

Unveräußerliche Leitungsverantwortung des Vorstands

Von **Thomas Kischko**, LL.M., Dresden*

Der Beitrag behandelt mit der unveräußerlichen Leitungsverantwortung des Vorstands ein Thema von besonderer Bedeutung für das Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft (AG). Unter der übergeordneten Fragestellung der „Entäußerung von Kompetenzen“ hat die rechtswissenschaftliche Debatte darüber in letzter Zeit an Fahrt aufgenommen.¹ Bei einer sich auffächernden Meinungslandschaft zu Einzelfragen dieser Problematik sind grundsätzliche Fragen noch ungeklärt, sodass ausdrücklich zur dogmatischen Befassung damit aufgerufen wird.² Diesem Ruf möchte die folgende Abhandlung im gegebenen Rahmen nachkommen.

I. Aufweichungstendenzen

§ 76 Abs. 1 AktG normiert mit der Anforderung, dass der Vorstand die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung [...] zu leiten“ habe, ein wesentliches Merkmal der Organverfassung der AG – die exklusive Stellung des Vorstands als Leitungsorgan.³ Im Hinblick auf die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Vorstands im Verhältnis zu Aufsichtsrat und Hauptversammlung – als den beiden anderen Organen der AG – wird die Regelung des § 76 Abs. 1 AktG flankiert durch die §§ 111 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 und 119 Abs. 2 AktG.⁴ Des Weiteren bestärken die §§ 308 Abs. 1 S. 1 und 311 Abs. 1 AktG die Vorgabe, dass der Vorstand seine Leitungstätigkeit grundsätzlich frei von Weisungen Dritter auszuüben hat.⁵

* Der Autor ist Doktorand bei Prof. em. Dr. Michael Becker an der TU Dresden sowie Juristischer Mitarbeiter bei einer Kanzlei in Dresden.

¹ Vgl. Koch, in: Fleischer u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 65, 92 ff.

² Fleischer, ZIP 2003, 1 (2); Koch (Fn. 1), S. 65, 102.

³ Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021 AktG § 76 Rn. 1; Fleischer, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Aktiengesetz, Stand: 1.2.2022, § 76 Rn. 1; Grigoleit, in: Grigoleit, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 1; Koch, in: Beck'scher Kurz-Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 76 Rn. 1; Kort, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar zum AktG, Bd. 4/1, 5. Aufl. 2015, § 76 Rn. 2; Kuntz, AG 2016, 101; Mertens/Cahn, in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2019, Vor. § 76 Rn. 2; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 76 Rn. 2; Spindler, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019, § 76 Rn. 1; Leitung der „Gesellschaft“ meint dabei Leitung des Unternehmens, dessen Rechtsträger die Gesellschaft ist, vgl. Fleischer (a.a.O.), AktG § 76 Rn. 5; Henze, BB 2000, 209; Koch (a.a.O.), § 76 Rn. 10; Kort (a.a.O.), § 76 Rn. 39; Mertens/Cahn (a.a.O.), § 76 Rn. 6.

⁴ Fleischer, ZIP 2003, 1 m.w.N. in Fn. 7; Grigoleit (Fn. 3), § 76 Rn. 1; Mertens/Cahn (Fn. 3), § 76 Rn. 43.

⁵ Eine Ausnahme gilt im Vertragskonzern auf der Grundlage eines Beherrschungsvertrages, bei dem Weisungen des herrschenden Unternehmens gegenüber dem beherrschten Unter-

Aus dieser gesetzlich vorgesehenen Autonomie des Vorstands wird der Grundsatz von der Unveräußerlichkeit seiner Leitungsmacht abgeleitet.⁶ Unveräußerlichkeit meint in diesem Zusammenhang die absolute Unwirksamkeit einer unzulässigen rechtsgeschäftlichen Entäußerungshandlung.⁷ Nach einer verbreiteten Ansicht folgt die Nichtigkeit dabei aufgrund eines Verstoßes gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung als Verbotsgesetz aus § 134 BGB.⁸ Des Weiteren wird mit der Unveräußerlichkeit eine der Leitungsverantwortung immanente Grenze des Vorstandshandelns formuliert. Sie ist von solchen gesetzlichen Beschränkungen abzugrenzen, die sich nicht unmittelbar aus § 76 Abs. 1 AktG ableiten lassen und gleichsam „von außen“ an den Vorstand herangetragen werde (wie etwa aus § 134 BGB in Verbindung mit anderen Verbotsgesetzen sowie aus den §§ 138, 242 BGB,

nehmen zulässig sind und Anspruch auf Befolgung haben (§§ 18 Abs. 1 S. 1, S. 2, 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 308 AktG) sowie im Falle der Eingliederung (§ 323 Abs. 1 S. 2 AktG i.V.m. § 308 Abs. 2 S. 2 AktG), dazu etwa Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, AktG § 308 Rn. 1, § 323 Rn. 2; Fleischer (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 66, 115 f.

⁶ Dreher, in: Festschrift für Klaus J. Hopt, 2010, S. 517, 519; Fleischer (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 9; ders. ZIP 2003, 1 (2); Grabolle, Der unveräußerliche Kernbereich der Leitungsfunktion, 2015, S. 84 ff.; Hommelhoff, Konzernleitungspflicht: Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, 1982, S. 262; Lutter, in: Festschrift für Hans-Joachim Fleck, 1988, S. 169, 184; Mertens/Cahn (Fn. 3), § 76 Rn. 45; Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 1996, Rn. 2 ff., 21 ff.; Turiaux/Knigge, DB 2004, 2199 (2200); offen gelassen von BGH, Urt. v. 25.7.2017 – II ZR 235/15 Rn. 39 = ZIP 2017, 1902 (1905).

⁷ Vgl. Koch (Fn. 1), S. 65, 96 f.; ders. (Fn. 3), § 76 Rn. 41a.

⁸ OLG München, Beschl. v. 14.11.2012 – 7 AktG 2/12 = ZIP 2012, 2439 (2443); LG München I, Urt. v. 5.4.2012 – 5 HK O 20488/11 = NZG 2012, 1152 (1154); Koch (Fn. 1), S. 65, 99 f.; Mertens/Cahn (Fn. 3), § 76 Rn. 46; Reichert, ZGR 2015, 1 (19); mitunter wird darauf abgestellt, dass es dem Vorstand bereits an der notwendigen Gestaltungsmacht überhaupt, d.h. am rechtlichen „Können“ fehle, siehe Kuntz, AG 2016, 101 (105); zu § 76 Abs. 1 AktG als ungeschriebener Grenze der schuldrechtlichen Gestaltungsmacht der Gesellschaft siehe Lutter (Fn. 6), S. 169, 184; zu einer einzelfallorientierten Differenzierung zwischen Nichtigkeit und schwebender Unwirksamkeit unter Rückgriff auf das Stellvertretungsrecht (schwebende Unwirksamkeit analog § 177 Abs. 1 BGB mit Genehmigungsmöglichkeit) siehe Kuntz, AG 2016, 101 (106 f.); zu einer Lösung über die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht ferner Kiefner, ZHR 178 (2014), 547 (574 ff.); ausführlich (und im Ergebnis ablehnend) zum Charakter des § 76 Abs. 1 AktG als Verbotsgesetz und einer Nichtigkeit nach § 134 BGB v. Lüdinghausen, Fremdeinfluss durch Zustimmungsvorbehalte, 2018, S. 218 ff.

§ 33 WpÜG, §§ 53a, 71a und 136 AktG).⁹

Dem Unveräußerlichkeitsprinzip zufolge ist es dem Vorstand als Kollegialorgan grundsätzlich nicht gestattet, Leitungsaufgaben auf einzelne Vorstandsmitglieder oder Dritte zu übertragen (Delegationsverbot)¹⁰, die Gesellschaft außerhalb einer konzernrechtlichen Grundlage¹¹ Weisungen Dritter zu unterwerfen (Unterwerfungsverbot)¹² oder eine im Hinblick auf zukünftige Leitungsentscheidungen bedeutsame vertragliche Bindung gegenüber Dritten herbeizuführen (Vorwegbindungsverbot)¹³.

Das Prinzip der Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht, welches immerhin zum „gesicherten Kernbestand des Vorstandsrechts“¹⁴ gerechnet wird, hat in der Literatur zuletzt eine weitreichende Relativierung erfahren.¹⁵ Ist der Leitungsbegriff in dieser Gleichung bereits eine Variable schwer bestimmbarer Inhalts¹⁶, wird nun das Attribut der Unveräußerlichkeit durch Stimmen im jüngeren Schrifttum zunehmend in Frage gestellt.¹⁷

So wird vertreten, den Anwendungsbereich des Vorwegbindungsverbots mit seiner absoluten Wirkung im Außenverhältnis auf einen Kernbereich der Leitung zu beschränken, im Übrigen den Maßstab des § 93 Abs. 1 AktG heranzuziehen und bei Sorgfaltspflichtverstößen allenfalls Schadensersatz im Innenverhältnis gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG zu gewähren.¹⁸ Eine noch weitergehende Auffassung lehnt ein auf der

Kompetenzebene des § 76 Abs. 1 AktG angesiedeltes Vorwegbindungsverbot vollständig ab und will nur § 93 AktG als Prüfungsmaßstab anwenden,¹⁹ womit in diesem Fall kein unantastbarer Kernbereich der Leitungsmacht verbleibt.

Des Weiteren wird das Delegationsverbot in der Weise aufgeweicht²⁰, dass die Zulässigkeit der Delegation anstelle der Formulierung eines delegationsunfähigen Aufgabenbereichs – von ausdrücklichen gesetzlichen Pflichtzuweisungen an den Vorstand als Kollegialorgan einmal abgesehen – allein an § 93 Abs. 1 AktG bemessen werden soll.²¹ Eine nach dieser Maßgabe unzulässige Delegation soll ebenfalls nur zu einer Haftung im Innenverhältnis nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG führen.²²

Vor dem Hintergrund dieser Meinungskulisse stellen sich ganz grundsätzliche Fragen, namentlich ob, und falls ja, inwieweit die Leitungsmacht des Vorstands unveräußerlich sein soll. Bevor eine solche Diskussion geführt werden kann, ist jedoch zunächst Klarheit über die Leitungsverantwortung als Gegenstand der Unveräußerlichkeit zu gewinnen.²³ In einem nächsten Schritt wird dann zum Geltungsanspruch des Unveräußerlichkeitsprinzips Stellung bezogen.²⁴ Nach einem Ausblick auf die Ausprägung der Unveräußerlichkeit²⁵ wird das Verhältnis der Unveräußerlichkeitslehre zum Konzernrecht behandelt.²⁶ Der Beitrag endet mit einer Zusammen-

⁹ Siehe Koch (Fn. 1), S. 65, 100.

¹⁰ Fleischer (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 9, 70 ff.; ders., ZIP 2003, 1 (2, 7 ff.); Froesch, DB 2009, 722 (724); Henze, BB 2000, 209; Kort (Fn. 3), § 76 Rn. 34, 49; Mertens/Cahn (Fn. 3), § 76 Rn. 4, 45; Turiaux/Knigge, DB 2004, 2199 (2200); Stein, ZGR 1988, 163 (168); Spindler (Fn. 3), § 76 Rn. 18, § 77 Rn. 63.

¹¹ Siehe Fn. 5.

¹² Koch (Fn. 3), § 76 Rn. 25; Mertens/Cahn (Fn. 3), § 76 Rn. 44 f.; Seibt (Fn. 3), § 76 Rn. 34; Spindler (Fn. 3), § 76 Rn. 28.

¹³ OLG Brandenburg, Urt. v. 29.8.2018 – 7 U 73/17 = AG 2019, 466; Fleischer (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 79 f.; ders., ZHR 172 (2008), 538 (558); ders., in: Festschrift für Eberhard Schwark, 2009, S. 137, 149 ff.; Grigoleit (Fn. 3), § 76 Rn. 88; Koch (Fn. 3), § 76 Rn. 27, 41a; Kort (Fn. 3), § 76 Rn. 197; Lutter (Fn. 6), S. 169, 184; Otto, NZG 2013, 930 (934 f.); Spindler (Fn. 3), § 76 Rn. 28; Weber, in: Hölter/Weber, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2022, § 76 Rn. 16.

¹⁴ Fleischer (Fn. 13), S. 137, 154.

¹⁵ Zusammenfassend m.w.N. Koch (Fn. 1), S. 65, 94 ff.; ders. (Fn. 3), § 76 Rn. 8, 41a.

¹⁶ Vgl. Dauner-Lieb (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 6; Fleischer (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 18; ders., ZIP 2003, 1 (4 ff.); Koch (Fn. 1), S. 65, 94; Koch (Fn. 3), § 76 Rn. 9; Kuntz, AG 2020, 801 (802, 818); Spindler (Fn. 3), § 76 Rn. 15.

¹⁷ Siehe Koch (Fn. 3), S. 65, 98 f., 101; Linnertz, Delegation durch Vorstand, 2020, S. 191 Fn. 567; v. Lüdinghausen, (Fn. 8), S. 184, 211, 230, 269; Seibt, in: Festschrift für Karsten Schmidt, 2009, S. 1463 ff.; ders. (Fn. 3), § 76 Rn. 14 f.

¹⁸ Fleischer (Fn. 13), S. 137, 149 ff.; Grigoleit (Fn. 3), § 76 Rn. 90; Herwig, Leitungsautonomie und Fremdeinfluss, 2014,

S. 65 ff.; Heß, Investorenvereinbarungen, 2014, S. 178 ff.; Kiefner, ZHR 178 (2014), 547 (576 ff.); Koch (Fn. 1), S. 65, 95 ff.; Koch (Fn. 3), § 76 Rn. 41a; Kuntz, AG 2016, 101 (107); Paschos, NZG 2012, 1142 (1144); Schürnbrand/Verse, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019, § 182 Rn. 11; Seibt (Fn. 3), § 76 Rn. 15, 35; Weber (Fn. 13), § 76 Rn. 16c; in vergleichbarer Weise auf eine Einschränkung des „Leitungsspielraums in unvertretbarer Weise“ abstellend, die dazu führt, dass der Vorstand „seiner unternehmerischen Führungsverantwortung nicht mehr genügen kann“ Mertens/Cahn (Fn. 3), § 76 Rn. 53; ähnlich zudem König, NZG 2013, 452 (453 f.); gegen eine derartige Aufweichung Otto, NZG 2013, 930 (936 f.); Spindler (Fn. 3), § 76 Rn. 32; zur Nichtigkeit gem. § 134 BGB bei Verstoß gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung (auch ohne einen Bezug zum Kernbereich der Leitungsmacht) siehe LG München I, Urt. v. 5.4.2012 – 5 HK O 20488/11 = NZG 2012, 1152 (1154).

¹⁹ v. Lüdinghausen (Fn. 8), S. 213, 221 f., 231 f., 269 f.

²⁰ Oder schärfer noch: dekonstruiert, siehe Linnertz (Fn. 17), S. 191; Seibt (Fn. 17), S. 1463; ders. (Fn. 3), § 76 Rn. 9.

²¹ Koch (Fn. 3), § 76 Rn. 8 f.; Linnertz (Fn. 17), S. 190 f.; Seibt (Fn. 17), S. 1463, 1476 ff.; ders., DB 2018, 237 (242); ders. (Fn. 3), § 76 Rn. 14; Kuntz, AG 2020, 801 (817) geht darüber noch hinaus, indem er nicht nur ein allgemeines Delegationsverbot ablehnt, sondern Delegation vielmehr immer für möglich hält und allein die Rechtsfolgen rechtswidriger Delegation dem Regime des § 93 AktG unterstellen will.

²² Kuntz, AG 2020, 801 (817); Seibt (Fn. 17), S. 1463, 1476 ff.; vgl. zudem Linnertz (Fn. 17), S. 221, 237.

²³ Siehe unter II.

²⁴ Siehe unter III.

²⁵ Siehe unter IV.

²⁶ Siehe unter V.

fassung der wesentlichen Erkenntnisse in Thesenform.²⁷

II. Begriff der Leitungsverantwortung

Wenn mit der Leitungsverantwortung eine unveräußerliche Kompetenz des Vorstands bezeichnet werden soll, kommt man um eine Bestimmung des Leitungsbegriffs nicht herum. Denn die Rechtsfolge der Unveräußerlichkeit ist mit ihrem absoluten – quasi dinglichen – Charakter eine so weitreichende, dass auf der Tatbestandsebene keine Unklarheit verbleiben darf.²⁸

1. Annäherungsversuche

Wie schon zuvor angedeutet, bereitet die Herausarbeitung dessen, was unter der Leitung der Gesellschaft i.S.d. § 76 Abs. 1 AktG zu verstehen sei, bisweilen Schwierigkeiten.²⁹ Der Umstand, dass ein Rechtsbegriff sich einer „einfachen“ Definition entzieht, bedeutet jedenfalls nicht, dass er nicht in praxistauglicher Weise bestimmbar wäre.³⁰

Zuzugeben ist freilich, dass es mit reiner Begriffsarbeit allein, etwa der Abgrenzung zwischen Leitung i.S.d. § 76 Abs. 1 AktG und Geschäftsführung i.S.d. § 77 Abs. 1 S. 1 AktG nicht getan ist.³¹ Immerhin erlaubt die von der Semantik der Begriffe³² getragene Feststellung, dass Leitung ein herausgehobener Bereich der Geschäftsführung sei,³³ eine erste Annäherung. Maßnahmen der Leitung sind demnach solche von besonderer Bedeutung für das Unternehmen und verlangen eine Führungsentscheidung.³⁴ Des Weiteren können dem Ge-

setz selbst eine Reihe von Aufgaben entnommen werden, die dem Vorstand als Kollegialorgan zugewiesen sind.³⁵

Zu einer weiteren Konkretisierung der gesetzlich nicht umschriebenen Unternehmensleitung soll ferner eine typologische Betrachtung unter Rückgriff auf Erkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre dienen.³⁶ Zur Unternehmensleitung rechnen demzufolge – jeweils unter Berücksichtigung der Bedeutung für die Unternehmensentwicklung sowie in Abhängigkeit von Art und Größe des Unternehmens – Maßnahmen der Unternehmensplanung, der Strukturierung des Unternehmens, der Unternehmenskontrolle, der Überwachung von Geschäfts- und Ergebnisentwicklung sowie Geschäfte von außergewöhnlicher Bedeutung oder mit ungewöhnlich hohem Risiko und die Besetzung der oberen Führungspositionen.³⁷ Diese letzten Endes auf dem Modell eines kreislaufartigen Führungsprozesses³⁸ aufbauende Gruppierung verringert sicherlich das Abstraktionsniveau des Leitungsbegriffes. Bis zu einer Konkretisierung, wie sie unter dem Gesichtspunkt der Unveräußerlichkeit erforderlich ist, kann diese Typologie allein jedoch nicht tragen.

2. Leitung als Letztentscheidungskompetenz über Rahmenbedingungen

Nach hier vertretener Auffassung ist es jedoch möglich, den Rechtsbegriff der Leitung aus dem Regelungszusammenhang des Aktiengesetzes heraus zu bestimmen. Ein dahingehender Versuch soll im Folgenden unternommen werden.

Ganz allgemein formuliert ist die Funktion des Vorstands

²⁷ Siehe unter VI.

²⁸ Dem entspricht ein allgemeines Rechtsprinzip dahingehend, dass gegenüber jedermann Geltung beanspruchende Rechtspositionen – wollen sie ihrem Absolutheitsanspruch entsprechend beachtet werden – aus Gründen der Rechtsklarheit hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar sein müssen, vgl. zum sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz *Heinze*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2018, Einleitung zum Sachenrecht Rn. 135.

²⁹ Siehe die Nachweise in Fn. 16.

³⁰ Andernfalls müsste die Jurisprudenz an Generalklauseln mit ihren unbestimmten Rechtsbegriffen schier verzweifeln. Einen Vorschlag für Kriterien zur Abgrenzung der Leitung von der Geschäftsführung erarbeitet etwa *Grabolle* (Fn. 6), S. 79 ff.

³¹ Vgl. ebenfalls *Seibt* (Fn. 17), S. 1463, 1486.

³² Zum allgemeinen Sprachverständnis siehe ebenfalls *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 29.

³³ *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 14; *Henze*, BB 2000, 209; *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 8; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 29 ff.; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 4; gegen eine so verstandene „Teilbereichslehre“ und für eine strenge Unterscheidung von Leitung und Geschäftsführung etwa *Grabolle* (Fn. 6), S. 78; *Kuntz*, AG 2020, 801 (802, 818) hält dagegen eine besondere Kategorie von „Leitung“ außerhalb der regulären Geschäftsführung überhaupt für entbehrlich.

³⁴ Zur Leitung als Führungsfunktion des Vorstands siehe etwa *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 8; *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 15; *Weber* (Fn. 13), § 76 Rn. 8.

³⁵ Vgl. die §§ 83, 90, 91, 92, 110 Abs. 1, 118 Abs. 2, 121 Abs. 2, 124 Abs. 3 S. 1, 170, 245 Nr. 4 AktG sowie § 15 Abs. 1 InsO; zur Einordnung dieser gesetzlichen Pflichtaufgaben als Leitungsaufgaben siehe etwa *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 9; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 35; *Schiessl*, ZGR 1992, 64 (67 f.); *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 15; differenzierend unter Heranziehung einer teleologischen Betrachtungsweise v. *Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 73.

³⁶ *Henze*, BB 2000, 209 (210); *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 9; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 29; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 5; *Weber* (Fn. 13), § 76 Rn. 10; kritisch hinsichtlich der unmittelbaren „Verrechtlichung“ der betriebswirtschaftlichen Erkenntnisse zur Unternehmensführung *Grabolle* (Fn. 6), S. 131 ff.

³⁷ Siehe *Henze*, BB 2000, 209 (210); *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 9; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 35; *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 15; *Weber* (Fn. 13), § 76 Rn. 10; ähnlich auf der Grundlage eines funktionalen Ansatzes *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 18; *ders.*, ZIP 2003, 1 (5 ff.); aus der betriebswirtschaftlichen Literatur vgl. etwa *Wöhe*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 27. Aufl. 2020, S. 47 ff.; weitere Nachweise bei *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 5 Fn. 11; ein gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die von der Betriebswirtschaftslehre vorgenommenen Typologie findet sich zudem in § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG, demnach der Vorstand dem Aufsichtsrat über „die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung)“ zu berichten hat.

³⁸ Siehe *Wöhe* (Fn. 37), S. 47 f.

die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes.³⁹ Anders als etwa der Geschäftsführer der GmbH⁴⁰ (vgl. §§ 37 Abs. 1, 47 GmbHG) oder der Vorstand des eingetragenen Vereins⁴¹ (vgl. §§ 27 Abs. 3 S. 1, 665 BGB) hat der weisungsfrei agierende Vorstand der AG im Hinblick auf die ihm zugewiesene Exekutivfunktion eine „Letztentscheidungskompetenz“.⁴²

Wie diese Letztentscheidungszuständigkeit durch den Vorstand auszufüllen ist, verdeutlicht ein Blick auf die Schritte zur Erreichung des Gesellschaftszweckes. Unabhängig davon, in welches Verhältnis man den Gesellschaftszweck zum Unternehmensgegenstand stellt,⁴³ ist der Zusammenschluss mehrerer in einer AG – wie in jeder anderen Gesellschaftsform – gedanklich auf einen finalen Grund (z.B. Gewinnerzielung) zurückzuführen. Einen ersten inhaltlichen Rahmen⁴⁴ für die Umsetzung dieses Zweckes in die Tat bietet der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand gem. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, den der Vorstand weder überschreiten⁴⁵ noch auf Dauer unterschreiten⁴⁶ darf.

Als Handlungsorgan der AG mit der alleinigen, originären Kompetenz zu Maßnahmen der Leitung- und Geschäftsführung nimmt der Vorstand nun eine vermittelnde Position zwischen der normativen Sphäre der Satzung und der Umsetzung des Satzungsauftrags in konkrete Handlungen ein. Ihm kommt an dieser „Schaltstelle“ die Aufgabe zu, den vom Satzungsgeber vorgegebenen Rahmen zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes weiter zu operationalisieren.

Vor dem Hintergrund einer arbeitsteiligen Wertschöpfung in Organisationen werden vom Vorstand hier nicht punktuelle Maßnahmen, sondern Zielvorgaben erwartet. Einzelne Direktiven von höchster Stelle mögen zwar begrenzte Sachverhalte verbindlich regeln können. Die Unternehmensorganisation als Ganzes lässt sich – in nachhaltiger Weise – hingegen nicht dauerhaft durch zusammenhanglose Einzelakte steuern. Die Unternehmensleitung erfordert mit Blick auf die mittel- bis langfristige Planung vielmehr ein ganzheitliches Set an aufeinander abgestimmten Maßnahmen. Der Vorstand als Leitungsorgan hat demnach durch die Formulierung von Richtlinien, Strategien und Strukturvorgaben die Voraussetzungen für Aufbau und Unterhalt einer bestandsfähigen Un-

ternehmensorganisation zu schaffen.⁴⁷ Der Vorstand hat mit anderen Worten die Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Tätigkeit der AG zu gestalten.

Leistungsverantwortung bedeutet in diesem Zusammenhang daher die Letztentscheidungskompetenz des Vorstands über unternehmerische Rahmenbedingungen,⁴⁸ wobei „Letztentscheidung“ nicht zeitlich, sondern normativ zu verstehen ist. Will heißen, dass das unternehmensbezogene Handeln der nachgeordneten Ebenen bzw. der Organisationsmitglieder nicht notwendigerweise im Einzelnen vom Vorstand „abgesegnet“ werden muss. Es muss lediglich auf eine vom Vorstand zu entwickelnde, umfassende und kohärente Unternehmensstrategie zurückzuführen sein.⁴⁹

Mit dem vorstehenden Verständnis von Leitung als Letztentscheidung über die wirtschaftlichen Handlungsgrundlagen des Unternehmens der AG liegt ein hinreichend bestimmter Leitungsbegriff vor, welcher der weiteren Betrachtungen zugrunde gelegt werden kann.

III. Zum Geltungsanspruch des Unveräußerlichkeitsprinzips

Ausgehend von dem zuvor gewonnenen Leitungsbegriff kann nun der Frage nachgegangen werden, ob die Leitungsmacht in ihrer so verstandenen Gestalt unveräußerlich sein soll. Diese Frage stellt sich mit Nachdruck, denn die Geltung des Unveräußerlichkeitsprinzips, früher teils apodiktisch behauptet,⁵⁰ wird zunehmend ganz grundsätzlich angezweifelt.⁵¹

Der Umstand, dass sich die Auseinandersetzung um die Unveräußerlichkeit bei der Delegation einerseits und der Vorwegbindung andererseits ausdifferenziert hat, steht der Annahme eines allgemeinen „Meta“-Grundsatzes der Unveräußerlichkeit jedenfalls nicht entgegen. Denn zum einen steht jeweils das Kernproblem der „Entäußerung von Kompetenzen“⁵² durch den Vorstand im Raum. Und zum anderen wer-

³⁹ Vgl. *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 29.

⁴⁰ Statt vieler *Lenz*, in: Michalski u.a., Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 37 Rn. 16.

⁴¹ Siehe z.B. *Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 27 Rn. 37.

⁴² Siehe die Nachweise in Fn. 3.

⁴³ Ausführlich zum Meinungsstand *Pentz*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 70 ff.

⁴⁴ Vgl. *Zetsche*, in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 4/1, 3. Aufl. 2018, § 179 Rn. 271 ff.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 25.9.2018 – II ZR 190/17 Rn. 17 = NZG 2018, 1350 (1351); *Koch* (Fn. 3), § 82 Rn. 9; *Spindler* (Fn. 3), § 82 Rn. 34; *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 82 Rn. 29.

⁴⁶ OLG Köln, Urt. v. 15.1.2009 – 18 U 205/07 = AG 2009, 416 (417); OLG Stuttgart, Urt. v. 13.7.2005 – 20 U 1/05 = ZIP 2005, 1415 (1419); *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 82 Rn. 31; *Koch* (Fn. 3), § 179 Rn. 9a; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 29; *Priester*, ZGR 2017, 474 (478 ff.).

⁴⁷ Vgl. *Dauner-Lieb* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 7; *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 36a; v. *Lüdinghausen*, (Fn. 8), S. 72; 208; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 12; *ders.*, DB 2016, 1978 (1979 f.); *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 16.

⁴⁸ Die Letztentscheidungskompetenz des Vorstands in Bezug auf die unternehmerischen Handlungsgrundlagen ist abzugrenzen von der Zuständigkeit der Hauptversammlung für ebenso richtungsweisende Struktur- und Grundlagenentscheidungen, welche die Rechte der Aktionäre aus der Mitgliedschaft berühren, siehe zu diesen ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen BGH, Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 (Holzmüller) = NJW 1982, 1703 und BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 (Gelatine I) = NJW 2004, 1860 sowie statt vieler *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 31, 124 ff.

⁴⁹ Vgl. v. *Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 72: Leitung als „Bestimmung von Richtlinien der Unternehmenspolitik“, die einen „Maßstab für Umsetzungsentscheidungen auf Leitungsebene und auf unteren Unternehmensebenen bilden.“

⁵⁰ So etwa *Hopt*, ZGR, 1993, 534 (538): „Die Leitungsmacht des Vorstands [...] ist unabdingbar und unveräußerlich.“; weitere Nachweise bei *Linnertz* (Fn. 17), S. 37 Fn. 40.

⁵¹ Siehe die Nachweise in Fn. 17.

⁵² *Koch* (Fn. 1), S. 65, 93; siehe auch *Linnertz* (Fn. 17), S. 37 f. Fn. 40.

den bei allen inhaltlichen Divergenzen zwischen den beiden Problemfeldern immer wieder wechselseitige Bezüge im Hinblick auf die dogmatische Ausformung des jeweils anderen hergestellt.⁵³ Nach hier vertretener Auffassung führt daher ein einheitlicher Leitungsbegriff zu einer einheitlich zu beurteilenden Unveräußerlichkeit. Dass die Unveräußerlichkeit bei der Delegation und bei der Vorwegbindung unterschiedlich ausgeprägt sein kann, steht dem nicht entgegen.

1. Begründungsbedürftigkeit

Das Unveräußerlichkeitsprinzip in seiner überkommenen Gestalt ist eine Schöpfung der Rechtswissenschaft.⁵⁴ Dem Wortlaut des § 76 Abs. 1 AktG, der anordnet, dass der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten habe, kann zwar entnommen werden, dass die Leitung dem Vorstand als Pflichtrecht⁵⁵ zugewiesen ist, dem er sich nicht entziehen darf. Über eine wie auch immer ausgeprägte Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands schweigen hingegen Gesetz und Gesetzesmaterialien⁵⁶. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat es zudem jüngst offengelassen, ob § 76 Abs. 1 AktG der Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht zu entnehmen ist.⁵⁷

Lässt sich das Unveräußerlichkeitsprinzip nicht unmittelbar aus dem Aktiengesetz selbst ableiten, so steht und fällt es mit den Gründen, die dafür in Feld geführt werden können. Die Begründungsbedürftigkeit wird außerdem durch die weitreichenden Rechtswirkungen, welche die Annahme einer unveräußerlichen Leitungsverantwortung mit sich bringt, unterstrichen. Der Begründungsaufwand für ein Festhalten am Unveräußerlichkeitsprinzip hat sich im Übrigen insofern erhöht, als dass mittlerweile beträchtliche Einwände formuliert worden sind. Die gegen eine Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im gegenständlichen Sinne vorgebrachten Argumente betreffen dabei sowohl die Tatbestands- als auch die Rechts-

folgende Seite. Im Weiteren sind nun die auf der jeweiligen Problemebene widerstreitenden Konzepte argumentativ gegeneinander abzuwägen.

2. Prinzip vs. offener Maßstab auf Tatbestandsebene

Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Maßnahme des Vorstands seiner unveräußerlichen Leitungsverantwortung anheimfällt, wird einerseits eine an § 76 Abs. 1 AktG anknüpfende prinzipienorientierte Lösung vertreten.⁵⁸ Andererseits wird auf einen i.R.d. § 93 Abs. 1 AktG zu verortenden offenen Maßstab abgestellt.⁵⁹

Es treffen hier zwei juristische Denkart aufeinander. Dies ist einerseits eine dogmatische, nach Systembildung strebende Herangehensweise, welche den Rechtsstoff an Prinzipien ausrichtet und andererseits die Fokussierung auf die von der Praxis aufgeworfene Frage des Einzelfalls⁶⁰. Etwas höher gegriffen kann man sagen, dass sich hier der dem positiven Recht a priori innewohnende Zielkonflikt zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit widerspiegelt.

Verfährt man dogmatisch und errichtet über den geschriebenen Rechtssätzen ein ganzheitliches System von Prinzipien unterschiedlichen Abstraktionsgrades, so führt dies zu einer stärkeren Bindung rechtlicher Argumentation an diesen vorgegebenen Rahmen. Die Vorhersehbarkeit darauf gründender Entscheidungen führt zu einem Mehr an Rechtssicherheit.

Will man dagegen den Einzelfall besonders würdigen, wird man den Weg über Generalklauseln, wie es § 93 Abs. 1 S. 1 AktG eine ist,⁶¹ dem durch Grundsätze mit „absolutem Charakter“⁶² dogmatisch vorgefertigten Pfad vorziehen. Zwar kann den Belangen der Praxis auch unter der Herrschaft eines Rechtsprinzips Geltung verschafft werden, wenn man nur entsprechende Ausnahmetatbestände hinzufügt.⁶³ Da Prinzipien eine Regel-Ausnahme-Struktur zugrunde liegt, ist die Annahme einer vom Normalfall abweichenden Ausnahme jedoch im besonderen Maße begründungsbedürftig. Von dieser Begründungslast wird man dann frei, wenn man einen Grundsatz an sich „dekonstruiert“ und an seine Stelle einen offenen Maßstab auf der Grundlage eines Kriterienkataloges stellt.⁶⁴ Die damit erlangte Flexibilität bei der Rechtsanwendung verheißt Einzelfallgerechtigkeit. Insbesondere könnten etwa bei vertraglichen Bindungen der AG Gegenleistungen an die Gesellschaft⁶⁵ sowie sich ihr eröffnende Geschäftschancen⁶⁶ berücksichtigt werden. Zudem erfordern, so wird angeführt, komplexe, von Unsicherheit geprägte Bedingungen des Handelns flexiblere Prüfungsmaßstäbe bei der Um-

⁵³ Vgl. *Fleischer* (Fn. 13), S. 137, 154; *Koch* (Fn. 1), S. 65, 93 f., 101; *Linnertz* (Fn. 17), S. 191 Fn. 567.

⁵⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 6 sowie zur älteren Kommentarliteratur *Linnertz* (Fn. 17), S. 37 Fn. 40; beachte allerdings aus konzernrechtlicher Perspektive bereits RG, Urt. v. 19.2.1881 – I 872/80 (Rumänische Eisenbahn) = RGZ 3, 12 (132) zur mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbaren „Selbstentmündigung“ der Gesellschaft durch die Übertragung der dem Vorstand eigenen Exekutivbefugnisse auf gesellschaftsfremde Dritte. Zu jener der Unveräußerlichkeit vorgelagerten Unterscheidung zwischen Leitung und Geschäftsführung als akademischer Schöpfung siehe *Kuntz*, AG 2020, 801 (818); *Linnertz* (Fn. 17), S. 59 ff., 105, 169 ff.

⁵⁵ *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 10; *ders.*, ZIP 2003, 1 (2); *Kuntz*, AG 2020, 801 (803); *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, S. 9; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 9; *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 14.

⁵⁶ Vgl. Aml. Begr. zu §§ 70, 71 AktG 1937, abgedruckt in: *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (AktG), 1937, S. 58 f. sowie zum AktG 1965 Begr. RegE, BT-Drs. 4/171, S. 121.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 25.7.2017 – II ZR 235/15 Rn. 39 = ZIP 2017, 1902 (1905).

⁵⁸ Vgl. *Fleischer* (Fn. 13), S. 137, 154.

⁵⁹ Vgl. *Koch* (Fn. 1), S. 65, 96; *Linnertz* (Fn. 17), S. 190 f., 204 ff.; *Seibt* (Fn. 17), S. 1463 ff.; *ders.* (Fn. 3), § 76 Rn. 14.

⁶⁰ Siehe etwa *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 14.

⁶¹ *Koch* (Fn. 3), § 93 Rn. 5.

⁶² *Koch* (Fn. 1), S. 65, 96.

⁶³ Vgl. *Fleischer* (Fn. 13), S. 137, 154.

⁶⁴ Siehe *Seibt*, DB 2018, 237 (242).

⁶⁵ Vgl. *Koch* (Fn. 1), S. 65, 97; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 36.

⁶⁶ v. *Lüdinghausen* (Fn. 8), S. 194, 213; *Paschos*, NZG 2012, 1142 (1144).

schreibung des delegationsfähigen Aufgabenkreises.⁶⁷ Im Rahmen eines offenen Prüfungsmaßstabes lassen sich zudem – auf lediglich methodisch abweichendem Weg – die gleichen Ergebnisse erzielen, wie man sie unter der Geltung eines Prinzips erreichen kann.⁶⁸

Der Preis der so gewonnenen Beurteilungsfreiheit ist jedoch eine gewisse Unvorhersehbarkeit – oder mehr noch Beliebigkeit – von Entscheidungen und eine damit einhergehende Rechtsunsicherheit.⁶⁹ Des Weiteren darf nicht übersehen werden, dass der Rückgriff auf einen offenen Maßstab zur Einordnung einer Maßnahme als Leitungsaufgabe ebenso prozessuale Auswirkungen nach sich zieht. Denn aufgrund des komplexen Zusammenspiels mehrerer Faktoren im Rahmen des offenen Maßstabs wird die Darlegungs- und Beweislast faktisch zuungunsten desjenigen erhöht, der die Entäußerung einer Kompetenz durch den Vorstand geltend macht. Aus Sicht der Prozessökonomie lässt eine umfassende Einzelfallprüfung vor dem Hintergrund eines kaum richtungsgebenden Kriterienkataloges zudem aufwendige und langwierige Verfahren erwarten.⁷⁰

Es ist fraglich, ob diese Flexibilisierung des rechtlichen Maßstabes aufgrund volatiler Umweltbedingungen für Unternehmen tatsächlich notwendig ist und ob ihre Nachteile, etwa durch die ermöglichte Berücksichtigung von Gegenleistungen und eröffneten Geschäftschancen, aufgewogen werden. Zugestehen ist jedenfalls, dass ein Unternehmen „in Zeiten der hohen Unsicherheit, Komplexität und Disruption“⁷¹ eine diesen Bedingungen angepasste, die äußere Vielgestaltigkeit im inneren Aufbau und in Entscheidungsprozessen widerpiegelnde Unternehmensstruktur aufweisen muss, um erfolgreich bestehen zu können.

Aus solchen Erfordernissen der Betriebswirtschaft lässt sich allerdings nicht zwingend der Schluss ziehen, dass rechtliche Prüfungsmaßstäbe ebenfalls zu „verflüssigen“ sind.

Sicher darf das Recht, insbesondere das Wirtschaftsrecht, an der Unternehmenswirklichkeit nicht unberührt vorbeigehen. Zu beachten ist jedoch, dass das Recht, vor allem im Angesicht komplexer Lebenssachverhalte, Komplexität reduzieren muss, um verbindliche und gleichförmige Entscheidungen zu ermöglichen. Dies geschieht vordergründig durch die Formulierung von Tatbeständen, die aus der mannigfaltigen Lebenswelt jeweils wenige rechtserhebliche Umstände in Tatbestandsmerkmalen zusammenfassen, deren Vorliegen eine bestimmte Rechtsfolge auslösen soll.

Wenn man aber nun bereits auf Tatbestandsebene einen auf vielerlei Kriterien gestützten Prüfungsmaßstab anwenden will, um etwa die Zulässigkeit einer Delegation durch den Vorstand an sich zu beurteilen, erhöht man die „innerrechtli-

che“ Komplexität auf ein Maß, dass der Orientierungsfunktion des Rechts an dieser Stelle abträglich ist.⁷² Gerade, wenn es um die Frage geht, ob sich der Vorstand im Einzelfall einer Kompetenz entäußern darf, braucht es eine belastbarere Formel, die dem Vorstand und anderen Beteiligten Rechtssicherheit bietet.⁷³ Unterhalb der Schwelle der Leitungsverantwortung ist die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Delegation und Selbstbindung zweifelsohne an § 93 Abs. 1 AktG und damit an einem offenen Maßstab zu messen. Die Konturierung der unveräußerlichen Leitungsmacht selbst sollte hingegen auf einem dogmatisch gefestigteren Grund beruhen.⁷⁴

Die ermöglichte Berücksichtigung von Gegenleistungen und Geschäftschancen reicht nach hier vertretener Auffassung ebenfalls nicht hin, um ein Abrücken von einem prinzipienorientierten Ansatz zu rechtfertigen.

Wieder ist nichts dagegen einzuwenden, dass Belange der Praxis, wie sie etwa in einer Vielzahl von Vertragsgestaltungen zum Ausdruck kommen,⁷⁵ rechtlich berücksichtigt werden. Die Praxis zu berücksichtigen, heißt jedoch nicht, sie zum Imperativ für rechtmethologische Fragen zu erheben. Sicher dienen einzelnen Regelungen im Zusammenhang mit Investorenvereinbarungen gerade dem Schutz der Leitungsautonomie der Zielgesellschaft⁷⁶, sodass derartige „Gegenleistungen“ bei einer Beurteilung der gesamten Abrede zu würdigen sind. Um die rechtliche Bewertung des Rechtsgeschäfts der Gesellschaft mit einem Großaktionär oder einen Fremdkapitalgeber an sich geht es hier jedoch nicht. Vielmehr geht es darum, eine mit § 76 Abs. 1 AktG gegebene zwingende Kompetenzzuweisung an den Vorstand zu konkretisieren. Die Bestimmung der unveräußerlichen Leitungskompetenz ist dabei eine Fragestellung, die aus dem Aktienrecht selbst zu beantworten ist.

Die Kompetenzentäußerung mit einer Gegenleistung oder Geschäftschancen aufzuwiegen, hieße dagegen, die Kompetenz zu kommerzialisieren. Unklar und der Beliebigkeit anheimgestellt bliebe dann freilich die Abwägung, in welchem

⁷² Vgl. aus Sicht des Vorstands, der die Delegationsfähigkeit zu beurteilen hat *Grabolle* (Fn. 6), S. 97. Ein grundlegendes Problem von Kriterienkatalogen ist, dass sie nur zum Schein zu einer Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen beitragen. Denn die Gewichtung der einzelnen Kriterien im Rahmen der Abwägung steht im Belieben des Rechtsanwenders, sodass im Grund jedes Ergebnis „aggregierbar“ ist.

⁷³ In diesem Sinne ebenfalls *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (2).

⁷⁴ Im Übrigen geben jedenfalls jene Stimmen in der Literatur, welche die Unveräußerlichkeit bei der Vorwegbindung auf einen Kernbereich der Leitungsmacht beschränken wollen, den Unveräußerlichkeitsgrundsatz bei aller Kritik an sich nicht auf. Ist demnach dieser in seinen Grenzen noch unbestimmte Kernbereich betroffen, wie etwa bei Bindungen, die einem Unternehmensvertrag gleichkommen, sollen Abreden gem. § 76 Abs. 1 AktG unzulässig und nach § 134 BGB nichtig sein, siehe *Koch* (Fn. 1), S. 65, 99 f.; *ders.* (Fn. 3), § 76 Rn. 41a; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 15.

⁷⁵ Siehe *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 36 mit Beispielen für vertragliche Einzelgestaltungen.

⁷⁶ Vgl. *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 36.

⁶⁷ *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 14; *ders.*, DB 2018, 237 (242).

⁶⁸ Nach *Linnertz* (Fn. 17), S. 191, lässt sich ein absolutes Delegationsverbot gleichsam mit § 93 AktG abbilden.

⁶⁹ So mit Bezug zum Vorwegbindungsverbot *Otto*, NZG 2013, 930 (936); zu Chancen und Gefahren eines offenen Maßstabs siehe ebenfalls *Kischko*, ZJS 2017, 396 (404), hier zu § 138 BGB.

⁷⁰ *Otto*, NZG 2013, 930 (936).

⁷¹ *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 14.

Umfang welcher Kompetenzverlust durch welche Gegenleistung aufgewogen wird. Insgesamt begibt man sich mit der Heraufbeschwörung eines solchen Synallagmas auf eine schiefe Ebene, die in ihrer Konsequenz zu einer Mediatisierung der Leitungsverantwortung des Vorstands führt und eine gesetzlich indisponible Kompetenz über Umwege doch zur Disposition stellt.

Aus den genannten Gründen verdient eine dogmatische, prinzipienorientierte Herangehensweise den Vorzug vor einer Einzelfallanalyse mittels eines offenen Maßstabes. Den Belangen der Unternehmenspraxis kann durch eine Anpassung des Unveräußerlichkeitsprinzips, etwa über die Justierung des Leitungsbegriffes⁷⁷ oder der Reichweite der Unveräußerlichkeit, ohne eine vergleichbare Einbuße an Rechtssicherheit Rechnung getragen werden.

3. Unwirksamkeit vs. haftungsrechtliche Sanktionierung auf Rechtsfolgenseite

Die beim Prüfungsmaßstab auf Tatbestandsebene beginnende Relativierung des Unveräußerlichkeitsgrundsatzes in der aktienrechtlichen Literatur setzt sich auf der Rechtsfolgenseite fort. Unzulässige Entäußerungshandlungen sollen neueren Ansichten nach nicht mehr absolut unwirksam sein, sondern stattdessen einer haftungsrechtlichen Sanktionierung im Innenverhältnis nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG unterliegen.⁷⁸

Für die schadensersatzrechtliche Lösung im Innenverhältnis und gegen eine Nichtigkeit im Außenverhältnis wird ins Feld geführt, dass es sich bei § 76 Abs. 1 AktG um eine Binnenrechtsnorm der AG handle und dass das Durchschlagen von Kompetenzverletzungen auf das Außenverhältnis gegenüber Dritten der nach § 82 Abs. 1 AktG unbeschränkbar Vertretungsmacht des Vorstands zuwiderlaufe.⁷⁹ Allgemeine Grenzen privatrechtlicher Gestaltungsmacht, wie sie etwa mit § 138 BGB oder den Grundsätzen vom Missbrauch der Vertretungsmacht bestehen, seien ausreichend.⁸⁰ Problematisch soll insbesondere sein, dass eine gegenständliche Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht der Gesellschaft einschränken würde.⁸¹

a) Schadensrechtliche Rückabwicklung unzulässiger Entäußerungsakte

Zunächst ist festzuhalten, dass man – auf rechtskonstruktiv

anderem Wege – über den Schadensersatz nach § 93 Abs. 2 AktG ebenfalls zu einer Beseitigung unzulässiger Entäußerungsakte gelangen kann.

Da die Rechtsfolge beim Schadensersatz zunächst die Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB ist, könnte man darauf gestützt eine Rückabwicklung der Entäußerungshandlung verlangen.⁸² Im Unterschied zur absoluten Unwirksamkeit ipso iure, gleich auf welchen Nichtigkeitsgrund man diese stützt,⁸³ muss Schadensersatz – vorliegend gem. § 112 S. 1 AktG durch den Aufsichtsrat – überhaupt erst geltend gemacht werden.

Betrachtet man die bereits zuvor dargestellte schwierige prozessuale Ausgangslage, die bei Heranziehung des Sorgfaltsmaßstabs des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf Tatbestandsebene für denjenigen besteht, der eine Kompetenzentäußerung angreifen will, so dürfte der schadensersatzrechtliche Weg bereits faktisch zu einer weitgehenden Entäußerbarkeit vormals unveräußerlicher Leitungsverantwortung führen. Selbst wenn man also eine Entäußerung, sei es durch „Rückdelegation“ oder die Aufhebung einer vertraglichen Vorwegbindung ebenfalls schadensrechtlich rückabwickeln kann, verbleiben qualitative Unterschiede beider Lösungswege.

b) Binnenrechtsargument

Sofern die Natur des § 76 Abs. 1 AktG als Binnenrechtsnorm betont wird, soll – wie bereits erwähnt – das Problem der unzulässigen Entäußerung von Leitungsverantwortung in das Innenverhältnis verlagert werden. Das Außenverhältnis bliebe dann im Einklang mit § 82 Abs. 1 AktG von Kompetenzstreitigkeiten unbelastet, eine schuldrechtliche Bindung unberührt.⁸⁴

Das Binnenrechtsargument übergeht dabei allerdings, dass ein Eingriff in das vom Aktiengesetz vorgesehene Kompetenzgefüge gerade kein Fall der im Innenverhältnis ggf. beschränkten, aus Gründen des Verkehrsschutzes jedoch gesetzlich fixierten, im Außenverhältnis unbeschränkbar Vertretungsmacht des Vorstands ist.⁸⁵ Wie § 82 Abs. 2 AktG zu entnehmen ist, sind als im Innenverhältnis verpflichtend, für das Außenverhältnis gem. § 82 Abs. 1 AktG aber als unbeachtlich anzusehen, solche Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis, die „im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft die Satzung, der Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen des Vorstands und des Aufsichtsrats für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen haben.“ Plakatativ am Wortlaut des § 82 Abs. 2 AktG anknüpfend kann man sagen, dass Eingriffe in die Organisati-

⁷⁷ Vgl. Koch (Fn. 1), S. 65, 97.

⁷⁸ Koch (Fn. 1), S. 65, 99 ff.; Linnertz (Fn. 17), S. 221, 237, 297; Seibt (Fn. 17), S. 1463, 1476 ff.; ders. (Fn. 3), § 76 Rn. 14 f.; differenzierend zwischen haftungsrechtlicher Lösung bei der Delegation und Beschränkung der Gestaltungsmacht bei Eingriffen in die Kompetenzen anderer Organe in Fällen der Selbstbindung Kuntz, AG 2020, 801 (817).

⁷⁹ Herwig (Fn. 18), S. 73 f.; Koch (Fn. 1), S. 65, 99; v. Lüdinghausen (Fn. 8), S. 210 ff., 221 f.; Mülbert, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 1996, S. 283 f.

⁸⁰ Vgl. Kiefner, ZHR 178 (2014), 547 (574 ff.); Koch (Fn. 1), S. 65, 99; Herwig (Fn. 18), S. 157 ff.

⁸¹ v. Lüdinghausen (Fn. 8), S. 184, 196, 208 ff., 221 f.

⁸² Siehe etwa Linnertz (Fn. 17), S. 221: „Pflicht zur Rückdelegation“.

⁸³ Zu den verschiedenen Begründungsansätzen siehe die Nachweise in Fn. 8.

⁸⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 79.

⁸⁵ Siehe Fleischer (Fn. 3), AktG § 82 Rn. 8; Habersack, in: Hirte/Mülbert/Roth, Großkommentar zum AktG, Bd. 4/1, 5. Aufl. 2015, § 82 Rn. 7; Koch (Fn. 3), § 82 Rn. 4; Kuntz, AG 2016, 101 (107); ders., AG 2020, 801 (817); Reichert, ZGR 2015, 1 (18); Seibt (Fn. 3), § 82 Rn. 4; Spindler (Fn. 3), § 82 Rn. 12.

onsverfassung durch die Entäußerung von Kompetenzen aus dem „Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft“ herausfallen. Sie berühren die zwingende aktienrechtliche Kompetenzzuweisung und stehen damit außerhalb des Anwendungsbereichs einer Norm, welche (lediglich) die Vertretungsmacht des Vorstands regelt.⁸⁶

Des Weiteren gelten indisponible Kompetenznormen, wie etwa § 76 Abs. 1 AktG, unterschiedslos für jede AG. Der Rechtsverkehr sieht sich hier keinen internen, für ihn nicht unmittelbar erkennbaren Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis gegenüber, sondern Regelungen, die von jedermann dem Aktiengesetz selbst entnommen werden können. Vor diesem Hintergrund kann § 82 Abs. 1 AktG die Wirksamkeit unzulässiger Entäußerungshandlungen im Außenverhältnis nicht „retten“ – es gibt keinen Vertrauensschutz nach § 82 Abs. 1 AktG gegen das Aktiengesetz selbst.⁸⁷ Dem Vorstand fehlt im Ergebnis schlicht die Rechtsmacht, das rechtliche „Können“ (und damit die Vertretungsmacht), sich seiner Kompetenzen entgegen zwingenden Aktienrechts zu entäußern.⁸⁸

Letzten Endes ist der Verweis auf § 76 Abs. 1 AktG als Binnenrechtsnorm nicht geeignet, dem Unveräußerlichkeitsgrundsatz seine Geltung zu versagen.

c) Einschränkung der Gestaltungsmacht der Gesellschaft?

Gegen die Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands wird ferner angeführt, dass dadurch die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht der Gesellschaft in ungerechtfertigter Weise einschränken würde.⁸⁹ Zutreffend ist in diesem Zusammenhang, dass die absolute Unwirksamkeit eines Kreises von Rechtsgeschäften, die der Vorstand als Vertretungsorgan für die AG vorzunehmen gedenkt, dazu führen würde, dass die rechtliche Gestaltungsmacht der Gesellschaft im gleichen Umfang eingeschränkt wäre.

Dass der Vorstand sich seiner Leitungsverantwortung nicht selbst entäußern darf, heißt jedoch nicht zugleich, dass sich die Gesellschaft nicht weitgehenden, die Leitungsautonomie des eigenen Vorstands einschränkenden Bindungen unterwerfen darf. Wenn schon die Unterwerfung unter die Weisungen eines herrschenden Unternehmens in Ansehung der §§ 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 308 AktG konzernrechtlich zulässig ist, dann kann eine niederschwelligere Bindung nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein. Das Problem der Entäußerung von Kompetenzen durch den Vorstand ist daher weniger eines der materiellen Unveräußerlichkeit an sich, sondern mehr noch ein solches der verfahrensmäßigen Legitimation der Entäußerung. Dem Vorstand fehlt eben nach der Organverfassung der AG die Kompetenz-Kompetenz, sich seiner Leitungsmacht

selbst begeben,⁹⁰ wohingegen die Hauptversammlung sehr wohl einer Beherrschung durch Dritte zustimmen kann (siehe § 293 AktG).

Durch die Unveräußerlichkeit der Leitungsverantwortung wird demnach die Gestaltungsmacht der Gesellschaft nicht weiter eingeschränkt als dies durch allgemeine privatrechtliche Grenzziehungen, wie etwa nach den §§ 134, 138 und 242 BGB, sowie durch zwingendes Aktienrecht bereits getan wird. Damit greift diese Einwendung gegen das Unveräußerlichkeitsprinzip ebenfalls nicht durch.

4. Sicherung der korporativen Gewaltenteilung als Geltungsgrund des Unveräußerlichkeitsprinzips

Da der Vorstand sich nicht kraft eigener Machtfülle seiner Leitungsverantwortung entledigen kann,⁹¹ bedarf er dazu einer Mitwirkung der Hauptversammlung. Leitungsmacht, die dazu aufgewandt werden könnte, sich selbst aufzuheben wäre zudem ein Paradoxon und im auf „Checks and Balances“ ausgerichteten Kompetenzgefüge der AG⁹² ein Fremdkörper. Ein ausdrücklich geregelter Fall der notwendigen Beteiligung der Hauptversammlung ist das unternehmensvertragliche Zustimmungserfordernis des § 293 Abs. 1 S. 1 AktG. Dass die Entäußerung von Leitungsmacht darüber hinaus ebenfalls eine in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallende Struktur- und Grundlagenentscheidung darstellt, ergibt sich aus den folgenden Überlegungen:

Mit der Übertragung von Leitungsbefugnissen auf einen gesellschaftsfremden Dritten findet eine Kompetenztäußerung zu einer Stelle hin statt, die der aktienrechtlichen Organisationsverfassung enthoben ist.⁹³ So wird zunächst die Legitimationskette, nach der die personelle Zusammensetzung des Vorstands letztendlich auf die Hauptversammlung zurückführbar ist, unterbrochen. Denn der vom Aufsichtsrat, dessen Mitglieder ihrerseits von der Hauptversammlung gewählt werden,⁹⁴ bestellte Vorstand⁹⁵ übt nicht mehr die ungeteilte Leitungsmacht aus. Vielmehr wird einem Dritten, auf den die Hauptversammlung selbst keinen Einfluss ausüben kann, ein Splitter der Leitungskompetenz zuteil. Außerdem ist der in Folge der Entäußerung der Leitungsverantwortung außerhalb der AG stehende „Kompetenzträger“ der Überwachung, welche dem Aufsichtsrat gem. § 111 Abs. 1 AktG über die Geschäftsführung des Vorstands obliegt, entzogen. Des Weiteren laufen die Mitwirkungs- und Verwaltungsrechte der Aktionäre⁹⁶ leer, da diese nur innerhalb der AG Geltung

⁸⁶ Vgl. Habersack (Fn. 85), § 82 Rn. 7; Kuntz, AG 2016, 101 (107 f.); ders., AG 2020, 801 (817); Seibt (Fn. 3), § 82 Rn. 4.

⁸⁷ Vgl. Fleischer (Fn. 3), AktG § 82 Rn. 8; Kuntz, AG 2016, 101 (107); ders., AG 2020, 801 (817); Reichert, ZGR 2015, 1 (19).

⁸⁸ Kuntz, AG 2016, 101 (105, 108).

⁸⁹ v. Lüdinghausen (Fn. 8), S. 184, 196, 208 ff., 221 f.; Mertens/Cahn (Fn. 3), § 76 Rn. 53.

⁹⁰ v. Lüdinghausen (Fn. 8), S. 230.

⁹¹ Siehe Kuntz, AG 2016, 101 (105, 108); v. Lüdinghausen (Fn. 8), S. 230.

⁹² Vgl. Kort (Fn. 3), Vor. § 76 Rn. 2; Mertens/Cahn (Fn. 3), § 76 Rn. 1 ff.; Spindler (Fn. 3), Vor. § 76 Rn. 1 ff., 47 ff.

⁹³ Vgl. Kuntz, AG 2016, 101 (105); Spindler (Fn. 3), § 76 Rn. 32.

⁹⁴ Siehe §§ 30 Abs. 1 S. 1, 101 Abs. 1 S. 1, 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG.

⁹⁵ Siehe §§ 30 Abs. 4, 84 Abs. 1 S. 1 AktG.

⁹⁶ Hervorzuheben sind hier das Stimmrecht nach den §§ 12, 134 AktG sowie das Auskunftsrecht gem. § 131 AktG.

beanspruchen können.⁹⁷

Eine reine Sanktionierung im Innenverhältnis der AG ist in Ansehung dieser mit der Entäußerung von Leitungsmacht verbundenen Mediatisierungseffekte hinsichtlich der Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten der Aktionäre nicht ausreichend. Die genannten Gründe rechtfertigen es vielmehr, der Hauptversammlung eine Entscheidung über die Kompetenzentäußerung mit Wirkung für das Außenverhältnis vorzubehalten. Damit ist zwar eine Abweichung von der in der „Holzmüller“-⁹⁸ und „Gelatine“-⁹⁹-Rechtsprechung des BGH zu ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen bei Struktur- und Grundlagenentscheidungen entwickelten Konzeption einer Innenwirkung verbunden. Dies ist jedoch insofern gerechtfertigt, als dass die Entäußerung von Leitungsmacht vor dem Hintergrund des damit verbundenen Eingriffs in das Kompetenzgefüge eben nicht lediglich eine (weitreichende) Maßnahme der Geschäftsführung ist.

Geltungsgrund des Unveräußerlichkeitsprinzips ist nach dem Gesagten die Sicherung der korporativen Gewaltenteilung der AG. Zu seiner rechtskonstruktiven Verwirklichung bietet es sich an, die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht heranzuziehen. Entäußerungshandlungen des Vorstands ohne vorige Zustimmung der Hauptversammlung sind dann in entsprechender Anwendung des § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam, aber durch Beschluss der Hauptversammlung genehmigungsfähig.¹⁰⁰ Liegt ein Beschluss der Hauptversammlung über die Entäußerung vor, ist zudem die Rechtskontrollmöglichkeit des Beschlussmängelrechts nach den §§ 241 ff. AktG eröffnet. Damit werden die Rechte insbesondere der Minderheitsaktionäre im Hinblick auf die Entäußerungsproblematik zusätzlich gestärkt.

Sofern eine Vertragsgestaltung einen über die Entäußerung eines Teils der Leitungsmacht hinausgehenden Eingriff in das Organgefüge darstellt, weil sie etwa Kompetenzen anderer Organe beeinträchtigt, kann die Abrede freilich weder zur Disposition des Vorstands noch der Hauptversammlung stehen. Sie ist in diesem Fall wegen des Verstoßes gegen zwingendes Aktienrecht vielmehr (unheilbar) nichtig.¹⁰¹

5. Zwischenergebnis

Trotz aller vorgebrachten Einwände beansprucht der Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Leitungsverantwortung nach wie vor Geltung. Sein Sinn und Zweck besteht letzten Endes in der Sicherung der korporativen Gewaltenteilung der AG durch die verfahrensmäßige Legitimation der Entscheidung über die Entäußerung von Leitungskompetenzen.

IV. Zur Ausprägung der Unveräußerlichkeit

Ausgehend von dem zuvor entwickelten Leitungsbegriff¹⁰² und dem Telos des Unveräußerlichkeitsprinzips soll nun ein allgemeiner Ausblick zur Ausprägung der unveräußerlichen Leitungsmacht unternommen werden.

Da unter Leitung i.S.d. § 76 Abs. 1 AktG die Letztentscheidungsbefugnis des Vorstands über die unternehmerischen Rahmenbedingungen der AG zu verstehen ist, so muss die Leitungsmacht als entäußert gelten, wenn ein Dritter statt dem Vorstand die Möglichkeit letztverbindlicher Einflussnahme gewinnt. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Dritte kraft schuldrechtlicher Bindungen direkten organisatorischen Einfluss „von innen her“ auf die Unternehmensstruktur, die strategische Unternehmensplanung oder die Besetzung von Führungspositionen nehmen kann.¹⁰³ Erst recht ist die unveräußerliche Leitungsmacht bei Abreden betroffen, die in ihrer Bindungswirkung einem Unternehmensvertrag gleichkommen.¹⁰⁴

Von diesen unmittelbar die Leitungsmacht des Vorstands beeinträchtigenden Gestaltungen abgesehen, stellt sich die Frage, wie indirekt wirkende Umstände, wie etwa langfristige vertragliche Bindungen, zu beurteilen sind.

Hierbei ist zu sehen, dass vertragliche Bindungen den Handlungsspielraum der Beteiligten bereits insofern verringern, als dass sie klagbare Rechte des Vertragspartners begründen (*pacta sunt servanda*). Sie führen außerdem zu einer gewissen Abhängigkeit vom Vertragspartner – man kalkuliert mit seinen versprochenen Leistungen oder seiner Liquidität – und eröffnen diesem die Möglichkeit, auf die eigene Rechts- und Interessensphäre einzuwirken. Eine Begrenzung der Autonomie von Vorstand und Gesellschaft durch äußere Faktoren dieser Art lässt sich bei einemwerbenden Unternehmen bis zu einem gewissen Grad kaum vermeiden. Privatautonome Selbstbindung ist unter marktwirtschaftlichen Bedingungen eben der Preis für benötigte Gegenleistungen.¹⁰⁵ Ein dahingehender dogmatischer Begründungsansatz, dass schuldvertragliche Dauerbindungen die Letztentscheidungskompetenz des Vorstands allenfalls faktisch von der „außer-korporativen Sphäre“ her berühren und daher mit § 76 Abs. 1 AktG vereinbar seien¹⁰⁶, überzeugt allerdings nicht. Denn im Falle der Entäußerung von Leitungskompetenzen auf dem Vertragsweg hin zu einem Dritten würde der Vorstand selbst ein „inner-korporatives“ Element nach außen kehren.

Da die Dichotomie von inner- und außer-korporativer Sphäre aufgrund des grenzverwischenden Charakters der Kompetenzentäußerung zur Maßstabbildung hinsichtlich der unveräußerlichen Leitungsmacht gerade nicht taugt, müssen andere Kriterien herangezogen werden.

⁹⁷ Vgl. *Kuntz*, AG 2016, 101 (106 ff.); *ders.*, AG 2020, 801 (817).

⁹⁸ BGH, Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 = NJW 1982, 1703 (1705).

⁹⁹ BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 = NJW 2004, 1860 (1862).

¹⁰⁰ *Kuntz*, AG 2016, 101 (106 f.); *Kiefner*, ZHR 178 (2014), 547 (574 ff.).

¹⁰¹ *Kuntz*, AG 2016, 101 (105 f.).

¹⁰² Siehe unter II. 2.

¹⁰³ Vgl. *Kort* (Fn. 3), § 76 Rn. 199; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 47; *Spindler* (Fn. 3), § 76 Rn. 29; *Weber* (Fn. 3), § 76 Rn. 16.

¹⁰⁴ *Koch* (Fn. 1), S. 65, 99 f.; *Koch* (Fn. 3), § 76 Rn. 41a; *Mertens/Cahn* (Fn. 3), § 76 Rn. 48; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 15.

¹⁰⁵ Vgl. *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 86; *ders.* (Fn. 13), S. 137, 151.

¹⁰⁶ *Fleischer* (Fn. 3), AktG § 76 Rn. 87.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Leitung weniger Einzelfragen im Blick hat, sondern sich auf die Entscheidungs-
hoheit über die strategische Ausrichtung des Unternehmens
bezieht. Von einer relevanten Beeinträchtigung der Leitungs-
verantwortung des Vorstands wird man demnach erst dann
ausgehen können, wenn die (mittelbaren) Einwirkungsmög-
lichkeiten Dritter beständig sind und ein erhebliches Ausmaß
erreicht haben. Im Hinblick auf Letzteres wird man fordern
müssen, dass das Unternehmen als Ganzes oder jedenfalls ein
wesentlicher Unternehmensteil erfasst wird.

Einzelne Schuldverträge im Rahmen des Einkaufs, des
Vertriebs oder über Dienstleistungen werden schon wegen
ihres begrenzten Gegenstandes ein solches Ausmaß regel-
mäßig nicht erreichen. Denkbar ist dagegen, dass die Einbin-
dung der AG in ein vertragsbasiertes Unternehmensnetz-
werk¹⁰⁷ eine wirtschaftliche und organisatorische Abhängig-
keit vermitteln kann, welche die eigenverantwortliche Leitung
des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG zu beeinträchtigen
geeignet ist. Ob dies der Fall ist, hängt nicht zuletzt von der
Kooperationsdichte des Netzwerkes ab. Diese kann vom
Nebeneinander einer Vielzahl von Vertragsverhältnissen über
gesellschaftsrechtlich bedeutsame Organisationen, etwa einer
GbR gem. § 705 BGB,¹⁰⁸ bis hin zur Herausbildung eines
(konkludenten) vertraglichen Gleichordnungskonzerns nach
§ 18 Abs. 2 AktG¹⁰⁹ führen.

¹⁰⁷ Wenn von Unternehmensnetzwerken die Rede ist, bezieht
sich das vor allem auf sog. virtuelle Unternehmen, Franchi-
sing-Gestaltungen oder etwa Just-in-time-Lieferbeziehungen.
Zum Begriff des Unternehmensnetzwerkes siehe etwa den
Definitionsvorschlag bei *Krebs/Aedtner/Schultes*, KSzW 2015,
50 (61): „Ein Unternehmensnetzwerk ist jede rechtliche frei-
willige, auf einen ökonomischen und legalen Netzzweck aus-
gerichtete Verbindung von mindestens drei rechtlich selbst-
ständigen Unternehmen, die einen netzspezifischen Organisa-
tionsbedarf hervorruft. Die Netzunternehmen tauschen zumin-
dest partiell ihre wirtschaftliche Unabhängigkeit gegen die
Koordinierung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels abge-
stimmter Verhaltensweisen, Vereinbarungen oder der Grün-
dung einer Gesellschaft, um durch die Bündelung von Res-
ourcen den Netzzweck zu realisieren.“; zu einer Definition
aus betriebswirtschaftlicher Sicht siehe z.B. *Sydow/Möllering*,
Produktion in Netzwerken, 2015, S. 17; monographisch zu
Unternehmensnetzwerken etwa *Teubner*, Netzwerk als Vertrags-
verbund, 2004; zu weiterer Literatur siehe *Krebs/Aedtner/
Schultes*, KSzW 2015, 50 (50 Fn. 2).

¹⁰⁸ Vgl. *Martinek*, Moderne Vertragstypen II, 1993, S. 80 f.,
84 f.

¹⁰⁹ Siehe *Lange*, Das Recht der Netzwerke, 1998, S. 453 f.;
insbesondere mit Blick auf den vertraglichen Gleichordnungs-
konzern wird vertreten, dass der Abschluss des diesen konsti-
tuierenden Gleichordnungsvertrages sowohl wegen der damit
einhergehenden Beschränkung der Leitungsmacht des Vor-
stands als auch aufgrund der konzerntypischen Gefahren für
Gesellschaft, Gesellschafter und Gläubiger der Zustimmung
der Hauptversammlung bedarf, siehe *K. Schmidt*, ZHR 155
(1991), 417 (426 ff.); *Wellkamp*, DB 1993, 2517 (2518 f.);
Emmerich (Fn. 5), AktG § 18 Rn. 35; *Mülbert*, in: Hopt/Wiede-

Je nachdem, wie „verflochten“ das Netzwerk ist, verrin-
gert der Einstieg in eine solche Kooperation den strategischen
Handlungsspielraum des beteiligten Einzelunternehmens. Sind
innerbetriebliche Prozesse und die Unternehmensstruktur erst
einmal auf ein arbeitsteiliges Zusammenwirken im Netzwerk-
verbund eingestellt, dann ist ein Ausstieg aufgrund des damit
verbundenen Anpassungsbedarfes nur noch gegen Einbußen
und ggf. um den Preis der Insolvenz zu haben. Aus diesem
Grund besteht die Möglichkeit, dass sich der Vorstand mit
dem Abschluss eines Vertrages bzw. Gesellschaftsvertrages,
der zur Beteiligung der AG an einem Unternehmensnetzwerk
führt, seiner Leitungsmacht entäußert. Der Beitritt zu einem
Unternehmensnetzwerk mit einer entsprechend hohen Koope-
rationsdichte bedarf daher wegen der Bindungswirkung für die
Unternehmenspolitik einer Zustimmung der Hauptversamm-
lung.

V. Verhältnis der Unveräußerlichkeitslehre zum Konzern- recht

Da die Entäußerung der Leitungsmacht des Vorstands gleich-
bedeutend mit einer Einschränkung der rechtsgeschäftlichen
Unabhängigkeit der AG ist, stellt sich ferner die Frage, in
welchem Verhältnis das hier entwickelte Verständnis der Un-
veräußerlichkeit zum Konzernrecht steht. Denn ein Leitmotiv
des Konzernrechts ist gerade die Bewältigung von Proble-
men, die mit der Abhängigkeit einer Gesellschaft von einem
anderen Unternehmen einhergehen.¹¹⁰

Im Hinblick auf den Vertragskonzern gem. §§ 18 Abs. 1
S. 1, S. 2, 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG bestehen keine Ab-
grenzungsprobleme, da dieser nur mit der Zustimmung der
Hauptversammlung nach § 293 Abs. 1 S. 1 AktG zustande
kommt. Dem zuvor entwickelten Telos des Unveräußerlich-
keitsprinzips¹¹¹ – der Legitimation der Entäußerung durch
Verfahren – ist damit genüge getan. Ebenfalls bereits vom
Konzernrecht erfasst werden Fälle, bei denen ein Unterneh-
men Mehrheitsbesitz i.S.d. § 16 Abs. 1 AktG an einem ande-

mann, Großkommentar zum AktG, Bd. 8, 4. Aufl. 2013, § 291
Rn. 210, 214; *Seibt* (Fn. 3), § 76 Rn. 15; gegen ein Zustim-
mungserfordernis *Altmeppen*, in: Münchener Kommentar zum
AktG, 5. Aufl. 2020, § 291 Rn. 215; *Hommelhoff* (Fn. 6), S. 389;
Koch (Fn. 3), § 18 Rn. 20, § 291 Rn. 34; *Koppensteiner*, in:
Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2012, § 291 Rn. 104;
Langenbacher, in: K. Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG,
4. Aufl. 2020, § 291 Rn. 66 f.; *K. J. Müller*, in: Wachter,
Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2018, § 291 Rn. 29; siehe
zudem *Gromann*, Die Gleichordnungskonzerne im Konzern-
und Wettbewerbsrecht, 1979, S. 33 ff., der ein Zustimmung-
erfordernis der Hauptversammlung de lege lata ausschließt,
aber zugleich de lege ferenda eine Qualifizierung des Gleich-
ordnungsvertrages als Unternehmensvertrag fordert, da dieser
im Vergleich zu anderen Verträgen einen erheblichen Einfluss
auf die Geschäftspolitik zeitige und zudem spätere Verwal-
tungen binde.

¹¹⁰ Dazu etwa *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl.
2020, § 1 Rn. 18 sowie monographisch *Kronstein*, Die ab-
hängige juristische Person, 1931.

¹¹¹ Siehe unter III. 4.

ren Unternehmen innehat, sodass über die widerleglichen Vermutungen der §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 S. 3 AktG von einem Konzern auszugehen ist.

Bei unbefangener Betrachtung könnte nun aber die rechtsgeschäftliche Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf einen Dritten diesem schon für sich genommen zu einem beherrschenden Einfluss i.S. d. § 17 Abs. 1 AktG verhelfen, sodass ein sog. faktischer Konzern¹¹² nach den §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1, S. 3 AktG vorliegen würde. In der Folge würden die konzernrechtlichen Schutzmechanismen der §§ 311 ff. AktG¹¹³ greifen. Die vorherrschende Ansicht¹¹⁴ fordert hier allerdings, dass der zur Abhängigkeit führende Einfluss i.S.d. § 17 Abs. 1 AktG nicht allein wirtschaftlich oder vertraglich, sondern (auch) gesellschaftsrechtlich vermittelt sein muss. In diesem Sinne wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine Minderheitsbeteiligung, welche für sich genommen eine Abhängigkeit nach § 17 Abs. 1 AktG nicht zu begründen vermag (vgl. §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 2 AktG), in Kombination mit weiteren außergesellschaftsrechtlichen Mitteln zu einem beherrschenden Einfluss nach § 17 Abs. 1 AktG verstärkt werden kann.¹¹⁵ Im Fokus stehen hier bislang vor allem umfangreiche Liefer-, Leistungs- oder Kreditbeziehungen.¹¹⁶

¹¹² Dazu statt vieler *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019, § 18 Rn. 8 ff.; *Emmerich/Habersack* (Fn. 110), § 24 Rn. 1 ff.

¹¹³ Ausführlich dazu etwa *Emmerich/Habersack* (Fn. 110), § 24 Rn. 10 ff.

¹¹⁴ BGH, Urt. v. 26.3.1984 – II ZR 171/83 (BuM/WestLB) = ZIP 1984, 572 (577); BGH, Beschl. v. 19.1.1993 – KVR 32/91 = ZIP 1993, 858 (860); OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.12.2003 – 12 W 11/02 = NZG 2004, 334 (335); *Bayer* (Fn. 112), § 17 Rn. 21 f., 29 f.; *Emmerich/Habersack* (Fn. 110), § 3 Rn. 21 f.; *Koch* (Fn. 3), § 17 Rn. 8; *Koppensteiner* (Fn. 109), § 17 Rn. 59; *Vetter*, in: K. Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 17 Rn. 12; *Windbichler*, in: Hirte/Mülbart/Roth, Großkommentar zum AktG, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 40 f.; differenzierend *Oechsler*, ZGR 1997, 464 (481); eine Abhängigkeit i.S.d. § 17 Abs. 1 AktG bei wirtschaftlichem Einfluss dagegen grundsätzlich bejahend früher RG, Urt. v. 21.4.1941 – II 128/40 = RGZ 167, 40 (49 f.) sowie aus neuerer Zeit *Nagel/Riess/Theis*, DB 1989, 1505 (1508 ff.); *Schall*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum AktG, Stand: 1.2.2022, § 17 Rn. 22 ff.

¹¹⁵ BGH, Urt. v. 15.12.2011 – I ZR 129/10 Rn. 16 = ZIP 2012, 1177 (1178); BGH, Beschl. v. 19.1.1993 – KVR 32/91 = ZIP 1993, 858 (860); BGH, Urt. v. 26.3.1984 – II ZR 171/83 (BuM/WestLB) = ZIP 1984, 572 (577); *Bayer* (Fn. 112), § 17 Rn. 31 f.; *Emmerich/Habersack* (Fn. 110), § 3 Rn. 23; *Ulmer*, ZGR 1978, 457 (473 f.); *H.P. Westermann*, ZIP 1982, 379 (385 f.); *Vetter* (Fn. 114), § 17 Rn. 16; kritisch *Koch* (Fn. 3), § 17 Rn. 8; *Keßler*, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 17 Rn. 5; ablehnend *Koppensteiner* (Fn. 109), § 17 Rn. 68; *Mertens*, AG 1996, 241 (246).

¹¹⁶ *Bayer* (Fn. 112), § 17 Rn. 32; *Emmerich* (Fn. 5), AktG § 17 Rn. 15; *Vetter* (Fn. 114), § 17 Rn. 16.

Damit wäre es immerhin denkbar, dass die Übertragung von Leitungskompetenzen durch den Vorstand auf einen Minderheitsaktionär bei diesem zur Entstehung eines beherrschenden Einflusses i.S.d. § 17 Abs. 1 AktG und damit zur Anwendung der §§ 311 ff. AktG führt. Sofern Leitungsbefugnisse dagegen auf einen Dritten ohne innergesellschaftlichen Bezug übertragen werden, kommt das Konzernrecht nicht zur Anwendung. Vor diesem Hintergrund kommt der auf § 76 Abs. 1 AktG gestützten Lehre von der Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands eine lückenfüllende Schutzfunktion zu. Sie erfasst Fallgestaltungen, bei denen zwar die Integrität des Kompetenzgefüges der AG beeinträchtigt ist, aber konzernrechtliche Schutzmechanismen (noch) nicht greifen.¹¹⁷

VI. Zusammenfassung

Der in § 76 Abs. 1 AktG zu verortende Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht des Vorstands beansprucht nach wie vor Geltung. Entgegen den zuletzt einsetzenden Aufweichungstendenzen sprechen nach hier vertretener Auffassung die besseren Gründe für ein Festhalten am Unveräußerlichkeitsprinzip. Im Einzelnen wurde folgendes herausgearbeitet:

1. Leitung i.S.d. § 76 Abs. 1 AktG meint die Letztentscheidungskompetenz des Vorstands über unternehmerische Rahmenbedingungen.

2. Sofern die Entäußerung von Kompetenzen durch den Vorstand in Rede steht, ist auf der Tatbestandsebene der dogmatische Ansatz über den an § 76 Abs. 1 AktG anknüpfenden Unveräußerlichkeitsgrundsatz dem offenen Maßstab des § 93 Abs. 1 AktG vorzuziehen. Die über § 93 AktG erlangte Flexibilisierung bei der Sachverhaltsbeurteilung wiegt den damit einhergehenden Verlust an Rechts- und Orientierungssicherheit nicht auf.

3. Der Verweis auf den binnenrechtlichen Charakter von § 76 Abs. 1 AktG reicht nicht hin, Kompetenztäußerungen mit Blick auf § 82 Abs. 1 AktG zur alleinigen Angelegenheit des Innenverhältnisses der AG zu erklären. Dem Vorstand fehlt angesichts der zwingenden aktienrechtlichen Kompetenzzuweisung schlicht die Rechtsmacht, sich seiner Leitungskompetenz zu entledigen. Der durch § 82 Abs. 1 AktG vermittelte Vertrauensschutz Dritter kann sich nicht gegen das Aktiengesetz selbst richten.

4. Die Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht durch den Vorstand selbst ist nicht gleichbedeutend mit einem Verbot der Gesellschaft, sich – und in der Folge ebenfalls den Vorstand – weitgehenden Bindungen zu unterwerfen (vgl. §§ 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 308 AktG). Das Problem der Entäußerung von Kompetenzen durch den Vorstand ist daher vor allem ein solches der verfahrensmäßigen Legitimation der Entäußerung. Die Entscheidung über die Entäußerung der Leitungsmacht des Vorstands unterfällt als Struktur- und Grundlagenentscheidung der Zuständigkeit der Hauptversammlung. Geltungsgrund des Unveräußerlichkeitsprinzips ist demnach die Sicherung der korporativen Gewaltenteilung der AG.

¹¹⁷ So etwa in der unter IV. angesprochenen Konstellation des Unternehmensnetzwerkes.

5. Der Unveräußerlichkeitslehre kommt eine lückenfüllende Schutzfunktion bei Gestaltungen zu, welche die Unabhängigkeit der AG beeinträchtigen, aber vom Konzernrecht und seinen Schutzmechanismen (noch) nicht erreicht werden. Ein denkbarer Anwendungsfall sind Unternehmensnetzwerke mit hoher Kooperationsdichte.