

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	25
A. Problemaufriss	25
B. Gang der Untersuchung	27

Kapitel I

Grundlagen, historische Entwicklung und Zwecke des Entsendungsrechts	29
A. Begriff und Grundlagen der Entsendung nach § 101 Abs. 2 AktG	30
I. Der Begriff der Entsendung im Aktienrecht	30
II. Abgrenzung des Entsendungsrechts von ähnlichen Instrumenten	31
1. Stimmbindungsverträge	32
2. Vorschlagsrechte	33
3. Mehrstimmrechte	35
4. Sonstige	35
III. Die Abberufung als Gegenstück zur Entsendung	36
IV. Rechtliche Grundlagen des Entsendungsrechts	37
1. Rechtsnatur	37
2. Erscheinungsformen	38
a) Aktionärsgebundenes bzw. persönliches Entsendungsrecht	38
b) Aktiengebundenes bzw. inhabergebundenes Entsendungsrecht	40
c) Exkurs: Schuldrechtliche Vereinbarungen über die Begründung bzw. Übertragung von Entsendungsrechten	42
3. Normimmanente Beschränkungen	42
a) Satzungsmäßige Grundlage	43
b) Aktionärseigenschaft des Begünstigten	43
c) Begrenzung auf ein Drittel der Anteilseignervertreter	44
d) Weitere Einschränkungen durch die Satzung	45
4. Rechtsstellung entsandter Aufsichtsratsmitglieder	46
a) Organstellung und Weisungsfreiheit	46
b) Machterweiternde Satzungsgestaltungen	49

5. Rechtsstellung und Haftung des Entsendungsberechtigten	51
a) Stellung des Entsendungsberechtigten im Organisationsgefüge der Aktiengesellschaft	51
b) Ausübung des Entsendungsrechts	53
c) Haftung des Entsendungsberechtigten	54
aa) Haftung für eigenes Verschulden	54
bb) Haftung für fremdes Verschulden	55
B. Die historische Entwicklung des aktienrechtlichen Entsendungsrechts	57
I. Entsendungsrechte vor dem AktG	58
1. Vorläufer der Aktiengesellschaft und frühe Kodifikationen	58
2. ADHGB und erste Aktienrechtsnovelle 1870	59
3. Zweite Aktienrechtsnovelle 1884	60
4. HGB 1897	61
5. Rechtsprechung des Reichsgerichts	62
6. Entsendungsgestaltungen in der Praxis	63
7. Reformbestrebungen der 20er und 30er Jahre	64
a) Reformkräfte und Diskussion	64
b) Aktiengesetzentwurf 1930	66
c) Aktiengesetzentwurf 1931	67
8. Rechtsprechungsänderung	68
9. Entsendung bzw. Wahl von Arbeitnehmervertretern	68
II. Kodifizierung im AktG 1937	70
1. Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern	70
2. Bestellung des Vorstands	72
3. Mehrstimmrechtsaktien und ähnliche Instrumente	73
4. Bewertung der Neuerungen und Würdigung nationalsozialistischer Einflüsse	75
a) Entsendungsrecht gem. § 88 AktG 1937	75
b) Vorstandsbestellung gem. § 75 Abs. 1 AktG 1937	78
c) Verbot von Mehrstimmrechten gem. § 12 Abs. 2 S. 1 AktG 1937	79
III. Entwicklung seit 1945	81
1. Übernahme des Entsendungsrechts im AktG 1965	81
2. Entsendung von Arbeitnehmervertretern	83
3. Spezialgesetzliches Entsendungsrecht bei der Volkswagen AG	84
4. Bestellung des Vorstands	86
5. Mehrstimmrechte	86
a) Regelung im AktG 1965	86
b) Weitgehende Abschaffung durch das KonTraG 1998	87
IV. Schlussfolgerungen aus der historischen Entwicklung	89
1. Ambivalenz des deutschen Aktienrechts	89
2. Gesetzgeberische Zielrichtung	90

3. Bekenntnis statt Abschaffung	90
C. Zwecke des Entsendungsrechts	91
I. Erweiterung und Absicherung der Einflussnahme	91
1. Öffentlich-rechtliche Anteilseigner	93
2. Unternehmensgründer, Gründerfamilien und Stiftungen	95
3. Herrschende Unternehmen	96
4. Venture-Capital-Geber	96
5. Ankeraktionäre	97
II. Übernahmeabwehr	98

Kapitel 2

Entsendungsrechte im nationalen und internationalen Vergleich	100
A. Aktuelle Nutzung aktienrechtlicher Entsendungsrechte in der Praxis	100
I. Gegenstand und Methode der Untersuchung	101
1. Untersuchungsgegenstand	101
2. Untersuchungsmethode	102
II. Ergebnisse	103
1. Verbreitung von Entsendungsrechten	103
2. Ausgestaltung	104
a) Umfang, Form und Voraussetzungen der Entsendungsrechte	104
b) Entsendungsberechtigte	107
3. Exkurs: Publizitätsaspekte	108
a) Entsprechenserklärung nach § 161 AktG	109
b) Lagebericht nach § 289 HGB	109
c) Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289a HGB	111
III. Zusammenfassung und Würdigung	112
B. Die Entsendung in anderen deutschen Gesellschaftsformen	112
I. GmbH	112
1. Entsendung von Geschäftsführern	113
a) Zulässigkeit von Entsendungsrechten für Gesellschafter	113
b) Abberufung	115
c) Weisungsrecht	116
2. Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern	117
a) Zulässigkeit von Entsendungsrechten für Gesellschafter	117
b) Abberufung	119
3. Sonderproblem: Entsendung durch Dritte	121
a) Geschäftsführer	121

b) Aufsichtsrat	126
4. Zwischenergebnis	128
II. SE	128
1. Entsendungsrechte in der dualistischen SE	129
2. Entsendungsrechte in der monistischen SE	131
3. Exkurs: Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung der Organe	134
4. Zwischenergebnis	136
III. KGaA	137
C. Entsendungsrechte im ausländischen Aktienrecht	140
I. USA	141
1. Organisationsverfassung	142
2. Entsendung von Mitgliedern des <i>board of directors</i>	143
a) Grundsatz der Wahl durch die <i>shareholders</i>	143
b) Gattungswahlrechte (<i>class voting rights</i>)	145
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit und Wirkungsweise	145
bb) Abberufungskompetenz	146
cc) Zulässigkeitsschranken für börsennotierte Gesellschaften	147
c) Stimmbindungsverträge und Stimmrechtskonsortien	149
d) <i>Cumulative Voting</i>	151
e) Vorschlagsrechte	152
3. Entsendung von <i>officers</i>	152
4. Zusammenfassung und Würdigung	154
II. England und Wales	155
1. Organisationsverfassung	156
2. Entsendung von Mitgliedern des <i>board of directors</i>	157
a) Grundsatz der Satzungsautonomie	157
b) Bestellung durch Aktionäre oder Dritte	158
c) Abberufung durch das <i>general meeting</i> (s. 168 CA 2006)	161
aa) Grundsatz und Unabdingbarkeit	161
bb) Umgehungsmöglichkeit nach <i>Bushell v Faith</i>	162
cc) Umgehungsmöglichkeit durch <i>shareholders' agreements</i>	164
dd) Keine Umgehungsmöglichkeit durch <i>class rights</i>	164
d) Zulässigkeitsschranken für börsennotierte Gesellschaften	165
e) Sonderfall: <i>Community Interest Companies</i>	166
3. Zusammenfassung und Würdigung	167
III. Frankreich	168
1. Organisationsverfassung	169
2. Entsendung in der <i>société anonyme</i>	170
a) Strenger Grundsatz der Wahl durch die Hauptversammlung	170

b) Vertretungsregelungen durch Wählbarkeitsklauseln	171
c) Stimmbindungsverträge	173
d) Wahl von juristischen Personen	174
e) Besonderheit: Treuestimmrecht	175
f) Entsendung von <i>censeurs</i>	176
3. Entsendung in der <i>société par actions simplifiée</i>	177
4. Spezialgesetzliche Sonderrechte der öffentlichen Hand	178
a) Entsendungsrechte nach Art. 10 Privatisierungsgesetz 1986	178
b) Nominierungsrecht nach Art. 139 NRE-Gesetz	179
5. Zusammenfassung und Würdigung	179
IV. Österreich	180
1. Organisationsverfassung und Vorstandsbestellung	181
2. Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern	182
a) Grundsatz der Wahl	182
b) Entsendungsrecht für Aktionäre (§ 88 öAktG)	182
c) Nominierungs- bzw. Vorschlagsrechte	184
d) Syndikatsvertragliche Entsendungsrechte	185
e) Wahl von Minderheitenvertretern (§ 87 Abs. 4 öAktG)	186
f) Verhältniswahl (§ 87 Abs. 5)	187
3. Zusammenfassung und Würdigung	187
V. Schweiz	188
1. Organisationsverfassung	189
2. Entsendung von Verwaltungsratsmitgliedern	189
a) Grundsatz der Wahl	189
b) Entsendungsrecht für öffentlich-rechtliche Körperschaften (Art. 762 OR)	190
c) Vertretung von Aktionärskategorien und -gruppen (Art. 709 OR)	193
d) Vertretung von Partizipanten (Art. 656e OR)	196
e) Aktionärsbindungsverträge	197
f) Stimmrechtsaktien	198
g) Keine Vertretungsrechte für Dritte	198
3. Entsendung von Mitgliedern der Revisionsstelle	199
4. Zusammenfassung und Würdigung	199
VI. Andere Rechtsordnungen	200
1. Niederlande	200
2. Schweden, Dänemark, Finnland	201
3. Italien	203
4. Polen	204
VII. Ergebnisse	205

Kapitel 3

Die Vereinbarkeit von Entsendungsrechten mit sonstigem nationalen Recht, Grundgesetz und Europarecht	208
A. Einführung: Entsendungsrechte in der Rechtsprechung	208
I. Die <i>golden share</i> -Rechtsprechung des EuGH	209
II. Der Fall „ThyssenKrupp“	210
B. Vereinbarkeit mit sonstigem Aktienrecht und nationalem Recht	211
I. § 53a AktG – Gleichbehandlungsgrundsatz	212
1. Ungleichbehandlung	212
2. Rechtfertigung	213
a) Verzicht auf Gleichbehandlung	213
b) Anwendung auf satzungsändernde Beschlüsse	214
c) Gesetzlich gebilligte Ungleichbehandlung	215
d) Abweichende Beurteilung im Vereins- und GmbH-Recht	216
3. Zwischenergebnis	217
II. § 12 AktG – Verbot von Mehrstimmrechten	217
III. § 136 Abs. 1 AktG – Stimmverbot	218
IV. § 111 Abs. 1 AktG – Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats	220
1. Entsendungsrecht eines Vorstandsmitglieds	220
2. Entsendungsrecht eines Aufsichtsratsmitglieds	223
V. § 243 Abs. 2 AktG – Anfechtbarkeit wegen Sondervorteils	224
VI. §§ 124, 131 AktG – Bekanntmachung der Tagesordnung und Auskunftspflicht auf der Hauptversammlung	225
VII. §§ 33, 33a WpÜG – Verhinderungsverbot	227
VIII. § 5 BörsZulV	229
IX. Exkurs: Entsendungsrechte und Konzernrecht	230
1. Abhängigkeit durch Entsendungsrechte (§ 17 Abs. 1 AktG)	230
2. Unabhängigkeit durch Entsendungsrechte (§ 17 Abs. 2 AktG)	232
X. Exkurs: Entsendungsrechte und Geschlechterquote	234
1. Regelung des Regierungsentwurfs	235
2. Kritische Würdigung	235
C. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz	237
I. Art. 14 GG – Eigentumsgarantie	237
1. Anwendbarkeit und Schutzbereich	238
2. Reichweite und Inhalt des Schutzes	239
3. Schlussfolgerungen für Entsendungsrechte	241
II. Art. 3 Abs. 1 GG – Gleichheitssatz	242

D. Vereinbarkeit mit europäischem Recht	245
I. Art. 63 Abs. 1 AEUV – Kapitalverkehrsfreiheit	246
1. Anwendungsbereich	246
a) Begriff des Kapitalverkehrs	246
b) Beschränkungsverbot	247
2. Entsendungsrechte als Beschränkung des freien Kapitalverkehrs	248
a) Gesetzliche Entsendungsrechte: Der Fall „Volkswagen“	249
b) Satzungsmäßige Entsendungsrechte	250
3. Bindungswirkung der Kapitalverkehrsfreiheit	252
a) Spezialgesetzliche staatliche Entsendungsrechte	252
b) Satzungsmäßige Entsendungsrechte zugunsten staatlicher Aktionäre	253
aa) Grundsatz des <i>effet utile</i>	254
bb) Rechtsprechung des EuGH	254
cc) Bindung des Staates im Rahmen von § 101 Abs. 2 AktG	255
(1) Meinungsstand	255
(2) Stellungnahme	256
dd) Voraussetzungen der Grundfreiheitenbindung	259
c) Satzungsmäßige Entsendungsrechte zugunsten privater Aktionäre	260
aa) Deutsche Rechtsprechung im Fall „ThyssenKrupp“	260
bb) Bewertung im Schrifttum	261
cc) Stellungnahme	263
(1) Unmittelbare Drittwirkung	263
(2) Mittelbare Drittwirkung	266
(3) Bedeutung für private Entsendungsrechte nach § 101 Abs. 2 AktG	267
d) Zwischenergebnis	270
4. Rechtfertigung	271
5. Exkurs: Kein Vorrang des Sekundärrechts	272
II. Art. 49 AEUV – Niederlassungsfreiheit	274
E. Zusammenfassung	276

Kapitel 4

Entsendungsrechte als „Ewigkeitsrechte“ 277

A. Der „Ewigkeitscharakter“ der Entsendung	277
I. Die Qualifizierung des Entsendungsrechts im Schrifttum	277
II. Begriff der Sonderrechte	278
1. Begriffsmerkmale	278
2. Definition	282
3. Subsumtion und Zwischenergebnis	282

III. Die Unentziehbarkeit von Sonderrechten	283
1. Zustimmungserfordernis als Rechtsfolge des § 35 BGB	283
2. Anwendbarkeit des § 35 BGB	284
a) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	284
b) Stellungnahme: Prüfung in drei Schritten	285
c) Grundsätzliche Anwendbarkeit des Vereinsrechts auf die AG	285
aa) Die AG als (wirtschaftlicher) Verein	285
bb) Die vereinsrechtlichen Vorschriften als lex generalis der Körperschaften	287
cc) Unterschiede im Recht der Personengesellschaften	288
d) Keine Verdrängung des § 35 BGB durch speziellere Vorschriften	289
e) Tatbestandsmäßigkeit	291
f) Zwischenergebnis	291
3. Reichweite des Zustimmungserfordernisses	291
4. Zulässigkeit von Abweichungen durch die Satzung	292
a) Anwendbarkeit des § 40 BGB in der Aktiengesellschaft	293
b) Teleologische Reduktion des § 35 BGB	294
c) Einwilligung in die Beeinträchtigung	295
aa) Anforderungen an die Einwilligung	296
bb) Unwiderruflichkeit der Einwilligung	297
cc) Erklärung der Einwilligung	298
d) Zwischenergebnis	298
IV. Zusammenfassung	299
B. Durchbrechungen des „Ewigkeitscharakters“	299
I. Aufhebung durch Verkleinerung des Aufsichtsrats	299
1. Grundsatz	299
2. Sonderfall: Kapitalherabsetzung	300
II. Aufhebung durch Umwandlung	303
III. Aufhebung durch Auflösung der Gesellschaft	307
IV. Aufhebung durch Squeeze-out	308
V. Aufhebung nach § 33b WpÜG	311
1. Reichweite des § 33b Abs. 2 S. 1 Nr. 3 WpÜG	312
a) Suspendierung von Entsendungsrechten in der Hauptversammlung	312
b) Weitergehende Suspendierung für die Dauer der Amtszeit	313
c) Endgültige Abschaffung durch Satzungsänderung?	313
2. Zustimmungserfordernis zum „Opt-in“?	316
3. Entschädigung für den Rechtsverlust	317
VI. Auswirkung eines Insolvenzverfahrens	319
1. Fremdverwaltung	320
2. Eigenverwaltung	321

3. Insolvenzplanverfahren	323
a) Eingriff in Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	324
b) Formelle Voraussetzungen	327
c) Zusammenfassung	328
VII. Entziehung aus wichtigem Grund	328
1. Meinungsstand im GmbH- und Vereinsrecht	328
2. Geltung spezieller Abberufungsvorschriften	330
3. Teleologische Reduktion des § 35 BGB	331
4. Formelle Voraussetzungen	332
5. Materielle Voraussetzungen	333
6. Zusammenfassung	334
VIII. Weitere Gründe für die Aufhebung	334
C. Zusammenfassung	334

Kapitel 5

Entsendungsrechte und Corporate Governance	336
A. Grundlagen der Corporate Governance und Implikationen für Entsendungsrechte	336
I. Begriff und Zielsetzung	336
II. Implikationen für Entsendungsrechte	338
B. Die Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex	339
I. Regelungen zur Aufsichtsratsbestellung	340
II. Regelungen zum Stimmrecht	342
III. Unabhängigkeit gem. Ziff. 5.4.2. DCGK	343
1. Der Unabhängigkeitstatbestand bei entsandten Aufsichtsratsmitgliedern	344
a) Bezugssubjekte der Unabhängigkeit	344
aa) Kontrollierender Aktionär	344
bb) Organe der Gesellschaft	346
b) Persönliche oder geschäftliche Beziehungen	346
c) Weitere ungeschriebene Fälle	347
d) Wesentlicher und dauerhafter Interessenkonflikt	350
e) Zwischenergebnis	350
2. Exkurs: Relevanz für die Auslegung des § 100 Abs. 5 AktG	351
3. Vollständige Unabhängigkeit als allgemeine Zielsetzung der Corporate Governance?	352
IV. Zwischenergebnis	355

C. Entsendungsrechte und Managementkontrolle durch den Aufsichtsrat	356
I. Personelle Anforderungen an effiziente Aufsichtsräte	356
1. Qualifikation	357
2. Heterogenität	358
3. Unabhängigkeit	359
II. Auswirkung von Entsendungsrechten	359
1. Entsendungsmandate als Fremdkörper	359
2. Zur Überwachungsqualität entsandter Mitglieder	360
3. Vorschläge zur Verbesserung des Auswahlverfahrens	363
III. Sonderfall: Staatlicher Einfluss auf den Aufsichtsrat	364
IV. Sonderfall: Entsendung durch Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder	366
1. Entsendungsrecht eines Vorstandsmitglieds	366
2. Entsendungsrecht eines Aufsichtsratsmitglieds	368
D. Entsendungsrechte und Managementkontrolle durch die Aktionäre	369
I. Stärkung des Aktionärsinflusses	369
II. Aktionärs-Aktivismus, Ankeraktionäre und Langfristorientierung	371
1. Das Konzept des Aktionärs-Aktivismus	371
2. Ankeraktionäre und der <i>controlling shareholder tradeoff</i>	373
3. Entsendungsrechte als Anreiz für aktives Engagement	375
E. Aktionärsdemokratie, Gleichbehandlung und das Prinzip <i>one share, one vote</i>	377
I. Das <i>one share, one vote</i> -Prinzip im europäischen und internationalen Kontext	378
1. Ursprünge und Entwicklung in Europa	379
2. Entwicklung in den USA	380
3. Europäische Reformbestrebungen	381
II. Entsendungsrechte als einflussweiternde Instrumente	382
III. Verbreitung und wissenschaftliche Fundierung von <i>one share, one vote</i>	384
1. Internationale Verbreitung	384
2. Ökonomische Wirkung und rechtspolitische Zweckmäßigkeit	385
IV. Stellungnahme und Anwendung auf Entsendungsrechte	387
V. Hauptversammlungsrealität bei der Wahl von Aufsichtsräten	391
F. Entsendungsrechte, Übernahmen und der Markt für Unternehmenskontrolle	393
I. Das Konzept des Marktes für Unternehmenskontrolle	394
II. Behinderungswirkung von Entsendungsrechten	396
III. Kritik und Stellungnahme	396
IV. Zwischenergebnis	400
G. Der „Ewigkeitscharakter“ des Entsendungsrechts als spezielles Governance-Problem	401
H. Entsendungsrechte in der nichtbörsennotierten Aktiengesellschaft	403

I. Zusammenfassung	406
Schlussbetrachtung	408
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	408
I. Historische Entwicklung und Zwecke	408
II. Rechtspraxis und Rechtsvergleich	409
III. Vereinbarkeit mit deutschem und europäischem Recht	410
IV. „Ewigkeitscharakter“ und Durchbrechungen	410
V. Corporate Governance	411
B. Ausblick	412
Literaturverzeichnis	414
Sachverzeichnis	455