

Auszug aus der Stellungnahme vom 20.09.2000

**Regierungskommission „Corporate Governance“**

(...)

Nach einer Vorstellung des Verbandes (unten I.) und der Rolle des Notars im Aktienrecht unter Einbeziehung rechtstatsächlicher Aspekte (unten II.) werden sodann (unten III.) die Fragen des Katalogs der Kommission beantwortet.

**I.**

Der Deutsche Notarverein repräsentiert als Dachverband von Notarvereinen diejenigen Notare Deutschlands, die ihren Beruf hauptberuflich als freien Beruf oder in einem Dienstverhältnis zum Staat ausüben (§ 3 Abs. 1 BNotO). Regional betrachtet sind dies die Notare in den Bundesländern bzw. Gebieten Baden-Württemberg, Freistaat Bayern, Brandenburg, Freie und Hansestadt Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen (ehem. Geltungsbereich des Code Napoléon), Rheinland-Pfalz, Saarland, Freistaat Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

Der Organisationsgrad der Mitgliedsvereine, der im Westen deutlich höher ist als im Osten Deutschlands, schwankt zwischen 60 und 99 %. Es handelt sich um ca. 1.500 Berufsträger, die 2/3 des Staatsgebiets und der Bevölkerung Deutschlands mit notariellen Leistungen versorgen.

In den übrigen Landesteilen (Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Bezirk des OLG Hamm in Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein) ist das sog. Anwaltsnotariat eingeführt. Der Beruf des Notars wird dort von entsprechend qualifizierten Rechtsanwälten im Nebenberuf ausgeübt.

Wenn im folgenden von „Notar“ die Rede ist, so sind sowohl der hauptberufliche als auch der Anwaltsnotar gemeint. Denn die gesetzlich vorgegebenen Aufgaben und Funktionen (vgl. nur die Generalklausel des § 1 BNotO) und die den Notar treffenden Amtspflichten sind für beide Notariatsformen deckungsgleich.

## II.

### 1. Notar im Aktienrecht - Gesetzliche Grundlagen

Bei den Aufgaben des Notars im Aktienrecht ist von den gesetzlichen Formvorschriften der § 23 Abs. 1 und 2, 30 Abs. 1 Satz 2, 130 AktG auszugehen. Hierdurch ist die Mitwirkung des Notars bei der Gründung von Aktiengesellschaften sowie bei der Durchführung von Hauptversammlungen börsennotierter Gesellschaften bzw. solcher Hauptversammlungen, in denen Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz mindestens eine Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen vorsieht.

Notare betreuen Aktiengesellschaften jeder Größe und Struktur. Die dabei erworbene Sachkenntnis ermöglicht dem Notar einen Quervergleich der rechtstatsächlichen Erscheinungsformen der Aktiengesellschaft. Hierauf wird nachstehend 2. eingegangen. Nachstehend 3. und 4. wird das rechtstatsächliche Spektrum notarieller Betreuungstätigkeit im Aktienrecht erläutert und die hierbei entstehenden Transaktionskosten im Vergleich zu den sonstigen *agency costs* der Rechtsform untersucht.

### 2. Aktiengesellschaft - Rechtstatsächlicher Befund

#### (a) Novelle 1994

Die vorstehend wiedergegebene Fassung des § 130 AktG geht auf das Gesetz zur Einführung der „kleinen AG“ zurück. Vor der Novelle unterlag jede Hauptversammlung notarieller Beurkundung. Entgegen den Befürchtungen mancher Vertreter des Notarberufs hat diese Rücknahme gesetzlichen Formzwangs letztlich zu mehr Beurkundungstätigkeit des Notars im Aktienrecht geführt, nicht jedoch zu entsprechendem Gebührenmehraufkommen. Die Gründe hierfür liegen in folgendem:

#### (b) Zunahme der Zahl von Aktiengesellschaften

Die Rechtsform der AG hat in den letzten Jahren einen unerwarteten Aufschwung genommen. Die Zahl der Aktiengesellschaften dürfte sich gegenüber dem Tiefstand 1982 mehr als verdreifacht haben. Die Gründe hierfür scheinen weniger im Gesetz von 1994 zu liegen als vielmehr in den Möglichkeiten, die Aktiengesellschaften sowohl bei der Finanzierung (Zugang zum Kapitalmarkt) als auch bei der Mitarbeiterbeteiligung bieten.

### **(c) Vorteile der AG**

Die Vorteile der Rechtsform der Aktiengesellschaft liegen in folgendem:

- (1) Ein gesetzlich standardisiertes und weitgehend zwingendes Modell für Entscheidungskompetenzen und Informationsrechte senkt die Transaktionskosten des Kapitalmarkts.
- (2) Die gegenüber der GmbH (vgl. § 51a GmbHG) erheblich zurückgenommenen Auskunftsrechte der Aktionäre erhält unternehmerische Freiräume trotz Beteiligung Fremder, insbesondere auch Mitarbeiter.
- (3) Die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital fällt dank der gesetzlich geregelten Fälle der Wandelschuldverschreibung und des bedingten Kapitals leichter. In der GmbH ist sie wegen der erforderlichen Werthaltigkeitsprüfung im Zeitpunkt der Wandelung erheblich aufwendiger und unsicherer.
- (4) Etwaige gesetzlich vorgegebene Grenzen des Satzungsrechts können durch schuldrechtliche Vereinbarungen unter den Aktionären aufgefangen werden (sog. Beteiligungs- oder Konsortialverträge bzw. Poolvereinbarungen).
- (5) Nicht unterschätzt werden darf die subjektive Erwartung des Rechtsverkehrs auf einen Reputationsgewinn desjenigen, der sich der Rechtsform der AG bedient.

### **(d) Nachteile der AG**

Die Nachteile der Rechtsform dürfen jedoch nicht unterschätzt werden; sie liegen in folgendem:

- (1) Der hohe Anteil zwingenden Gesetzesrechts macht den Umgang mit der Rechtsform AG außerordentlich fehlerträchtig.
- (2) Das Zusammenspiel der Organe Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung führt gegenüber der Rechtsform GmbH zu erhöhten Reibungsverlusten.

Angesichts einer steigenden Anzahl von Aktiengesellschaften darf nicht übersehen werden, dass der zusätzliche Aufmerksamkeitswert der AG sich allmählich verbraucht. Die Vielzahl von Aktiengesellschaften, die um Kapital konkurrieren, führt zu einem „Stadioneffekt“ („wenn alle aufstehen, sieht niemand besser“) und subventioniert eine ständig wachsende Branche selbsternannter Emissions-, PR- und Investor-Relationsberater etc.

### **(e) Missstände in der Praxis**

Bis Mitte der 90er Jahre, als die AG eine Rechtsform der alteingesessenen „*Old Economy*“ war, fielen die Nachteile der Aktiengesellschaft nicht ins Gewicht. Der Umgang mit der Rechtsform lag in den Händen einer „Kaste“ hochspezialisierter Hochschullehrer, Notare und (Syndikus-)Anwälte in den Rechtsabteilungen der Großindustrie bzw. renommierten Anwaltskanzleien, die auf langjährige Erfahrungen und Kontakte untereinander zurückgreifen konnten. Nachteil der AG waren allenfalls ihre höheren Transaktionskosten.

Dieser Zustand der Rechtswahrung durch eine „Priesterkaste“ ist seit einigen Jahren vorbei. Die Nachfrage nach der Rechtsform der Aktiengesellschaft traf auf eine Vielzahl hierauf nicht ausreichend vorbereiteter Laien wie Praktiker. Die Zahl der Dinge, die in sog. „kleinen Aktiengesellschaften“ nicht korrekt gehandhabt werden, übersteigt das Vorstellungsvermögen. Einige Beispiele aus der Praxis mögen dies illustrieren:

- (1) Missachtung des § 52 AktG;
- (2) Nichtbeachtung des § 106 AktG;
- (3) Nichtbeachtung des § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG;
- (4) Festsetzung der Aufsichtsratsvergütung durch den Aufsichtsrat;
- (5) Wahl einer nicht § 95 Satz 3 AktG entsprechenden Zahl von Aufsichtsräten unter Missachtung der Satzung der AG;
- (6) Verstöße gegen § 57 Abs. 3 AktG (Auflösung von Rücklagen);
- (7) Missachtung des § 20 Abs. 1 und Abs. 7 AktG, zum Teil bis in die Rechtsabteilungen von größeren Unternehmen hinein.
- (8) verdeckte Sachkapitalerhöhungen (Hin- und Herzahlen bei Umwandlung von Darlehen in Grundkapital);
- (9) Missachtung der Vorschriften über Einberufung der Hauptversammlung;
- (10) Nichtbeachtung der Vorschriften über das Bezugsrecht;
- (11) Nichtbeachtung von § 226 Abs. 2 AktG.
- (12) Nicht mehr nachvollziehbare Aktienübertragungen bei nicht notierten Gesellschaften oder nicht körperlich verbrieften Aktien<sup>1</sup>.

Ursachen für diese Vielzahl von Gesetzesverstößen ist neben der Hemmungslosigkeit mancher Aktionäre/Vorstände/Aufsichtsräte der Mangel an qualifizierten Beratern im Aktienrecht. Der Umgang mit diesem Rechtsgebiet erfordert wegen dessen geringer Fehlertoleranz ein Höchstmaß an sorgfältigem und genauen Arbeiten.

---

<sup>1</sup> Die im Vergleich hierzu durch das Beurkundungserfordernis nach § 15 GmbHG erzielte Rechtssicherheit ist bislang in der rechtspolitischen Diskussion um diese Vorschrift nicht in ausreichendem Maße gewürdigt worden.

## **(f) Folgen von Missständen**

Die Vielzahl von Gesetzesverstößen wird sich über kurz oder lang auf die derzeit noch hohe Wertschätzung der Rechtsform AG im Kapitalmarkt negativ auswirken. Sie wird, ähnlich wie bei der Aktienrechtsreform in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts als einer Reaktion auf Missstände der Gründerzeit, den Gesetzgeber auf den Plan rufen. Ob Deregulierung des Aktienrechts im Sinne einer Legalisierung von Verstößen stets das Mittel der Wahl ist, erscheint nicht unzweifelhaft.

Im Rahmen einer Diskussion über eine „Deregulierung“ des Aktienrechts darf nicht übersehen werden, dass der weitgehend zwingende Charakter des Aktienrechts für einen effizienten Kapitalmarkt von größter Bedeutung ist. Die rechtliche Binnenstruktur eines Unternehmens ist für das Beteiligungscontrolling von erheblicher Bedeutung. Einheitliche Standards senken die Transaktionskosten des Kapitalmarkts enorm und bieten daher volkswirtschaftliche Effizienzvorteile. Diesem Ziel dient letztlich auch der *Code of Best Practice*.

## **(g) Bedeutung der Hauptversammlung**

Nicht unterschätzt werden darf der alle börsennotierten Aktiengesellschaften treffende Niedergang der Hauptversammlungskultur. Die Hauptversammlung als zentrales Medium für die Wahrnehmung von Aktionärsrechten wird in ihrer Effektivität nicht nur durch bundesweit namentlich bekannte Personen behindert (z.B. die Herren Freitag (Köln) oder Klein (Saarbrücken)). Es ist schlicht unerträglich, dass Aktionäre, wie in einem konkreten Fall geschehen, auf einer Hauptversammlung ohne konkreten Anlass aus purer Lust an der Provokation ins Blaue hinein fragen dürfen, ob bestimmte Aktionäre von der Gesellschaft Parkgebühren in der Hoteltiefgarage erstattet bekommen.

Die Hauptversammlung leidet jedoch ungleich schwerer daran, dass sie zur Wärme- und Verköstigungsstube des Pensionärs der gehobenen Mittelschicht (und zur Bühne dessen Selbstdarstellungsdrangs) verkommen ist. Fachlich hochqualifizierte Anleger, die mit ihrer beruflichen Erfahrung der Verwaltung des Unternehmens wertvolle Anregungen geben könnten, werden durch mehrstündige, langatmige rituelle Frage- und Antwortspiele und Verhaltensweisen zwischen rhetorischem Rowdytum und Lobhudelei eher abgeschreckt. Nicht zuletzt sind die üblichen Zeiten von Hauptversammlungen nicht gerade auf die Bedürfnisse anderweitig berufstätiger Privatanleger abgestimmt.

Das durchaus anerkennenswerte Bestreben der Aktionärsvereinigungen und insbesondere der die konsequente Umsetzung wissenschaftlicher Erkenntnis in die Praxis erstrebende Gruppe um den Würzburger Professor Dr. Ekkehard Wenger erscheint für sich genommen nicht geeignet, diese Entwicklung umzukehren.

Schließlich darf nicht übersehen werden, dass die zunehmende Zahl von Aktiengesellschaften den Kapitalmarkt logistisch zu überfordern droht. Hinzuweisen ist hier zum einen auf die absurd hohen Zahl von Mitteilungen nach § 125 AktG. So mussten z.B. bei einem am Neuen Markt notierten Unternehmen im Münchner Raum mit ca. 80 Mitarbeitern anlässlich der 2. Hauptversammlung nach dem Börsengang 70.000 Mitteilungen mit einem Kostenaufwand von mindestens DM 5,00 je Mitteilung versandt werden. Von anderen Unternehmen hört man ähnliches. Die Abrechnung über diese Mitteilungen durch Banken ist für die Unternehmen de facto nicht nachvollziehbar.

Weiter fällt die von Jahr zu Jahr steigende Zahl von Friktionen bei Kreditinstituten im Verfahren nach § 123 Abs. 3 und Abs. 4 AktG auf. Gerade die rechtzeitige Übermittlung der Einladung an ausländische Investoren durch Banken ist zu oft ein Problem. Aber auch deutsche Aktionäre erhalten ihre Eintrittskarten in zahlreichen Fällen nicht rechtzeitig. Ebenfalls zu sich häufenden Pannen kommt es bei der rechtzeitigen Vorlage der Vollmachten von Bankenvertretern.

### **3. Aktienrecht - Rolle des Notars**

Die gesetzlichen Formvorschriften des Aktienrechts stellen für den Notar nicht die Begrenzung seiner Tätigkeit dar, sondern den Ausgangspunkt derselben. Dies ergibt sich zum einen schon aus § 1 BNotO, der dem Notar eine Rolle als unparteilicher Berater auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege zuweist.

Dem gemäß umfasst die Mitwirkung eines Notars als zumeist langjährigem Berater einer Aktiengesellschaft folgende Aspekte:

- (1) Betreuung bei der Gründung, d.h. auch Entwurf der Satzung und anderer Dokumente (z.B. Geschäftsordnungen, Aktionärsvereinbarungen).
- (2) Betreuung bei der Hauptversammlung, d.h. neben der Protokollierung auch Mitwirkung bei der Aufstellung der Tagesordnung, der korrekten Einladung, der Vorbereitung unerfahrener Vorstände/Aufsichtsräte in Form eines „*coaching*“, der Mitwirkung bei der Präsenzkontrolle und beim Vollzug der Beschlüsse wie Einholung von Genehmigungen und Eintragung in das Handelsregister.
- (3) Beratung bei sonstigen Maßnahmen, wie allgemeine in das Handelsregister einzutragende Tatsachen, Aktienkaufverträge, Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschlüsse, v.a. im Zusammenhang mit Kapitalmaßnahmen.

#### 4. Aktienrecht - Transaktionskosten

Es entspricht einem tief verwurzelten Ritual, den Notar als überflüssig und Notarkosten stets als zu hoch darzustellen. Insoweit darf nicht übersehen werden, dass diese Kosten einen zwar festen, nichtsdestoweniger jedoch relativ untergeordneten Bestandteil der Gesamttransaktionskosten der Rechtsform AG darstellen. Typischerweise äußern sich zu Notarkosten Vertreter anderer Berufsgruppen, die mit Forderungen nach sog. Deregulierung in erster Linie eine geänderte Kostenverteilung erstreben.

Hinter diesen Deregulierungsdiskussionen verbergen sich zumeist gesellschaftliche Verteilungskämpfe. Dem gegenüber sind ist der Anteil der Notarkosten an den gesamten Transaktionskosten der Rechtsform Aktiengesellschaft vernachlässigbar und bietet zudem – richtiges Verständnis und entsprechende Inanspruchnahme der Leistungen des Notars vorausgesetzt – ein günstiges Preis-Leistungs-Verhältnis.

Die Gründung einer AG mit einem Grundkapital von € 50.000,00 löst Notarkosten von ca. € 1.100,00 netto aus. Diese Gebühren fallen dann an, wenn der Notar von der Bestellung des Gründungsprüfers über den Entwurf von Gründungsurkunde, Satzung, Handelsregisteranmeldung, Zusammenstellung der Gründungskosten, Niederschrift über konstituierende Sitzung des Aufsichtsrats, Bericht der Gründer, interner (und zuweilen auch externer) Gründungsbericht die Erstellung aller nach dem Gesetz erforderlichen Unterlagen übernimmt. Bereits die Gründungsprüfung bei einer Bargründung, die sich dann im Prinzip in der Kontrolle der Kapitalaufbringung erschöpft, kostet zwischen € 1.000,00 und € 2.500,00 netto. Der Entwurf der Unterlagen durch Anwälte löst noch weitaus höhere Kosten aus.

Die Gründungskosten sind nach oben hin limitiert. Bei einem Grundkapital von € 5.110.000,00 und mehr betragen sie maximal ca. € 17.500,00 netto.

Die Beurkundung einer Hauptversammlung, enthaltend die Beschlüsse über Regularien (Entlastung, Wahl des Abschlussprüfers), betragen die Notarkosten in Abhängigkeit von der Grundkapitalziffer zwischen ca. € 200,00 und € 1.800,00 netto. Die Höchstgebühr – auch bei Vorliegen sog. geldwerter Beschlüsse (Gewinnverwendung, Kapitalmaßnahmen), beträgt € 5.110,00.

Die Beglaubigung einer vom Notar entworfenen Handelsregisteranmeldung löst eine Gebühr von maximal € 411,60 netto aus.

Gebühren für Abschriften, Postauslagen etc. sowie gesetzliche Umsatzsteuer kommen hinzu.

Zum Vergleich liegen etwa die Provisionen für Banken bei Börsengängen zwischen 5 und 10 % des gesamten Emissionserlöses, die Einnahmen durch die im Rahmen der Zuteilungsreserve („*greenshoe*“) in Höhe der Differenz zwischen dem Einkaufspreis zum Emissionspreis und zum Verkaufspreis zum dann gestiegenen Börsenkurs nicht gerechnet. Honorare für sonstige Rechtsberater liegen bei Börsengängen im sechs- bis siebenstelligen Bereich. So hat eine AG mit einem Grundkapital von knapp über € 20 Mio. für ihren Börsengang unlängst – ohne Provision – ca. € 3 Mio. aufgewandt, wovon etwa € 12.000,00 auf Notarkosten entfallen.

Sogenannte Hauptversammlungsdienstleister verlangen für die Unterstützung bei der Durchführung von Hauptversammlungen unter Einsatz von Personal und EDV Beträge zwischen € 10.000,00 und über € 100.000,00. Bei Hauptversammlungen mit bis zu 200 Teilnehmern ist die in den Gebühren mit abgegoltene manuelle Stimmenauszählung durch den Notar angesichts der meist deutlichen Mehrheitsverhältnisse dem Einsatz von EDV in punkto Geschwindigkeit oft auch noch überlegen.

Angesichts dieser Dimensionen erscheint eine Diskussion über angeblich überhöhte Notargebühren in diesem Bereich eher absurd. Zudem wird in dieser Diskussion nicht berücksichtigt, dass das System der Gebührenordnung des Notars bei diesem dann zu einer Gewinnmaximierung führt, wenn er schnell, effizient und vor allem fehlerfrei arbeitet. Andere Berater können unnötige Arbeit und Fehler in Stundenhonoraren „verstecken“, nicht jedoch der Notar (vgl. § 16 KostO). Die Gefahren eines für den Mandanten schädlichen „*principal-agent-Konflikts*“<sup>2</sup> mit hohen *agency costs* sind daher bei Beratung durch den Notar weitaus geringer.

Die Notare können sich daher des Eindrucks nicht erwehren, als ginge es bei dieser Diskussion darum, durch vorgeschobene Forderungen nach „Deregulierung“ einen unliebsamen, weil preisgünstigen Konkurrenten auf dem Beratungsmarkt aus dem Aktienrecht hinauszudrängen.

Bei der geschilderten Situation besteht eher die Gefahr, dass angesichts der im Durchschnitt eher knapp bemessenen und nicht am betriebswirtschaftlichen Aufwand orientierten Gebühren sich zu viele Notare aus dem kosten- (Literatur!), arbeits- und zeitintensiven sowie haftungsträchtigen Aktienrecht verabschieden und sich auf weniger riskante Tätigkeiten in anderen Rechtsgebieten konzentrieren. Dies gilt umso mehr, als die Mitwirkung nicht vergleichbar qualifizierter Berater an der Betreuung von Aktiengesellschaften – was oft genug vorkommt - die betriebswirtschaftlichen Kosten des Notars erheblich erhöht, da zum Zeitaufwand für die eigentliche Betreuung der Zeitaufwand für die oft vergebliche Fortbildung

<sup>2</sup> Zum „*principal-agent-problem*“ in der Corporate Governance siehe Brealey/Myers, *Principals of Corporate Finance*, 5. Aufl. 1996, S. 371 sowie - im Zusammenhang mit Stock-Option-Programmen - Betsch/Groh(Lohmann, *Corporate Finance*, 2. Aufl. 2000, S. 248 f.

anderer Berater hinzukommt, welche vom Notar weder geschuldet noch ihm vergütet wird, wohl aber vom betreffenden Berater dem Mandanten über Zeithonorare in Rechnung gestellt werden kann.

Dies geht zu Lasten der Wirtschaft, der angesichts dieser Gebühren nur geraten werden kann, die durch die Gebühr mit abgegoltene Beratungsleistung (vgl. oben 3.) des Notars möglichst intensiv in Anspruch zu nehmen. Bei allen Überlegungen zur „Deregulierung“ des Aktienrechts darf daher nicht übersehen werden, dass eine Zurückdrängung des Notars im Aktienrecht die Gesamtsumme der durch die Rechtsform AG verursachten Transaktionskosten nicht senken, sondern erhöhen dürfte. Das Notariat bietet der deutschen Aktiengesellschaft eine rechtliche „Grundversorgung“ zu einem z.B. im Vergleich zu einer Delaware Corporation konkurrenzlos günstigen Preis.

### III.

Zum Fragenkatalog wird im einzelnen wie folgt Stellung genommen:

#### 1. Code of Best Practice

Der *Code of Best Practice* erweckt den Anschein, als sei er idealtypisch für ein börsennotiertes Unternehmen der „*Old Economy*“ entworfen. Die Mehrzahl der heutigen Aktiengesellschaft, also die jungen sog. „*start-ups*“, werden sich in ihm nur teilweise wiederfinden.

Beispielhaft seien hier folgende Grundsätze des „*German Code of Corporate Governance (GCCG)*“ genannt<sup>3</sup>:

Grundsatz I.4 und 6; II 1.2 Sätze 3-4, II 1.4 Satz 1, II 2.3 („einmal jährlich“), II. 2.8 („Informationsdurchgriff“), III 3.1 („im Normalfall min. 3 Vorstände“), III. 3.3. („Vorstandsvorsitzender ist nicht CEO“), IV. 3.3 - 3.4 (AR-Ausschüsse)

Darüber hinaus enthält der GCCG zahlreiche kaum der Normierung zugängliche Selbstverständlichkeiten („*soft law*“), wie z.B. die Grundsätze II.4. und III. 1.4. sowie III. 4, III 5.1. Satz 2 bzw. IV. 6.1. Satz 2 („böser Schein“). Eine offene Diskussionskultur und die Berücksichtigung ethischer Vorstellungen lassen sich in einem Unternehmen ebenso wenig durch Gesetzesbefehl verwirklichen wie in einer Ehe. Gleiches gilt für die Vermeidung des „bösen Scheins“.

<sup>3</sup> Nach der Veröffentlichung in *Der Betrieb* 2000, 1573-1581.

Zuweilen ist die Erfüllung des GCCG wirtschaftlich kaum möglich (z.B. angesichts der steuerlichen Gegebenheiten Grundsatz III 6.3. - *lock-up* für drei Jahre).

Hervorzuheben ist die Bedeutung eines unabhängigen Abschlussprüfers (Grundsätze VI. 2.). Diese Unabhängigkeit wird durch zum Teil nicht mehr kostendeckende Prüfungsgebühren und deren Quersubventionierung durch anderweitige Beratungsmandate gefährdet. Wenn nun - zu recht - die organisatorische und gesellschaftsrechtliche Trennung zwischen Prüfungs- und Steuer- bzw. Unternehmensberatungsmandat gefordert wird, so muss zugleich die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Abschlussprüfers durch eine entsprechend auskömmliche Gebührenordnung sichergestellt sein, um ruinösen Preiswettbewerb zu vermeiden und qualifizierten Nachwuchs für die Prüfungstätigkeit zu interessieren. Eine gesetzliche Gebührenordnung scheint uns die beste Möglichkeit, den momentan bestehenden reinen Preiswettbewerb auf dem Prüfungsmarkt durch einen Qualitätswettbewerb im Sinne eines *bottom-up-race* zu ersetzen. Damit ist die Verwirklichung der Forderung der US-amerikanischen *Securities and Exchange Commission (SEC)* nach institutioneller Trennung zwischen Revisions- und Beratungstätigkeit erst möglich, nach den Erkenntnissen der SEC die Grundvoraussetzungen für die Unabhängigkeit des Prüfers.

Der Befund eines für eine Normierung zu wenig bestimmt formulierten GCCG entspricht auch der typischen Antwort der Vorstände deutscher Unternehmen der „*Old Economy*“ in Hauptversammlungen auf die von den Vertretern der Aktionärsvereinigungen routinemäßig gestellte Frage nach der „Unterwerfung“ des Unternehmens unter den Code. Regelmäßig wird geantwortet, es bestünde hierfür kein Bedarf, da ohnedies nach diesen Standards gearbeitet würde. Für die Unternehmen der „*New Economy*“ ist der GCCG nicht von Interesse. Nicht börsennotierte Gesellschaften verfahren, speziell wenn sie durch *venture capital* finanziert sind, nicht nach dem GCCG, sondern nach aus dem angelsächsischen Raum stammenden Prinzipien.

Dieser Befund spricht jedoch nicht gegen die Berechtigung des Code, sondern nur gegen Überlegungen, ihn mit verbindlichem, gleichsam „normativen“ Charakter auszustatten. Als Sammelwerk von Regeln, erarbeitet durch ein Gremium anerkannter Fachleute, wird der Code stets den nach §§ 93, 116 AktG anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab definieren. Seine Wirkung wird – und sollte er – vor allem über die Beweislastverteilung im Haftungsprozess gegen Mitglieder der Verwaltung oder im Rahmen einer Sonderprüfung nach §§ 142 ff. AktG entfalten. Hat eine Maßnahme der Verwaltung gegen Regeln dieses Code verstoßen, so obliegt ihr eine gesteigerte Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Maßnahme dennoch pflichtgemäß war. Der Code wird und soll seine Bedeutung gerade in den Bereichen des Anscheinsbeweises und der Beweislastumkehr entfalten.

Die Bedeutung von Haftungsfragen im Aktienrecht sollten nicht gering geschätzt werden. Vergangen sind die Zeiten des legendären Herrmann Josef Abs, der gesagt haben soll, eher ginge ein Kamel durch ein Nadelöhr als dass ein deutscher Aufsichtsrat in die Haftung geriete. Der jüngst vor dem zuständigen Oberlandesgericht geschlossene Vergleich mit einem Aufsichtsratsmitglied der Balsam AG, der faktisch einem Prozessverlust gleichkommt, lehrt ein anderes. Auch die zunehmende Bedeutung von Haftpflichtversicherungen für Organmitglieder spricht dafür, dass die Praxis die Haftungsgefahren durchaus ernst nimmt.

Diese Bedeutung des Code spricht für die Einrichtung einer ständigen Sachverständigenkommission zur Fortschreibung des Code. Ähnlich wie das Institut der Wirtschaftsprüfer e.V. Standards für die Berufsausübung der Wirtschaftsprüfer in Deutschland oder das Deutsche Notarinstitut in seinen Fachgutachten Standards für die Berufsausübung des Notars setzt und fortschreibt, sollte der *Code of Best Practice* kontinuierlich an den Fortschritt der Erkenntnis auf dem Gebiet der Unternehmensführung angepasst werden. Einer Institutionalisierung wie in § 342a HGB vorgesehen bedarf es u.E. dann nicht, wenn diese Kommission, die sich durchaus als eingetragener Verein organisieren könnte, kraft ihrer Unabhängigkeit und fachlichen Kompetenz für sich selbst spricht.

Wünschenswert erscheint hier insbesondere auch eine stärkere Beteiligung des Auslands. Zum einen sind gerade die angloamerikanischen Wirtschaftswissenschaften führend. Zum anderen werden sich die beweisrechtlichen Wirkungen des Codes gerade auch im Ausland (z.B. USA) entfalten. Für eine Volkswirtschaft, in der gerade auch der Mittelstand in einem hohen Maße exportorientiert arbeitet, ist nur ein auch internationalen Anforderungen genügender Code von wirklichem Interesse. Schon von daher erscheint eine Veröffentlichung des Code in einer dem deutschen Text gleichrangigen englischen Fassung geboten und im Hinblick auf ausländische Investoren in Deutschland wünschenswert.

Dem gemäß hält der Deutsche Notarverein einen *Code of Best Practice* auch nicht für ein taugliches Mittel, um bei Nichtbefolgung Sanktionen wie den Widerruf der Börsenzulassung anzuwenden. Zum einen werden damit weniger die Organe der AG als die Aktionäre bestraft. Zum anderen wird ein *Code of Best Practice* als Leuchtturm, nicht als Grenzstein nicht den an eine Eingriffsnorm anzulegenden Maßstab an inhaltlicher Bestimmtheit (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) erreichen können. Allerdings kann der *Code of Best Practice* als offener Tatbestand mit Indizwirkung auch in öffentlichrechtlichen Verfahren herangezogen werden können

## 2. Reformvorschläge

Im folgenden werden einzelne Reformvorschläge dargestellt.

(a) Gründung

(aa) Externe Gründungsprüfung

Die reine Bargründung der AG erfordert dann eine externe Gründungsprüfung, wenn zwischen Gründern, Aufsichtsräten und Vorständen Personenidentität besteht. Faktisch erschöpft sich die externe Gründungsprüfung im Anschauen von Kontoauszügen und dem Kopieren von Notarurkunden, die einem wenige Seiten starken Gründungsprüfungsbericht als umfangreiche – und die Höhe der Rechnung legitimieren sollende – Anlagen beigefügt werden. Die Einzahlung des Grundkapitals überwacht ohnedies schon der beurkundende Notar, der die Handelsregisteranmeldung erst dann bei Gericht einreicht, wenn das Bestätigungsschreiben nach § 37 Abs. 1 AktG bei ihm eingegangen ist. Die rechtliche Überprüfung des Gründungsvorgangs, die auch eine Aufgabe des Gründungsprüfers wäre, wird nahezu durchweg nicht durchgeführt.

Nach Unterzeichnung des Berichts durch den Prüfer fühlen sich die Gründer wie plötzlich unbeaufsichtigte Schüler allzu oft frei zu jeglichen unstatthaften oder unzweckmäßigen Handlungen wie das Eingehen riskanter Geschäfte mit der Vor-AG, der Vornahme verdeckter Sachgründungen u.s.w.

Bei Bargründungen ist die Gründungsprüfung daher uneffektiv, zeitraubend und teuer. Sie sollte – notfalls über eine Änderung der entsprechenden EG-Vorschriften – abgeschafft werden. Alternativ wäre eine Übertragung auf den ebenfalls neutralen Urkundsnotar.

(bb) Bankbestätigung

Nicht reformbedürftig erscheint hingegen das Erfordernis der Bankbestätigung nach § 37 Abs. 1 AktG. Zwar ist die Quote der von den Notaren und Gerichten beanstandeten, da dem Wortlaut der Norm nicht entsprechenden Bestätigungen unvertretbar hoch. Die Bestätigung mit der Übernahme eines eigenen Obligos der Bank gibt dem Rechtsverkehr jedoch ungleich mehr Sicherheit als die bloße Versicherung des Geschäftsführers, mit der es das GmbH-Recht bewenden lässt.

(cc) Bestellung des Abschlussprüfers

§ 30 Abs. 1 AktG schreibt zwingend die Bestellung eines Abschlussprüfers bei der Gründung der AG vor. Dies erscheint unnötig. Zum einen werden die Käufer von Vorratsgesellschaften auf einen ihnen unbekanntem Prüfer festgelegt, den sie im Wege der gerichtlichen Abberufung *de facto* nur im kollusiven Zusammenwirken mit dem Prüfer „los werden“ können, in dem der Prüfer berufsrechtliche Konflikte behauptet. Zum anderen sind die meisten neu gegründeten

Aktiengesellschaften gar nicht prüfungspflichtig. Zum dritten geht die registerrechtliche Praxis ohnedies dahin, wegen der vorgenannten Umstände auch Aktiengesellschaften einzutragen, bei denen kein Prüfer bestellt wurde.

(dd) Wahl des ersten Aufsichtsrats

Die Beschränkung der Amtszeit des ersten Aufsichtsrats in § 30 AktG überzeugt nicht. Bereits im häufigen Fall der Gründung durch Formwechsel gelten statt dessen über § 197 Satz 2 UmwG die allgemeinen Vorschriften, ohne dass dies zu Missständen geführt hätte.

(ee) Nachgründung

Dankenswerterweise hat der Gesetzgeber eine Änderung des § 52 AktG in Angriff genommen, der wohl am häufigsten missachteten Vorschrift des deutschen Aktienrechts. Zu zweifelhaft erscheint die Berechtigung der Norm neben den Grundsätzen über die Unzulässigkeit verdeckter Sacheinlagen. Die Einräumung eines faktischen Lösungsrechts bei unliebsamen Verträgen durch Berufung auf § 52 AktG widerspricht nicht nur dem Gedanken des Schutzes des gutgläubigen Rechtsverkehrs. Es gefährdet geradezu die Reputation Deutschlands, wenn sich deutsche Unternehmen geschlossenen Verträgen mit Berufung auf für Ausländer undurchschaubare Rechtsvorschriften entziehen können, die ausländische Vertragspartner eher an die Praktiken in sog. „Schurkenstaaten“ erinnern müssen. Die Kumulation von Sachkapitalerhöhungs- bzw. Verschmelzungsprüfung einerseits und Nachgründungsprüfung andererseits ist auch nicht recht verständlich.

(b) Bilanzierung

(aa) Thesaurierung

Sehr komplex und unter kapitalmarkttheoretischen Aspekten nicht mehr zeitgemäß erscheint weiter § 58 AktG. Die Aktie ist nicht mehr das Papier des Coupons schneidenden Privatiers. Diese Zeiten sind spätestens seit der Inflation 1923 vorbei. Die Möglichkeiten der Gesellschaften, ihre Ausschüttungs- und Bilanzierungspolitik den aktuellen Erfordernissen eines sich wandelnden Kapitalmarkts anzupassen, sollten nicht über Gebühr beschränkt werden. Unternehmen, die im Interesse von Großaktionären eine den Anforderungen des Kapitalmarkts widersprechende Ausschüttungspolitik verfolgen, werden durch Kursverluste bestraft.

(bb) gesetzliche Rücklage

Entsprechende Überlegungen gelten für den Zwang zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage nach § 150 AktG. Auch diese Vorschrift widerspricht einem zeitgemäßen Bilanzverständnis.

(cc) Rücklagenbindung

Zu einer evtl. erforderlichen Lockerung der strikten Rücklagenbindung (§§ 57 Abs. 3, 150 Abs. 4 AktG) wird weiter unten noch Stellung genommen. Hier sei nur darauf hingewiesen, dass das Verbot der Ausschüttung von Rücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1-3 HGB leicht dadurch umgangen werden kann, dass eine sonstige Zuzahlung („schuldrechtliches Agio“) nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 vereinbart wird, welches wie eine andere Gewinnrücklage ausschüttungsfähig ist<sup>4</sup>.

(c) Aktie

(aa) Wertpapierrechtlicher Ansatz

Das deutsche Aktienrecht orientiert sich am Konzept der Aktie als körperlichem Wertpapier. Angesichts des zunehmenden Verbriefungsausschlusses und dem Vordringen der Globalurkunde führt dies zu Problemen bei der Auslegung bestimmter Normen.

So ist angesichts der nur noch elektronisch vorhandenen Aktien-Wertrechte neben der „Hinterlegung“ von Aktien als Voraussetzung für die Zulassung zu Hauptversammlungen speziell der Begriff der Aktienausgabe (§§ 9, 10 Abs. 2 und 4, 12 Abs. 1 Satz 2, 182 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 3, 191, 197, 199, 203 und 204 AktG) kaum noch verständlich. Der vom Wertpapierbegriff bestimmte Terminus der Ausgabe lässt sich in ein System der Wertrechte nicht mehr einordnen. Denkbar wäre es, in der Ausgabe ein Anerkenntnis der Rechtstellung des Aktionärs zu sehen, dies unter Rückgriff auf die berühmte pandektistische Monographie Otto Bährs („Anerkenntnis als Verpflichtungsgrund“). Dies wäre die Rückkehr der antiken *stipulatio* in das moderne Aktienrecht in Gestalt einer über das CASCADE-System bewirkten elektronischen Buchung. Ob dies ein taugliches Modell sein kann, sei dahingestellt.

Denkbar wäre eine elektronische Verbriefung der Aktie, wodurch u.U. die Probleme im Zusammenhang mit unklaren Aktienbesitzverhältnissen gemeistert werden könnten.

---

<sup>4</sup> Vgl. Köhler Kommentar-Claussen/Korth, 2. Aufl. § 272 HGB Rdz. 43 a.E.

(bb) Namensaktie

Raum für Verbesserungen besteht auch beim Handel mit Namensaktien. Die Qualität der über die Kreditwirtschaft an die Unternehmen übermittelten Daten über Aktienkäufer lässt zu wünschen übrig. Schreibfehler bei Namen und Anschriften sind an der Tagesordnung. Hierunter leidet die Aussagekraft des Aktienbuchs. Wünschenswert wären Verfahren, die qualitativ dem kommerziellen Adressenhandel überlegen sind.

Durchaus kritisch sieht der Deutsche Notarverein die durch das NaStraG geschaffenen asymmetrischen Informationsrechte zwischen Vorstand und Aktionär bei Einsicht in das Aktienbuch (Aktienregister). Datenschutzrechtliche Erwägungen haben es hier dem Kleinaktionäre *de facto* unmöglich gemacht, aktiv das Zustandekommen bestimmter Minderheitsquoten (z.B. für Einberufungsverlangen oder Anträge auf Sonderprüfung) zu betreiben. Dies hat letztlich die Verwaltung erheblich gestärkt.

(d) Vorstand und Aufsichtsrat

(aa) dualistisches System und *board*-System

Das deutsche „dualistische“ System einer institutionellen Trennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat erscheint nicht zwingend als dem in anderen Ländern verbreiteten System des einheitlichen „*board*“ (Verwaltungsrat) überlegen. Gerade bei kleinen Aktiengesellschaften nimmt der Aufsichtsrat seine Befugnisse nicht immer offensiv genug wahr. Eine Ausnahme bilden VC-finanzierte Gesellschaften, die typischerweise ein monatliches und quartalsweises „*reporting*“ an den Aufsichtsrat vorschreiben, in dem zumindest ein qualifizierter Vertreter des „*lead-investors*“ entsprechende Kontrollaufgaben wahrnimmt oder wahrnehmen sollte. Ein monatliches *reporting* nach US-amerikanischem Muster erscheint auch über diesen Bereich hinaus als wünschenswert. Es dient der Selbstvergewisserung des Vorstands über Zielstellung und Zielerreichung. Wünschenswert erscheint hier, wenn die Anforderungen an die Tätigkeit des Aufsichtsrats im *Code of Best Practice* höher angesetzt würden.

Insoweit könnte ein - unabhängiger (hierzu siehe oben) - Abschlussprüfer dem Aufsichtsrats bei einem kontinuierlichen *monitoring* der Unternehmenszahlen wertvolle Hilfe leisten. Dies gilt insbesondere für die Auswertung monatlicher Vorstandsberichte, bei denen sich der Aufsichtsrats der Fachkunde des Prüfers bedienen kann.

Die Organisation der Kommunikation zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bindet gerade in kleinen Unternehmen in erheblichem Maße Zeit und Arbeitskraft. Möglicherweise lassen sich durch einen einheitlichen „*board*“ hier Effizienzvorteile generieren. Daher sollte – entsprechend

dem französischen Vorbild<sup>5</sup> – den Unternehmen bei der Satzungsgestaltung die Wahl zwischen dualistischem System und einheitlichem „board“ gelassen werden. Jedenfalls für die große Masse nicht der Mitbestimmung unterliegender Gesellschaften ist dies unproblematisch möglich. Die Rechtspraxis wird zeigen, welches der beiden Systeme sich in welchen Konstellationen durchsetzt.

#### (bb) Vergütungssystem

Mit der Hebung der Standards für die Arbeit des Vorstands und des Aufsichtsrats muss auch eine Verbesserung der derzeit relativ starren Vergütungssysteme einhergehen.

Die Bestimmungen des AktG über eine erfolgsbezogene Vergütung des Vorstands sollten flexibilisiert werden<sup>6</sup>.

Gleiches gilt für die Vergütung des Aufsichtsrats. Die Regelung des § 113 AktG ist zu starr. Bei einer Vergütungsfestsetzung durch die Hauptversammlung, die an sich eine leistungsbezogene Honorierung am besten ermöglichen sollte, erlebt man immer wieder die für unsere Gesellschaft typische „Neiddiskussion“. Gleiches gilt – erst recht – für den Versuch differenzierter Vergütungssysteme in mitbestimmten Aufsichtsräten. Eine statutarische Vergütungsfestsetzung ist wegen des Erfordernisses ausreichender Bestimmtheit unflexibel. Folge dessen ist, dass die Praxis zumeist auf Einzelberatungsverträge ausweicht, ohne sich der „Tücken“ des § 114 AktG ausreichend bewusst zu sein. Erforderlich erscheint zum einen eine Lockerung des § 113 AktG zugunsten einer einzelvertraglichen Vereinbarung, zum anderen die Hereinnahme der Aufsichtsratsmitglieder bzw. Beiratsmitglieder in den Kreis der Berechtigten nach § 192 AktG<sup>7</sup> (näher dazu unten). Derzeit weicht die Praxis in eine Grauzone von zum Nominalwert oder zum Teil unter pari ausgegebenen Wandel- oder Optionsschuldverschreibungen aus, wobei niemand weiß, inwieweit unter pari ausgegebene *convertibles* mit Aufzahlung im Fall der Ausübung des Wandlungs-/Optionsrechts als Umgehung des Verbots der Gewährung nackter Optionsrechte zu qualifizieren sind.

Als Ausgleich hierfür sollte vorgegeben werden, in den Gesamtbetrag der Aufsichtsratsvergütungen, der im Jahresabschluss zu nennen ist, auch Vergütungen im Sinne des § 114 AktG und ausgegebene Optionsrechte einzubeziehen. Damit sind die Aktionäre zu einer *ex-post*-Kontrolle imstande.

---

<sup>5</sup> Artt. 89 ff. Code des Sociétés einerseits und Artt. 118 ff. Code des Sociétés andererseits.

<sup>6</sup> Hierzu etwa Hüffer, ZHR 161 (1997), 214, 218-220, 235 f.

<sup>7</sup> So auch Betsch/Groh/Lohmann, Corporate Finance, 2. Aufl. 2000, S. 253 (im einzelnen jedoch zu weitgehend, z.B. auch für Rechtsanwälte).

Nicht zuletzt sollte die körperschaft- und umsatzsteuerliche Diskriminierung von Aufsichtsratsvergütungen abgeschafft werden, um Anreize zur Professionalisierung der Arbeit des Aufsichtsrats zu schaffen. Etwaige Steuerausfälle werden durch die von Aufsichtsräten auf angemessene Vergütungen gezahlte Einkommens- und Umsatzsteuer jedenfalls zu einem großen Teil kompensiert.

(e) Hauptversammlung

(aa) Mitteilungen nach § 125 AktG

Wie oben bereits ausgeführt, ist der Versand von Mitteilungen nach § 125 AktG ein Hauptkostenfaktor im Rahmen der Durchführung von Hauptversammlungen. Die erheblichen Druck- und Versandkosten ließen sich dadurch einsparen, wenn das Unternehmen diese Informationen auf seiner Internetseite vorhalten würde. Der Markt wird entsprechende Informationsmöglichkeiten für Aktionäre in Gestalt elektronischer Hauptversammlungskalender mit den zugehörigen links auf die *websites* der jeweiligen Unternehmen schaffen.

(bb) Hinterlegung und Anmeldung

Die Meldewege bei der Hinterlegung von Aktien und der Anmeldung von Aktionären zu Hauptversammlungen bedürfen ebenfalls einer Überarbeitung.

Es häufen sich die Fälle, in denen trotz ausgestellter Hinterlegungsbescheinigung bzw. Sperrklärung Aktionäre ihre Aktien während der Sperrfrist veräußern konnten. Von Bankenseite wird hierzu ausgeführt, ein Sperrvermerk am Depot sei organisatorisch nicht machbar. Ebenfalls mehren sich die Fälle, in denen Aktionäre, die sich erst kurz vor Fristende anmelden, ihre Eintrittskarte nicht mehr rechtzeitig erhalten.

Äußerst störanfällig ist die Beteiligung ausländischer Aktionäre mit ausländischer Depotbank an einer inländischen Hauptversammlung, da die Kommunikation zwischen der inländischen Hinterlegungsstelle und der ausländischen Depotbank oftmals nicht funktioniert. Für den deutschen Kapitalmarkt ist speziell dies ein Armutszeugnis und führt mit dazu, dass ausländische institutionelle Anleger ihre Informationen über deutsche Unternehmen an der Hauptversammlung vorbei über Analystenkonferenzen beschaffen, ein Vorgang, der im Hinblick auf § 53a AktG nicht unproblematisch ist.

Eine Verlängerung der Hinterlegungs- und Anmeldefristen ist hier im Zeitalter elektronischer Kommunikation der falsche Weg. Praktikabel erweist sich allenfalls die Hinterlegung bei der

Gesellschaft (nicht bei einem Kreditinstitut) mittels einer Sperrbescheinigung der Depotbank. Allerdings müsste eine elektronische „Plombe“ für das Anlegerdepot entwickelt werden.

#### (cc) Internet-Hauptversammlung

Eher skeptisch steht der Deutsche Notarverein einer sog. „internet-Hauptversammlung“ gegenüber. In der aktuellen Diskussion erscheint die Forderung nach einer „internet-HV“ allzu oft als ein „trojanisches Pferd“, in dessen Inneren sich die Forderung nach einer Beschneidung von Aktionärsrechten aufgrund technisch bedingter Sachzwänge verbirgt. Dies ist der falsche Weg.

Eine auf den Grundsätzen gesicherter Identifizierung und Datenübermittlung beruhende Hauptversammlung mit Tausenden von Mitgliedern wirft technische Probleme auf, die noch nicht einmal im Ansatz erkannt, geschweige denn gelöst sind. Wie soll verifiziert werden, ob ein Teilnehmer aus Tokio, der Widerspruch zu Protokoll erklärt, teilnahmeberechtigter Aktionär ist bzw. dieser Widerspruch überhaupt von ihm herrührt. Hier besteht die Gefahr, dass Anfechtungsprozesse in nicht hinnehmbaren Maße mit Streitigkeiten über technische Details der gesicherten Datenübermittlung überfrachtet werden. Dies mag im Sinne des Anfechtungsklägers sein, liegt jedoch wegen des damit verbundenen weiteren Zeitverlusts nicht im Interesse der Gesellschaft.

Hinzukommt, dass der Mensch als *animal sociale* in seiner Erkenntnis nun einmal ungleich stärker durch Diskussion von Angesicht zu Angesicht fortschreitet als durch andere Formen des Diskurses. Die Internet-HV dürfte daher zu inhaltlicher Verarmung der Hauptversammlung statt zu ihrer Aufwertung führen, eine Erkenntnis, die sich durch Blick auf die meisten *websites* durchaus verifizieren lässt.

Angesichts dieser Schwächen erscheint es daher eher angebracht, die Kosten der Hauptversammlung auf andere Weise zu senken und ihr inhaltliches Niveau auf andere Weise zu heben. Dem dienen zum einen die Vorschläge nach erleichterten Mitteilungen nach § 125 AktG und zum anderen nachfolgende Vorschläge:

#### (dd) Tageszeit der Hauptversammlung

In den gängigen Kommentaren zum Aktienrecht wird durchweg ohne Begründung festgestellt, eine Hauptversammlung müsse zu den normalen Bürozeiten stattfinden<sup>8</sup>. Berufstätige werden damit faktisch von der Wahrnehmung ihrer Aktionärsrechte ausgeschlossen. Die Klarstellung, dass eine Hauptversammlung auch in den Abendstunden zulässig ist, könnte

---

<sup>8</sup> Siehe etwa Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 121 Rdz. 17.

Unternehmen ermuntern, ein Forum gerade für interessierte und fachlich qualifizierte Berufstätige zu schaffen.

(ee) Bekämpfung des Hauptversammlungstourismus

Die bei Hauptversammlung gewährte Verköstigung stellt eine steuerpflichtige Sachdividende dar, die von der Finanzverwaltung derzeit nicht erfasst und der Besteuerung zugeführt wird. Eine Besteuerung würde zur Reduktion des Bewirtungsaufwands führen und damit den bloßen Hauptversammlungstourismus als gehobener Form der Kaffeefahrt zurückdrängen. Gleiches gilt für den Vorschlag, den Abzug von Reisespesen als Werbungskosten bloß bis zur Höhe der vereinnahmten Bruttodividende, bezogen auf die jeweilige Gesellschaft zuzulassen (unter Geltung des Halbeinkünfteverfahrens müsste der Abzug bei 50 % der Bruttodividende gekappt werden).

(ff) Auskunftsrecht

Die Rechtsfolgen verweigerter Auskünfte sollten differenzierter geregelt werden. Bislang führt eine – ob zu Recht oder zu Unrecht – verweigte Auskunft dazu, dass der betreffende Aktionär gegen in der Hauptversammlung gefasste Beschlüsse Widerspruch zur Niederschrift erklärt. Sodann erhebt er Anfechtungsklage und beantragt mittels einer Schutzschrift beim Handelsregister die Aussetzung des Eintragungsverfahrens im Hinblick auf die erhobene Klage. Das Handelsregister gibt – schon im Hinblick darauf, dass den Registerrichter eine persönliche Haftung ohne Geltung des Spruchrichterprivilegs trifft – dem Aussetzungsantrag regelmäßig statt. Wichtige Maßnahmen können somit blockiert werden. Wegen des geringen Streitwerts trifft den Anfechtungskläger ein Kostenrisiko, das in seinem Ausmaß zu dem der Gesellschaft drohenden Schaden außer Verhältnis steht.

Dieses System ist reformbedürftig. Denkbar erscheint eine nach Grad der angefochtenen Maßnahme abgestufte Regelung. Hierzu - ohne der Diskussion auf dem nächsten Deutschen Juristentag vorgreifen zu wollen, unterbreitet der Deutsche Notarverein folgende vorläufige Überlegungen:

Bei grundlegenden Strukturmaßnahmen erscheint die Regelung des § 16 UmwG, die Registersperre über ein summarisches Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu beseitigen (Initiativlast liegt bei der Gesellschaft) als durchaus sachgerecht und „besser als sein Ruf“. Diese Regelung kann für Maßnahmen nach dem UmwG, die Aufhebung, den zu schaffenden „squeeze-out“, die Eingliederung und evtl. auch für Unternehmensverträge mit außenstehenden Aktionären vorgesehen werden.

In anderen Fällen sollte klargestellt werden, dass eine Anfechtungsklage die Handelsregistereintragung nicht hindert. Dem Anfechtungskläger sollte auf seine Initiative hin ermöglicht werden, in einem summarischen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eine Registersperre herbeizuführen, dann allerdings mit dem Risiko einer Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO. Dem Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes sollte die Möglichkeit gegeben werden, die Volziehung einer Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Ein solches Verfahren könnte für Kapitalmaßnahmen und andere Satzungsänderungen gelten.

Denkbar wären schließlich auch, an die verweigte Auskunft nicht stets die Anfechtungsklage zu knüpfen, sondern zusätzliche Anforderungen zu stellen wie die Erreichung eines bestimmten Quorums oder einer bestimmten Anzahl ebenfalls klagewilliger Aktionäre. Alternativ könnten auch Sonderprüfungen im Anschluss an zu Unrecht verweigte Auskünfte in ihrer Durchsetzbarkeit erleichtert werden.

Reformbedürftig erscheint auch das Erfordernis eines „Widerspruchs zur Niederschrift“ als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage. Ein Widerspruch, der noch nicht einmal substantiiert zu werden braucht, ist eine bloße Förmelerei und sollte daher entweder aufgegeben oder durch einen Begründungszwang ersetzt werden. Die Anforderungen an einen Begründungszwang sollten so hoch liegen, dass die bloße Angabe, Fragen seien nicht beantwortet worden, nicht ausreicht.

(f) Corporate Finance (Kapitalmaßnahmen)

(aa) „Nennwertaufstockung“ bei Barkapitalerhöhung

Ein erhebliches Hindernis bei einer Glättung des Grundkapitals nach Umstellung auf € stellt § 182 Abs. 1 Satz 4 AktG dar. Nach geltender Rechtslage kann eine AG nach Umstellung ihres Grundkapitals auf € ein „glattes“ Grundkapital ausschließlich durch Kapitalherabsetzung oder durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ohne Ausgabe neuer Aktien nach § 207 Abs. 2 Satz 2 AktG erreichen. Die Praxis ist zumeist bestrebt, die Glättung des Grundkapitals mit einem Aktiensplitt zu kombinieren, um im Ergebnis ein in „1-Euro-Stückaktien“ zerlegtes Grundkapital zu erreichen.

Die Kapitalherabsetzung wird wegen der damit verbundenen Negativpublizität meist nicht gewünscht. Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ist gerade den „*start-up*-Unternehmen“ wegen der bestehenden erheblichen Anlaufverluste verschlossen, da diese zumeist keine Rücklagen in der erforderlichen Höhe vorhanden sind. Zudem sind die Kosten für die Prüfung des betreffenden Jahresabschlusses nicht unerheblich.

Die Angleichung von § 182 Abs. 1 Satz 4 AktG an § 207 Abs. 2 Satz 2 AktG könnte den Spielraum der betroffenen Unternehmen vergrößern. Gezeichnet würden dann keine neuen Aktien, sondern der Betrag der echten bzw. unechten Nennwerterhöhung. Zulässig sollte die Bar-/Sachkapitalerhöhung ohne Ausgabe neuer Aktien auch dann sein, wenn nicht alle Aktionäre im Verhältnis ihrer Beteiligung die Kapitalerhöhung zeichnen.

(bb) bestimmbarer Ausgabebetrag

In einem globalen Kapitalmarkt zunehmend problematisch erweist sich weiter das Erfordernis eines festen Ausgabebetrages neuer Aktien bei Bar-/Sachkapitalerhöhungen nach §§ 182 ff. AktG oder §§ 202 ff. AktG<sup>9</sup>. Dies mag folgendes Beispiel illustrieren.

Die A-AG will sämtliche Anteile bzw. *assets* am Unternehmen B übernehmen. Der Kaufpreis soll jedenfalls großen Teil nicht in bar, sondern in Aktien der A-AG entrichtet werden, welche durch eine Sachkapitalerhöhung (evtl. aus genehmigtem Kapital) zu schaffen sind. Das an B beteiligte Management soll im Unternehmen verbleiben und durch eine erfolgsbezogene Vergütungskomponente motiviert werden. Zudem soll der endgültige Kaufpreis von dem noch festzulegenden Wert des Unternehmens B bzw. vom Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Erfolgsziele abhängen (entsprechend dem Vorbild des Unternehmenskaufs nach dem Prinzip *shares for cash*).

Eine derartige Gestaltung ist nicht aus der Luft gegriffen. Allein in Europa gibt es zwischen 1.000 und 2.000 „*start-up*-Unternehmen“ im *life-science*-Bereich. Vielleicht 30 werden den Sprung an die Börse schaffen. Der Kapitalmarkt erwartet von einem Börsenkandidaten, dass dieser eine breitere Palette von Produktlinien in verschiedenen Stadien der Entwicklung/Erprobung anbietet. Daher rührt die Tendenz, Firmen mit ähnlichem Forschungsansatz zusammen zu fassen. Liquidität ist für alle beteiligten Firmen das große Problem, so dass sich reine Käufer verbieten. Auch unter steuerlichen Gesichtspunkten (Besteuerungsaufschub für die Veräußerer bei Einbringung nach § 21 UmwStG) ist ein Aktientausch eine interessante Alternative.

Nachteil des Aktientausches ist der Zwang, jedenfalls im Zeichnungsschein einen bestimmten Ausgabebetrag festzulegen. Ein variabler, d.h. von bestimmten *milestones* abhängiger Betrag ist derzeit nicht zulässig.

<sup>9</sup> Zum Diskussionsstand: Hüffer, AktG 4. Aufl. 1999, § 183 Rdz. 9; Hefermehl/Bungeroth in: Geßler/Hefermehl, AktG, § 183 Rdz. 46; Schöer in: Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 1999, Rdz. II H 3; Krieger in: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts - Band 4, Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1999, § 56 Rdz. 40; Wiedemann in: Großkomm. entar zum AktG, § 183 Rdz. 51; Förtschle/Kofahl in: Beckscher Bilanzkommentar, 4. Aufl. 1999, § 272 HGB Rdz. 64; Förtschle/Kropp in: Budde/Förtschle, Sonderbilanzen, 2. Aufl. 1999, Rdz. E 197-198; Lutter in: Kölner Komm. entar, 2. Aufl., § 183 Rdz. 46; BGH NJW 1978, 1316, 1318 f. = BGHZ 71, 40, 50 f.

Die Praxis weicht angesichts der Anforderungen des Marktes hier in schuldrechtliche Vereinbarungen aus, die jedoch – von der Frage ihrer Zulässigkeit einmal abgesehen – das Einverständnis aller Aktionäre voraussetzen. Nachteil dieses Ausweichens ist die fehlende Registerpublizität und damit ein Informationsdefizit des Kapitalmarkts.

Hier dürfte das Verbot der unter-pari-Emission ausreichen, um den Kapitalaufbringungsregelungen zu genügen. Der Schutz der Aktionäre erscheint ebenfalls gewahrt, wenn der Ausgabebetrag im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Kapitalmaßnahme zumindest bestimmbar ist. Auch die Bestimmung durch einen unparteilichen Dritten (Schiedsgutachter) sollte genügen. Das Verbot der Agiotage sollte hier nicht zu streng gehandhabt werden.

(dd) erfolgsabhängiger Aktientausch („*contingent shares*“)

Sehr schwierig zu verwirklichen sind auch gestaffelte und erfolgsabhängige Vergütungen in Aktien im Rahmen eines Unternehmenserwerbs durch Anteilstausch. Wie soll eine Vertragsklausel, dass beim Erreichen bestimmter Kennzahlen zusätzliche Aktien gewährt werden, in das System des deutschen Aktienrechts integriert werden.

Ein bedingtes Kapital scheidet aus, da keiner der in § 192 Abs. 2 genannten Zwecke auch nur im Ansatz vorliegt. Das bedingte Kapital dient insbesondere nicht der Vorbereitung eines Unternehmenszusammenschlusses, denn dieser ist wirtschaftlich schon vollzogen. Eine Sachkapitalerhöhung nach § 183 AktG würde dazu führen, dass im Tausch gegen Aktien der Zeichner seinen Anspruch auf Lieferung von Aktien in die Gesellschaft einbringt. Kann dies Gegenstand einer Sacheinlage sein?

Denkbar wäre ein genehmigtes Kapital. Auch dies begegnet zum einen dem Bedenken, ob ein tauglicher Sacheinlagegegenstand vorliegt. Zum anderen dürfte dem genehmigten Kapital der Rechtsgedanke zugrunde liegen, dass bei dessen Ausübung der Vorstand ein Ermessensspielraum zustehen muss. Denn sonst wenn der Vorstand rechtlich so gebunden ist, dass er gar nicht mehr anders entscheiden kann als für die Kapitalerhöhung, da dem Zeichner eine Anwartschaft auf die Aktien zusteht, liegt faktisch ein bedingtes Kapital mit nach § 192 AktG unzulässigem Zweck vor. Diese Typenvermischung erscheint mit § 23 Abs. 5 AktG unvereinbar. Ein genehmigtes Kapital ist dann denkbar, wenn dieses bei Abschluss des Anteilstauschvertrages bereits besteht. Nachteil für den Veräußerer ist allerdings, dass dieser nur einen obligatorischen Anspruch auf Lieferung von Aktien hat.

Die Vereinbarung eines Barkaufpreises mit dessen anschließender Novierung in ein durch Wandelschuldverschreibung gesichertes Darlehen als Umwegkonstruktion ist ebenfalls problematisch. Denn was ist hier zur endgültigen freien Verfügung des Vorstands geleistet.

Denkbar erscheint die Zeichnung einer Wandelschuldverschreibung zu pari mit der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Einlage der Kaufpreisforderung nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB<sup>10</sup>. Doch kann zu Gunsten der Gesellschaft, die kein Interesse daran hat, in bar zu zahlen, eine Wandlungspflicht begründet werden?

Da die internationale Praxis des Unternehmenskaufs derartige Lösungen verlangt, sollte der Gestaltungsrahmen nach deutschem Aktienrecht hierfür erweitert werden. Denkbar erscheint, in § 192 AktG als Zweck für ein bedingtes Kapital den Erwerb von Unternehmen, Beteiligungen oder bestimmten Wirtschaftsgütern (z.B. Patenten) aufzunehmen.

Hingegen sollte die klare Abgrenzung zwischen genehmigtem und bedingtem Kapital im Interesse des Aktionärsschutzes erhalten bleiben. Genehmigtes Kapital sollte stets nur aufgrund einer ohne Bezug zu einem von der Gesellschaft bereits eingegangenen Verpflichtung erteilten Ermächtigung möglich sein, der Verwaltung muss also bei der Entscheidung über dessen Ausnutzung ein Ermessensspielraum verbleiben. Bedingtes Kapital, also die Schaffung von Anwartschaftsrechten auf Aktien für einen Dritten, sollte hingegen nur zu im Gesetz spezifizierten Zwecken beschlossen werden können (Enumerationsprinzip).

#### (ee) Aktienoptionsprogramme

Die durch das KonTraG eingeführte Möglichkeit der Beteiligung von Arbeitnehmern durch Ausgabe „nackter“ Optionsrechte ist aus mehreren Gründen unzureichend.

(1) Problematisch ist zum einen der Rückgriff auf den Arbeitnehmerbegriff, der die Schaffung bedingten Kapitals mit komplexen arbeitsrechtlichen Abgrenzungsproblemen belastet. Diese Probleme stellen sich gerade in der *New Economy*, die den Zwängen des deutschen Arbeitsrechts zu entgehen sucht. Hier sollte die Beschränkung auf einen bestimmten Empfängerkreis aufgegeben werden, um freie Mitarbeiter, Berater oder Aufsichtsräte mit einzubeziehen.

(2) Die Grenze von 10 % mag für Großunternehmen mehr als ausreichen, ist aber für „*start-up*-Unternehmen“, die die Ausgabe nackter Optionen als Mittel zur Personalkostenersparnis einsetzen wollen, schlichtweg unzureichend. Sie wird verschärft dadurch, dass Bemessungsgrundlage bei bedingtem Kapital das im Zeitpunkt der

---

<sup>10</sup> Dies ist nicht restlos unproblematisch; vgl. Schippel in: FS Steindorff, 1990, S. 249 ff. Zudem entspricht das schuldrechtliche Agio dem Informationsbedürfnis des Kapitalmarkts nicht.

Beschlussfassung eingetragene Grundkapital ist, nicht, wie bei genehmigtem Kapital, das zugleich zur Eintragung gelangende Grundkapital<sup>11</sup>.

(3) Die Praxis macht von den Gestaltungsmöglichkeiten, die der Gesetzgeber mit dem Begriff der Erfolgsziele bietet, nur unzureichend Gebrauch. Als Erfolgsziele bietet die Beratungsseite typischerweise Standardlösungen wie eine Kurssteigerung an. Die seltenen Programme, die eine *over-performance* über einen bestimmten Branchenindex hinaus vorsehen, gelten bereits als „*tough*“. Wohl vorgeschoben ist das Argument, bei anderen – konkreteren – Erfolgszielen bestünde eine Pflicht, die Differenz zwischen Optionspreis und Optionswert als Personalaufwand in einem Abschluss nach US-GAAP zu passivieren. Es verwundert nicht, dass bei derart phantasieloser Gestaltung stock-option-Programme (SOP) in den Ruf des Selbstbedienungsladens für das Management kommen. Ohnedies sehen manche SOP Kurssteigerungsraten vor, die angesichts ihres geringen Ausmaßes statt dessen eine Anlage in Bundeswertpapieren als ratsamer erscheinen lassen<sup>12</sup>. Die Beratungspraxis verschließt sich der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnis, dass als Erfolgsziele das Überschreiten bestimmter Schwellenwerte bei den „*key value drivers*“ des konkreten Unternehmens vorzusehen sind, welche es durch genaue Analyse der betreffenden Gesellschaft zu ermitteln gilt<sup>13</sup>. Abhilfe könnte hier eine generelle Passivierungspflicht für SOP unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung bieten. Die Tendenz der SEC dürfte ohnedies in diese Richtung laufen.

(4) Der Zwang, Erfolgsziele im Vorhinein für die gesamte *vesting-period* festzulegen, führt zudem zu starren Regelungen, die der Dynamik eines diskontinuierlichen Technologieentwicklungen ausgesetzten Marktes nicht gewachsen sind. Hier sollte eine Nachsteuerung durch Vorstand/Aufsichtsrat mit Berichtspflicht an die Hauptversammlung zulässig sein.

(5) Die Besteuerung des geldwerten Vorteils bei einer Option auf Aktien sollte ebenfalls dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen.

(ff) Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln

§ 207 Abs. 3 AktG verlangt, dass Rücklagen, aus denen eine Kapitalerhöhung erfolgen soll, nicht nur in einer testierten Zwischenbilanz, sondern außerdem bereits in der letzten testierten Jahresbilanz bereits vorhanden waren. Folge dieser Regelung ist, dass vor bzw. mit der

<sup>11</sup> Siehe Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 192, Rdz. 23.

<sup>12</sup> Instruktiv das Beispiel bei A. Rappaport, *Creating Shareholder Value*, 2. Aufl. 1998, S. 193 Anm. 1 zu Chapter 7 (zitiert nach der englischen Originalfassung).

<sup>13</sup> Hierzu A. Rappaport., aaO, S. 129; vgl. auch Betsch/Groh/Lohmann, *Corporate Finance*, 2. Aufl. 2000, S. 252, 254.

Zuführung von *fresh money* eine Änderung des Geschäftsjahres zu erfolgen hat, damit dann eine Jahresbilanz aufgestellt werden kann. Die Finanzverwaltung, deren Zustimmung hierzu erforderlich ist, erteilt diese regional verschieden u.U. dann, wenn anschließend das Geschäftsjahr wieder zurück gestellt wird und für den ganzen ursprünglichen Zeitraum eine Steuerbilanz, aber mehrere Handelsbilanzen erstellt werden.

Welche Zwecke des Kapitalaufbringungsschutzes hinter § 207 Abs. 3 AktG stehen, erscheint angesichts der auf der Hand liegenden Möglichkeit zur Vermeidung dieser Norm als unklar.

(gg) delisting

Wünschenswert erscheinen weiter gesetzliche Regelungen für das *delisting* bzw. für den Wechsel in ein weniger attraktives Marktsegment. Das *delisting* greift zwar nur mittelbar, aber dennoch erheblich in die wirtschaftliche Position des Kleinaktionärs ein. Denkbar erscheint eine an §§ 29 ff., 207 UmwG orientierte Regelung. Dies bietet sich umso mehr daher an, als der Formwechsel in die GmbH oder GmbH & Co. KG einer der möglichen Wege eines *delisting* ist. Die Rechtsfolgen verschiedener Wege zum *delisting* sollten nicht unterschiedlich sein.

(gg) Übernahmeangebote

Schließlich wünschenswert erscheinen gesetzliche Regelungen für Übernahmeangebote und den sog. „*squeeze-out*“. Der Deutsche Notarverein geht davon aus, dass er insoweit am Gesetzgebungsverfahren beteiligt sein wird. Auf nähere Darlegungen kann daher an dieser Stelle verzichtet werden mit Ausnahme der Bemerkung, dass Maßnahmen, die auf ein (auch faktisches) Verbot feindlicher Übernahmen hinauslaufen, volkswirtschaftlich nicht sinnvoll sind. Eine Übernahme ist immer eine Reaktion auf eine suboptimale Schaffung von *shareholder value* durch das Management einer Gesellschaft und daher im Grundsatz erwünscht.

(hh) tracking stock

Gewünscht werden zum Teil auch Regelungen über *tracking stock*, d.h. Aktien, bei denen die vermögensrechtliche Seite der Beteiligung nicht vom Erfolg der ganzen Unternehmung, sondern von Teilen derselben (Teilbetriebe, Tochtergesellschaften) abhängt. *Tracking stock* sind nicht nur für auf Unternehmensteile beschränkte strategische Partnerschaften oder für Börsengänge<sup>14</sup>, sondern auch für die Beteiligung von Mitarbeitern mit Schlüsselfunktion in Teilbetrieben von Interesse. Die Umsetzung dieser Wünsche in aktienrechtliche Gestaltungen ist jedoch nach Erfahrung der Notare außerordentlich schwierig, zum einen was die

---

<sup>14</sup> Betsch/Groh/Lohmann, Corporate Finance, 2. Aufl. 2000 S. 361.

sachgerechte Formulierung der Parameter betrifft, nach denen sich die vermögensrechtliche Seite der Beteiligung bestimmt, zum anderen, da diese Parameter selbst in einem von diskontinuierlichen Technologieentwicklungen bestimmten Umfeld einem raschen und nicht prognostizierbaren Wandel unterliegen.

(ii) Holzmüller

Ein Bedürfnis für Satzungsautonomie im Rahmen des § 119 Abs. 2 AktG ist nicht zu erkennen. Zum einen lassen sich die Unsicherheiten der materiellen Beschlusskontrolle so nicht vermeiden. Zum anderen hat sich das Leitbild einer eindeutigen Trennung von Kapital und Management bei der AG bewährt.

(jj) Weitere Satzungsautonomie

Für eine Ergänzung des § 23 Abs. 5 AktG durch eine „Öffnungsklausel“ bei mehrfachem *listing* besteht aus der Sicht des Deutschen Notarvereins ebenfalls kein Bedürfnis. Allerdings liegen hierzu nur wenig Erfahrungen vor, da die entsprechenden mehrfach notierten Unternehmen (z.B. SCM Microsystems Inc. und Sequenom Inc.) vor dem IPO in Aktiengesellschaften nach US-Recht umstrukturiert worden sind. Die Motive hierfür liegen jedoch weniger in Schwächen des deutschen Aktienrechts (die Rechtsberatungskosten einer US-Inc. sind dem Vernehmen nach ungleich höher) als im Streben nach besserer Akzeptanz auf dem US-Kapitalmarkt. Die durch Mehrfachzulassung verbundenen Probleme sind nach unseren Erfahrungen nicht Probleme des deutschen Aktienrechts, sondern Probleme widersprechender Normen des Börsenrechts (so z.B. die nach SEC zwingende Schweigephase einerseits und die Prospektpflicht deutschen Rechts andererseits, die z.B. den Börsengang der blaxxun interactive Inc. im Juli/August diesen Jahres faktisch zum Scheitern gebracht haben).

### 3. Anwendung auf andere Rechtsformen

Die Anwendung von Grundsätzen der *Corporate Governance* auf andere Rechtsformen der Handelsgesellschaften ist zu begrüßen. Auch die für das Aktienrecht entwickelten Reformvorstellungen sollten zu Reformüberlegungen für andere Rechtsformen führen, um deren Wettbewerbsfähigkeit zu stärken.

Zu denken ist neben dem Versicherungsvertrag auf Gegenseitigkeit (insbesondere die dem GCCG diametral widersprechende Möglichkeit einer Selbstergänzung der Vertreter-

versammlung des VVaG durch Kooptation<sup>15</sup>) vor allem an die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft. In letzterer sollten die Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat einerseits und die Rechte der Genossen andererseits dem aktienrechtlichen Standard angeglichen werden. Zudem sollte das Prüfungsmonopol der Genossenschaften durch den Prüfungsverband zugunsten freien Wettbewerbs abgeschafft werden. Wie die Fusionswelle unter Raiffeisenbanken zeigt, ist möglicherweise das *controlling* der eingetragenen Genossenschaft insgesamt verbesserungsfähig.

Für derartige Maßnahmen besteht ein legitimes gesellschaftspolitisches Interesse, da mehr Transparenz und Kontrolle auch in diesen Rechtsformen deren Effizienz steigert und die Gefahr von Verlusten mindert, für deren Folgen letztlich der Steuerzahler aufzukommen hat.

Im Interesse der Klarheit empfiehlt sich die Beschränkung wirtschaftlichen Handels durch Großvereine. Ohnedies läuft die Rechtswirklichkeit (z.B. ADAC, Fußballvereine) dem gesetzlichen Leitbild des Idealvereins diametral zuwider. Dies scheint der klarere Weg und auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten der weniger schwere Eingriff als die Erzwingung von Transparenz in diesen Vereinen. Im Ergebnis würde dies die betroffenen Vereine zwingen, wirtschaftliche Betriebe auf Handelsgesellschaften auszugründen.

Der Deutsche Notarverein ist gerne zur Erläuterung und Ergänzung dieser Darlegungen bereit und würde eine der Bedeutung des Notars im Aktienrecht entsprechende Beteiligung an der Arbeit der Kommission sehr begrüßen.

Mit freundlichen Grüßen

(Dr. Zimmermann)  
Präsident

---

<sup>15</sup> §§ 29, 36 VAG: siehe LG Hannover, VersR 1996, 314; Kaulbach in: Fahr/Kaulbach, VAG, 2. Aufl. 1997, Vor § 15 Rdz. 4, § 29 Rdz. 6; Weigel in: Prölss, VAG, 11. Aufl. 1997, § 29 Rdz. 12.