

Die Große Aktiengesellschaft

Dr. Sebastian Korts, MBA, M.I.Tax,

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Handels und Gesellschaftsrecht, Steuerstraftverteidiger

Petra Korts, MBA, M.I.Tax,

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Handels und Gesellschaftsrecht, Steuerstraftverteidiger,
zertifizierter Mediator

2022 Januar

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung

II. Satzung einer AG.....

III. Kommentierung der Satzung.....

1. Gesetzliche Grundlagen – Aktienrecht.....

A. Deutsches und Europäisches Aktienrecht

a) Der Deutsche Corporate Governance Kodex

b) Die Vergütung der Organe einer AG.....

c) Aktienrechtlicher Squeeze out

d) Das Spruchverfahren.....

e) Das Klagezulassungsverfahren

f) Das Freigabeverfahren

g) Das Kapitalanleger-Musterverfahren

h) Ad-hoc-Publizität und Schadensersatz

i) Aktuelles: Die virtuelle HV.....

j) Europäische Vorgaben und deren Umsetzung

B. Rückwirkungen des US-Aktienrechts

2. Gesetzliche Grundlagen – Kapitalmarktrecht.....

A. Deutsches und Europäisches Kapitalmarktrecht

a) Ad-hoc-Publizität und Übernahmerecht

b) Anlegerschutz und Bilanzpolizei

c) Transparenz am Kapitalmarkt.....

d) Der Bilanzzeit

B. Rückwirkungen des US-Kapitalmarktrechts.....

3. Gesetzliche Grundlagen – Arbeitnehmermitbestimmung

A. Deutsches Arbeitsrecht.....

B. Internationales Arbeitsrecht

IV. Literaturverzeichnis

I. Einführung

Die „Große Aktiengesellschaft“ ist nicht die Rechtsform, die sich grundsätzlich von den am Markt bestehenden „Kleinen Aktiengesellschaften“ unterscheidet. Mit der vorliegenden Ausarbeitung wird vielmehr der Mustervertrag zur Kleinen Aktiengesellschaft (Korts/Korts, Die Kleine Aktiengesellschaft, 5. Aufl. Heidelberg 2008) um die Bestandteile ergänzt, die notwendigerweise zu beachten sind, wenn bei der Gründung einer Kleinen Aktiengesellschaft ein weiteres Wachstum in eine Große Aktiengesellschaft oder gar eine börsennotierte Aktiengesellschaft nicht ausgeschlossen werden kann. Fehler der Satzung oder der ergänzenden Regelwerke, die sich durch die Nichtbeachtung dieser weiterführenden Themen ergeben, können oftmals erst spät und teuer oder gar nicht repariert werden. Daher ist dieses Buch ein geeigneter Hinweis auf die Themen, die die Grundlage einer zukünftigen Planung einer erfolgreichen Gesellschaft beeinflussen.

II. Satzung einer AG

§ 1 Firma, Sitz, Geschäftsjahr

1. Die Gesellschaft führt die Firma Kölner FinanceConsulting Aktiengesellschaft.
2. Sie hat ihren Sitz in Köln.
3. Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr.

§ 2 Gegenstand des Unternehmens

1. Gegenstand des Unternehmens ist die Wirtschaftsberatung, Unternehmensberatung, Finanzberatung, Finanzierungsberatung, Vermittlung von Finanzierungen, Vermögensanlagen, Versicherungen, Leasinggeschäften, Kapitalanlagen und Immobilien, sowie der Erwerb, die Veräußerung und Bewirtschaftung von Immobilien. Letztlich ist Gegenstand die Beratung von Unternehmen auf allen Gebieten, soweit es hierzu keiner besonderen gesetzlichen Genehmigung, insbesondere keiner Bankerlaubnis und keiner Erlaubnis nach § 34c Gewerbeordnung bedarf.
2. Die Gesellschaft ist zu allen Handlungen berechtigt, die unmittelbar oder mittelbar dem vorstehenden Zweck zu dienen geeignet sind, sie darf Zweigniederlassungen errichten und sich an gleichartigen oder ähnlichen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen. Die Gesellschaft kann Unternehmen erwerben oder veräußern, sie unter einheitlicher Leitung zusammenfassen und Unternehmensverträge mit ihnen abschließen oder sich auf die Verwaltung der Beteiligung beschränken.

§ 3 Grundkapital/Aktien

1. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt 5 Millionen EUR.
2. Es ist eingeteilt in 5.000.000 Stückaktien, wovon 2.500.000 als Stammaktien und weitere 2.500.000 als stimmrechtslose Vorzugsaktien ausgegeben werden. Alle Aktien sind Namensaktien.
3. Die Vorzugsaktionäre erhalten aus dem Bilanzgewinn vorab einen nachzahlbaren Gewinnanteil von 5% auf einen Betrag, der dem Verhältnis der Anzahl aller Aktien zu dem Grundkapital entspricht. Soweit der Bilanzgewinn nicht zur Zahlung des

Vorzugsbetrages ausreicht, ist aus dem Bilanzgewinn des nächsten Geschäftsjahres vor Verteilung eines Gewinnanteils an die Stammaktionäre zunächst der Rückstand ohne Zinsen nachzuzahlen und sodann der volle Vorzugsbetrag dieses Geschäftsjahres auf die Vorzugsaktien zu verteilen. Bei rückständigen Vorzugsbeträgen mehrerer Geschäftsjahre sind aus dem Bilanzgewinn vor Verteilung eines Gewinnanteils an die Stammaktionäre zunächst die Rückstände in der Reihenfolge ihrer Entstehung und sodann der Vorzugsbetrag dieses Geschäftsjahres auszuzahlen.

4. Bei einer Kapitalerhöhung kann die Gewinnbeteiligung neuer Aktien abweichend von § 60 Aktiengesetz geregelt werden, insbesondere können junge Aktien aus einer zukünftigen Kapitalerhöhung mit Vorzügen bei der Gewinnverteilung versehen werden.
5. Das Recht auf Einzelverbriefung ist ausgeschlossen, soweit nicht eine Verbriefung nach den Regeln einer Börse, an der die Aktien zugelassen sind, erforderlich ist. Die Gesellschaft kann über mehrere Aktien eine Urkunde ausstellen (Sammelaktien).

§ 4 Vorstand, Geschäftsordnung

1. Der Vorstand der Gesellschaft besteht aus mindestens zwei Personen. Der Aufsichtsrat bestimmt die Zahl der Mitglieder des Vorstandes und bestellt die Vorstandsmitglieder nach den Bestimmungen des Aktiengesetzes und des Mitbestimmungsgesetzes. Der Aufsichtsrat kann einen Vorsitzenden und einen stellvertretenden Vorsitzenden des Vorstandes ernennen. Der Abschluss der Anstellungsverträge und der Widerruf der Bestellung obliegen ebenfalls dem Aufsichtsrat.
2. Der Vorstand gibt sich einstimmig eine Geschäftsordnung, die der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf.
3. Die Beschlüsse des Vorstandes werden mit Stimmenmehrheit gefasst.

§ 5 Vertretung der Gesellschaft

Die Gesellschaft wird durch ein Vorstandsmitglied vertreten.

§ 6 Besondere Pflichten des Vorstandes

1. Die Mitglieder des Vorstandes sind verpflichtet, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, Stillschweigen zu bewahren. Dies gilt auch nach Ausscheiden aus dem Vorstand.
2. Jedes Vorstandsmitglied ist verpflichtet, die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, sowie die zuständige staatliche Behörde¹ unverzüglich von Geschäften im Sinne eines „directors' dealing“ oder eines Insidergeschäftes in Kenntnis zu setzen. Der Aufsichtsratsvorsitzende ist verpflichtet, diese Informationen unverzüglich in der geltenden gesetzlich vorgeschriebenen Weise zu veröffentlichen.

§ 7 Aufsichtsrat, Zusammensetzung, Geschäftsordnung

1. Der Aufsichtsrat besteht aus zwölf Mitgliedern und setzt sich im Übrigen nach den gesetzlichen Bestimmungen zusammen.
2. Die Aufsichtsratsmitglieder werden für die Zeit bis zur Beendigung der Hauptversammlung gewählt, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt. Hierbei wird das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, nicht mitgerechnet. Eine Wiederwahl ist möglich.
3. Der Aufsichtsrat gibt sich selbst eine Geschäftsordnung.

§ 8 Vorsitzender des Aufsichtsrats

1. Der Aufsichtsrat wählt im unmittelbaren Anschluss an seine Wahl aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und dessen Stellvertreter.
2. Scheiden der Vorsitzende des Aufsichtsrats oder sein Stellvertreter aus dem Aufsichtsrat aus, wird unverzüglich ein Nachfolger gewählt.

§ 9 Einberufung des Aufsichtsrats und Beschlussfassung

1. Der Vorsitzende, ersatzweise sein Stellvertreter, beruft die Sitzungen des Aufsichtsrats ein, die mindestens viermal jährlich stattzufinden haben.
2. Der Aufsichtsrat entscheidet durch Beschluss. Der Aufsichtsrat ist beschlussfähig, wenn mindestens neun Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen. Für Beschlüsse des Aufsichtsrats ist die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit nicht gesetzlich abweichende Mehrheitserfordernisse bestehen, erforderlich.

¹Die zuständige Behörde ist in Deutschland die BaFin, in den USA die SEC. Um bei Änderungen der Behördenzuständigkeiten oder Börsennotierungen in anderen Staaten aufwändige Satzungsänderungen zu

3. Der Vorsitzende ist ermächtigt, im Namen des Aufsichtsrats die zur Durchführung der Beschlüsse erforderlichen Erklärungen abzugeben und Erklärungen an den Aufsichtsrat in Empfang zu nehmen.

§ 10 Voraussetzungen der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat

1. Mitglied des Aufsichtsrats kann nicht sein, wer Mehrheitsgesellschafter, mittelbarer Mehrheitsgesellschafter oder mit Veto-Stimmrecht ausgestatteter Gesellschafter oder Mitglied eines Aufsichts-, Vertretungs-, oder Verwaltungsorgans eines Unternehmens ist, welches in den Tätigkeitsbereichen der Gesellschaft im Wettbewerb mit der Gesellschaft steht, welches mit einem solchen Wettbewerbsunternehmen verbunden ist, oder welches ein verbundenes Unternehmen der Gesellschaft im Sinne von § 15 Aktiengesetz ist.

Mitglied des Aufsichtsrats kann weiterhin nicht sein, wer bei einer Tochtergesellschaft, einer mittelbaren Tochtergesellschaft oder einem gem. § 15 Aktiengesetz verbundenen Unternehmen der Gesellschaft eine Organstellung innehat oder an einer solchen Gesellschaft zu 25% oder mehr unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist.

2. Entfällt eine gesetzliche oder satzungsgemäße Amtsvoraussetzung in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds nach Amtsantritt, so ist dieses Aufsichtsratsmitglied verpflichtet, dies der Gesellschaft unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilung hat schriftlich an den Vorstandsvorsitzenden zu erfolgen, der seinerseits unverzüglich die Hauptversammlung hiervon in Kenntnis zu setzen hat.

§ 11 Aufgaben des Aufsichtsrats

1. Der Aufsichtsrat hat die ihm durch Gesetz und Satzung auferlegten Rechte und Pflichten ausschließlich im Interesse der Gesellschaft eigenverantwortlich, höchstpersönlich und weisungsunabhängig zu erfüllen. Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben dabei stets die Sorgfalt eines gewissenhaften und ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds anzuwenden. Sie sind verpflichtet, im Aufsichtsrat aktiv mitzuwirken, sich auf Sitzungen sorgfältig vorzubereiten und sich über die

Verhandlungsgegenstände ein Urteil zu bilden und zu vertreten. Der Aufsichtsrat darf zur Erfüllung seiner Aufgaben externe Berater beauftragen.

2. Bei der jährlichen Bilanzsitzung des Aufsichtsrats besteht Präsenzpflicht für jedes Aufsichtsratsmitglied sowie den Abschlussprüfer.

§ 12 Besondere Pflichten des Aufsichtsrats

1. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind verpflichtet, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, Stillschweigen zu bewahren. Dies gilt auch nach Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat.
2. Jedes Aufsichtsratsmitglied ist verpflichtet, die Gesellschaft, sowie die zuständige staatliche Behörde unverzüglich von Geschäften im Sinne eines „directors' dealing“ oder eines Insidergeschäftes in Kenntnis zu setzen. Die Gesellschaft ist verpflichtet, diese Informationen unverzüglich in der geltenden gesetzlich vorgeschriebenen Weise zu veröffentlichen.

§ 13 Audit Committee

1. Unmittelbar nach der Wahl des Vorsitzenden und seines Stellvertreters bildet der Aufsichtsrat einen aus drei Mitgliedern bestehenden Prüfungsausschuss (Audit Committee), dessen Mitglieder und dessen Vorsitzender vom Aufsichtsrat gewählt werden. Der Aufsichtsratsvorsitzende kann nicht Vorsitzender des Prüfungsausschusses sein. Ehemalige Vorstandsmitglieder können nicht Mitglied des Audit Committee sein. Ein Mitglied des Ausschusses wird vom Aufsichtsrat zum Finanzexperten des Prüfungsausschusses ernannt.
2. Mitglied des Audit Committee kann nicht sein,
 - wer neben seiner Aufsichtsratsvergütung sonstige Bezüge von der Gesellschaft, einer Tochtergesellschaft oder einem konzernverbundenen Unternehmen, z. B. im Sinne von §§ 114, 115 AktG, erhält; dies gilt nicht bei Bezügen aus einer Altersvorsorge der Gesellschaft;
 - wessen Ehepartner oder minderjährige Kinder Bezüge von der Gesellschaft oder einer Tochtergesellschaft erhalten;
 - wer gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person ist oder wer zur Vertretung einer Personengesellschaft berechtigt ist, die Bezüge von der Gesellschaft oder

einer Tochtergesellschaft erhält oder wer Gesellschafter, Partner oder leitender Angestellter einer solchen juristischen Person oder Personengesellschaft ist.

Entsteht einer der vorgenannten Ausschlussgründe in der Person eines Audit-Committee-Mitglieds nach Antritt des Ausschuss-Amtes, so ist dieses Mitglied verpflichtet, dies der Gesellschaft unverzüglich mitzuteilen. Die Mitteilung hat schriftlich an den Vorstandsvorsitzenden zu erfolgen, der seinerseits unverzüglich die Hauptversammlung hiervon in Kenntnis zu setzen hat.

Diese Beschränkungen gelten nicht für Arbeitnehmervertreter.

3. Der Prüfungsausschuss hat folgende Aufgaben:

- Überwachung und Prüfung der Rechnungslegung sowie des Risikomanagements;
- Unterbreitung des Vorschlags für die Wahl des Abschlussprüfers an die Hauptversammlung;
- Prüfung der erforderliche Unabhängigkeit des Abschlussprüfers;
- Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer;
- Bestimmung der Prüfungsschwerpunkte;
- Beaufsichtigung der Arbeit des Abschlussprüfers;
- Abschluss der Honorarvereinbarung mit dem Abschlussprüfer;
- das Aufstellen von Regelungen zum Erhalt, der Aufbewahrung und der Weiterbearbeitung von Beanstandungen des Rechnungswesens, des Finanzcontrollings und sonstiger Prüfungsangelegenheiten;
- die Vermittlung bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vorstand und Abschlussprüfer über Fragen der Rechnungslegung;
- Wahrnehmung der Zustimmungskompetenz für Vereinbarungen mit dem Abschlussprüfer hinsichtlich Nicht-Prüfungsleistungen (zustimmungspflichtiges Geschäft im Sinne der Satzung).

4. Der Ausschuss darf zur Erfüllung seiner Aufgaben externe Berater beauftragen.

§ 14 Weitere Ausschussbildung

1. Unmittelbar nach der Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters bildet der Aufsichtsrat zur Wahrnehmung der in § 31 Abs. 3 Satz 1 MitbestG bezeichneten Aufgaben einen Ausschuss, dem der Aufsichtsratsvorsitzende, sein Stellvertreter sowie je ein von den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer und von den Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewähltes Mitglied angehören.
2. Der Aufsichtsrat kann aus seiner Mitte weitere Ausschüsse bilden und deren Zusammensetzung und Aufgaben festlegen. Den Ausschüssen können auch Entscheidungsbefugnisse übertragen werden.
3. Die Ausschüsse dürfen zur Erfüllung ihrer Aufgaben externe Berater beauftragen.

§ 15 Vergütung des Aufsichtsrats

Die Aufsichtsratsmitglieder erhalten eine Vergütung, die von der Hauptversammlung festgelegt wird.

§ 16 Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

1. Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern im Sinne von § 114 Abs. 1 AktG sind ausgeschlossen.
2. Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern oder mit juristischen Personen, deren gesetzlicher Vertreter ein Mitglied des Aufsichtsrats ist, oder mit Personengesellschaften, zu deren Vertretung ein Mitglied des Aufsichtsrats berechtigt ist, bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats.
3. Verträge im Sinne von §§ 114, 115 AktG mit Mitgliedern des Audit Committee, oder mit juristischen Personen, deren gesetzlicher Vertreter, Gesellschafter oder leitender Angestellter ein Mitglied des Audit Committee ist, oder mit Personengesellschaften, zu dessen Vertretung ein Mitglied des Audit Committee berechtigt ist oder deren Gesellschafter, Partner oder leitender Angestellter ein Mitglied des Audit Committee ist, sind ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist die Gewährung von Bezügen an Ehepartner oder minderjährige Kinder eines Mitglieds des Audit Committee.

§ 17 Zustimmungsbedürftige Geschäfte

Der Vorstand bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats zu folgenden Geschäften:

- Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten oder Baulichkeiten;
- Erwerb, Veräußerung oder Belastung von Patenten, Schutzrechten oder Marken;
- Erwerb und Veräußerung von anderen Unternehmen und Beteiligungen, Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen;
- Investitionen, deren Volumen den Betrag von jährlich Euro 1.500.000,00 übersteigen;
- Aufnahme von Krediten, die den Betrag von Euro 1.000.000,00 übersteigen;
- der Abschluss, die Änderung und die Aufhebung von Unternehmensverträgen insbesondere Gewinnabführungsverträgen oder Verträgen ähnlicher Art;
- Vereinbarungen mit den Abschlussprüfern des Unternehmens hinsichtlich grundsätzlich erlaubter Nicht-Prüfungsleistungen.

§ 18 Hauptversammlung

1. Die ordentliche Hauptversammlung findet innerhalb der ersten sechs Monate eines Geschäftsjahres am Sitz der Gesellschaft oder an dem Ort statt, an dem ein börsenmäßiger Handel der Aktien der Gesellschaft erfolgt. Sie wird durch den Vorstand und in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen durch den Aufsichtsrat einberufen.
2. Die Einberufung erfolgt unter Einhaltung einer Frist von mindestens einem Monat durch einmalige Bekanntmachung im Bundesanzeiger. Der Tag der Veröffentlichung und der Tag der Hauptversammlung werden dabei nicht mitgerechnet. Mit der Einberufung sind die Gegenstände der Tagesordnung mitzuteilen.
3. Ohne Wahrung der Einberufungsförmlichkeiten kann eine Hauptversammlung auch dann abgehalten werden, wenn alle Aktionäre erschienen oder vertreten sind und kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht.

§ 19 Teilnahme an der Hauptversammlung, Stimmrecht

1. Zur Teilnahme und Abstimmung sind die Aktionäre oder deren Vertreter berechtigt, deren Aktien am Tage der Hauptversammlung im Aktienregister eingetragen sind. Umschreibungen im Aktienregister werden in den letzten sieben Tagen vor der Hauptversammlung nicht vorgenommen.

2. Jede Aktie gewährt eine Stimme.

§ 20 Ablauf der Hauptversammlung, Beschlüsse

1. Den Vorsitz in der Hauptversammlung führt der Vorsitzende des Aufsichtsrats, im Falle der Verhinderung sein Stellvertreter, im Falle von dessen Verhinderung ein von der Hauptversammlung gewählter Versammlungsleiter. Der Vorsitzende leitet die Versammlung, bestimmt die Reihenfolge der Abhandlung der Tagesordnung sowie die Art und Reihenfolge der Abstimmungen.
2. Die Hauptversammlung ist beschlussfähig, wenn mindestens 75% des gesamten stimmberechtigten Grundkapitals vertreten sind. Soweit die Hauptversammlung nicht beschlussfähig ist, ist unverzüglich eine neue Hauptversammlung einzuberufen, die sodann, ohne Rücksicht auf das vertretene Kapital hinsichtlich der Gegenstände beschlussfähig ist, die auf der Tagesordnung der beschlussunfähigen Hauptversammlung standen, soweit in der erneuten Einberufung darauf hingewiesen wurde.
3. Die Beschlüsse der Hauptversammlung bedürfen der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit nicht das Gesetz zwingend etwas anderes vorschreibt. Die Niederschriften über die Hauptversammlungen erfolgen nach den gesetzlichen Vorschriften.

§ 21 Aufstellung des Jahresabschlusses

1. Der Vorstand hat in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahres für das vergangene Geschäftsjahr den Jahresabschluss mit Anhang sowie den Lagebericht aufzustellen und ihn unverzüglich dem Aufsichtsrat sowie dem Abschlussprüfer vorzulegen.
2. Zugleich hat der Vorstand dem Aufsichtsrat den Vorschlag zuzuleiten, den er der Hauptversammlung für die Verwendung des Bilanzgewinns machen will.

§ 22 Feststellung des Jahresabschlusses

1. Der Aufsichtsrat hat den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns zu prüfen und über das Ergebnis seiner Prüfung schriftlich an die Hauptversammlung zu berichten. Der Aufsichtsrat hat ferner zu dem Ergebnis der Prüfung des Jahresabschlusses durch den Abschlussprüfer Stellung zu

nehmen. Der Aufsichtsrat hat seinen Bericht innerhalb eines Monats, nachdem ihm die Vorlagen zugegangen sind, dem Vorstand zuzuleiten.

2. Billigt der Aufsichtsrat den Jahresabschluss, so ist dieser festgestellt, es sei denn, dass Vorstand und Aufsichtsrat beschließen, die Feststellung des Jahresabschlusses der Hauptversammlung zu überlassen.

§ 23 Gewinnverwendung

Ist der Jahresabschluss festgestellt, können Vorstand und Aufsichtsrat einen Teil des Jahresüberschusses, maximal jedoch die Hälfte, in andere Gewinnrücklagen einstellen. Solange die anderen Gewinnrücklagen die Hälfte des Grundkapitals nicht übersteigen und soweit sie nach der Einstellung die Hälfte nicht übersteigen würden, sind Vorstand und Aufsichtsrat ermächtigt, auch einen größeren Teil des Jahresüberschusses in andere Gewinnrücklagen einzustellen, maximal jedoch zwei Drittel des um die in die gesetzliche Rücklage einzustellenden Beträge und einen Verlustvortrag bereinigten Jahresüberschusses.

§ 24 Bekanntmachungen

Bekanntmachungen der Gesellschaft erfolgen ausschließlich im Bundesanzeiger.

§ 25 Gründungskosten

Die Kosten und Steuern der Gründung trägt die Gesellschaft, und zwar bis zu einem Höchstbetrag von 10.000 EUR.

III. Kommentierung der Satzung

1. Gesetzliche Grundlagen – Aktienrecht

A. Deutsches und Europäisches Aktienrecht

Das deutsche Aktienrecht hat in den letzten Jahren – angestoßen von den innerdeutschen und internationalen Entwicklungen – vielfältige Änderungen und Ergänzungen erfahren, die entweder zu einer unmittelbaren Änderung des Aktienrechts selbst geführt haben oder aber sich mittelbar auf die Aktiengesellschaft auswirken und deren Ende noch nicht erreicht ist. Insbesondere die europäische Rechtsentwicklung, u.a. vorangetrieben durch die Rechtsprechung des EuGH, prägt die Entwicklungen im deutschen Aktien- und Kapitalmarktrecht. Zum Teil sind die rechtlichen Verknüpfungen so eng, dass nicht mehr eindeutig unterschieden werden kann zwischen dem „deutschen“ und dem „europäischen“ Recht, zumal direkt geltende europäische Verordnungen in allen Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes (nationales) Recht sind.

a) Der Deutsche Corporate Governance Kodex

Spektakuläre Unternehmensskandale in den vergangenen Jahren (z.B. Balsam/Procedo, Flowtex, Bankgesellschaft Berlin, ComROAD, ENRON, WorldCom), der Zusammenbruch vieler „Dot-com“-Unternehmen am Neuen Markt sowie zahlreiche Bereicherungsvorwürfe gegenüber Organmitgliedern von Aktiengesellschaften haben den Blick der Öffentlichkeit auf die Fragen der Führung und Überwachung von Unternehmen gelenkt.

Vor diesem Hintergrund wurde der „German Code of Corporate Governance“ (GCCG) von der im September 2001 eingesetzten Regierungskommission („Cromme-Kommission“) erarbeitet. Sie legte erstmals im Februar 2002 den Deutschen Corporate Governance Kodex vor der jährlich geprüft und gegebenenfalls geändert wird. Er enthält Verhaltensregeln für Vorstände und Aufsichtsräte, Regeln für die Rechnungslegung und Abschlussprüfung sowie Prüfungsvorschriften für Wirtschaftsprüfer. Der Kodex selbst

hat keinen Gesetzesrang. Er soll dadurch als flexibles Instrument schnell an künftige Veränderungen angepasst werden können. Aktuell gilt der Deutsche Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16.12.2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020.

Der Kodex enthält drei Typen von Regelungen:

- Darstellung wesentlicher Vorschriften des (zwingenden) geltenden Rechts zur Unternehmensleitung und -überwachung börsennotierter Gesellschaften,
- Empfehlungen an die Gesellschaftsorgane auf Grundlage international und national anerkannter Verhaltensstandards, im Text durch „soll“ gekennzeichnet,
- bloße Anregungen für eine gute und verantwortungsvolle Unternehmensführung und -überwachung, im Text durch „sollte“ oder „kann“ gekennzeichnet.

Über die Entsprechenserklärung des § 161 AktG wird der Kodex auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. In dieser Entsprechenserklärung haben die börsennotierten Aktiengesellschaften Abweichungen zu den Empfehlungen (nicht den Anregungen) zu begründen und zu veröffentlichen („Comply or Explain“).

b) Die Vergütung der Organe einer AG

Die Festlegung der Vergütungen für Aufsichtsräte und deren Fälligkeit können in der Satzung erfolgen oder in die Kompetenz der Hauptversammlung gelegt sein. Vertragliche Vereinbarungen über die Zahlung von Vergütungen, Sondervergütungen usw., die nicht durch die Satzung oder einen Hauptversammlungsbeschluss legitimiert sind, sind nichtig wegen Verstoßes gegen § 134 BGB. Empfehlenswert ist es, die Vergütung durch die Hauptversammlung festlegen zu lassen, so wie es die Mustersatzung in § 15 vorsieht. Zum einen kann so eine beabsichtigte Erhöhung der Vergütung durch einen Hauptversammlungsbeschluss herbeigeführt werden. Ist die Vergütung dagegen in der Satzung festgelegt, kann sie durch einen Hauptversammlungsbeschluss zwar herabgesetzt werden, nicht aber erhöht werden. Für eine Erhöhung müsste eine Satzungsänderung durchgeführt werden, wofür zum

einen eine notarielle Beschlussfassung und zum anderen eine 3/4-Mehrheit erforderlich ist.

Der Aufsichtsrat schließt die Anstellungsverträge mit den Vorständen ab und legt die angemessene Vorstandsvergütung fest, § 87 AktG. Die Entscheidung über die Vergütung eines Vorstandsmitglieds darf nicht an einen Ausschuss des Aufsichtsrates delegiert werden, sondern muss vom Plenum des Aufsichtsrates getroffen werden, so ausdrücklich § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG.² Die Wichtigkeit der Festlegung der angemessenen Vorstandsvergütung unter Beachtung der Kriterien des § 87 Abs. 1 AktG zeigt sich in der Haftungsvorschrift des § 116 Satz 3 AktG: die Vereinbarung einer unangemessen hohen Vergütung lässt den schuldrechtlichen Anspruch des Vorstands unberührt, lässt jedoch den Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft für den überhöhten Vergütungsteil persönlich haften. Für börsennotierte Gesellschaften legt der Corporate Governance Kodex weitere Grundsätze und Empfehlungen zur Vorstandsvergütung fest. Danach hat der Vorstand ein klares und verständliches System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder zu beschließen und auf dessen Basis die konkrete Vergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder zu bestimmen, wobei die Hauptversammlung diesen Vergütungssystembeschluss des Aufsichtsrats billigen soll.³

Börsennotierte Aktiengesellschaften haben einen individualisierten Vergütungsausweis ihrer Vorstandsmitglieder vorzunehmen, §§ 285 Satz 1 Nr. 9a, 314 Abs. 1 Nr. 6a HGB. Es knüpft damit an die bereits bestehenden Offenlegungspflichten der den Mitgliedern des Geschäftsführungsorgans, des Aufsichtsrates, eines Beirates oder ähnlichen Einrichtungen gewährten Gesamtbezüge an. Die Pflicht zur Offenlegung der Vorstandsbezüge kann durch entsprechenden Hauptversammlungsbeschluss abbedungen werden. Dieser Beschluss darf jedoch höchstens für die Dauer von 5 Jahren und muss mit mindestens $\frac{3}{4}$ des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals gefasst werden.

² Die Anforderungen an die Vorstandsvergütung wurden konkretisiert durch das Gesetz über die Angemessenheit von Vorstandsvergütungen (VorstAG) v. 31.7.2009, BGBl. I, 2509

³ Grundsatz 23 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 16. Dezember 2019, bekannt gemacht im Bundesanzeiger vom 20.03.2020, BAnz AT 20.03.2020 B3.

c) Aktienrechtlicher Squeeze out

In den §§ 327a bis f sind die Voraussetzungen für das sog. Squeeze-out im deutschen Aktienrecht verankert. Squeeze-out bezeichnet die Ausschaltung eines geringen Streubesitzanteils (< 5%) durch Verpflichtung der Minderheitenaktionäre zum Zwangsverkauf ihrer Aktien an den Hauptaktionär. Es handelt sich dabei um ein einseitiges Gestaltungsrecht des Hauptaktionärs, das keiner Zustimmung der Minderheitenaktionäre bedarf. Ein Großaktionär, der mit mindestens 95% am Grundkapital beteiligt ist, kann aufgrund eines Beschlusses der Hauptversammlung die Übertragung der außenstehenden Aktien gegen angemessene Barabfindung verlangen. Die Regelungen über den Squeeze-out gelten auch für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften, sowie in Fällen, in denen es zuvor kein öffentliches Übernahme- oder Pflichtangebot gab. Anders als bei der Kaduzierung (§ 64 AktG) oder bei der Einziehung von Aktien (§ 237 AktG) bedarf es für die Durchführung des Squeeze-out keiner entsprechenden Regelung in der Satzung der Gesellschaft und keines wichtigen Grundes für den Ausschluss. Der BGH hat im Jahre 2005 die Regelungen der §§ 327a ff. AktG für verfassungsgemäß erklärt.⁴ Dies hat er im Jahr 2006 nochmals bekräftigt und zugleich ausgesprochen, dass ein Squeeze-out-Verfahren nach seinem Sinn und Zweck auch im Stadium der Liquidation anwendbar sei, ohne dass ein Verstoß gegen Art. 14 GG vorliege.⁵ Sodann hat auch das Bundesverfassungsgericht die Regelungen der §§ 327a AktG für verfassungskonform erklärt.⁶

Grund für die gesetzliche Normierung des Squeeze-out ist der unverhältnismäßige Aufwand, der von der Gesellschaft zur Wahrung der Rechte der Minderheitsaktionäre betrieben werden muss im Vergleich zu deren Finanzierungsbeitrag. Ein weiterer Grund lag darin, dass durch den Ausschluss von Minderheitsaktionären das Anfechtungs- und Blockaderisiko bei der Durchführung von notwendigen oder angestrebten Strukturmaßnahmen der Gesellschaft beseitigt werden kann. Grundsätzlich ist es unerheblich, wie die vorgeschriebene 95%-Schwelle zustande gekommen ist. Sie kann beispielsweise durch Strukturänderungen innerhalb der Gesellschaft entstehen, wie bei einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage unter Ausschluss des Bezugsrechts der

⁴ BGH, Beschl. v. 25.7.2005 – II ZR 327/03.

⁵ BGH, Urt. v. 18.9.2006 – II ZR 225/04, DB 2006, 2506.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 30.5.2007 – 1 BvR 390/04, NZG 2007, 587.

übrigen Aktionäre durch den Hauptaktionär oder durch Verschmelzung der Gesellschaft mit einer anderen Gesellschaft des Hauptaktionärs. Das OLG München⁷ hat allerdings im Jahre 2006 entschieden, dass ein Squeeze-out-Beschluss bei vorherigem rechtsmissbräuchlichen Aktienerwerb des Hauptaktionärs nichtig sei. In diesem Fall war der Aktienerwerb deshalb rechtsmissbräuchlich, weil der Hauptaktionär den erforderlichen 95%-igen Schwellenwert nur auf Grund einer Konstruktion erreicht hatte, die ausschließlich dazu dienen sollte, den Schwellenwert zum Ausschluss der Minderheitsaktionäre zu erreichen.

Die in § 327b AktG vorgesehene Abfindung der auszuschließenden Minderheitsaktionäre findet ausschließlich in Geld statt. Die Höhe der Abfindung wird vom Hauptaktionär festgelegt, unterliegt jedoch der Überprüfung. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll mit der Abfindung eine volle wirtschaftliche Kompensation der Nachteile der Minderheitsaktionäre erfolgen. Die Abfindung darf jedenfalls nicht unter dem Verkehrswert der gehaltenen Aktien liegen, darauf hat der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁸ ausdrücklich hingewiesen.

Mit Eintragung in das Handelsregister gehen die Minderheitsaktien per Gesetz auf den Hauptaktionär über. Sind über diese Aktien Aktienurkunden ausgegeben, so verbrieften sie ab der Eintragung bis zur Übergabe an den Hauptaktionär lediglich den Anspruch auf die beschlossene Barabfindung.

d) Das Spruchverfahren

Eine gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit der Abfindungshöhe findet allerdings nicht im Anfechtungsprozess statt, sondern über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren⁹. Es dient dazu, den Streit um Ausgleichs- bzw. Abfindungszahlungen aus dem Bereich der Anfechtungsklagen gegen entsprechende gesellschaftsrechtliche Beschlüsse herauszulösen. Damit wird verhindert, dass Strukturmaßnahmen von Unternehmen durch Anfechtungsklage von Minderheitsaktionären blockiert werden,

⁷ Urt. v. 23.11.2006 – 23 U 2306/06, ZIP 2006, 2370.

⁸ BVerfGE 100, 289 ff.

⁹ BVerfGE 100, 289 ff.

obwohl es nicht um die Maßnahme an sich, sondern „lediglich“ um die vorgesehene Ausgleichs- bzw. Abfindungszahlung geht. Die für das Spruchverfahren zuständigen Landgerichte überprüfen die Frage der Angemessenheit in der Regel auf der Grundlage einer Unternehmensbewertung, wobei sie auf die Heranziehung von Sachverständigengutachten angewiesen sind. Darüber hinaus hat der BGH¹⁰ unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass auch abfindungswertbezogene Informationsmängel bei Umwandlungen nicht im Wege der Anfechtungsklage, sondern ausschließlich im Spruchverfahren verfolgt werden können. Bei Verschmelzungsvorgängen steht den Aktionären der übernehmenden Gesellschaft das Spruchverfahren nicht offen; sie können im Gegensatz zu den Aktionären der übertragenden Gesellschaft die Bewertungsrüge daher (nur) im Wege der Anfechtungsklage geltend machen.

Bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen (also der Sachkapitalerhöhung) kann die Anfechtung des entsprechenden Hauptversammlung-Beschlusses nach § 243 AktG, wenn das Bezugsrecht der Aktionäre ganz oder zum Teil ausgeschlossen worden ist, auch darauf gestützt werden, dass der sich aus dem Erhöhungsbeschluss ergebende Ausgabebetrag oder der Mindestbetrag, unter dem die neuen Aktien nicht ausgegeben werden sollen, unangemessen niedrig ist, so § 255 Abs. 2 Satz 1 AktG. Die Bewertungsrügen sind in diesen Fällen also nicht in einem Spruchverfahren, sondern im Wege der Anfechtung geltend zu machen.

e) Das Klagezulassungsverfahren

Die Verhinderung von rechtsmissbräuchlichen Anfechtungsklagen einerseits und die Verstärkung von (berechtigten) Aktionärsinteressen andererseits stehen in einem steten Spannungsverhältnis. Die Geltendmachung von aktienrechtlichen Minderheitenrechten erfolgt durch das Klagezulassungsverfahren in § 148 AktG. Damit wird es Minderheitsaktionären, die zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 EUR erreichen, ermöglicht, Ersatzansprüche der

⁹ Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahrens (Spruchverfahrensgesetz – SpruchG) vom 12. Juni 2003, in Kraft getreten am 1.9.2003, BGBl. I 2003, 838 ff, zuletzt geändert durch Art. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.4.2007, BGBl. I 2007, 542 ff.

¹⁰ Urt. v. 18.12.2000 – II ZR 1/99, BB 2001, 382 ff. = NJW 2001, 1428.

Gesellschaft gegen ihre Organe im Sinne von § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG im eigenen Namen geltend zu machen. Die Vorschaltung des Klagezulassungsverfahrens in § 148 AktG dient dabei der gerichtlichen Missbrauchskontrolle. Die Klage der Minderheitsaktionäre wird durch das Gericht zugelassen, wenn

1. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie oder im Falle der Gesamtrechtsnachfolge ihre Rechtsvorgänger von den behaupteten Pflichtverstößen oder dem behaupteten Schaden auf Grund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten,
2. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben,
3. Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist, und
4. der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.

Im Bundesanzeiger gibt es ein Aktionärsforum, in dem Kleinaktionäre Mitstreiter für das Erreichen der gesetzlichen Quoren oder auch für Stimmrechtsausübungen suchen können, § 127a AktG. Zuständig ist das Landgericht des Gesellschaftssitzes, § 148 Abs. 2 Satz 1 AktG. Eine Nebenintervention weiterer Aktionäre („Trittbrettfahrer“) ist nach Zulassung der Klage nicht mehr möglich, § 148 Abs. 4 Satz 3 AktG. Ist die Klage zugelassen, kann die Klage nur binnen dreier Monate nach Eintritt der Rechtskraft der Zulassungsentscheidung erhoben werden, sofern die Aktionäre die Gesellschaft nochmals unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben, § 148 Abs. 4 Satz 1 AktG. Die Gesellschaft ist nach § 148 Abs. 3 AktG jederzeit berechtigt, ihren Ersatzanspruch selbst gerichtlich geltend zu machen; mit der Klageerhebung durch die Gesellschaft wird ein anhängiges Zulassungs- oder Klageverfahren von Aktionären über diesen Ersatzanspruch unzulässig. Die Gesellschaft ist nach ihrer Wahl ebenfalls berechtigt, ein anhängiges Klageverfahren über ihren Ersatzanspruch in der Lage zu übernehmen, in der sich das Verfahren zur

Zeit der Übernahme befindet. Die bisherigen Antragsteller oder Kläger sind in diesen Fällen beizuladen.

Ein Beispielsfall für ein Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG ist das Verfahren gegen die Deutsche Bank AG wegen der öffentlichen Äußerungen des ehemaligen Vorstandssprechers *Rolf Breuer* über die Kreditwürdigkeit der *Kirch-Gruppe*. Der BGH¹¹ hatte festgestellt, dass die Deutsche Bank AG und *Rolf Breuer* als Gesamtschuldner die Ansprüche auf Ersatz der Schäden zu erfüllen haben, die der PrintBeteiligungs GmbH aus den Äußerungen des *Rolf Breuer* in einem Interview des Fernsehsenders Bloomberg TV am 3./4. Februar 2002 bereits entstanden sind und zukünftig entstehen werden. Der BGH hat in den Interviewäußerungen von *Dr. Breuer* eine Verletzung der aus dem Darlehensvertrag der Deutschen Bank AG mit der PrintBeteiligungs GmbH folgenden Pflicht, die Kreditwürdigkeit der Darlehensnehmerin nicht zu gefährden, gesehen. Am 5.5.2006 veröffentlichte der Aktionär der Deutschen Bank AG, *Dr. Dieter Hahn*, im Aktionärsforum folgende Aufforderung: *„Dr. Dieter Hahn beabsichtigt die Durchführung von Klagezulassungs- und anschließenden Klageverfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen Dr. Rolf-E. Breuer nach § 148 AktG. Dr. Hahn fordert alle Aktionäre auf, die ihre Aktien vor dem 4.2.2002 erworben haben, sich anzuschließen und der zu diesem Zweck gegründeten BGB-Gesellschaft beizutreten.“*

Als Gegengewicht zur Erleichterung der Haftungsklage für Minderheitenaktionäre wegen Pflichtverletzungen des Vorstandes gem. § 148 AktG besteht im Bereich qualifizierter unternehmerischer Entscheidungen des Vorstandes ein Haftungsfreiraum („Business Judgement Rule“), § 93 Abs. 1 AktG: *„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“*

f) Das Freigabeverfahren

Gem. § 246a AktG ist in den Fällen, in denen Anfechtungsklage gegen einen Hauptversammlungsbeschluss über eine Maßnahme der Kapitalbeschaffung,

¹¹ BGH, Urt. v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03.

Kapitalherabsetzung oder einen Unternehmensvertrag erhoben wird, die Durchführung eines Freigabeverfahrens möglich. Im Rahmen dieses Verfahrens kann die Gesellschaft beantragen, dass der Hauptversammlungsbeschluss trotz Klageerhebung in das Handelsregister eingetragen wird und ausgeführt werden kann. Dadurch soll vermieden werden, dass die Gesellschaft allein durch die Klageerhebung bei der Durchführung des Hauptversammlungsbeschlusses blockiert werden kann. Nur in Fällen, in denen es der Gesellschaft zugemutet werden kann, ist der Ausgang des Hauptverfahrens abzuwarten. Ob dies der Fall ist, entscheidet das Gericht im Rahmen des Freigabeverfahrens. Die Freigabe ist zu erklären, wenn die Anfechtungsklagen „unzulässig oder offensichtlich unbegründet“ oder im Rahmen einer Interessenabwägung das Eintragungsinteresse der Gesellschaft gegenüber dem Aussetzungsinteresse des/r Anfechtenden überwiegt. Verfügt das Gericht die Eintragung des Beschlusses trotz Klageerhebung, so muss die Umsetzung des Beschlusses auch dann nicht rückgängig gemacht werden, wenn der Anfechtungskläger später im Hauptverfahren obsiegt. Dem Anfechtungskläger steht dann lediglich ein Schadensersatzanspruch zu. Das Freigabeverfahren ist ein Eilverfahren, das Gericht soll spätestens binnen drei Monaten entscheiden, § 246 Abs. 3 Satz 5 AktG.

Häufig finden sich in Satzungen Regelungen, wonach die Teilnahme der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechtes davon abhängt, dass die Aktien bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vor der Versammlung hinterlegt werden. Diese Möglichkeit ist seit der Neufassung des § 123 AktG durch das UMAG nicht mehr vorgesehen.

g) Das Kapitalanleger-Musterverfahren

Das Musterverfahren für Schadensersatzklagen von Kapitalanlegern ist im Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) geregelt. Es betrifft Haftungsklagen wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen (z.B. in Jahresabschlüssen oder Börsenprospekten), wegen Erfüllungsansprüchen aus Verträgen, die auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruhen und Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit Anlageberatung und -vermittlung. Es bietet die Möglichkeit, in solchen Prozessen ein Musterverfahren

durchzuführen. Tatsachen- und Rechtsfragen, die sich in mindestens 10 individuellen Schadensersatzverfahren gleichlautend stellen, können so in einem Musterverfahren gebündelt und einheitlich durch das zuständige OLG (ausschließlicher Gerichtsstand ist der Sitz der Gesellschaft, §§ 32b ZPO, 71 Abs. 2 Nr. 3 GVG) mit Bindungswirkung für alle Kläger und solche, die ihre Ansprüche zu diesem Musterverfahren angemeldet haben, entschieden werden.

Das Musterverfahren wird eingeleitet durch einen entsprechenden Antrag eines Kapitalanlegers, der einen Schadensersatzanspruch im Sinne des KapMuG gerichtlich geltend macht, § 2 Abs. 1 KapMuG. Der Musterfeststellungsantrag wird vom Gericht in einem eigenen Klageregister im Bundesanzeiger veröffentlicht, § 4 Abs. 1 KapMuG. Werden innerhalb von 6 Monaten mindestens neun weitere gleichgerichtete Anträge in verschiedenen Rechtsstreitigkeiten zur Klärung derselben Musterfrage festgestellt, holt das Prozessgericht einen entsprechenden Musterbescheid bei dem übergeordneten OLG ein, § 6 Abs. 1 KapMuG. Einer der Kläger wird zum Musterkläger bestimmt, die übrigen werden dem Musterverfahren zur Wahrung des rechtlichen Gehörs beigeladen, § 9 Abs. 2 KapMuG. Gegen den Musterentscheid ist die Rechtsbeschwerde zum BGH zulässig, § 20 KapMuG. Ist der Musterentscheid rechtskräftig, werden unter seiner Zugrundelegung die Individualprozesse (die bis zum Musterentscheid ausgesetzt werden, § 8 KapMuG) entschieden. Der Musterentscheid des OLG bindet alle Beteiligten des Musterverfahrens, § 22 KapMuG. Für das Musterverfahren entstehen keine zusätzlichen Gerichts- oder Rechtsanwaltsgebühren. Die im Musterverfahren angefallenen Auslagen (insbesondere Sachverständigenkosten, wobei hier ein Kostenvorschuss nicht erforderlich ist) werden im Verhältnis der geltend gemachten klägerischen Forderungen auf die einzelnen Prozessverfahren aufgeteilt. Wurde die erforderliche Anzahl gleichgerichteter Anträge nicht erreicht, wird der Individualrechtsstreit ohne Musterverfahren fortgesetzt, § 6 Abs. 5 KapMuG.

h) Ad-hoc-Publizität und Schadensersatz

Mit seinem EM.TV-Urteil¹² hat der BGH den Anlegerschutz bei fehlerhaften Ad-hoc-Mitteilungen gestärkt. Die vom BGH entschiedene Klage richtete sich nicht gegen Vorstand oder Aufsichtsrat, sondern gegen die Gesellschaft selbst. Die klägerischen Schadensersatzansprüche, die aufgrund einer vorsätzlich falschen Ad-hoc-Meldung des Vorstands entstanden waren, stützte der BGH auf § 826 BGB (§ 37c WpHG war zum Zeitpunkt des schadensstiftenden Ereignisses noch nicht in Kraft) und stellte klar, dass auch die Gesellschaft gem. § 31 BGB analog für pflichtwidriges Verhalten ihrer Organmitglieder hafte und somit Gesellschaft und pflichtwidrig handelndes Vorstandsmitglied eine gesamtschuldnerische Haftung treffe. Zur Frage der Schadensberechnung stellte der BGH klar, dass nicht etwa nur der Differenzschaden des Kapitalanlegers in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem tatsächlichen Transaktionspreis und dem Preis, wie er sich bei pflichtgemäßem Publizitätsverhalten gebildet hätte, zu ersetzen sei. Vielmehr könne der Anleger Schadensersatz im Wege der Naturalrestitution in Form der Erstattung des gezahlten Kaufpreises gegen Übertragung der erworbenen Aktien oder – sofern diese wegen zwischenzeitlicher Veräußerung nicht mehr vorhanden sind – gegen Aufrechnung des an ihre Stelle getretenen Veräußerungspreises verlangen.

i) Aktuelles: Die virtuelle HV

Um den coronabedingten Einschränkungen der Versammlungsfreiheit Rechnung zu tragen und dennoch die Durchführung von Hauptversammlungen zu ermöglichen, wurde mit dem COVMG¹³ (zunächst) für die HV-Saison 2020 die virtuelle Hauptversammlung geschaffen, d.h. eine Hauptversammlung ohne körperliche Anwesenheit der Aktionäre. Mit dem Aufbauhilfegesetz 2021¹⁴ wurde die Geltungsdauer des „COVMG“ bis zum 31.08.2022 verlängert.

¹² BGH, Urt. vom 9.5.2005 – II ZR 287/02 „EM.TV“, BB 2005, 1644 ff.

¹³ Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (COVMG) vom 27. März 2020, BGBl. I S. BGBl. Jahr 2020 I Seite 569, 570; zuletzt geändert durch Art. 15 AufbauhilfeG 2021 vom 10.9.2021, BGBl. I S. 4147.

¹⁴ Art. 15 des Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 - AufbauhilfeG 2021) vom 10.9.2021, BGBl. I S. 4147.

Nach § 1 COVMG dürfen Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, KGaA und Europäischen Aktiengesellschaften SE gem. §118 AktG unter Verwendung elektronischer Fernkommunikationsmittel abgehalten werden – und zwar auch ohne, dass dies in der Satzung vorgesehen ist.

Die Entscheidung, eine solche virtuelle HV abzuhalten liegt gem. § 1 Abs. 2 COVMG beim Vorstand, es ist zudem die Zustimmung des Aufsichtsrates erforderlich, der den entsprechenden Beschluss ungeachtet etwaiger Satzungsregelungen ebenfalls ohne physische Präsenz treffen kann, § 1 Abs. 6 COVMG. Für die SE trifft der Verwaltungsrat die Entscheidung über die Durchführung einer virtuellen HV, § 1 Abs. 8 COVMG. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 COVMG kann eine Hauptversammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre oder ihrer Bevollmächtigten als virtuelle Hauptversammlung abgehalten werden, sofern

1. die Bild- und Tonübertragung der gesamten Versammlung erfolgt,
2. die Stimmrechtsausübung der Aktionäre über elektronische Kommunikation (Briefwahl oder elektronische Teilnahme) sowie Vollmachtserteilung möglich ist,
3. den Aktionären ein Fragerecht im Wege der elektronischen Kommunikation eingeräumt wird,
4. den Aktionären, die ihr Stimmrecht nach Nr. 2 ausgeübt haben, in Abweichung von § 245 Nr. 1 AktG unter Verzicht auf das Erfordernis des Erscheinens in der Hauptversammlung eine Möglichkeit zum Widerspruch gegen einen Beschluss der Hauptversammlung eingeräumt wird.

§ 1 Abs. 2 Satz 2 COVMG regelt Einzelheiten des Frage- und Antragsrechts. § 1 Abs. 3 COVMG enthält Details der Einberufung, insbesondere hinsichtlich der zu beachtenden Fristen.

Im Koalitionsvertrag des Regierungsbündnisses aus SPD, Bündnis 90/die Grünen und FDP vom 07.12.2021 enthält u.a. auch Vorhaben im Rahmen des Gesellschaftsrechts. So ist vorgesehen, die Möglichkeit der virtuellen Hauptversammlung über die bisherige gesetzliche Regelung des § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG hinaus dauerhaft zu eröffnen. In

Abweichung zu der Regelung durch das COVMG sollen bei der dauerhaften Lösung die Aktionärsrechte uneingeschränkt gewahrt sein. Wie genau dies geschehen soll, bleibt abzuwarten.

j) Europäische Vorgaben und deren Umsetzung

Richtlinie zur Gründung von Aktiengesellschaften und zur Erhaltung ihres Kapitals

Mit der Richtlinie 2006/68/EG¹⁵ sollen im Wesentlichen folgende Neuerungen vorgenommen werden:¹⁶

- Es sollen Aktien für die Einbringung von Sacheinlagen ausgegeben werden können ohne vorherige Bewertung durch einen Sachverständigen, wenn es für die Bewertung der betreffenden Einlagen einen klaren Anhaltspunkt gibt – unter gleichzeitiger Garantie, dass Minderheitsaktionäre eine solche Bewertung jedoch verlangen können.
- Damit Aktiengesellschaften flexibler auf Marktentwicklungen, die ihren Aktienkurs beeinflussen, reagieren und ihren Verwaltungsaufwand senken können, sollte diesen Gesellschaften der Erwerb eigener Aktien bis in Höhe ihrer ausschüttungsfähigen Rücklagen gestattet und der Zeitraum, für den die Hauptversammlung einen solchen Erwerb genehmigen kann, verlängert werden.
- Um in allen Mitgliedstaaten die Vereinheitlichung des Gläubigerschutzes zu verbessern, sollten Gläubiger, deren Forderungen aufgrund einer Herabsetzung des Kapitals einer Aktiengesellschaft gefährdet sind, unter bestimmten Voraussetzungen auf Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zurückgreifen können.
- Des Weiteren sollen die Mitgliedstaaten zuverlässige Instrumentarien zur Verhinderung von Marktmissbrauch schaffen.

¹⁵ Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.9.2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, ABl. L 264 vom 25.9.2006, 32 ff.

¹⁶ Erwägungsgründe 4 bis 7 der Richtlinie 2006/68/EG.

EU-Aktionärsrechterichtlinien

Die EU-Aktionärsrechterichtlinie von 2006¹⁷ zielt darauf ab, die grenzüberschreitende Ausübung von Aktionärsrechten bei börsennotierten Gesellschaften zu erleichtern. Die Richtlinie soll dafür sorgen, dass Aktionäre unabhängig davon, wo sie in der EU ansässig sind, rechtzeitig Zugang zu vollständigen Informationen über ihr Unternehmen erhalten und bestimmte Rechte, insbesondere Stimmrechte, problemlos auch aus der Ferne ausüben können.

Die Umsetzung der Richtlinie 2006/68/EG und der Aktionärsrechterichtlinie 2006 (soweit in Deutschland erforderlich) ist durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30.7.2009¹⁸ erfolgt. Der Sachgründungsvorgang bei Aktiengesellschaften wurde dereguliert, die Frist für die Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien wurde von 18 Monaten auf maximal fünf Jahre erhöht und das aktienrechtliche Freigabeverfahren gemäß § 246a AktG zum besseren Schutz vor sog. „räuberischen Aktionären“ wurde geändert. Es wurde Kapitalaufbringungsvorschriften geändert, z. B. bei der Neuregelung der verdeckten Sacheinlage und des Hin- und Herbählens und der ausdrücklichen Zulässigkeit des Mindestausgabebetrages für Bezugsaktien aus bedingtem Kapital. Der Zugang zu Informationen für den Aktionär wurde verbessert, geändert wurden auch die Vorschriften über die Einberufung der Hauptversammlung sowie das gesamte Fristenregimes vor der Hauptversammlung. Die Wahrnehmung der Rechte in der Hauptversammlung wurde insbesondere für gebietsfremde Aktionäre erleichtert, z. B. durch Zulässigkeit der Online-HV und neue Vorschriften über die Zugänglichmachung von Unterlagen in der Hauptversammlung. Letztlich sind die Vorschriften über Depotstimmrechte der Banken zusammengefasst und vereinfacht worden.

Die Aktienrechtsnovelle 2016¹⁹ ist am 31.12.2015 in Kraft getreten, ausgenommen hiervon ist die Neuregelung der Dividendenfälligkeit (§ 58 Abs. 4 AktG n. F.), diese tritt erst am 1.1.2017 in Kraft, um eine einheitliche Abwicklung der Dividendentermine zu ermöglichen (d. h. die Dividendensaison 2016 wird noch nach altem Recht abgewickelt).

¹⁷ Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl. L 184 vom 14.7.2007, 17 ff. vom 11.7.2007.

¹⁸ Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) v. 30.7.2009, BGBl. I, 2479, in Kraft getreten am 1.9.2009.

Weitere Änderungen betrafen die Regelungen zur Nachzahlung bei Vorzugsaktien, zur umgekehrten Wandelschuldverschreibung, und der Erhöhung der Transparenz bei Inhaberaktien.

Die Aktionärsrechterichtlinie 2007/36/EG wurde durch die Änderungsrichtlinie 2017²⁰ insbesondere im Bereich der Transparenz und der Beteiligungsrechte der Aktionäre reformiert.²¹ Eingefügt wurde ein neues Kapitel Ia über die Identifizierung der Aktionäre, Übermittlung von Informationen und Erleichterung der Ausübung von Aktionärsrechten („know your shareholder“). So sollen Aktiengesellschaften zukünftig das Recht haben, ihre Aktionäre zu identifizieren. Intermediäre werden verpflichtet, entsprechende Auskünfte (auch grenzüberschreitend) zu erteilen. Dadurch sollen die Gesellschaften mit ihren Aktionären unmittelbar kommunizieren können und so die Ausübung der Aktionärsrechte durch die Aktionäre erleichtern. Den Mitgliedstaaten bleibt vorbehalten, das Recht auf Identifizierung der Aktionäre an einen Schwellenwert von mindestens 0,5% Beteiligung zu knüpfen. Auswirkungen werden in Deutschland vor allem für die bislang anonyme Kleinstbeteiligung in Form von Inhaberaktien erwartet, für die bislang erst ab einer Beteiligungsschwelle von 3% (§ 21 WpHG) eine Meldepflicht besteht. In einem weiteren neuen Kapitel Ib ist die Transparenz bei institutionellen Anlegern, bei Vermögensverwaltern und bei Stimmrechtsberatern geregelt. Danach hat eine Veröffentlichung der Mitwirkungspolitik und der Anlagestrategien durch institutionelle Anleger und Vermögensverwalter sowie eine entsprechende jährliche Berichterstattung zu erfolgen. Stimmrechtsberater sollen sich an einen Verhaltenskodex binden oder erklären müssen, falls eine solche Bindung nicht praktiziert wird, sie müssen weiterhin bestimmte Eckpunkte ihrer Tätigkeit offenlegen. Hinsichtlich der Vergütungspolitik der AG sieht der neue Artikel 9a der Aktionärsrechte-Richtlinie vor, dass die Aktionäre börsennotierter AGs über die Vorstandsvergütung bei jeder wesentlichen Änderung, mindestens aber alle 4 Jahre abzustimmen sollen („say on pay“), wobei die

¹⁹ Gesetz v. 22.12.2015, BGBl. I, 2565.

²⁰ Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABl. L 132 vom 20.5.2017, S. 1-25.

²¹ Vertiefend zu den Inhalten der Änderungsrichtlinie und dem Umsetzungsbedarf in Deutschland siehe Bungert/Wansleben, DB 2017, 1190.

Mitgliedstaaten diese Abstimmung als nicht bindend vorsehen können.²² Über „wesentliche“ Geschäfte mit der Gesellschaft nahe stehenden Personen („related party transactions“) soll nach dem neuen Artikel 9c entweder die Hauptversammlung oder der Aufsichtsrat befinden, wobei die Mitgliedstaaten selbst definieren können, nach welchen Kriterien die „wesentlichen“ Geschäfte zu bestimmen sind. Bei Geschäften, die „im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen getätigt werden“ soll der der Aufsichtsrat ein internes Verfahren zur Kontrolle dieser Kriterien einführen. Ein Hauptversammlungsvotum soll für diese Transaktionen nur dann erforderlich sein, wenn die Mitgliedstaaten dies vorsehen. Die Mitgliedstaaten können weitere Ausnahmen vorsehen, z. B. bei verbundenen Unternehmen. Zudem sind solche Geschäfte spätestens zum Zeitpunkt ihres Abschlusses öffentlich bekanntmachen.

Die Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie²³ in Deutschland erfolgte durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II)²⁴ brachte für börsennotierte Gesellschaft u.a. folgende wesentliche Neuerungen:

- Der Aufsichtsrat hat ein klares und verständliches Vergütungssystem für den Vorstand zu beschließen, der neue § 87a AktG enthält eine Auflistung erforderlicher Angaben (u.a. die Vereinbarung von Claw-back-Klauseln²⁵). Der Aufsichtsrat hat ebenfalls eine Maximalvergütung der Vorstandsmitglieder festzulegen.
- Die Vergütung der Vorstandsmitglieder hat der Aufsichtsrat in Übereinstimmung mit einem der Hauptversammlung nach § 120a Abs. 1 AktG zur Billigung vorgelegten Vergütungssystem festzusetzen. Die Beschlussfassung der Hauptversammlung zur Vergütungspolitik und zum Vergütungsbericht hat mindestens alle 4 Jahre zu erfolgen, hat aber nur empfehlenden Charakter. Bei Nichtbilligung des Vergütungssystems durch die Hauptversammlung muss spätestens in der nächsten Hauptversammlung ein überprüftes Vergütungssystem zum Beschluss vorgelegt

²² Der Beschluss der HV einer börsennotierten AG über die Vergütung ist nach derzeitiger deutscher Gesetzeslage in § 120 Abs. 4 S. 1 AktG eine Kann-Bestimmung. Wird ein solcher Beschluss getroffen, ist er nicht bindend, § 120 Abs. 4 S. 2 AktG.

²³ Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre (ABl. L 132 vom 20.5.2017, S. 1).

²⁴ Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2637.

²⁵ Vereinbarung bei der Vorstandsvergütung, wonach eine bereits gezahlte variable Vergütung zurück gefordert werden kann.

werden. Bei kleinen und mittelgroßen AGs soll die Vorlage des Vergütungsberichtes in der Hauptversammlung genügen. Über die Vergütung des Aufsichtsrates hat die Hauptversammlung mindestens alle vier Jahre einen Vergütungsbeschluss zu fassen, § 113 AktG.

- Darüber hinaus haben Vorstand und Aufsichtsrat einen jährlichen Vergütungsbericht über die im letzten Geschäftsjahr jedem einzelnen gegenwärtigen oder früheren Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats von der Gesellschaft und von Unternehmen desselben Konzerns gewährte und geschuldete Vergütung zu erstellen, § 162 AktG enthält die inhaltlichen Vorgaben für diesen Bericht. Diese Neuregelungen sind gem. der Übergangsvorschrift § 26j Abs. 1 und 2 EGAktG erstmals für Hauptversammlungen des Jahres 2021 anzuwenden.
- Bestimmte Geschäfte börsennotierter AGs mit nahestehenden Personen („Related Party transactions“) dürfen nur noch mit vorheriger Zustimmung des Aufsichtsrates durchgeführt werden, die Einzelheiten sind in §§ 111a bis 111c AktG geregelt. Ausnahmen von dieser Zustimmungspflicht bestehen im Vertragskonzern und bei marktüblichen Konditionen.
- Durch das ARUG II werden mit der Änderung von § 67 AktG sowie den neuen §§ 67a bis 67f AktG Regelungen zur Identifikation der Aktionäre und zu Informationspflichten von Intermediären geschaffen, diese gelten gem. § 26j Abs. 4 EGAktG erstmals für Hauptversammlungen, die nach dem 3. September 2020 einberufen werden.
- Neue Transparenzpflichten gelten auch für Stimmrechtsberater, § 134d AktG (Verhaltenskodex mit comply-or-explain-Ansatz) sowie für institutionelle Anleger und Vermögensverwalter, §§ 134a-c AktG.

EU-Geldwäscherichtlinien

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie,²⁶ das am 26.6.2017 in Kraft getreten ist, wurde das Transparenzregister²⁷ geschaffen. § 18 Abs. 1

²⁶ BGBl. I 2017, S. 1822.

GwG lautet: „Es wird ein Register zur Erfassung und Zugänglichmachung von Angaben über den wirtschaftlich Berechtigten (Transparenzregister) eingerichtet.“ In diesem Transparenzregister werden natürliche Personen registriert, die über mehr als 25% der Kapitalanteile oder der Stimmrechte in „Vereinigungen“ verfügen bzw. diese kontrollieren. Vereinigungen in diesem Sinne juristische Personen des Privatrechts und eingetragene Personengesellschaft; nicht dazu zählt die BGB-Gesellschaft. Mitzuteilen sind Name, Geburtsdatum und Wohnort sowie „Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses“ mitzuteilen (§ 20 Abs. 3 i.V.m. § 19 Abs. 1 GwG). Die Einholung, Aufbewahrung, Aktualisierung und Weiterleitung der Daten an das Transparenzregister erfolgt durch die „Vereinigung“. Die Mitteilung an das Transparenzregister hatte gem. § 59 Abs. 1 GwG erstmalig bis zum 1.10.2017 zu erfolgen. Die Meldepflicht zum Transparenzregister gilt als erfüllt, wenn sich die betreffenden Angaben aus dem Handelsregister ergeben oder wenn es sich um eine börsennotierte AG handelt. Bei der nicht börsennotierten AG muss der betroffene Inhaberaktionär melden, wenn er nicht bereits gem. § 20 AktG seine Beteiligung gemeldet hat. Der betroffene Namensaktionär muss dann nicht melden, wenn er korrekt im Aktienregister eingetragen ist, anderenfalls unterliegt auch er der Meldepflicht.

Die 5. Geldwäscherichtlinie²⁸ aktualisierte die Vierte Geldwäscherichtlinie und trat am 9.7.2020 in Kraft. Sie befasst sich u.a. mit virtuellen Währungen (Bitcoins, Ethereum, Ripple), die als Instrumente für Terrorismusfinanzierung gelten, und sieht Regelungen für potenzielle Verwendungszwecke von virtuellen Währungen vor, sie verschärft zu dem die Sorgfaltspflichten.

Umgesetzt wurde die 5. EU-Geldwäscherichtlinie in Deutschland durch das novellierte Geldwäschegesetz,²⁹ das am 1.1.2020 in Kraft trat und um wichtige Regelungen ergänzt wurde, um das Rahmenwerk für die Bekämpfung von Geldwäsche und

²⁷ www.transparenzregister.de: „Die offizielle Plattform der Bundesrepublik Deutschland für Daten zu wirtschaftlich Berechtigten“.

²⁸ Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, Abl vom 19.06.2018 Nr. L 156/43.

²⁹ Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 12.12.2019, BGBl I S. 2602.

Terrorismusfinanzierung weiter zu stärken.³⁰ Geändert wurden auch die Regeln zum durch die Umsetzung der Vierten Geldwäscherichtlinie geschaffenen Transparenzregister, so etwa eine Ausdehnung des Kreises der Einsichtnahmeberechtigten. Weitere Änderungen wurden vorgenommen im Kreditwesengesetz, das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz, das Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz und die Strafprozessordnung.

Mit dem Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9.3.2021³¹ wird die Umsetzung der 5. EU-Geldwäscherichtlinie flankiert, es soll auch die strafrechtlichen Regeln zur Bekämpfung der Geldwäsche verbessern.

B. Rückwirkungen des US-Aktienrechts

Großen Einfluss auf die Pflichten und Verantwortungsbereiche von Aufsichtsräten und Vorständen hat der im Sommer 2002 verabschiedete US-amerikanische Sarbanes-Oxley Act (SOX).³² Er dient ausweislich der vorangestellten Gesetzespräambel dem Schutz von Anlegern durch genauere und verlässlichere wertpapierrechtliche Publizitätspflichten und sieht eine Vielzahl von unterschiedlichen Maßnahmen, die an unterschiedliche Adressaten gerichtet sind, vor. Der SOX gilt für Unternehmen, deren Wertpapiere an einer US-amerikanischen Börse notiert sind oder die Wertpapiere öffentlich in den USA anbieten, ohne diese Wertpapiere an einer US-amerikanischen Börse zu notieren. Betroffen hiervon sind also auch ausländische – mithin deutsche – Unternehmen (sog. Foreign Private Issuer), die diese Voraussetzungen erfüllen. Diese Unternehmen unterliegen einer fortlaufenden Berichtspflicht bei der US-amerikanischen Börsenaufsicht SEC (Securities and Exchange Commission).

Diese US-amerikanischen Regelungen gelten darüber hinaus auch für solche deutsche Aktiengesellschaften, die Konzerntochter einer börsennotierten US-Gesellschaft sind,

³⁰ So das Bundesfinanzministerium vom 1.1.2020 auf seiner Homepage unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2019-12-19-Gesetz-4-EU-Geldwaescherichtlinie/0-Gesetz.html.

³¹ BGBl I 2021, 327.

³² Gesetzestext veröffentlicht unter: <http://thomas.loc.gov>, siehe dort unter: Bill Number: H.R. 3763, 107th Congress (2001–2002), oder unter: http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=107_cong_public_laws&docid=f:publ204.107.

denn deren Ergebnisse fließen letztlich (u. a. Gewinnabführungen) in die Bilanz der US-Gesellschaft ein.

Nach SEC. 302 SOX haben der Chief Executive Officer und der Chief Financial Officer von betroffenen Gesellschaften besondere Erklärungs- und Publizitätspflichten, die Disclosure Controls and Procedures, zu erfüllen. So haben sie z. B. für die jährlichen bzw. vierteljährlichen Geschäftsberichte schriftlich zu erklären, dass diese Berichte keine unwahren Tatsachen enthalten und die Jahresabschlüsse sowie andere Finanzinformationen im Wesentlichen die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zutreffend darstellen. Versucht man, diese Organ-Funktionen des monistisch ausgerichteten US-Board-System auf das in Deutschland gesetzlich verankerte dualistische Leitungssystem von Vorstand und Aufsichtsrat zu übertragen, dürfte der Chief Executive Officer dem Vorstandsvorsitzenden einer deutschen AG entsprechen. Chief Financial Officer könnte sinngemäß übersetzt werden mit „Finanzvorstand“. Ein entsprechendes Pendant im deutschen Recht ist gesetzlich nicht normiert, könnte aber ggf. dadurch entstehen, dass im Rahmen der Geschäftsverteilung innerhalb des Vorstands die „Finanzkompetenz“ auf ein bestimmtes Vorstandsmitglied übertragen wird.

Der Umfang der nach US-amerikanischem Recht erforderlichen Finanzinformationen der Disclosure Controls and Procedures geht dabei bei weitem über das durch § 264 Abs. 1 HGB vorgeschriebene Maß hinaus. Eine solche Berichterstattung muss Risiken, die sich aus konsolidierten Tochtergesellschaften, z. B. einer deutschen AG oder auch einer deutschen GmbH, ergeben können, ebenfalls aufgreifen.

Verknüpft ist diese Bestätigungspflicht mit einer strafrechtlichen Sanktion. War die abgegebene Erklärung unzutreffend und hatte das betreffende Organmitglied hiervon Kenntnis, so drohen in den USA Geldstrafen bis zu 1 Mio. US-Dollar oder Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder beides. Wurde die Erklärung sogar absichtlich unzutreffend abgegeben, so liegt die maximale Geldstrafe bei bis zu 5 Mio. US-Dollar und der Rahmen der möglichen Freiheitsstrafe bei bis zu 20 Jahren.³³ Diese Strafandrohung richtet sich dabei auch gegen deutsche Vorstände, soweit deren Unternehmen selbst in

³³ Lanfermann/Maul, DB 2002, 1725, 1730.

den USA börsennotiert oder über Konzernstrukturen mit an US-Börsen gelisteten Unternehmen verbunden sind. Unabhängig von der Frage der territorialen Kompetenz der USA zur Durchsetzung solcher Sanktionen gegen Vorstände in Deutschland wirken diese Strafandrohungen jedenfalls praktisch, da jeder in Deutschland für ein solches einzubeziehendes konsolidiertes Tochterunternehmen tätige Manager seine Karriere-Möglichkeiten in den USA im Auge behält und deshalb die Einhaltung der US-amerikanischen Regelungen durchsetzen wird.

SEC. 404 SOX beschreibt die Verpflichtung des Unternehmens, ein internes Finanzkontrollsystem (Internal Control over Financial Reporting) einzurichten, welches sicherstellen soll, dass die wesentlichen Informationen über die Gesellschaft und deren konsolidierte Tochterunternehmen den unterzeichnenden Organmitgliedern zur Verfügung gestellt werden. Die Organmitglieder selbst sind für die Einrichtung, Funktionsfähigkeit und Effizienz dieses Kontrollsystems verantwortlich und haben die Effizienz dieses Kontrollsystems in den zu unterzeichnenden Berichten zu dokumentieren und zu bewerten. Auch hier sind von einem Mutterunternehmen alle konsolidierten Tochterunternehmen einzubeziehen. Diese Dokumentation und Einschätzung des internen Kontrollsystems soll von dem Wirtschaftsprüfer, der die Jahresabschlüsse prüft, bestätigt werden.

Angesichts der neuen Verpflichtung gemäß § 90 Abs. 3 der deutschen Abgabenordnung (AO), die Konzernverrechnungspreise zu dokumentieren, ist eine Überlegung anzustellen, ob und inwieweit diese Verpflichtung mit derjenigen zur Einrichtung eines Finanzkontrollsystems verbunden werden kann. Die deutsche Finanzverwaltung wird im Rahmen der Betriebsprüfung auf dieses System jedenfalls insoweit zurückgreifen dürfen, als dass die entsprechenden Informationen im Rahmen der GDPdU (Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen) vorliegen.

Aus der Verpflichtung der Einrichtung eines internen Kontrollsystems in SEC. 404 SOX resultiert eine zivilrechtliche Haftungsfalle für die betreffenden Organmitglieder im Hinblick auf die Bestätigungspflichten des SEC. 302 SOX. Es wurde durch diese beiden Vorschriften eine Art Beweislastumkehr statuiert, indem vermutet wird, dass das nach SEC. 302 SOX erklärende Organmitglied bei der Abgabe einer unzutreffenden

Erklärung eine haftungsbegründende Pflichtverletzung begangen habe. Der Nachweis der mangelnden Kenntnis der Unrichtigkeit der abgegebenen Erklärung zur Haftungsbefreiung obliegt dem jeweiligen Organmitglied. Da dieses jedoch ebenfalls die Effizienz des internen Kontrollsystems zu verantworten hat, wird der Nachweis nur selten gelingen, denn wenn die Erklärung tatsächlich falsch war, hat das interne Kontrollsystem versagt. Dann entsteht an dieser Stelle die Frage nach einer Haftung des Organmitglieds wegen Verletzung seiner Pflichten im Rahmen der internen Kontrolle.

Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder sind gemäß SEC. 403 SOX verpflichtet, gegenüber der US-Börsenaufsicht SEC (U.S. Securities and Exchange Commission) anzuzeigen, wenn sie Aktien des Unternehmens halten. Anzuzeigen ist auch ein Wechsel bei der Inhaberschaft dieser Papiere.

Unterlassene oder unzureichende Anzeigen können ebenfalls strafrechtliche Konsequenzen für die jeweiligen Organmitglieder nach sich ziehen, die in Geldstrafen oder auch in Freiheitsstrafen bestehen können. Manipulationen und Vernichtung von Geschäftsunterlagen und betrügerische Irreführung von Abschlussprüfern werden in Zukunft mit erheblichen Freiheitsstrafen bis zu 20 Jahren belegt – bei Wertpapierbetrug sogar bis zu 25 Jahren.³⁴ Hinzuweisen ist sicherlich darauf, dass es sich um Strafsanktionen und Haftungsnormen nach US-Recht handelt. Die Frage der Verfolgbarkeit und Vollstreckbarkeit im internationalen Raum, wie beispielsweise in Deutschland, muss hier ausgespart bleiben (s. o.)

§ 13 der Mustersatzung befasst sich mit einem Erfordernis des SEC. 301 SOX, der nach deutschem Recht den Aufsichtsrat betrifft: der Schaffung eines so genannten Audit Committee. Mindestens ein Mitglied des Audit Committee ist zum Finanzexperten (Financial Expert) zu bestimmen (sec. 407 SOX). Wurde bei einer Gesellschaft kein den Anforderungen entsprechendes Audit Committee gebildet, so ist das gesamte „Board of Directors“ als Audit Committee anzusehen.

An die Mitglieder und die Zusammensetzung des Audit Committee werden vom SOX hohe Anforderungen gestellt. Das Committee muss sich aus Mitgliedern des „Board of Directors“ der Gesellschaft zusammensetzen und aus mindestens drei Mitgliedern

bestehen. Die Mitglieder des Audit Committee müssen „unabhängig“ sein. Dies ist ein höchst vielschichtiges und kompliziertes Kriterium. Ausgeschlossen sind danach Personen, die direkt oder indirekt Bezüge von dem Unternehmen oder einer Tochtergesellschaft erhalten. Hierzu zählen auch Zahlungen für Dienstleistungen an Beratungsgesellschaften, in denen das Mitglied Gesellschafter, Partner oder Angestellter ist, ebenso Zahlungen an Ehegatten oder Kinder. Nicht erfasst sind Zahlungen aus der betrieblichen Altersversorgung der Gesellschaft, wenn daran keine weiteren Gegenleistungen geknüpft sind. Daneben können Personen, die dem Unternehmen oder einer Tochtergesellschaft nahestehen („affiliated persons“), ebenfalls nicht Mitglied des Audit Committee sein. Der Rechtsbegriff „nahestehen“ ist nach dem US-amerikanischen Recht sehr komplex und bedarf jeweils der einzelfallbezogenen Auslegung. Zu den nahestehenden Personen dürften aber jedenfalls Vorstandsmitglieder, leitende Angestellte und Gesellschafter gehören. Da nach deutschem Recht die Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch die Entsendung von Vertretern in den Aufsichtsrat unter den gesetzlichen Voraussetzungen zwingend ist, wäre hier eine Kollision mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit von Audit-Committee-Mitgliedern zu befürchten, da diese Arbeitnehmer Angestellte des Unternehmens sind und von diesem auch Bezüge aus dem Arbeitsrechtsverhältnis erhalten. Das SEC lässt jedoch für ausländische Unternehmen bestimmte Ausnahmen bezüglich der Zusammensetzung und der Aufgaben des Audit Committee zu, wenn nach deren Heimatrecht gleichartige Prüfungsorgane vorgesehen sind. Eine Ausnahme für deutsche Unternehmen besteht darin, dass Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten deutscher Unternehmer, die keine leitenden Angestellten sind, von dem Unabhängigkeitserfordernis hinsichtlich der Bezüge befreit sind.³⁵ Diesem Umstand trägt § 13 Ziffer 2 Satz 4 der Mustersatzung Rechnung, indem Arbeitnehmervertreter von diesen Beschränkungen freigestellt sind.

Das Audit Committee hat die Aufgabe, das Rechnungswesen, das Finanzberichtswesen und die Prüfung der Unternehmensabschlüsse zu überwachen. Die konkreten Rechte und Pflichten sind im Einzelnen in SEC. 301 SOX aufgeführt. Diese Vorschriften, zugeschnitten auf die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse in den Vereinigten Staaten,

³⁴ Lanfermann/Maul, DB 2002, 1725, 1731.

³⁵ Gruson/Kubicek, a. a. O., 342.

gilt es auf das deutsche Aktienrecht anzuwenden. Danach kommt bei einem Funktionsvergleich zwischen dem monistischen Leitungssystem und dem dualistischen Leitungssystem als „Board of Directors“, aus dessen Mitte das Audit Committee zu bilden ist, nur der Aufsichtsrat der deutschen AG in Betracht.³⁶ Denn die Überwachung, die das Audit Committee leisten soll, ist im dualistischen deutschen System typische Aufsichtsratsaufgabe. Der Aufsichtsrat kann gem. § 107 AktG für bestimmte Aufgaben Ausschüsse bilden, denen er bestimmte Aufgaben seiner umfassenden Überwachungsfunktion und auch Beschlusskompetenz – jedenfalls für die Erteilung der Zustimmung zu zustimmungspflichtigen Geschäften – übertragen kann.³⁷ Der Deutsche Corporate Governance Kodex sieht in Ziffer D.3 (Fassung: 16.12.2019) als Empfehlung vor, einen Prüfungsausschuss zu bilden, der sich – soweit kein anderer Ausschuss oder das Plenum damit betraut ist – insbesondere mit der Prüfung der Rechnungslegung, der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des internen Revisionssystems sowie der Abschlussprüfung und der Compliance befassen soll. In weiten Teilen besteht hier eine Übereinstimmung zwischen SEC. 301 SOX und dem deutschen Kodex, was die Aufgaben eines Audit Committee bzw. eines Prüfungsausschusses betrifft. § 13 Ziffer 3 der Mustersatzung orientiert sich bei der Aufzählung der Aufgaben des Prüfungsausschusses an diesen beiden Vorgaben. Der Bestellung des Abschlussprüfers durch das Audit Committee – in deutschen Unternehmen also quasi durch den Aufsichtsrat – steht die nach dem deutschen Aktienrecht zwingende Befugnis der Hauptversammlung zur Bestellung des Abschlussprüfers gegenüber. Doch auch hier hat das SEC anerkannt, dass bei ausländischen Unternehmen die Bestellung des Abschlussprüfers durch die Hauptversammlung vorgenommen werden kann, wenn dem Audit Committee jedenfalls die Verantwortung für den Wahlvorschlag obliegt. Gegen eine solche Vorgehensweise spricht im deutschen Aktiengesetz nichts.

Der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt, dass Vorsitzender des Prüfungsausschusses nicht der Aufsichtsratsvorsitzende sein soll (Ziffer D.4 in der Fassung vom 16.12.2019). Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses soll zudem unabhängig von kontrollierenden Aktionären sein (Ziffer C.9 in der Fassung vom

³⁶ Stengel/Detweiler/Willms, DAJV-Newsletter 2003, 77.

³⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 29.9.1995 – 11 U 20/95, AG 1996, 84 ff.

16.12.2019. Im Hinblick auf die schärferen Regelungen des SOX hinsichtlich der Zusammensetzung des Audit Committee sollten in der Satzung – wie es die Mustersatzung in § 13 Ziffer 1 Satz 3 vorsieht – ehemalige Vorstandsmitglieder generell von der Mitgliedschaft im Prüfungsausschuss ausgeschlossen sein.

2. Gesetzliche Grundlagen – Kapitalmarktrecht

A. Deutsches und Europäisches Kapitalmarktrecht

Die rechtlichen Bedingungen im Bereich des Kapitalmarktrechts haben in den vergangenen Jahren erhebliche Änderungen erfahren, die auch derzeit noch andauern. Die Darstellung im Rahmen dieser Veröffentlichung kann die Entwicklung nur überblicksartig wiedergeben und beschränkt sich auf einige wesentliche gesetzliche Schwerpunkte.

a) Ad-hoc-Publizität und Übernahmerecht

Mit dem 1. Finanzmarktnovellierungsgesetz (1. FiMaNoG) vom 30.6.2016³⁸ wurden die Geltung der europäischen Marktmissbrauchsverordnung (*Market Abuse Regulation* - MAR)³⁹ sowie die europäische Marktmissbrauchsrichtlinie (*Market Abuse Directive* - MAD)⁴⁰ im deutschen Recht verankert. Weitreichende strukturelle und inhaltliche Änderungen haben dabei i.W. die Regelungen des WpHG zu Marktmissbrauch, Ad-hoc-Publizität, Insiderhandel und *directors`dealings* sowie die entsprechenden Straf- und Bußgeldvorschriften erfahren, was zu einer erheblichen Verschärfung der Vorschriften führte.⁴¹ Mit dem 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz“ (2. FiMaNoG) vom 23.6.2017⁴² wurden weitere Änderungen des WpHG (u.a. eine Neunummerierung) vorgenommen.

³⁸ Das erste Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (1. Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG) v. 30.6.2016, BGBl. I, 1514.

³⁹ EU-Marktmissbrauchsverordnung (*Market Abuse Regulation* - MAR) Nr. 596/2014 v. 16.4.2014, ABl. L 173/1. Gelegentlich wird im Deutschen auch die Abkürzung MMVO verwendet.

⁴⁰ Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie - *Market Abuse Directive* - MAD), ABl. L 173/179.

⁴¹ Vgl. auch die WpHG-Bußgeldleitlinien II der BaFin vom 22.2.2017, veröffentlicht auf der BaFin-Homepage unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Leitfaden/WA/dl_bussgeldleitlinien_2016.html?nn=9139096.

⁴² Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund Europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz - 2. FiMaNoG) vom 23.6.2017, BGBl. I, 1693.

Seit dem 3.7.2016 gelten unmittelbar in allen EU-Staaten die EU-Marktmissbrauchsverordnung (MAR),⁴³ deren Art. 17 „Veröffentlichung von Insiderinformationen“ nunmehr die zentrale Rechtsgrundlage für die Bereiche Insiderverstöße und Ad-hoc-Publizitätspflicht darstellt. Daneben steht die (überarbeitete) Marktmissbrauchsrichtlinie 2014/57/EU,⁴⁴ die eine Harmonisierung der Strafvorschriften und Verwaltungssanktionen vorsieht. Die Umsetzung in deutsches Recht erfolgte in einem ersten Schritt durch das „Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz“,⁴⁵ welches viele Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) ändert, wobei die europarechtlichen Vorschriften den nationalen Vorschriften vorgehen.⁴⁶ In einem zweiten Schritt wurden mit dem „Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetz“⁴⁷ weitere Änderungen des WpHG (u.a. eine Neunummerierung) vorgenommen.

Übersicht über die neuen Rechtsgrundlagen der Ad-hoc-Publizität:⁴⁸

- Definition der Insiderinformation: Art. 7 MAR;
- Definition des Insidergeschäfts: Art. 8 MAR;
- Ausnahmetatbestand für den Handel mit Wertpapieren bei Übernahmeangeboten: Art. 9 Abs. 4 MAR;
- Verbot von Insidergeschäften: Art. 14 MAR;
- Verbot der Marktmanipulation: Art. 15 MAR;

⁴³ EU-Marktmissbrauchsverordnung (*Market Abuse Regulation* - MAR) Nr. 596/2014 v. 16.4.2014, ABl. L 173/1. Verwendet wird im Deutschen auch die Abkürzung MMVO.

⁴⁴ Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie - *Market Abuse Directive* - MAD), ABl. L 173/179. Die Umsetzungsfrist endete ebenfalls am 3.7.2016.

⁴⁵ Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG v. 30.6.2016, BGBl. I, 1514. Art. 1 des Gesetzes (Änderungen zur Umsetzung der Marktmissbrauchsverordnung und der Antimissbrauchsrichtlinie) ist bereits am 2.7.2016 in Kraft getreten, Art. 2 des Gesetzes (Änderungen zur Umsetzung der PRIIP-Verordnung VO (EU) Nr. 1286/2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte) ist am 31.12.2016 in Kraft getreten.

⁴⁶ Die BaFin hat im Hinblick auf die Gesetzesänderungen als Orientierungshilfe zum Thema „Insiderüberwachung“ die neuen Rechtsgrundlagen, Erläuterungen zum Thema allgemein sowie FAQ zu Insiderlisten nach Art. 18 der Marktmissbrauchsverordnung auf ihrer Internetseite veröffentlicht unter https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Insiderueberwachung/insiderueberwachung_node.html

⁴⁷ Zweites Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften aufgrund Europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz - 2. FiMaNoG) vom 23.6.2017, BGBl. I, 1693, Geltung ab 3.1.2018.

- Unverzögliche Veröffentlichung von Insiderinformationen: Art. 17 MAR⁴⁹ iVm. § 26 Abs. 1 WpHG n.F.⁵⁰ (§ 15 Abs. 1 WpHG a.F.);
- Führen von Insiderverzeichnissen: Art. 18 MAR;
- Mitteilung und Veröffentlichung von Geschäften von Führungspersonen (*directors`dealings*): Art. 19 MAR iVm. § 26 Abs. 2 WpHG n.F.⁵¹ (§ 15 Abs. 2 WpHG a.F.)

Mit der Neuregelung gehen erhebliche Verschärfungen der Vorschriften zum Insiderhandel einher. So läuft gemäß § 119 WpHG n.F.⁵² (§ 38 WpHG a.F.) wegen eines vorsätzlichen Insiderverstoßes nicht nur der Primärinsider,⁵³ sondern auch der sogenannte Sekundärinsider⁵⁴ Gefahr, wegen Insidergeschäften oder für eine unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen bestraft werden können (bislang handelten diese sogenannten Sekundärinsider in solchen Fällen lediglich ordnungswidrig).

Der Begriff der Insiderinformation ist definiert in Art. 7 MAR, danach sind Insiderinformationen „nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente

⁴⁸ Vertiefend: Söhner, Praxis-Update Marktmissbrauchsverordnung: Neue Leitlinien und alte Probleme, BB 2017, 259; Kumpan, Ad-hoc-Publizität nach der Marktmissbrauchsverordnung, DB 2016, 2039.

⁴⁹ Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde ESMA (European Securities and Market Authority) hat Leitlinien zum Aufschub der Offenlegung von Insiderinformationen gem. Art. 17 MAR herausgegeben, veröffentlicht unter https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma-2016-1478_de.pdf. Diese Leitlinien gelten für zuständige Behörden und Emittenten und bieten eine nicht abschließende indikative Liste der berechtigten Interessen des Emittenten, die von einer unverzüglichen Offenlegung von Insiderinformationen aller Wahrscheinlichkeit nach beeinträchtigt wären, und von Fällen, in denen der Aufschub der Offenlegung von Insiderinformationen geeignet ist, die Öffentlichkeit irrezuführen. Die BaFin hat der ESMA mitgeteilt, diesen Leitlinien nachzukommen und zieht daher im Rahmen ihrer Verwaltungspraxis diese Leitlinien zur Konkretisierung der Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 4 MAR heran. Vgl. auch Kocher/Sambulski, Insiderinformationen in der Hauptversammlung, DB 2018, 1905.

⁵⁰ In der Fassung des Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes (2. FiMaNoG) v. 23.6.2017, BGBl. I S. 1693; zuletzt geändert durch Artikel 12 G. v. 17.7.2017, BGBl. I S. 2446, Geltung ab 3.1.2018.

⁵¹ In der Fassung des Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes (2. FiMaNoG) v. 23.6.2017, BGBl. I S. 1693; zuletzt geändert durch Artikel 12 G. v. 17.7.2017, BGBl. I S. 2446, Geltung ab 3.1.2018.

⁵² In der Fassung des Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes (2. FiMaNoG) v. 23.6.2017, BGBl. I S. 1693; zuletzt geändert durch Artikel 12 G. v. 17.7.2017, BGBl. I S. 2446, Geltung ab 3.1.2018.

⁵³ Primärinsider sind Personen, die als Mitglieder der Geschäftsführung oder des Aufsichtsorgans oder als persönlich haftender Gesellschafter des Emittenten oder eines mit diesem verbundenen Unternehmens die Insiderinformationen erlangt haben.

⁵⁴ Sekundärinsider sind alle anderen Personen, die nicht Primärinsider sind, aber über Insiderinformationen verfügen.

erheblich zu beeinflussen“. Der Begriff der „präzisen“ Information entspricht dabei inhaltlich dem Begriff der „konkreten“ Information des weggefallenen § 13 WpHG und die Verpflichtung zur „schnellstmöglichen“ Veröffentlichung entspricht der früheren „unverzöglichen“ Veröffentlichungspflicht. Der Begriff der Insiderinformation wird gem. Art. 7 Abs. 3 MAR ausdrücklich auch auf Zwischenschritte in einem gestreckten Vorgang ausgedehnt, falls diese für sich genommen die Kriterien für Insiderinformationen gemäß diesem Artikel erfüllen.

Die §§ 14 (Verbot von Insidergeschäften), 15a (Mitteilung von Geschäften von Führungspersonen - *directors`delings*) und 15b (Führung von Insiderverzeichnissen) WpHG wurden gestrichen, an ihre Stelle treten die schärferen Regeln der MAR. Der Begriff des Insidergeschäfts ist nach Art. 8 MAR weiter gefasst, als dies nach dem bisherigen nationalen Recht der Fall war, denn nach Art. 8 MAR stellt bereits eine auf Insiderinformationen basierende Stornierung oder Änderung eines bereits vor Erlangen der Insiderinformation erteilten Auftrags in Bezug auf ein Finanzinstrument ein verbotenes Insidergeschäft dar.

Art. 9 Abs. 4 MAR enthält einen Ausnahmetatbestand für Übernahmeangebote: Danach liegt keine verbotene Nitzung von Insiderinformationen bzw. kein Verstoß gegen das Insiderhandelsverbot vor, wenn der Bieter die betreffenden Insiderinformation im Zuge der Übernahme eines Unternehmens oder eines Unternehmenszusammenschlusses auf der Grundlage eines öffentlichen Angebots erworben hat und diese Insiderinformationen ausschließlich nutzt, um den Unternehmenszusammenschluss oder die Übernahme auf der Grundlage eines öffentlichen Angebots weiterzuführen. Weitere Voraussetzung für den Ausnahmetatbestand ist, dass zum Zeitpunkt der Genehmigung des Unternehmens-zusammenschlusses oder der Annahme des Angebotes durch die Anteilseigner des betreffenden Unternehmens sämtliche Insiderinformationen öffentlich gemacht worden sind oder auf andere Weise ihren Charakter als Insiderinformationen verloren haben. Allerdings gilt diese Ausnahmeregelung nicht für den (bloßen) Beteiligungsaufbau.

Art. 19 MAR beinhaltet die Meldepflicht von Führungskräften von Emittenten bzw. von Personen, die in enger Beziehung zu solchen Führungskräften stehen, bei

Eigengeschäften („*directors`dealings*“). Diese Meldungen gegenüber dem Emittenten und der zuständigen Behörde (in Deutschland das BaFin) sind unverzüglich und spätestens drei Geschäftstage nach dem Datum des Geschäft vorzunehmen, wenn und sobald der sich aus den Geschäften ergebende Gesamtbetrag innerhalb eines Kalenderjahres 5.000 EUR überschreitet.

Weiterhin sind u. a. Insiderinformationen fünf Jahre lang auf der Website der Gesellschaft veröffentlicht werden, Art. 17 Abs. 1 Satz 4 MAR (bislang nur 1 Monat). Neu ist auch, dass nun auch Freiverkehrsemittenten ihre Insiderinformationen unverzüglich offenlegen müssen, Art. 17 Abs. 1 Satz 5 MAR. Nach § 125 WpHG n.F.⁵⁵

b) Anlegerschutz und Bilanzpolizei

Die Verschärfung der US-amerikanischen Rechtslage durch den Erlass des Sarbanes-Oxley Act⁵⁶ im Jahre 2002 war u.a. mitbestimmend für die von der Bundesregierung vorgenommenen gesetzliche Neuerungen, etwa das Bilanzkontrollgesetz.⁵⁷ Das Bilanzkontrollgesetz brachte u.a. die Einführung einer „Bilanzpolizei“. Am 30. März 2005 wurde die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e.V. als Prüfstelle im Sinne von § 342b Abs. 1 HGB durch das Bundesministerium der Justiz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen anerkannt. Die Prüfstelle hat ihre Tätigkeit mit dem 1. Juli 2005 aufgenommen und prüft unabhängig vom Abschlussprüfer die Bilanzen von börsennotierten Gesellschaften. Damit wird die Rechtsgrundlage für ein Enforcement-Verfahren geschaffen werden, welches Bilanzmanipulationen entgegenwirken und das Vertrauen der Anleger in die Rechtmäßigkeit von Unternehmensabschlüssen steigern soll. Vorgesehen sind in dem Gesetz u. a. stichprobenartige Bilanzprüfungen ohne besonderen Anlass, wobei jedes Unternehmen alle fünf Jahre mit einer Prüfung rechnen muss. Weiterhin sollen Prüfungen bei dem konkreten Verdacht von Bilanzmanipulationen oder auf Verlangen der BaFin⁵⁸ erfolgen. Bei Verstößen gegen Bilanzierungsvorschriften sind Bußgelder bis zu 50.000 EUR

⁵⁵ In der Fassung des Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes (2. FiMaNoG) v. 23.6.2017, BGBl. I S. 1693; zuletzt geändert durch Artikel 12 G. v. 17.7.2017, BGBl. I S. 2446, Geltung ab 3.1.2018.

⁵⁶ Zum US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act siehe auch die Ausführungen in Kapitel B Auswirkungen des US-Kapitalmarktrechts.

⁵⁷ Gesetz zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen (Bilanzkontrollgesetz – BilKoG) vom 15.12.2004, BGBl. I 2004, 3408 ff.

vorgesehen. Durch die Neufassung des § 342b HGB Anfang 2007⁵⁹ ist die Rolle der Prüfstelle erheblich ausgeweitet worden, indem auch Konzernlagebericht sowie der zuletzt veröffentlichte verkürzte Abschluss und der dazu gehörige Zwischenlagebericht in das anlassbezogene Enforcement-Verfahren einbezogen und damit der Prüfung durch die Prüfstelle unterworfen wurden.

c) Transparenz am Kapitalmarkt

Für börsennotierte Aktiengesellschaften beinhalten die §§ 48 und 49 WpHG n.F.⁶⁰ (§§ 30a und 30b WpHG a.F.)⁶¹ zusätzliche Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten im Zusammenhang mit einer Hauptversammlung (unter gleichzeitigem Anfechtungsausschluss in § 52 WpHG n.F.⁶² (§ 30g WpHG a.F.)). So ist jedem stimmberechtigten Aktionär zusammen mit der Einladung zur Hauptversammlung oder nach deren Anberaumung auf Verlangen in Textform ein Formular für die Erteilung einer Vollmacht für die Hauptversammlung zu übermitteln. Die Einberufung der Hauptversammlung einschließlich der Tagesordnung, die Gesamtzahl der Aktien und Stimmrechte im Zeitpunkt der Einberufung der Hauptversammlung und die Rechte der Aktionäre bezüglich der Teilnahme an der Hauptversammlung sowie Mitteilungen über die Ausschüttung und Auszahlung von Dividenden, die Ausgabe neuer Aktien und die Vereinbarung oder Ausübung von Umtausch-, Bezugs-, Einziehungs- und Zeichnungsrechten sowie die Beschlussfassung über diese Rechte sind unverzüglich im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Weitere Mitteilungspflichten börsennotierter Gesellschaften gegenüber dem Unternehmensregister⁶³ sind in § 50 WpHG n.F.⁶⁴ (§ 30e WpHG a.F.) geregelt.

⁵⁸ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, www.bafin.de.

⁵⁹ Durch das Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (TUG) vom 5.1.2007, BGBl. I 2007, 10 ff.

⁶⁰ In der Fassung des Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes (2. FiMaNoG) v. 23.6.2017, BGBl. I S. 1693; zuletzt geändert durch Artikel 12 G. v. 17.7.2017, BGBl. I S. 2446, Geltung ab 3.1.2018.

⁶¹ In der ab dem 26.11.2015 geltenden Fassung des Gesetzes v. 20.11.2015, BGBl. I, 2029.

⁶² In der Fassung des Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes (2. FiMaNoG) v. 23.6.2017, BGBl. I S. 1693; zuletzt geändert durch Artikel 12 G. v. 17.7.2017, BGBl. I S. 2446, Geltung ab 3.1.2018.

⁶³ § 8b HGB: www.unternehmensregister.de.

⁶⁴ In der Fassung des Zweiten Finanzmarktnovellierungsgesetzes (2. FiMaNoG) v. 23.6.2017, BGBl. I S. 1693; zuletzt geändert durch Artikel 12 G. v. 17.7.2017, BGBl. I S. 2446, Geltung ab 3.1.2018.

Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 GwG⁶⁵ ist der AG-Vorstand nicht nur zur Einholung, Aufbewahrung und Aktualisierung bestimmter Daten über die wirtschaftlich Berechtigten verpflichtet, sondern auch zur unverzüglichen Mitteilungen dieser Daten an das Transparenzregister verpflichtet, sofern sich die wirtschaftlich Berechtigten nicht bereits aus anderen öffentlichen Quellen (z.B. dem Handelsregister) ergeben, § 20 Abs. 2 Satz 1 GWG. Dabei sind gemäß § 19 Abs. 1 GWG folgende Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten mitzuteilen: Vor- und Nachname, Geburtsdatum, Wohnort, sowie Art und der Umfang des wirtschaftlichen Interesses (vgl. § 19 Abs. 1 GwG). Nachträgliche Änderungen der Angaben sind ebenfalls mitteilungspflichtig.

Wirtschaftlich Berechtigter ist gemäß § 3 Abs. 1 GWG die natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Vertragspartner letztlich steht, oder die natürliche Person, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird. Bei nicht börsennotierten AG`s zählen zu den wirtschaftlich Berechtigten gemäß § 3 Abs. 3 GWG auch eine natürliche Person, die unmittelbar oder mittelbar mehr als 25% der Kapitalanteile hält, mehr als 25% der Stimmrechte kontrolliert oder auf vergleichbare Weise Kontrolle ausübt.

Börsennotierte AG`s sind von gesonderten Mitteilungen an das Transparenzregister ausgenommen, sofern sich die kontrollierende Stellung bereits aus entsprechenden Stimmrechtsmitteilungen ergibt, § 20 Abs. 2 Satz 2 GWG.

„Für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften bedeutet die neue Transparenzregelung für über 25%-Beteiligungen: Der Inhaberaktionär (natürliche Person) muss melden, sofern dies nicht gem. § 20 AktG schon geschah (weil er „Unternehmen“ ist). Der Namensaktionär (natürliche Person) muss nicht melden, wenn er korrekt im Aktienregister eingetragen ist (§ 20 Abs. 4 Alt. 2 GwG), ansonsten schon. Der Vorstand der AG hat die Meldungen zu archivieren und an das Transparenzregister weiterzuleiten. Die oben erwähnten Erleichterungen (Meldefiktion bei Handelsregister

⁶⁵ Eingeführt durch das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 23.6.2017, BGBl. I 2017, 1822; geänd. durch das Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie (vgl. Fn. 87).

etc.) sind also hier nicht anwendbar; das Aktienregister ist (bislang⁶⁶) kein offizielles und öffentliches Register.“⁶⁷

Die in § 23 Abs. 1 Nr. 1 GWG genannten Behörden haben im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung vollen Zugang zum Transparenzregister. Verpflichteten ist der Zugang nur fallbezogen und im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten gestattet, § 23 Abs. 1 Nr. 2 GWG. Darüber hinaus kann auf Antrag die Einsicht in spezifische Eintragungen jedermann gewährt werden, sofern er im Einzelfall ein berechtigtes Interesse darlegt, § 23 Abs. 1 Nr. 3 GWG.

Die Zurechnungstatbestände für Stimmrechte des § 30 WpÜG wurden erweitert und zusätzliche Veröffentlichungs- und Mitteilungspflichten für die Emittenten geschaffen (z.B. Veröffentlichung der Stimmengesamtszahl am Monatsende durch die Gesellschaft, zusätzliche Mitteilungspflichten der Gesellschaften im Zusammenhang mit Hauptversammlungen). Die Rechnungslegungsvorschriften wurde dahingehend erweitert, dass börsennotierte Gesellschaften künftig Jahres- und Halbjahresfinanzberichte (§§ 37v, 37w, 37y WpHG n.F.) und unter bestimmten Voraussetzungen sogenannte Zwischenmitteilungen der Geschäftsführung § 37x WPHG n. F. abzugeben haben.

d) Der Bilanzeid

Des Weiteren wurde in Anlehnung an den US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act in § 264 Abs. 2 Satz 3 HGB eine Art Bilanzeid für den Jahresabschluss eingeführt, der erstmals für das am 31.12.2007 endende Geschäftsjahr abzugeben ist. Eine gleichartige Erklärung ist von den Vertretern eines Mutterunternehmens im Rahmen des Konzernabschlusses und für den Konzernlagebericht (§§ 297 Abs. 2 Satz 2, 315 Abs. 1 Satz 6 HGB) sowie für den Jahresfinanzbericht des Mutterunternehmens (§ 37y Nr. 1 WpHG) abzugeben.

⁶⁶ Das Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie (vgl. Fn. 87) sieht u.a. vor, dass „alle Mitglieder der Öffentlichkeit“ Zugang zum Transparenzregister erhalten und der Zugang lediglich bei schutzwürdigen Interessen beschränkt werden kann.

⁶⁷ Zitat aus Noack, Ulrich, Das neue Transparenzregister: Angaben, Mitteilungen, <http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2017/06/26/das-neue-transparenzregister-angaben-mitteilungen/>.

Das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee e.V. (DRSC) hat einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet.⁶⁸

Die Erklärung gemäß § 37y i.V.m. § 37w Abs. 2 Nr. 3 WpHG, die als „Versicherung der gesetzlichen Vertreter“ zu kennzeichnen ist, ist wie folgt zu formulieren:

„Nach bestem Wissen versichern wir, dass gemäß den anzuwendenden Rechnungslegungsgrundsätzen für die Zwischenberichterstattung der Konzernzwischenabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns vermittelt und im Konzernzwischenlagebericht der Geschäftsverlauf einschließlich des Geschäftsergebnisses und die Lage des Konzerns so dargestellt sind, dass ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild vermittelt wird, sowie die wesentlichen Chancen und Risiken der voraussichtlichen Entwicklung des Konzerns im verbleibenden Geschäftsjahr beschrieben sind.“

Die Nichtabgabe des Bilanzeides wird als Ordnungswidrigkeit geahndet, die Falschabgabe mit Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe.

B. Rückwirkungen des US-Kapitalmarktrechts

Auch auf dem internationalen Kapitalmarkt sind neue Herausforderungen an deutsche Unternehmen, die an US-amerikanischen Börsen notiert oder Tochterunternehmen von an US-amerikanischen Börsen notierten Unternehmen sind, gestellt. Ende August 2002 hat die US-Börsenaufsicht Securities and Exchange Commission (SEC) entschieden, dass es von dem am 30.7.2002 von Präsident *George W. Bush* unterzeichneten Sarbanes-Oxley Act 2002⁶⁹ keine generellen Ausnahmen für ausländische Unternehmen gäbe. Im Sarbanes-Oxley Act sind u. a. vielschichtige Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Managements von US-börsennotierten Unternehmen geschaffen worden, die auch von den betroffenen deutschen Unternehmen zu beachten sind. Ein wichtiger Komplex des SOX, der vom Management US-börsennotierter

⁶⁸ Stand 18.7.2007, veröffentlicht unter:

http://www.standardsetter.de/drsc/docs/press_releases/DRS16_nearfinaldraft_180707_mitAnpassung.pdf, dort unter Ziffer 56 „Versicherung der gesetzlichen Vertreter“.

⁶⁹ Quellennachweis siehe Fn. 36.

Unternehmen bzw. deren Tochterunternehmen zu beachten ist, besteht darin, dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft der Gesellschaft bzw. der Tochterunternehmen der Gesellschaft bestimmte Tätigkeiten und Leistungen, die nicht mit der Abschlussprüfung in Zusammenhang stehen, nicht mehr durchführen darf. Dazu gehören zahlreiche, in der Vergangenheit von den prüfenden Unternehmen angebotene und erbrachte, jedoch nicht prüfungsbezogene Leistungen – wie z. B. Rechtsberatung, Personalberatung, Buchführung, Bewertungsleistungen und Sacheinlagenprüfung, interne Revision u. a.⁷⁰ –, die nicht mehr erbracht werden dürfen. Noch zulässige Nicht-Prüfungsleistungen (z. B. Steuerberatung) sind von der Zustimmung des Audit Committee abhängig.⁷¹ Die Einhaltung dieses Verbotes wird durch den Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) streng überprüft. Die Unternehmen sind daher gezwungen, die Rechts- und möglicherweise auch die Steuerberatung externen, unabhängigen Beratern zu übertragen. Darüber hinaus unterliegen Wirtschaftsprüfungsunternehmen, die Prüfungen bei US-börsennotierten Gesellschaften vornehmen, der Kontrolle dieses Gremiums.

Die Auswirkungen dieser Vorschriften sind sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene unverkennbar, so etwa in der EU-Richtlinie⁷² (Abschlussprüfungsrichtlinie) und in Deutschland z.B. durch das Bilanzkontrollgesetz (BilKoG) und das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG).

3. Gesetzliche Grundlagen – Arbeitnehmermitbestimmung

A. Deutsches Arbeitsrecht

Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die Anteilseignervertreter. Sie sind ebenfalls dem Wohle der Gesellschaft verpflichtet und nicht lediglich Interessenvertreter der Arbeitnehmerschaft.⁷³ Dies kann für die Arbeitnehmervertreter zu einem Spannungsverhältnis zwischen ihrem durch die

⁷⁰ Vgl. die Aufzählung der verbotenen Nicht-Prüfungsleistungen bei Lanfermann/Maul, DB 1725, 1726.

⁷¹ Stengel/Detweiler/Willms, DAJV-Newsletter 2003, 77, 78.

⁷² Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates vom. 17.15.2006, ABl. Nr. L 157 v. 6.9.2006, 878 ff.

⁷³ Schaub (Fn. 78), § 258 Rn. 4a.

Belegschaft erteilten Mandant zur Interessenvertretung und ihrer Verpflichtung gegenüber den Unternehmensinteressen aufgrund ihrer organschaftlichen Stellung führen. Insbesondere auf den Bereich der organschaftlichen Verschwiegenheitspflicht und dem (gegebenenfalls kollidierenden) Unterrichtsinteresse der vertretenen Arbeitnehmer wurde bereits hingewiesen. Umstritten ist auch die Frage, ob sich die Arbeitnehmervertreter an rechtmäßigen Streiks der Belegschaft aktiv beteiligen dürfen oder ob sie sich eher neutral zu verhalten und jede Form der aktiven Beteiligung zu unterlassen hätten.⁷⁴

Die Mitbestimmung deutscher Arbeitnehmer durch die Entsendung von Vertretern in den Aufsichtsrat eines Unternehmens ist in verschiedenen gesetzlichen Regelungen verankert.

Hierzu gehören das Drittelbeteiligungsgesetz, das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4.5.1976 (MitbestG), das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der eisen- und stahlerzeugenden Industrie vom 21.5.1951 (Montan-MitbestG) sowie das Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der eisen- und stahlerzeugenden Industrie vom 7.8.1956 (MitbestErgG).

Bei den nachfolgenden Ausführungen werden die gesetzlichen Regelungen über die Mitbestimmung nach dem MontanMitbestG und dem MitbestErgG wegen der vergleichsweise geringeren Bedeutung ausgespart.

Das MitbestG gilt für Unternehmen, die in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft betrieben werden und die in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, § 1 Abs. 1 Satz 1, 2 MitbestG. Ein Aufsichtsrat bei einer Holding-Gesellschaft unterliegt auch dann dem MitBestG, wenn

⁷⁴ BAG, Beschl. v. 25. 10. 2000 – 7 ABR 18/02.

die Holding-Gesellschaft selbst keinen eigenen Geschäftsbetrieb mit eigenen Arbeitnehmern unterhält.⁷⁵

Die Aufsichtsräte nach dem MitbestG werden mit der gleichen Anzahl an Anteilseignern und Arbeitnehmervertretern besetzt. Es besteht jedoch keine echte Parität, da die Anteilseigner die Arbeitnehmervertreter überstimmen können. In Unternehmen bis 10.000 Arbeitnehmer beträgt das Verhältnis 6:6, in Unternehmen mit 10.000 bis 20.000 Arbeitnehmern beträgt das Verhältnis 8:8 und in solchen mit mehr als 20.000 Arbeitnehmern beträgt das Verhältnis 10:10. Die im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften haben zwei Sitze im Aufsichtsrat, wenn bis zu 20.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind; wenn mehr als 20.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind, haben sie drei Sitze. Die übrigen vier, sechs bzw. sieben Sitze müssen mit Arbeitnehmern des Unternehmens besetzt werden, wobei dem Aufsichtsrat ein leitender Angestellter angehören muss, § 15 Abs. 1 Satz 2 MitbestG.⁷⁶

Die Arbeitnehmervertreter für den Aufsichtsrat nach dem MitbestG werden entweder in einer Urwahl oder durch Delegierte gewählt. Die Belegschaft hat hier hinsichtlich der Wahlform ein Wahlrecht, § 9 MitbestG. Die einzelnen Wahlvorschriften sowohl für die Delegiertenwahl als auch für die Urwahl sind im MitbestG sowie der entsprechenden Wahlordnung im Einzelnen geregelt.

Die innere Ordnung des Aufsichtsrats bestimmt sich nach § 25 MitbestG. Aufsichtsratsvorsitzender und Stellvertreter müssen mit je einer 2/3-Mehrheit gewählt werden. Wird diese Mehrheit nicht erreicht, so wählen die Anteilseignervertreter den Vorsitzenden des Aufsichtsrats und die Arbeitnehmervertreter den stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden, § 27 Abs. 1 und 2 MitbestG.

Im unmittelbaren Anschluss an die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters ist der so genannte Vermittlungsausschuss als permanenter Ausschuss zu bilden. Ihm gehören der Aufsichtsratsvorsitzende, sein Stellvertreter und je ein weiterer Vertreter der Anteilseigner und der Arbeitnehmer an, § 27 Abs. 3 MitbestG.⁷⁷ §

⁷⁵ OLG Stuttgart, Beschl. v. 3.5.1989 – 8 W 38/89, DB 1989, 1128 ff.

⁷⁶ *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl. 2002, § 260 Rn. 5.

⁷⁷ *Schaub*, a. a. O., § 260 Rn. 14.

14 Ziffer 1 der Mustersatzung trägt dieser zwingenden gesetzlichen Regelung Rechnung.

Bei der Bildung von Ausschüssen des Aufsichtsrats gemäß § 107 Abs. 3 AktG ist es nicht erforderlich, dass die Arbeitnehmervertreter entsprechend ihrer Stärke im Aufsichtsrat auch in den Ausschüssen vertreten sind. Es gilt jedenfalls dann als missbräuchliche Diskriminierung der Arbeitnehmervertreter, wenn diese allein aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit von jeder Mitarbeit in einem Ausschuss ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss ist nur möglich, wenn ihm erhebliche sachliche oder persönliche Gründe zugrunde liegen.⁷⁸

Die Bestellungsmodalität zum Vorstand werden für mitbestimmten Aktiengesellschaften in § 31 MitbestG geregelt. Der Vorstand der AG wird bestellt durch den Aufsichtsrat, der mit einer 2/3-Mehrheit beschließen muss. Kommt ein solcher Beschluss nicht mit der erforderlichen Mehrheit zustande, hat der Vermittlungsausschuss binnen eines Monats einen Vorschlag für die Vorstandsbestellung zu machen, über den wiederum der Aufsichtsrat mit einer 2/3-Mehrheit entscheidet. Kommt auch hierbei die erforderliche Stimmenmehrheit für den Vorschlag des Vermittlungsausschusses nicht zustande, so wird eine erneute Abstimmung durchgeführt, bei der dem Aufsichtsratsvorsitzenden zwei Stimmen zustehen. Als gleichberechtigtes Mitglied des Vorstands ist gemäß § 33 MitbestG ein Arbeitsdirektor zu bestellen, dessen Bestellung und Abberufung nach denselben Regeln für die übrigen Vorstandsmitglieder erfolgt. Die Mustersatzung sieht daher in § 4 Ziffer 1 vor, dass der Vorstand aus mindestens zwei Personen bestehen muss, von denen einer der Arbeitsdirektor ist.

Das Drittelbeteiligungsgesetz regelt die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Gesellschaftsorganen von Unternehmen mit bis zu 2000 Arbeitnehmern. Danach müssen die Aufsichtsräte einer Aktiengesellschaft, einer GmbH oder einer KGaA zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen, § 1 DrittelbG. Grundsätzlich ausgenommen von der Mitbestimmung sind AG und KGaA, die weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Eine Ausnahme besteht allerdings für Aktiengesellschaften, die vor dem 10.8.1994 eingetragen wurden und keine Familiengesellschaften sind § 1

⁷⁸ BGH, Urt. v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, AG 1993, 464 ff.

Abs. 1 Ziff. 1 Satz 2 DrittelbG. Für diese ist das DrittelbG auch dann anwendbar, wenn weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Ausgenommen von der Mitbestimmung nach dem DrittelbG sind Religionsgemeinschaften und deren karitative und erzieherische Einrichtungen unabhängig von deren Rechtsform.

Der Aufsichtsrat eines dem DrittelbG unterliegenden Unternehmens muss zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen, § 4 Abs. 1 DrittelbG. Sind danach zwei oder mehr Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat zu wählen, so müssen sich unter diesen mindestens zwei Arbeitnehmer befinden, die im Unternehmen beschäftigt sind.

In den Aufsichtsrat können nur Arbeitnehmer gewählt werden, die mindestens 18 Jahre alt sind und dem Unternehmen mindestens 1 Jahr angehören. Mitgezählt werden auch unmittelbar zusammenhängende Betriebszugehörigkeiten bei Konzernunternehmen im Sinne von § 18 Abs. 1 AktG. Nicht wählbar ist, wer infolge strafgerichtlicher Verurteilung die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, nicht besitzt.

Die Arbeitnehmervertreter werden in allgemeiner, geheimer, gleicher und unmittelbarer Wahl von allen zu Betriebsratswahl berechtigten Arbeitnehmern (§ 7 BetrVG) für die Zeit gewählt, die im Gesetz oder in der Satzung für die von der Hauptversammlung zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder bestimmt ist. Die Modalitäten sind in der Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz⁷⁹ geregelt.

Ein Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer kann gem. § 12 DrittelbG vor Ablauf der Amtszeit auf Antrag eines Betriebsrats oder von mindestens einem Fünftel der Wahlberechtigten durch Beschluss mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen abberufen werden.

Das Mitbestimmungsgesetz und das Drittelbeteiligungsgesetz finden keine Anwendung auf solche Unternehmen, die politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder

⁷⁹ Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz, BGBl. I 2004, 1393 ff.

Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes⁸⁰ anzuwenden ist.

Die Mitbestimmung gilt für Unternehmen mit Sitz in Deutschland, nicht jedoch für inländische Betriebe von Unternehmen mit Sitz im Ausland.⁸¹

Für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gilt ein Behinderungs-, Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot. Sie haben jedoch allein aufgrund ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit keinen besonderen Kündigungsschutz, da sie nicht in § 15 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genannt sind.⁸² Das Amt des Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat endet bei Wegfall der Voraussetzungen für seine Wählbarkeit (z. B. Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis, Eintritt in die Freistellungsphase bei Altersteilzeit nach dem Blockmodell)⁸³ oder wenn das Aufsichtsratsmitglied durch Beschluss der wahlberechtigten Arbeitnehmer abberufen wird.

B. Internationales Arbeitsrecht

Nach wohl herrschender Meinung gilt das MitbestG auch für ausländische Unternehmen, sofern sie ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben, nicht jedoch für solche, die ihren Verwaltungssitz im Ausland haben. Nach der lange Zeit in Deutschland vorherrschenden so genannten Sitztheorie war das MitbestG auf ein Unternehmen nicht anwendbar, welches nach ausländischem Recht gegründet wurde und seinen Sitz im Ausland hatte, da das jeweilige Recht am Gesellschaftssitz anzuwenden sei. Anders jedoch, wenn das im Ausland gegründete Unternehmen seinen Sitz in Deutschland hatte, dann sollten die zwingenden Vorschriften des Verwaltungssitzstaates, zu denen in Deutschland auch das MitbestG zählt, anzuwenden sein.⁸⁴ Durch „Centros“⁸⁵ „Überseering“⁸⁶ und „Inspire Art“⁸⁷ ist die Sitztheorie beendet und auch die deutsche

⁸⁰ Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG lautet: „Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet.“

⁸¹ *Schaub* (Fn. 78), § 258 Rn. 2.

⁸² *Schaub* (Fn. 78), § 258 Rn. 4a.

⁸³ BAG, Beschl. v. 25. 10. 2000 – 7 ABR 18/02.

⁸⁴ *Schaub* (Fn.96), § 260 Rn. 2.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (*Centros Ltd ./. Erhvervsog Selskabsstyrelsen*), BB 1999, 809 ff.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (*Überseering BV./.NCC*), BB 2002, 2425 f.

⁸⁷ EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 (*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./. Inspire Art Ltd.*), NJW 2003, 3331 ff.

obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung⁸⁸ lehnt die Anwendung der Sitztheorie ausdrücklich ab. Ausländische Register tragen deutsche Kapitalgesellschaften ein, denn diese beurteilen die Eintragung unter dem Blickwinkel der Gründungstheorie. Der Gesetzgeber reagierte in der Neufassung des MoMiG,⁸⁹ indem er den deutschen Kapitalgesellschaften zwangsweise den Satzungssitz in Deutschland („im Inland“) oktruiert und die Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland zulässt. Darüber hinaus enthält auch das Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG) vom 28.10.1996⁹⁰ Vorschriften über Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern in europäischen Unternehmen.

Die US-amerikanische Börsenaufsicht SEC lässt für deutsche Arbeitnehmervertreter, die zu Mitgliedern des Audit Committee gewählt werden, hinsichtlich des Nichterhaltens von sonstigen Bezügen eine Ausnahme zu.

⁸⁸ BGH, Urt. v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, BB 2003, 915 = NJW 2003, 1461; BayObLG, Urt. v. 19.12.2002 – 2 Z BR 7/02; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 26.3.2003 – 3 W 21/03, BB 2003, 8646 ff. = DB 2003, 1264 f.

⁸⁹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008 BGBl. I S. 2026; Geltung ab 01.11.2008

⁹⁰ BGBl. I, 1548, ber. 2022, geändert durch Gesetz v. 22.12.1999, BGBl. I, 2809.

IV. Literaturverzeichnis

Hüffer, Uwe/ Aktiengesetz, 8. Auflage München 2008

Koch, Jens

Korts, Sebastian/ Die Kleine Aktiengesellschaft, 5. Aufl. Heidelberg

Korts, Petra 2008

Korts, Sebastian Die Europäische Aktiengesellschaft, 3. Aufl. Heidelberg 2018

Korts, Petra Der Aufsichtsrat – Satzung, Beschlüsse, Verträge, 2. Aufl.
Heidelberg 2008

Schaub, Günter Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl. München 2002