

Thilo Kuntz: Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2016. (Jus Privatum; Bd. 200.) XLIV, 846 S.; Leinen: 139.– €. ISBN 978-3-16-153465-2.

Warum ist die Privatautonomie bei der Ausformung einer Aktiengesellschaft so sehr eingeeengt? – Oder geht diese Frage etwa ins Leere, weil die Prämisse nicht stimmt? Auf den ersten Blick ist das Aktienrecht restriktiv, da die Satzung nur regeln kann, was das Gesetz ausdrücklich zubilligt oder wo es Spielraum lässt (§ 23 Abs. 5 AktG). Doch die Beteiligten finden Aus- und Umwege, indem sie nicht in der Satzung, sondern außerhalb derselben regeln. In als schuldrechtlich qualifizierten Vereinbarungen tun sie das, was das Aktiengesetz ihnen offiziell nicht gestattet. Erst der zweite Blick erhellt diese eigenartige Verbandsordnung aus Gesetz, Satzung und Nebenabrede. Allerdings ist die Sichtweise getrübt, weil die Nebenabreden nicht publik sind. Der Rezensent hat sie als die „dunkle Seite des Mondes“ bezeichnet, andere sprechen von der „Schattensatzung“. Die Gießener Habilitationsschrift von *Thilo Kuntz* spürt der vielschichtigen Kombination von zwingendem und gestaltbarem Recht bei Kapitalgesellschaften nach. Der besondere Ansatz liegt darin, auf die Gründer- bzw. Beteiligungsvereinbarungen zu fokussieren, die im Bereich der Wagniskapitalfinanzierung en vogue sind. Sie sind dem Autor die „Folie“ (wie er etwas oft betont), auf der er die Gestaltung der Kapitalgesellschaft zwischen Freiheit und Zwang erforscht. Naheliegender interessiert hierbei weniger die GmbH, da dort weithin Gestaltungsfreiheit besteht, während es auf diesem Gebiet bei der Aktiengesellschaft gar nicht gut aussieht: Das Aktiengesetz ist weithin zwingend.

Kuntz beschreibt und erforscht in einem ersten Abschnitt die Regelungsprobleme, die in den USA (vorrangig nach dem Recht des Staates Delaware) im Rahmen des Venture Capital durch Vereinbarungen der Gründer und Investoren gelöst werden (zum Beispiel Underinvestment, Hold-up, Trilateral Bargaining, Risk-shifting). Die nötigen rechtstatsächlichen Erhebungen hat er im Silicon Valley unternommen, um aus erster Hand zu erfahren, was dort Unternehmensgründer, Wagniskapitalgeber und deren Berater umtreibt. Der zweite Abschnitt ist dem deutschen Kapitalgesellschaftsrecht gewidmet, wobei zunächst die Instrumente der Gestaltungskontrolle und sodann die zugrundeliegenden

Wertungen behandelt werden. Im dritten Abschnitt stehen die Beteiligungsvereinbarungen nach deutschem (Aktien-)Recht im Mittelpunkt.

Der Kern der Arbeit liegt in der Diskussion der Satzungsstrenge in der Aktiengesellschaft. Der Verfasser wendet sich mit zahlreichen guten Gründen gegen die mit § 23 Abs. 5 AktG vor einem halben Jahrhundert in das Aktienrecht eingefügte Restriktion, die er als systemfremden Eingriff in die Privatautonomie bezeichnet. Das oft gehörte Argument, der Kapitalmarkt sorge schon für eine ausreichende Gestaltungskontrolle, lässt er allerdings nicht gelten. Dem Vorbringen, nur durch das Gesetz lasse sich eine Standardisierung erreichen, begegnet er mit historischen und rechtsvergleichenden Hinweisen. Seine Schilderung, dass im Silicon Valley die Investoren, Gründer und Berater in einem eng vernetzten sozialen Umfeld agierten und eine solchermaßen begründete Verhaltenskontrolle zur Standardisierung führe, benennt ein interessantes Phänomen. Der Beratungsmarkt sei sehr eng, er werde von wenigen Kanzleien beherrscht, die oft für beide Marktseiten tätig sind. Daher besteht ein Interesse daran, für einigermaßen ausgeglichene Bedingungen und Verhaltensweisen zu sorgen. Übertragbar auf Deutschland ist das nicht, was der Autor auch anerkennt. Mit Blick auf gesellschaftspolitische Vorgaben würde es auch einer Revolution nahezu gleichkommen, wenn Unternehmensträger nach dem Gusto ihrer Anteilseigner gestrickt werden dürften. Wo bliebe da die Mitbestimmung, und neuerdings: wo die Frauenquote?

Letztlich geht es *Kuntz* um den „Funktionenschutz“, den er als Aufgabe des Kapitalgesellschaftsrechts beschreibt. Das Regelungsziel sei paritätsneutral. Wenn es schon zwingender Rechtsregeln bedarf, so seien diese primär auf Verfahrenskontrolle auszurichten, nicht auf eine umfassende Inhaltskontrolle. Exemplifiziert wird diese These an der Treupflicht der Geschäftsleiter, deren pauschaler Ausschluss unterbunden werden sollte, weil die Beteiligten typischerweise keine Mechanismen schaffen, die das Entfallen der Treupflicht kompensieren.

Die hiesige Satzungsstrenge hat eine sehr bemerkenswerte Folge, nämlich das Ausweichen in Nebenvereinbarungen der Gesellschafter. Weil die Gestalter vom Gesetz nicht abweichen dürfen, werden sie geradezu in solche Parallelabreden gezwungen. Da diese im Geheimen existieren und vor allem weil dort von aktiengesetzlichen Vorgaben abgewichen werden kann, ist die rechtstatsächliche Verbreitung hoch.

Kuntz hält nichts davon, satzungs- und (vermeintlich) schuldrechtliche Gesellschafterabkommen als Verbandsordnung im weiteren Sinne zu begreifen. Mit dieser Einordnung setzt er sich eingehend, aber ablehnend auseinander. Er folgt der herkömmlichen Trennungstheorie, die einen kardinalen Unterschied zwischen den Regelungsebenen verfißt. Der Rechtsprechung des *BGH*, der in Ausnahmefällen eine satzungsähnliche Wirkung satzungsferner Abreden anerkennt, wird mit der wohl herrschenden Meinung widersprochen. Er plädiert eher für das Hinüberwirken korporativer Schranken hinein in die schuldrechtlichen Verträge, insbesondere bei der Hinauskündigung.

Der Befund am Ende ist nicht gerade eine Überraschung: Das deutsche Aktienrecht ist für die Satzung strikt, in Nebenabreden ‚geht was‘. Durch die Kombination beider Ebenen werden viele der vom Autor in den USA angetroffenen Regelungsgegenstände auch hierzulande einer interessengerechten Lösung zugeführt. Daran liege es also nicht, resümiert er, dass die Wagniskapitalfinanzierung in Deutschland wenig Bedeutung erlangt hat.

Das voluminöse Werk ist ein Grundlagenbeitrag zur Gestaltung der Rechtsverhältnisse einer Kapitalgesellschaft nach den Interessen der Gründer und ihrer Finanziere. Gerade hier sind Vereinbarungen gewünscht, die ein starres Korsett nicht gut vertragen. Und es steht am Ende die Erkenntnis, dass sich die Macht wirtschaftlicher Dynamik durchsetzt, sei es gleich im liberalen Gesellschaftsrecht („Silicon Valley“), sei es wie hierzulande in einer Verbandsordnung im weiteren Sinne. Letztere wird durch die formale Hauptabrede, das heißt die aktiengesetztreue Satzung, und durch die das eigentlich Gewollte bestimmenden Nebenabreden gebildet. Der Autor mag sich gegen diese These aussprechen, indessen wird sie – mit der List der Vernunft gelesen – durch seine vorzügliche Abhandlung eher bekräftigt.

Professor Dr. Ulrich Noack,
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf