktionen der HV – from event to process

Neben der virtuellen HV ohne physische Präsenz der Aktionäre, die sich an die klassische Saalveranstaltung anlehnt und deren Abläufe ins Digitale überträgt, sind weitere Modelle vom aktuellen Gesetzgeber nicht in Betracht gezogen worden. Für die Praxis haben sie sich damit erst einmal erledigt. Das betrifft etwa die Idee einer Delegiertenversammlung, die *Marcus Lutter* in seiner eingangs erwähnten Schrift vorgeschlagen hat – allerdings vor einem halben Jahrhundert (s. dazu noch am Ende dieses Beitrags). Darüber ist die Zeit hinweggegangen, vor allem angesichts des digitalen Fortschritts, der eine solche doch umständliche Repräsentation des Aktionariats überflüssig macht.

Interessant erscheint das Konzept einer Präsenzbegrenzung auf wesentlich beteiligte Aktionäre und der elektronischen Zuschaltung der Kleinstaktionäre. Letztgenannter Vorschlag von *Teichmann* und *Wicke* verdient eine vertiefte Diskussion. Wenn die maßgebenden Investoren beraten (öffentlich vorab und in der HV), kann sich der Streubesitz der einen oder anderen Richtung anschließen, denn eine eigene kann er der Natur der Sache nach nicht entwickeln.

Für die Zukunft lautet die zentrale Frage: Wie kann die eine Seite der Medaille, das Verfahren der Haupt-, „Versammlung“, so organisiert werden, dass es den Grundfunktionen der Information, Kommunikation und Entscheidung entspricht? Die genannten Funktionen werden umso wichtiger in Zeiten eines internationalen Aktionariats und einer von institutionellen Anlegern bzw. Stimmrechtsberatern geprägten Struktur. Die Durchführung als regionales Präsenztreffen genügt bei den „Schornsteinaktionären“, aber die Zeiten haben sich für börsennotierte Aktiengesellschaften geändert.

Die zentrale Funktion der Information ist nicht versammlungsgebunden. Wer vom Vorstand einer börsennotierten Aktiengesellschaft etwas Neues erfahren will, braucht nicht die HV zu besuchen, weder physisch noch virtuell. Das moderne Aktienrecht ist bemüht, die Information der Aktionäre vor der HV in besonderer Weise zu gewährleisten. Dazu gehören etwa die Berichte, die Kapital- und Strukturmaßnahmen begleiten und vor der Versammlung zugänglich zu machen sind. Zudem verlangen kapitalmarktrechtliche Regeln, die gesamte Anlegeröffentlichkeit von kursrelevanten Tatsachen ad hoc und ansonsten in

Quartalsabständen zu informieren. Unter diesem Aspekt ist die klassische HV bei börsennotierten Gesellschaften sowohl praktisch als auch rechtlich funktionslos geworden.

Wenig tragfähig für die Rechtfertigung der Präsenz-HV mitsamt der virtuellen Variante des Jahres 2022 ist auch der Aspekt der Kommunikation. Im Ansatz richtig ist, dass die Zusammenkunft der Aktionäre ein probates Mittel ist, um über die Angelegenheiten der AG zu beratschlagen. Leider ist dieses Ideal schon lange verlassen, seit die Gesellschaften größer wurden und der Stimmrechtsvertreter aufkam. Es ist kein Fall bekannt, dass in der HV, ausgerechnet veranlasst durch die Aussprache (!), eine gravierend von den Erwartungen abweichende Entscheidung getroffen wurde.

Ein *show of hands* in einem Saal braucht man zur Herbeiführung der Entscheidung definitiv nicht. „Ja“ oder „Nein“ erklären geht mittels elektronischer Stimmabgabe, die als „Briefwahl“ schon seit 10 Jahren möglich ist. Dass die Anforderungen an die Authentifizierung und sichere Datenübermittlung hoch sind, ist eine Erwägung zum „Wie“ des Vorgangs, nicht aber ein Argument gegen das „Ob“.

Die Haupt-Versammlung gehört vom Kopf auf die Füße gestellt. Der Prozess der Information und Kommunikation, der schließlich in die Beschlussfassung mündet, ist das Entscheidende, nicht das formale Abschlussereignis. Nicht der Tag der Versammlung, sondern das Verfahren dorthin ist entscheidend: *from event to process*. Für eine konsequente Weiterentwicklung sollte man sich also vom „Modell Landsgemeinde“ verabschieden. Haupt-Versammlung bedeutet nicht unbedingt, dass sich „die“ Aktionäre physisch treffen (was bei börsennotierten AG sowieso eine Illusion ist), sondern dass sie informiert entscheiden. Dieser Vorgang kann heute vollständig digital dargestellt werden, von der Information über eine strukturierte Kommunikation bis hin zur elektronischen Abstimmung.

Das muss nicht bedeuten, die herkömmliche HV als physische Präsenzveranstaltung radikal abzuschaffen. Jedoch sollte die Durchführung einer Präsenz-HV satzungsd dispositiv sein. Viele Gesellschaften würden an der Veranstaltung in der Lanxess-Arena oder in der Olympiahalle festhalten, eben weil sie medienwirksam, eine Show, ein Forum für den Vorstand und zum „Dampfablassen“ für die Aktionäre gut ist. Befreit von selbst gestrickten und rechtlich vorgegebenen Zwängen könnte sich eine vielfältige Kultur des Zusammentreffens entwickeln: Diversität auch hier!

Es sind im Grunde nur drei Worte, die in § 118 Abs. 1 AktG einzufügen wären: „Die Aktionäre üben ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Hauptversammlung aus, soweit das Gesetz oder die Satzung nichts anderes bestimmt“.

Zweckmäßig wären im Anschluss einige besondere Anforderungen zu formulieren, die Wahrung der vorstehend genannten Funktionen betreffend.

Diese Satzungsfreiheit für das Verfahren der digitalen Aktionärsentscheidung wäre mit europarechtlichen Anforderungen abzustimmen. Die Hauptversammlung ist als Rechtsinstitution in der kodifizierten Gesellschaftsrechtsrichtlinie und in der SE-Verordnung verankert, wie vorstehend schon erwähnt. Dabei geht es zum einen um deren Zuständigkeit, also um die materielle Seite der Medaille. Wie das hierfür zuständige Organ Hauptversammlung prozediert, ist dort nicht geregelt. Die ursprüngliche und die im Jahr 2017 reformierte Aktionärsrechte-RL haben zum Verfahren der HV etliche Bestimmungen getroffen, die von einer Präsenzveranstaltung mit Online-Anschluss ausgehen. Es müsste also für die hier vorgeschlagene Änderung erst der europäische Weg freigemacht werden. Da in vielen Mitgliedsstaaten nach den Erfahrungen der Covid 19-Pandemie mit virtuellen und hybriden HV-Formaten experimentiert wird, dürfte auch der rechtspolitische Druck vorhanden sein, die Angelegenheit auf EU-Richtlinienebene zu klären.

VII. Beschlussmängel – eine Geschichte ohne Ende

Eine Reform der Hauptversammlung ohne eine Reform des Beschlussmängelrechts bleibt ein Torso. Denn am Ende kommt es immer darauf an, rechtskonforme bestandskräftige Beschlüsse zu haben. Nicht die „Show“ ist wesentlich, sondern deren Ergebnisse sind es.

Hier ist mit dem Freigabeverfahren (§ 246a AktG) schon einiges erreicht, schließlich können die Oberlandesgerichte anordnen, dass Kapital- und Konzernbeschlüsse in das Handelsregister eingetragen werden und dort bleiben, selbst wenn die Anfechtungsklage letztlich Erfolg haben sollte. Durch die Hintertür wurde damit ein Quorum eingeführt, denn ein solcher Freigabebeschluss ergeht, wenn der Anfechtungskläger (= Antragsgegner) weniger als einen anteiligen Betrag von 1 000 Euro hält (was bei börsennotierten Aktiengesellschaften in der Regel einen deutlich fünfstelligen Betrag ausmacht). Dieses etwas komplizierte Prozedere wurde in den Jahren 2005/2009 eingeführt, um dem Phänomen der „räuberischen Aktionäre“ (*Lutter*) zu begegnen – gerade *Marcus Lutter* hat sich sehr für Aktionärsrechte engagiert, doch er konnte richtig zornig werden, wenn diese zum puren Eigennutz missbraucht wurden.

Nach einer umfassenden Revision des Beschlussmängelrechts sieht es derzeit nicht aus. Die Praxis hat sich mit dem bestehenden System, insbesondere dem Freigabeverfahren, schön angefreundet. Die Ausnahmen von der Anfechtbarkeit (§ 243 Abs. 3, 4 AktG) kommen

ebenfalls gut an. Statt einem großen Wurf wird es darum gehen, dieses Ausnahmesystem stimmig zu machen, insbesondere die Beschlussvernichtung bei Auskunftsängeln weiter einzuhegen, dafür das Auskunftsverfahren zu stärken. Für die Nichtigkeit, die in § 241 AktG seltsam ausdifferenziert wird, könnte sich eine Orientierung am neuen Personenhandelsgesellschaftsrecht anbieten (§ 110 Abs. 2 HGB idF MoPeG). Und wenn die Entscheidungen tatsächlich und nachweislich im Prozess der HV-Vorbereitung mit der erforderlichen Mehrheit getroffen werden, insbesondere durch die elektronische Fernabstimmung – inwiefern ist dann noch ein Verfahrensmangel in der (V)HV relevant?

VIII. Was würde Marcus Lutter dazu sagen?

Marcus Lutter hat die Bedeutung der Hauptversammlung und der Rechte (und Pflichten!) der Aktionäre in diesem Zusammenhang immer wieder betont. Eine Abschaffung hätte seine Zustimmung gewiss nicht gefunden. Doch darum geht es gar nicht, sondern um eine zeitgemäße Aktionärsmitwirkung, die sich an den Funktionen orientiert: Information – Kommunikation – Entscheidung. Wenn sich damit die Perspektive eröffnet, dass diese neuartige HV „relativ kurzfristig zusammentreten und auch häufiger tagen könnte und damit in der Lage wäre, die den Aktionären zugeordneten Aufgaben bei Grundentscheidungen zu Geschäftspolitik zu jeder Zeit wahrzunehmen“ (*Lutter*, Der Aktionär in der Marktwirtschaft, S. 36), dann stünde der große Rechtslehrer auf unserer Seite.

Schlusswort

Professor Dr. Daniel Zimmer, Universität Bonn

Natürlich ist der Anlass, der uns heute zusammengeführt hat, immer noch ein trauriger: Marcus Lutter ist tot. Doch die trübe, dunkle Nachricht, die uns im Juni 2021 tief betroffen gemacht hat, wird – zumal aus dem Abstand von mehr als einem Jahr betrachtet – doch ins Verhältnis gesetzt durch all das Erfreuliche, das Strahlende, was uns von Marcus Lutter bleibt. Der heutige Tag hat das auf vielfältige Weise belegt: Marcus Lutters Werk bleibt. Wir haben das in den vergangenen Stunden auf höchst beeindruckende Weise erfahren. Exemplarisch für Marcus Lutters Werk und Wirken haben wir heute Nachmittag gesprochen über die Reform des Aufsichtsratsrechts, über die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern als Beispiel für den Einfluss Marcus Lutters auf den Deutschen Corporate Governance Kodex, über den aktuellen Stand und Entwicklungsperspektiven des Konzernrechts und über die Rolle des Aktionärs in der Marktwirtschaft in Zeiten der virtuellen Hauptversammlung. Bei alledem ist immer wieder – und gerade auch durch die persönlich gefärbten Beiträge des Vormittags – deutlich geworden, dass es gerade der Mensch Marcus Lutter war, der durch die Breite seiner Interessen und durch sein gewinnendes Wesen einen Einfluss in seinem Fach und darüber hinaus hat gewinnen können, wie es nur wenigen Wissenschaftlern vergönnt ist. Seine Person, seine wache, stets interessierte, seine wohlwollende und menschenfreundliche Persönlichkeit bleiben uns in schönster Erinnerung. Ich sage Ihnen – auch im Namen der Bonner Kolleginnen und Kollegen – sehr herzlich Dank für Ihre Teilnahme am Gedächtnissymposium für Marcus Lutter. Er hätte sich – da bin ich sicher – sehr über Ihr Kommen gefreut.