

TOBIAS PONßEN

Der Menschenvorbehalt

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

124



Tobias Ponßen

Der Menschenvorbehalt

Künstliche Intelligenz in der korporativen
Arbeitsteilung

Mohr Siebeck

Tobias Ponßen, geboren 1993; Studium an der Humboldt-Universität zu Berlin; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht der Humboldt-Universität zu Berlin; 2023 Promotion.

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

Zugl.: Dissertation, Humboldt-Universität zu Berlin (2023)

ISBN 978-3-16-163778-0 / eISBN 978-3-16-163779-7

DOI 10.1628/978-3-16-163779-7

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480

(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Wird die Korporation in Zukunft von Maschinen verwaltet? 2018 war das eine Sci-Fi-Frage. Sich ein Unternehmen vorzustellen, das technisch ohne den Menschen auskommt, bedurfte vor ChatGPT noch einiger Fantasie. Insoweit danke ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Gregor Bachmann ganz besonders für den wissenschaftlichen Freiraum, den diese Arbeit insbesondere zu Beginn benötigte. Herrn Prof. Gerhard Wagner danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit wurde 2023 an der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen und 2024 mit dem Promotionspreis der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin ausgezeichnet. Für die Aufnahme in die Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht danke ich den Herausgebern Prof. Jörn Axel Kämmerer, Prof. Karsten Schmidt und Prof. Rüdiger Veil. Bedanken möchte ich mich zudem bei den Mitgliedern des Arbeitskreises für Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft für die großzügige finanzielle Förderung und die Möglichkeit, meine Thesen in einem Vortrag auf der Jahrestagung des Arbeitskreises in Stuttgart dem Fachpublikum zu präsentieren.

Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung danke ich für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Entstanden ist die Arbeit während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin. Meinen dortigen Kollegen bin ich zu Dank für die schöne Zeit verpflichtet. Namentlich danken möchte ich Dr. Phillip Pauschinger, Dr. Bastian Brunk, Dr. Max Kolter, Julius Baum und insbesondere Prof. Jan-Erik Schirmer, der die Arbeit erheblich gefördert hat.

Danken möchte ich schließlich meiner Familie für die bedingungslose Unterstützung.

Gewidmet ist das Buch meiner Mutter.

Berlin, im Februar 2024

Tobias Ponßen

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
§ 1 Infragestellung	1
<i>A. Der Menschenvorbehalt</i>	2
<i>B. Erste Spurensuche</i>	3
<i>C. Fünf Thesen</i>	25
§ 2 Ausrichtung	29
<i>A. Die Machina Oeconomica</i>	30
<i>B. Das Ausrichtungsproblem</i>	44
<i>C. Corporate AI Governance</i>	59
§ 3 Kränkung	75
<i>A. Das Körperschaftsorgan</i>	76
<i>B. Die juristische Organperson</i>	94
<i>C. Der maschinelle Organwalter</i>	122
§ 4 Verteidigung	177
<i>A. Genealogie eines Rechtsinstituts</i>	178
<i>B. Künstliche Intelligenz in der korporativen Arbeitsteilung</i>	211
<i>C. Im Wettbewerb der Gesellschaftsrechte</i>	254
§ 5 Fragmentierung	279
<i>A. Selbstfahrende Korporationen</i>	280
<i>B. Experimentierräume</i>	306

<i>C. Perspektive</i>	317
§ 6 Zusammenfassung	321
Literaturverzeichnis	331
Sachregister	359

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
§ 1 Infragestellung	1
<i>A. Der Menschenvorbehalt</i>	2
<i>B. Erste Spurensuche</i>	3
I. Vom ‚Wesen‘ des Handlungsorgans	4
II. Rückverfolgung der legislatorischen Pfade	5
III. Rückkehr zum ‚Wesen‘: Die Positivierung 1937	6
IV. Fixpunkte: KGaA, InsO und SE-VO	9
1. Phänomen des Fremdorgans	10
2. Verfassungsrechtliche Dimension	13
3. Effizienz der Organisationsverfassung	15
V. Zwischenergebnis: Menschenvorbehalt?	17
1. Bestandsaufnahme	17
2. (In-)Fragestellung	22
<i>C. Fünf Thesen</i>	25
§ 2 Ausrichtung	29
<i>A. Die Machina Oeconomica</i>	30
I. Dartmouth	30
II. Maschinen, die lernen	32
III. Vom Programm zum Agenten	36
1. Das Agentenparadigma	37
2. ‚Autonomie‘ als Ungewissheit	40
IV. Zwischenergebnis: Machina Oeconomica	43
<i>B. Das Ausrichtungsproblem</i>	44
I. Problemaufriss	44
II. Auffächerung des Problems	46
1. Spezifikation	47
2. Robustheit	51

3. Garantien	54
III. Zwischenergebnis: Korporative Ausrichtung	57
C. <i>Corporate AI Governance</i>	59
I. Normative Ausrichtung	60
1. Zweck und Gegenstand	60
2. Shareholder vs. Stakeholder (again)	62
II. Rechtstechnische Ausrichtung	65
1. Regeln vs. Prinzipien	65
2. Ex ante vs. ex post	68
3. Markt vs. Staat	70
4. Technik vs. Recht	71
III. Fortgang	72
§ 3 Kränkung	75
A. <i>Das Körperschaftsorgan</i>	76
I. Ausgangspunkt: Korporative Handlungs(un)fähigkeit	76
II. Korporative Handlungsfähigkeit auf Knopfdruck?	80
1. Positivrechtliche Blüten	81
2. Zur Konjunktur der Grundlagen	81
3. Korporationen, die selbst fahren	82
III. Das korporative Handlungsorgan	85
1. Organ und Organwalter	85
2. Die Geschäftsleitung als obligatorisches Handlungsorgan	88
a) Keine Selbstverständlichkeit	88
b) Funktionen der Geschäftsleitung	89
c) Der Zusammenhang zwischen Haftungsbeschränkung und Geschäftsleitung	91
3. Maschinelle Organwalter	93
B. <i>Die juristische Organperson</i>	94
I. Die GmbH & Co. KG	94
II. Menschsein aus Prinzip?	96
1. Eine deutsche Frage	97
2. Vom Nicht-Können zum Nicht-Sollen	98
a) Der physische Repräsentant der nicht-physischen Person ...	98
b) Methodische Zeitenwende	101
3. Ein korporatives Prinzip?	105
a) Normbestand	105
b) Zweifelsfälle	107
c) Überkommene Leitbilder	109
4. Erkennbare Muster	112
a) Kein Rechtsgrundsatz	112

b)	Stattdessen: Organspezifische Einzelentscheidung	114
c)	Darüber hinaus: Relativität der Organfähigkeit?	116
III.	Zwischenergebnis: Kränkungen	118
C.	<i>Der maschinelle Organwalter</i>	122
I.	Das ‚Organsubjekt‘	122
II.	Korporatives Handeln auf Knopfdruck	126
1.	Ziel: Gleichstellung	127
2.	Methode: Wertende Zuschreibung	127
3.	Kernproblem: Objektivierung	128
III.	Eigenzurechnung maschinellen Verhaltens	130
1.	Rechtsgeschäfte	130
a)	Die Zurechnungsmodelle des Individualrechts als Ausgangspunkt	131
aa)	Traditionelle Sicht: Zurechnung als atypische menschliche Willenserklärung	131
bb)	Stellvertretungsanalogie: Zurechnung als maschinelle Willenserklärung	133
b)	Ein Organmodell: Zurechnung als genuin korporative Willenserklärung	135
aa)	Sinnvolle Abstraktionen	135
bb)	Die maschinelle Willenserklärung des Verbands	139
cc)	Offenkundigkeit, Handlungsmacht, Publizität	141
c)	Zwischenergebnis	143
2.	Delikte	144
a)	Zurechnung zum Verband	144
aa)	§ 31 BGB als offene Transfernorm	144
bb)	Entsprechende Anwendung auf Maschinenverhalten ...	147
cc)	Abkehr vom Verschuldensprinzip?	151
b)	Wer haftet neben dem Verband?	152
aa)	Eigenhaftung?	152
bb)	Haftungsdurchgriff?	154
c)	Zwischenergebnis: Maschinelles Körperschaftsdelikt	154
3.	Besitz	155
a)	Der Verband als Besitzer	155
b)	Der maschinelle Organwalter – ein Roboter?	157
c)	Zwischenergebnis: Maschineller Verbandsbesitz	160
4.	Wissen	161
a)	Wissen als normative Konstruktion	161
b)	Als Verbandswissen zurechenbare Zustände der Maschine	164
c)	Zwischenergebnis	167
IV.	Resümee, Rückkopplung, Fortgang	169
1.	Resümee	169

2. Rückkopplung	170
a) ‚Selbstfahrende Korporationen‘	170
b) Anthropomorphe Irrtümer	172
c) Interdisziplinäre Agentenarchitektur	173
3. Fortgang	174
§ 4 Verteidigung	177
A. <i>Genealogie eines Rechtsinstituts</i>	178
I. Zur Relevanz des ‚Führerprinzips‘: Das Aktiengesetz 1937	178
II. Ein Weimarer Projekt: Der Aktiengesetzentwurf 1931	184
1. Der Anlass: Eine Entscheidung des KG im Herbst 1930	185
a) Blaupausen	185
b) Drohender Dambruch	187
c) Vorbeugung von Richterrecht	189
2. Die Ursachen: Dekodierung des Wesensarguments	191
a) Deutungshoheit	191
b) Das ‚Ethische in der Person‘	193
c) Persönliche Verantwortung	195
3. Die Folgen: Von der ‚farblosen Geldmacht‘ zur ‚farblosen Rechenmacht‘	197
a) Legitimität statt Effizienz	197
b) Öffentliche statt private Interessen	203
c) Verantwortung statt Haftung	204
III. Zwischenergebnis: Der Menschenvorbehalt	209
B. <i>Künstliche Intelligenz in der korporativen Arbeitsteilung</i>	211
I. Sequentielle Entscheidungen	212
1. Pflicht zum Einsatz?	214
a) Stand der Diskussion	215
b) Information, nicht Daten	219
c) Obliegenheit zur Datenexploration	222
2. Kein Vertrauensgrundsatz	224
II. Aggregierte Entscheidungen	226
1. Statutarische Fremdbestimmung	226
2. Organschaftliche Selbstbestimmung	229
III. Delegierte Entscheidungen	229
1. Der Menschenvorbehalt als Automatisierungsverbot	231
2. Grenzen der Automation von Leitungsfunktionen	232
a) Ausgangspunkt: Kontextabhängigkeit	232
b) Leitungsfunktionen kraft gesetzlicher Anordnung	233
c) Kernbereich der Leitungsverantwortung	235
aa) Phänomen des Aktienrechts	235
bb) Einordnung des Maschinenverhaltens	237

cc) Überlegenes Zukunftsmodell	242
d) Organisationspflichten	245
IV. Fazit: In der Schleife	250
<i>C. Im Wettbewerb der Gesellschaftsrechte</i>	254
I. Algorithmic Entities in Delaware	254
II. Regulierungswettbewerb	258
III. Anerkennung durch die deutsche Rechtsordnung	262
1. Der Schwerpunkt des maschinellen Verbandslebens	262
2. Grenzen der Rechtsformwahlfreiheit	265
a) Ausgangspunkt: Gründungsanknüpfung	265
b) Ordre public	267
c) Sonderanknüpfung des Menschenvorbehalts	268
aa) Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen	268
bb) Der Menschenvorbehalt als Eingriffsnorm?	269
cc) Europarechtskonformität	271
3. Zwischenergebnis	273
IV. Resümee	274
1. Verteidigung	274
2. Nicht um jeden Preis	276
§ 5 Fragmentierung	279
<i>A. Selbstfahrende Korporationen</i>	280
I. Haftungsbeschränkung ohne individuelle Verantwortung	280
1. Regelungsziel	281
a) Ausgangspunkt: Ausrichtungsproblem	281
b) Verknüpfung von korporativer Haftungsbeschränkung und Menschenvorbehalt	281
c) Rechtfertigung der beschränkten Haftung	284
2. Regelungsoptionen	285
a) Eigenkapital oder Pflichtversicherung	286
b) Kompensation individueller Verantwortung	287
c) Ex ante Mechanismen	288
3. Regelungsvorschlag	290
II. Zieldiskussion	291
1. Ein Korridor zulässiger Ziele	291
2. Kompetenz	292
3. Unternehmensgegenstand als Anknüpfungspunkt	294
III. Alignment-by-Design	296
1. Verbot eines expliziten Endziels	296
2. Kontextspezifische Anforderungen an die Robustheit	298
3. Verifikation ex ante	299
a) Konzessions- vs. Normativsystem	299

b) Nutzung von Verifikationsverfahren	302
c) Verifikationsinstanz	303
IV. Ergebnis	305
<i>B. Experimentierräume</i>	306
I. Das Fakultativorgan der GmbH	306
II. Die Investmentaktiengesellschaft	313
III. Ein Roboter mbH?	315
<i>C. Perspektive</i>	317
§ 6 Zusammenfassung	321
Literaturverzeichnis	331
Sachregister	359

§ 1 Infragestellung

„Within the very near future – muss less than twenty-five years – we shall have the capability of substituting machines for any and all human functions in organizations.“¹

Herbert A. Simon (1962)

Pittsburgh (Pennsylvania), im April 1960. Herbert Simon fragt sich, ob die Frage, die ihm das Carnegie Institute of Technology gestellt hat, ernst gemeint ist. Ende des Monats soll er hier mit anderen akademischen Größen, darunter auch Adolf Berle und Friedrich Hayek, über den Status der Korporation im Jahr 1985 debattieren. Und ganz unabhängig davon, ob die Frage ernst gemeint ist – nach allem, was er in den letzten fünf Jahren gesehen hat, muss er sie jedenfalls ernst nehmen. Kein halbes Jahrzehnt nach Dartmouth hat er in Bezug auf Maschinen, wie ihm scheint, schon jeden Sinn für Humor verloren. Früh und ganz ernsthaft geht er also der Frage nach, die auch diese Arbeit umtreibt: „The Corporation: Will it be managed by machines?“²

¹ *H. A. Simon*, *Automation: Implications for the Future*, 1962, S. 230 (234).

² Vgl. *H. A. Simon*, *Management and corporations 1985: a symposium held on the occasion of the 10. anniversary of the Graduate School of Industrial Administration, Carnegie Inst. of Technology*, 1960, S. 17 (17 f.).

A. Der Menschenvorbehalt

Wer sich fragt, ob Korporationen in Zukunft von Maschinen geleitet werden, und warum eigentlich nicht, landet im deutschen Recht schnell bei Normen wie § 76 III S. 1 AktG:

„Mitglied des Vorstands der Aktiengesellschaft kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein.“

Für die meisten korporativen Leitungsorgane hält das Gesetz Vergleichbares bereit. § 76 III S. 1 AktG selbst gilt über Art. 47 I SE-VO auch für das der dualistischen SE, über § 188 I S. 2 VAG für den Vorstand des VVaG. § 9 II S. 1 GenG regelt Gleichbedeutendes für den der Genossenschaft. Und auch die Geschäftsführer der GmbH und die Mitglieder des Verwaltungsrats der SE müssen natürliche Personen sein (vgl. § 6 II S. 1 GmbHG; §§ 27 III, 40 I S. 4 SEAG). Das Recht stellt die Leitung der Korporation dadurch regelmäßig unter den Vorbehalt der natürlichen Person. Anders gewendet: Das Recht formuliert einen *Menschenvorbehalt*. Die im korporativen Leitungsorgan zusammengefassten Funktionen müssen unmittelbar von einem Menschen wahrgenommen werden.

Bislang galt dieser Menschenvorbehalt üblicherweise als Beleg dafür, dass der inzwischen so umfassende Subjektstatus der juristischen Person zwar die allermeisten Rechtsfähigkeiten umfasst, aber eben nicht alle.³ Rechtfertigung bedurfte nur, weshalb er gerade an dieser Stelle unvollkommen bleibt. Heute geraten Normen, die das Menschsein zur Eignungsvoraussetzung erheben, unweigerlich aus anderer Richtung unter Druck. Unlängst wurden uns unsere Unzulänglichkeiten bewusst: Wir handeln bei weitem nicht so rational, wie wir lange dachten;⁴ sind physisch weit verwundbarer, als wir uns vor der Pandemie wähten. Vor allem aber konstruieren wir inzwischen immer erfolgreicher Maschinen, denen diese Unzulänglichkeiten fremd scheinen. Die tun, was wir tun, nur ohne den biologischen Ballast und um ein Vielfaches effizienter.⁵ Je mehr Aufgaben sie übernehmen, die bislang uns vorbehalten waren, desto drängender stellt sich künftig die Frage, weshalb die Geschäftsleitung noch uns vorbehalten bleiben soll. Warum muss die Korporation einen Menschen bestellen, wenn Maschinen bereitstehen?

Gleichzeitig erscheint der Menschenvorbehalt unter diesem Aspekt ungeahnt zeitgemäß. Selten war der Ruf nach unmittelbarer Verantwortung des Menschen lauter als heute, wo Maschinen sie allenthalben infrage stellen.⁶ Je ubiquitärer die Künstliche Intelligenz wird, die zwar Probleme löst, aber keine Verantwortung tragen kann, je spürbarer ihr Einfluss, desto häufiger wird das Recht die Wahr-

³ Stellvertretend *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, § 4 II 2 (S. 208 f.).

⁴ Umfassend nun *Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2011.

⁵ Für einen Überblick über die jüngsten Erfolge der Künstlichen Intelligenz hier nur *Brynjolfsson/Mitchell*, *Science* 358 (2017) 1530.

⁶ Einflussreich etwa *Pasquale*, *New Laws of Robotics*, S. 199 ff., 228 ff.

nehmung bestimmter Funktionen ausdrücklich der natürlichen Person vorbehalten. Immer häufiger gibt es dann Aufgaben, die eine Maschine zwar übernehmen kann, aber nicht übernehmen soll.⁷ Immer häufiger entscheidet sich die Frage, Mensch oder Maschine, dann normativ zugunsten des Menschen. Und immer häufiger wird das ungewöhnliche Instrument des Menschenvorbehalts zur Regelungstechnik der Wahl.

Damit ist die Ausgangslage dieser Arbeit skizziert: Mit dem Menschen geraten künftig auch Normen in die Defensive, die ihm die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben vorbehalten. Wo der Mensch sich verteidigt, wird der Menschenvorbehalt zum Institut der Stunde: Hier die Effizienz der Maschine, dort die Verantwortung des Menschen; im Druck auf § 76 III S. 1 AktG liegt auch eine Chance, sich zu bewähren.

Diese Arbeit setzt dabei weder zur bedingungslosen Verteidigung des menschlichen Geschäftsleiters noch zu seinem Abgesang an. Sie lotet aus, was wir von Regelungen wie § 76 III S. 1 AktG künftig erwarten dürfen, und was nicht. Wird die Korporation in Zukunft von Maschinen verwaltet? Oder steht das Recht diesem Vorhaben nachhaltig im Weg?

Die Arbeit nimmt zu diesem Zweck zunächst Bestand über das auf, was wir bislang über Normen wie § 76 III S. 1 AktG wissen. Dies wird zwei Dinge zu Tage fördern: Einerseits stehen die Regelungen auf wackeligem dogmatischen Fundament. Der Gesetzgeber rechtfertigte sie einst kryptisch, Rechtsprechung und Schrifttum arbeiteten im Anschluss halbherzig einen Regelungsgehalt und Regelungszweck heraus, der gegenüber den Verheißungen der Künstlichen Intelligenz ins Leere läuft. Andererseits werden wir sehen, dass sich mit der Frage, ob die Korporation in Zukunft nicht länger von Menschen, sondern von Maschinen verwaltet wird, für das Gesellschaftsrecht grundsätzlichere Fragen verknüpfen. Es wird deutlich: Die Fragestellung dieser Arbeit ist eine Infragestellung. Und: Bislang hat das Gesellschaftsrecht dieser Infragestellung wenig entgegenzusetzen.

B. Erste Spurensuche

Es macht Sinn unsere Untersuchung mit einer Bestandsaufnahme zu starten: Wie erklärt man sich Normen wie § 76 III S. 1 AktG bislang? Warum hat sich die deutsche Rechtsordnung auf das „menschliche“ Leitungsorgan mit Mitgliedern aus Fleisch und Blut festgelegt? Und weshalb hält sie bis heute an ihm fest? Oder vielmehr: Wie lange noch?

⁷ Zu ersten Beispielen dieses Phänomens im positiven Recht hier nur *Mund*, Das Recht auf menschliche Entscheidung, S. 166 ff.

I. Vom ‚Wesen‘ des Handlungsorgans

Sucht man Rat in den Kommentaren, ist von Druck jedenfalls nichts zu spüren. Spärlich, ja arglos, mutet die gängige Erklärung dafür an, weshalb das Aktienrecht das Vorstandsamt dem Menschen vorbehält: „Das folgt“, erfährt man, „schon aus dem Wesen der Tätigkeit des Vorstands als Handlungsorgan der Gesellschaft.“⁸ Selbst ohne Maschinen auf den Fersen, müsste das verwundern: Wie passt das humane ‚Wesen‘ des Handlungsorgans zur Rechtsrealität in der sterbenden Korporation, wo nach § 265 I S. 3 AktG auch juristische Personen zum Abwickler bestellt werden dürfen? Weshalb ergibt sich etwas *schon* aus dem ‚Wesen‘ des Handlungsorgans, was im Recht der Personengesellschaften, das seit Langem die GmbH & Co. KG kennt, offenkundig keine Geltung beanspruchen kann?

Ganz akut erklärt sich der Rückgriff auf das Wesensargument jedenfalls mit der fast wortgleichen Gesetzesbegründung, die 1965 nicht minder knapp ausfällt: „Wie im geltenden Recht“, notiert der Gesetzgeber, „können nur natürliche Personen Vorstandsmitglieder sein (Absatz 3). Das folgt aus dem Wesen des Vorstandsamts, das ein persönliches Tätigwerden voraussetzt.“⁹ Dem Unbefangenen eröffnet er damit nicht mehr als das Gesetz: Mitglied des Vorstands kann nur sein, wer Mensch ist. Dabei wäre jedenfalls die juristische Person konstruktiv ohne Weiteres ebenfalls dazu imstande. Das Aktiengesetz selbst lässt daran keinen Zweifel. Der Abwickler, der nach § 265 I S. 3 AktG eben auch eine juristische Person sein darf, nimmt die Rechtsposition des Vorstands im Liquidationsstadium vollständig ein. Mancher sieht in ihm gar nur den nun unter einem anderen Namen firmierenden Vorstand selbst.¹⁰ § 76 III S. 1 AktG bringt demnach keine Sachgesetzlichkeit, sondern eine wertende Entscheidung zum Ausdruck: Auch die juristische Person *könnte* Mitglied des Vorstands sein. Nur der Mensch *soll* es sein. Die Arglosigkeit, mit der man diese Entscheidung im Aktienrecht verteidigt, ist gewiss auch der Tatsache geschuldet, dass sie dem Zugriff des Satzungsgebers hier schon nach § 23 V AktG entzogen ist, ganz gleich, welchen Zweck sie verfolgt. Dass und weshalb die Privatautonomie an dieser Stelle derart beschnitten wird, bedarf in der satzungstrengen Aktiengesellschaft nicht vieler Worte. Die Bestellung einer juristischen Person ist nichtig gem. § 134 BGB; Ende der Diskussion. Indes hat der Gesetzgeber seitdem eben gleich ein ganzes Dutzend vergleichbarer Regelungen erlassen, die Möglichkeit gaben, dem ‚Wesen‘ Gestalt zu verleihen. Wie rechtfertigt er sein Vorgehen dort jeweils?

⁸ GroßKommAktG/Kort § 76 Rn. 250; ähnlich jeweils etwa MüKoAktG/Spindler § 76 Rn. 147: „Natur des Vorstandsamts“; Gehrlein, NZG 2016, 566 (567): „Wesen der Organshaft“; monografisch Joos, Organshaft und Vertretung, S. 119: „Natur“; jüngst P. Scholz, NZG 2020, 1044 (1046): „Wesen‘ der Fremdorganshaft“; zur Kongruenz von ‚Natur‘ und ‚Wesen‘ nur Scheuerle, AcP 163 (1963) 429 (432).

⁹ Kropff, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965, S. 97.

¹⁰ Namentlich GroßKommAktG/K. Schmidt § 265 Rn. 8 ff.

II. Rückverfolgung der legislatorischen Pfade

Die jüngste Parallelnorm des § 76 III S. 1 AktG findet sich in § 9 II S. 1 GenG. Eine Veränderung der Rechtslage intendiert der Gesetzgeber mit ihr nicht. Er versteht die Norm als Klarstellung und verweist zur Begründung auf entsprechende Regelungen im GmbH- und Aktiengesetz: „Ausdrücklich klargestellt wird, dass wie bei der AG und GmbH nur natürliche Personen in den Vorstand oder Aufsichtsrat berufen werden können“¹¹.

Zwei Jahre zuvor gestattete der Unionsgesetzgeber der SE in Art. 47 I SE-VO salomonisch, juristische Personen zu Organmitgliedern zu bestellen, „sofern das für Aktiengesellschaften maßgebliche Recht des Sitzstaats der SE nichts anderes bestimmt.“ Der deutsche Gesetzgeber nimmt dieses Angebot nicht an, wohl auch im Glauben, dass für die Annahme auch eine Revision des § 76 III S. 1 AktG notwendig gewesen wäre.¹² Während sich die Geltung des § 76 III S. 1 AktG für die dualistische SE bereits aus Art. 47 I, II lit. a) SE-VO ergibt, stellt nun § 40 I S. 4 SEAG klar, dass auch geschäftsführende Direktoren einer monistischen SE natürliche Personen sein müssen. Nach § 27 III SEAG dürfen die Mitglieder ihres Verwaltungsrats keine juristischen Personen sein. Wohl zufällig, jedenfalls nicht in weiser Voraussicht, dass das vorangeschrittene Informationszeitalter mit immer leistungsfähigeren Maschinen weitere Kandidaten für den Verwaltungsrat produzieren würde, formuliert man die Norm negativ: „Eine juristische Person kann nicht Mitglied des Verwaltungsrats sein.“ Die Begründung verweist auf die §§ 76 III S. 1, 100 I S. 1 AktG und den klarstellenden Charakter der Norm.¹³

§ 6 II S. 1 GmbHG gelangt als Teil der GmbH-Novelle 1980 in das Gesetz. Weshalb erklärt der Gesetzgeber nicht. Nur so viel: „Satz 1 stellt klar, daß nur natürliche und unbeschränkt geschäftsfähige Personen Geschäftsführer sein können. Das entspricht der vergleichbaren Regelung in § 76 Abs. 3 AktG und der bereits zum geltenden GmbH-Recht ganz überwiegend vertretenen Ansicht.“¹⁴ Dagegen scheidet im Zuge der Novelle eine Regelung, die den Ausschluss der

¹¹ BT-Drucks. 16/1025, 83.

¹² Die h.M. ging vom zwingenden Gleichlauf zur AG aus, vgl. *Teichmann*, ZGR 2002, 383 (455); *Hoffmann-Becking*, ZGR 2004, 355 (366); *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, Art. 47 SE-VO Rn. 6; s. dagegen aber *Hommelhoff*, AG 2001, 279 (283): Abweichung zulässig.

¹³ BT-Drucks. 15/3405, 38: „In Absatz 3 wird entsprechend § 76 Abs. 3 Satz 1 und § 100 Abs. 1 Satz 1 AktG klargestellt, dass der Verwaltungsrat nur aus natürlichen Personen bestehen kann.“

¹⁴ BT-Drucks. 8/1347, 31; fast gleichlautend bereits BT-Drucks. 6/3088, 119; sowie *BMJ*, Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1969, S. 201; zuvor war schon 1939 ein Entwurf gescheitert, der die juristische Person vom Amt des Geschäftsführers ausschloss, vgl. § 59 II GmbHG-E 1939, abgedruckt in *Schubert*, Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einem Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1939, S. 109; Überblick zur Entstehung des § 6 II S. 1 GmbHG bei *Komp*, Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft, S. 88 f.

juristischen Person vom Komplementärsamt der KGaA vorsah. Der Gesetzgeber sieht kein Regelungsbedürfnis und deshalb von der Regelung ab.¹⁵

1965 findet schließlich § 76 III S. 1 AktG in seiner heutigen Form den Weg in das Gesetz. Im selben Atemzug erlässt der Gesetzgeber ohne eigenständige Begründung § 34 I VAG a.F., der für den Vorstand des VVaG auf § 76 III S. 1 AktG verwies und inzwischen durch die wortgleiche Klausel in § 188 I S. 2 VAG ersetzt wurde.¹⁶ Erstmals kürt der Gesetzgeber das Menschsein hier zur *positiven* Eignungsvoraussetzung. § 75 I S. 3 AktG 1937 war, wie heute nur noch § 27 III SEAG, *negativ* gefasst. Eine materielle Veränderung ist damit nicht intendiert.¹⁷ Doch streng genommen ist erst mit dieser Umpolung eine neue, durchaus ungewöhnliche Regelungstechnik in der Welt, die sich auch außerhalb des Gesellschaftsrechts nur selten findet. Beispiele bilden das Verwaltungsverfahrensrecht, wo der Vertreter menschlich sein muss (vgl. §§ 17 I S. 3, 18 I S. 3 VwVfG) oder das Insolvenzrecht, das die Insolvenzverwaltung der natürlichen Person vorbehält (vgl. § 56 I InsO). Begründet wird die Wendung ins Positive 1965 nicht. Der Gesetzgeber belässt es neben dem kryptischen Verweis auf das Vorstandswesen beim Fingerzeig auf das Aktiengesetz 1937.

Insgesamt behält das Gesetz die Leitung der Korporation inzwischen also regelmäßig dem Menschen vor. Wobei all diese Normen ausnahmslos im Stile eines kosmetischen Eingriffs in das Gesetz gelangen: Leise, ohne zwingende Indikation, als bloße Deklaration verstanden, einsilbig begründet mit dem Verweis auf Vorbilder im Aktienrecht. § 76 III S. 1 AktG wird zum legislatorischen Fixpunkt: In allen späteren Gesetzgebungsverfahren bemüht man keine eigenständige Erklärung mehr, man verweist schlicht auf 1965. Wer sich heute fragt, weshalb die korporative Leitung dem Menschen vorbehalten bleiben soll, wird vom Gesetzgeber so im gesamten Körperschaftsrecht auf das Aktiengesetz 1965 und von dort auf das Aktiengesetz 1937 zurückverwiesen.

III. Rückkehr zum ‚Wesen‘: Die Positivierung 1937

Mit all seinen Nachfolgern und Parallelnormen hat § 75 I S. 3 AktG 1937 gemein, dass ihn seine Verfasser als bloße Klarstellung der geltenden Rechtslage verstehen. Obwohl die Norm zum ersten Mal den Weg ins Gesetz findet, wird schon hier kein neues Recht geschaffen, sondern geltendes positiviert.¹⁸ Entsprechend knapp fällt die Begründung aus: „Juristische Personen können keine Vorstands-

¹⁵ BT-Drucks. 8/3908, 79; s. zuvor BT-Drucks. 8/1347, 23; § 278 I S. 2 AktG-E 1977: „Persönlich haftender Gesellschafter kann nur eine natürliche Person sein.“; zu den Hintergründen des Entwurfs BGHZ 134, 392 (395 f.) sowie *Priester*, ZHR 160 (1996) 250 (256 f.).

¹⁶ EG zum Aktiengesetz vom 6.9.1965, vgl. BGBl. III 4121–2, 1185 (1192); streng genommen ist der 2014 geschaffene § 188 I S. 2 VAG die jüngste Parallelnorm des § 76 III S. 1 AktG, er entspricht indes vollständig § 34 VAG a.F., vgl. BT-Drs 18/2956, 275.

¹⁷ Vgl. *Kropff*, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965, S. 97.

¹⁸ Vgl. *Schlegelberger/Quassowski*, AktG, 1937, § 75 Anm. 4.

mitglieder sein, da die Tätigkeit eines Vorstandsmitglieds eine persönliche Tätigkeit voraussetzt¹⁹. Beim Blick in gesetzgebungsnahe Kommentare kehrt man dann unweigerlich zum ‚Wesen‘ zurück: „Aus dem Wesen des Vorstandsamts, daß eine persönliche Tätigkeit voraussetzt, folgt“, schreibt der an der Aktienrechtsreform 1937 federführend beteiligte Staatssekretär *Schlegelberger*, „daß eine juristische Person nicht Vorstandsmitglied sein kann.“²⁰ Das klingt vertraut und ist es auch, denn das ist just die Formel von 1965, die sich noch heute in den Kommentaren findet.

Umstritten scheint § 75 I S. 3 AktG 1937 dabei nicht zu sein. Die erste Kommentargeneration des Aktiengesetzes nimmt die Norm scheinbar achselzuckend zur Kenntnis: „Es versteht sich von selbst“, liest man hier, „daß nur individuell bestimmte Personen zum Vorstand bestellt werden können.“²¹ Dabei gelangte im selben Atemzug eine Norm in das Gesetz, die eben das infrage stellte. Gemäß § 206 I S. 2 AktG 1937 konnten nun auch juristische Personen zu Abwicklern gekoren werden. Der Schritt wird vom Gesetzgeber nicht begründet.²² Doch er zeigt, dass man mit § 75 I S. 3 AktG 1937 gerade keine Selbstverständlichkeit positivierte.

Beide Normen werden dabei zwar 1937 erstmals kodifiziert, aber nicht erstmals formuliert. Schon im zweiten Weimarer Aktiengesetzesentwurf finden sich 1931 wortgleiche Klauseln, die 1930 im ersten noch fehlen.²³ Der Zeitraum, in dem der Menschenvorbehalt initial verfasst wird, lässt sich dadurch recht präzise einkreisen: Entscheidend sind die letzten Monate des Jahres 1930.²⁴ Hier verliert sich die Spur. Zwar geht aus den Materialien hervor, dass der Vorbehalt schon im Entwurfsstadium als Klarstellung gilt, aber nicht, weshalb er in den Entwurf gelangt.²⁵ Auch die rechtshistorische Forschung hat darauf bislang keine Ant-

¹⁹ *Klausing*, AktG mit Einführungsgesetz und „Amtlicher Begründung“, 1937, S. 61.

²⁰ *Schlegelberger/Quassowski*, AktG, 1937, § 75 Anm. 4; auch *Quassowski* war als Referent des Reichsjustizministeriums entscheidend am Aktiengesetz 1937 beteiligt, vgl. zu beiden *Schubert*, Protokolle des Aktienrechtsausschusses, S. L ff.; sowie zur Person *Schlegelbergers* eingehend *Förster*, Jurist im Dienst des Unrechts, 1995; Ministerialkommentare, wie der von *Schlegelberger/Quassowski*, besaßen „quasi-amtlichen Charakter“, vgl. *Thiessen*, Mysterium „Gesetzesmaterialien“, S. 45 (69 ff.).

²¹ *Gadow/Heinichen*, AktG, 1939, § 75 Anm. 5.

²² Vgl. auch *Bredol*, Die Rechtsstellung der Abwickler einer Aktiengesellschaft, S. 110 f.: „Welche Gründe den Gesetzgeber zu dieser Entscheidung bewogen haben, geht jedoch aus der amtlichen Begründung des Gesetzes nicht hervor.“; ähnlich *Wasmann*, Juristische Personen als gekorene Mitglieder von Körperschaftsorganen, S. 35 (Fn. 86).

²³ § 61 II S. 2 AktG-E 1931, abgedruckt in *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, S. 862: „Eine juristische Person kann zum Mitglied des Vorstandes nicht bestellt werden.“; sowie § 181 I S. 2 AktG-E 1931, abgedruckt ebd., S. 885: „Die Bestellung einer juristischen Person zum Liquidator ist zulässig.“

²⁴ Die Entwurfsklausel wird am 12.1.1931 vom Reichswirtschaftsministerium, dem Preußischen Justizministerium, Bayern, Baden-Württemberg, Hamburg und Bremen initiiert, vgl. Protokoll über die Sitzung am 12.1.1931 in *Schubert/Hommelhoff*, Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik, S. 992; s. auch *Schubert*, ZRG GA 103 (1983) 140 (160).

²⁵ Vgl. die erläuternden Bemerkungen des Reichsjustizministeriums, abgedruckt in *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, S. 912.

worten gefunden. Die einzige substantielle rechtshistorische Deutung bleibt an dieser Stelle vage. Sie versteht § 61 II S. 2 AktG-E 1931 als Ausdruck der in Weimar geplanten, 1937 freilich nicht umgesetzten Machtbeschränkung des Vorstands zugunsten der Aktionäre. Die Klausel habe dazu gedient, „den persönlichen Bezug zwischen den einzelnen Organmitgliedern und der Gesellschaft zu erhöhen.“²⁶ Aus den Materialien ergibt sich dies nicht ohne Weiteres. Der Weimarer Reformgesetzgeber selbst schweigt über seine Motive vollständig. Offen bleibt so, warum das Vorstandsamt dem Menschen vorbehalten war und bleiben sollte, weshalb man sich nun genötigt sah, das klarzustellen. Und offen bleibt auch, ob der nationalsozialistische Gesetzgeber sechs Jahre später nur Weimarer Vorarbeiten übernimmt oder an dieser Stelle eigene Ziele verfolgt.

Das mühsame Zurückschreiten des legislatorischen Pfads muss nach all dem ernüchtern. Der Pfad ist gesäumt von vielen Normen, aber wenigen Erklärungen. Der Gesetzgeber selbst gibt dem Rechtsanwender letztlich nur eines mit: Es entspreche dem ‚Wesen‘ des Vorstands, dass seine Mitglieder persönlich tätig werden können. Mit dem Verweis auf dieses ‚Wesen‘ ließe sich auch diese Untersuchung per Handstreich beenden. Schließlich setzt es persönliches, ergo *menschliches* Tätigwerden voraus. Ebenso zielsicher könnte es künftig indes zum umgekehrten Ergebnis führen. Wesensargumente sind bloße Scheinpositionen, „Kryptoargumente“, die dahinterliegende kodieren.²⁷ Dem Unbefangenen geben sie wenig preis. Nur wer den Code kennt, weiß was gemeint ist.

Das sollte man nicht als Polemik missverstehen. Den Gesetzgeber trifft im Ausgangspunkt keine Rechtspflicht, ein Gesetz gehaltvoll oder überhaupt zu begründen.²⁸ Liefert er keine Begründung oder wie hier nur eine Chiffre mit, lässt das vor allem auf ein wenig kontroverses Gesetzgebungsverfahren schließen. Weil sie mehr verdunkeln als erhellen, lassen sich speziell Wesensargumente nur dort risikofrei einsetzen, wo eine Auffassung nicht bestritten wird. Eines können wir aus dem ‚Wesen‘ also ohne Weiteres ableiten: Gegenwind aus Praxis oder Wissenschaft fürchtet der Gesetzgeber zu keinem Zeitpunkt. Ihn selbst wird das kaum verwundern. In seinen Augen wird in keinem der vielen Gesetzgebungsverfahren neues Recht geschaffen, sondern stets geltendes positiviert. Schon § 75 I S. 3 AktG 1937 zielt nicht auf eine Veränderung. Er bewahrt den Status quo.

Freilich sind überpositive ‚Wesen‘ dem Befangenen nicht nur kryptisch, sondern grundverdächtig. Sie gelten zurecht als „rhetorische Tarnanzüge“, mit denen sich „handfeste, außergesetzliche, ideologisch begründete Werturteile in die bestehende Rechtsordnung“ einführen lassen.²⁹ Als § 75 I S. 3 AktG 1937 den

²⁶ So *Komp*, Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft, S. 74 ff., 80; wohl zustimmend *Wanka*, Juristische Personen und ihre Organe als Vorstand der Stiftung, S. 33 ff.

²⁷ Grundlegend *Scheuerle*, AcP 163 (1963) 429 (430, 440, 467).

²⁸ Eingehend *Waldhoff*, FS Isensee, S. 325 ff.: „Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“; sowie *Waldhoff*, Mysterium „Gesetzesmaterialien“, S. 76 (78 f., 88 ff.).

²⁹ Treffend *Rüthers et al.*, Rechtstheorie, Rn. 561; ähnlich *Klug*, Essays in Honor of Kel-

Weg ins Gesetz findet, haben sie in Deutschland Hochkonjunktur. Dem „konkreten Ordnungsdenken“ des Nationalsozialismus dient die Begründungsfigur des ‚Wesens‘ als zuverlässiges Vehikel, um ideologische Wertungen in die deutsche Rechtsordnung zu transportieren.³⁰ Dabei ist die Frage, wer die Kapitalgesellschaft leiten darf, 1937 längst nicht nur eine rechtliche, sondern auch und vor allem eine ideologische. Der Gesetzgeber ist zu diesem Zeitpunkt bestrebt, das ‚Führerprinzip‘ zum aktienrechtlichen Leitbild zu erheben, für kurze Zeit gar drauf und dran, es in Gesetzestext zu gießen.³¹ Denkbar also, dass auch unser Menschenvorbehalt Teil davon ist. Die Monografien, die ihn bislang in den Blick nahmen, schließen das jedenfalls nicht aus.³² Trägt der Gesetzgeber unter dem Deckmantel des ‚Wesens‘ also Ideologisches in das Recht? Oder kopiert er an dieser Stelle nur den Weimarer Entwurf? Und wenn ja, weshalb?

IV. Fixpunkte: KGaA, InsO und SE-VO

Geht man den legislatorischen Spuren des Menschenvorbehalts nach, bleibt er ein Rätsel. Er ruht bis heute im „rechtsgeschichtlichen Halbdunkel“³³. Er ist, so viel steht fest, obwohl positivrechtlich Teil eines immer noch jungen Phänomens, Ausdruck einer deutschen Rechtstradition,³⁴ die mit den technologischen Erfolgen der Gegenwart zum ersten Mal wirklich infrage zu stehen scheint.³⁵ Das erklärt die Arglosigkeit, mit der die Kommentarliteratur ihn heute verteidigt. Wichtigste Erkenntnis: Das war schon immer so. Und wirklich gestört hat sich daran nie jemand. Dabei ist die herausragende Bedeutung der historischen Weichenstellung unverkennbar. Als man 1965 das Aktiengesetz verabschiedet, verweist man nach 1937 zurück und wiederholt die dort formulierte Begründungsformel. Anschließend scheint der Pfad gewählt: Von jetzt an verliert der Gesetz-

sen, S. 153 (162): „gedankenlyrisches Analogon zum theologischen Offenbarungsbegriff“; sowie *Scheuerle*, AcP 163 (1963) 429 (431).

³⁰ Eingehend *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 299 ff.; auch *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft II, S. 44 ff.

³¹ Vgl. hier nur *Schubert*, Protokolle des Aktienrechtsausschusses, S. 20 ff., 80 ff., 318 ff., 484 ff.; sowie *Klausing*, AktG mit Einführungsgesetz und „Amtlicher Begründung“, 1937, S. 41 ff.

³² Zusammenhang andeutend *Brandes*, Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft, S. 16; offenlassend im Ergebnis *Komp*, Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft, S. 84 f.; ähnlich *Wanka*, Juristische Personen und ihre Organe als Vorstand der Stiftung, S. 34: „zumindest zweifelhaft“; nationalsozialistischen Hintergrund des AktG 1937 ignorierend *Wasmann*, Juristische Personen als gekorene Mitglieder von Körperschaftsorganen, S. 29 f.

³³ Treffend *Fleischer*, RIW 2004, 16 (17).

³⁴ So ausdrücklich *BeckOGKActG/Fleischer* § 76 Rn. 134.

³⁵ *Brandes*, Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft, S. 16: „nie ernsthaft angezweifelt“; ähnlich *Wasmann*, Juristische Personen als gekorene Mitglieder von Körperschaftsorganen, S. 30.

geber selbst über den Vorbehalt kaum ein Wort. Wird doch einmal darüber gesprochen, dann aufgrund von – aus Sicht der deutschen Korporation – im weitesten Sinne externen Impulsen. Sie gaben der Rechtsprechung und der Wissenschaft die Gelegenheit, ihn auf ein dogmatisches Fundament zu stellen. Dreimal war das insgesamt der Fall:

1. Phänomen des Fremdorgans

Erstmals gerät § 76 III S. 1 AktG im vom Zusammenspiel kapital- und personen-gesellschaftsrechtlicher Elemente geprägten Recht der KGaA ins Blickfeld des Schrifttums. Hier entwirft der Gesetzgeber 1977 eine in seinen Augen ebenfalls klarstellende Klausel, die das Amt des persönlich haftenden Gesellschafters der natürlichen Person vorbehalten sollte. Offensichtlich geht es ihm darum, das Kind zu retten, das in der KG schon in den Brunnen gefallen war: „Eine ähnliche Entwicklung wie bei der GmbH & Co KG“, fürchtet er, „könnte der Kommanditgesellschaft auf Aktien drohen wenn sich die Auffassung durchsetzen würde, daß auch bei ihr juristische Personen persönlich haftende Gesellschafter sein können.“³⁶ In der Annahme, dies sei ein unwahrscheinliches Szenario, weil § 76 III S. 1 AktG schon über § 278 III AktG Anwendung finde, sieht er letztlich von der Regelung ab.³⁷

Der Ausgang ist bekannt: Zwei Jahrzehnte später wird der II. Zivilsenat des BGH das Scheitern des Entwurfs als Auftrag begreifen, die Frage selbst und ganz unabhängig vom Gesetzgeberwillen zu entscheiden. Am Ende liegt auch das zweite Kind im Brunnen, die KGaA ereilt dasselbe Schicksal wie die KG: Ihre atypische Form wird zugelassen, zum rechtspraktischen Regelfall und schließlich auch vom Gesetz anerkannt (vgl. § 279 II AktG).³⁸ Der Senat betont dabei die privatautonome Gestaltungsfreiheit, die im Zweifel auch dem gesetzlichen Leitbild eines natürlichen Komplementärs vorgehe. Für unsere Zwecke wichtiger sind seine Einlassungen zu § 76 III S. 1 AktG: Er schneidet die Norm originär auf die AG zu. Sie enthalte „lediglich ein Auswahlkriterium für die Ausübung der Personalkompetenz des Aufsichtsrats der AG“³⁹. Der Senat sucht damit Anschluss an *Priester*, der vorher im entscheidenden Streit im Schrifttum betont hatte, „Ratio legis“ des § 76 III S. 1 AktG sei „die Überlegung, daß der Aufsichtsrat die Vorstandsmitglieder aufgrund ihrer Persönlichkeit ernennen soll.“ Weil der Aufsichtsrat der KGaA auf die Auswahl des Komplementärs demgegenüber keinen Einfluss nehmen könne und seine Überwachungsrechte zugleich einge-

³⁶ BT-Drucks. 8/1347, 59.

³⁷ Vgl. BT-Drucks. 8/1347, 59; sowie BT-Drucks. 8/3908, 79.

³⁸ Vgl. BGHZ 134, 392; für die kapitalmarktfähige KGaA war das zuvor nicht zwingend zu erwarten, vgl. *Priester*, ZHR 160 (1996) 250; *K. Schmidt*, ZHR 160 (1996) 265 jew. mwN.; sowie rückblickend zum Streit im Vorfeld *Ihrig/Schlitt*, Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134, 392, S. 33 (34 f.); heute ist die atypische KGaA in der Praxis der Regelfall, vgl. BeckOGKAktG/*Bachmann* § 278 Rn. 4, 42.

³⁹ BGHZ 134, 392 (394).

Sachregister

- Abwickler *siehe* Liquidator
adversarial examples 52
Agent 36–40
– Agentenarchitektur 173
Agentenparadigma *siehe* Agent
Agenturkonflikt *siehe* Agenturproblem
Agenturproblem 44–57, 197 f.
AI Act 295 f.
Aktiengesetz 1937 6 f., 178–209
algorithmic bias *siehe auch* dataset shift
Algorithmic entities 254–258
Alignment problem *siehe* Ausrichtungs-
problem
Allgemeiner Rechtsgrundsatz *siehe*
Rechtsgrundsatz
Allgemeines Rechtsprinzip *siehe* Rechts-
prinzip
Anonymität der Aktiengesellschaft
178 f.
Anthropomorphismus 172
Artificial Intelligence *siehe* Künstliche
Intelligenz
Auslandsgesellschaft 269 f.
Ausrichtungsproblem 44, 281
- Begriffsjurisprudenz 104
Beherrschungsvertrag 113
Blankett 132 f.
Board of directors 88 f.
Brodmann 102, 190 f.
Business Judgment Rule 214–226
- Computererklärung 131–144
concept drift *siehe* dataset shift
Corporate AI Governance 59–71
Corporate Governance 60–71
Corrigibility 56, 67
- Dartmouth Conference 30 f.
- Data Management 247 f.
dataset shift 51 f.
Datenexploration 222 f.
Deep Learning *siehe* Maschinelles Ler-
nen
Delaware Corporation 254–257
Delaware Effekt 259 f.
Delegationsverbot *siehe* Kernbereich der
Leitungsverantwortung
Deliktshaftung 144–155
Deutscher Corporate Governance
Kodex 70 f.
distribution overfitting *siehe* dataset shift
- Effektiver Verwaltungssitz 262–265
Eingriffsnorm 268–271
Elektronische Person 125 f.
Elektronische Willenserklärung
ePerson *siehe* Elektronische Person
Erklärbarkeit 54 f.
EWIV 110
Explainable AI *siehe* Erklärbarkeit
- Fakultatives Organ 87, 306–313
Fremdorgan 11 f.
Führerprinzip 9, 178 f.
- Gesellschaftszweck 60 f.
Gierke 76 f., 101
GmbH & Co KG 94 f., 189–193
Gründungsstatut 266–274
- Haftungsbeschränkung 22 f., 91–93,
281–290
– Haftungsdurchgriff 154, 283
Handlungsfähigkeit 76–80
Handlungsorgan 88–92
Homo Oeconomicus 39

- Insolvenzverwalter 13 f.
 Intentional Stance 41
 Internationales Gesellschaftsrecht 262–274
 Interpretierbarkeit 54–56
 Interruptibility 56
 Investmentaktiengesellschaft 313–315

 Juristische Organperson 15 f., 94–122, 185–208, *siehe auch* Organwalter

 Kapitalverwaltungsgesellschaft 113
 Kernbereich der Leitungsverantwortung 235–244, *siehe auch* Leitungsverantwortung
 KGaA 10 f., 110 f.
 – atypische KGaA 10, 110 f.
 KI-VO *siehe* AI Act
 König Midas Problem 47 f.
 Konzessionssystem 299 f.
 Körperschaft *siehe* Korporation
 Körperschaftsdelikt 144–155
 Körperschaftsorgan *siehe* Organ
 Korporative Haftungsbeschränkung *siehe* Haftungsbeschränkung
 Künstliche Intelligenz 30–59

 Leitungsmacht *siehe* Leitungsverantwortung
 Leitungsverantwortung 183, 228, 235–244
 Liquidator 106

 Machine Learning *siehe* Maschinelles Lernen
 Maschinelles Lernen 32–36
 – AlphaGo 32
 – Cooperative Inverse Reinforcement Learning 51
 – Inverse Reinforcement Learning 51
 – Künstliches neuronales Netz 33–35
 – Reinforcement Learning *siehe* Verstärkungslernen
 – Self-supervised Learning 34
 – Semi-supervised Learning 34
 – Supervised Learning *siehe* Überwachtes Lernen
 – Überwachtes Lernen 33 f.
 – Unsupervised Learning *siehe* Unüberwachtes Lernen
 – Unüberwachtes Lernen 34
 – Verstärkungslernen 34
 Model Deployment 247 f.
 Model Learning 247 f.
 Model Verification *siehe* Verifikationsverfahren

 Normativsystem 299 f.

 Ordre public 267
 Organ 85–88
 Organbesitz 155–161
 Organhaftung 204 f., 214 f.
 Organisationsermessen 247
 Organisationspflicht 245–250
 Organperson *siehe* Organwalter
 Organschaft *siehe* Organ
 Organtheorie 76 f.
 Organwalter 85–88
 – Maschineller Organwalter 93 f.

 Personless Inc. 82–84, 279, 317 f.
 Persönliche Verantwortung 195 f.
 Pflichtversicherung 152, 286 f.
 Prominentenbeirat 226, 312

 Rechtsfähigkeit 122–126, 130–167
 Rechtsformwahlfreiheit 265–271
 Rechtsperson *siehe* Rechtsfähigkeit
 Rechtsprinzip 65 f., 96, 112 f.
 Regulierungswettbewerb 258–274
 Relativität der Rechtsfähigkeit 116 f.
 Richterrecht 189 f.
 Roboter mbH 315 f.

 Satzungsstrenge 313
 Savigny 76–80, 118 f.
 SCE 107 f.
 Schwerpunkt des Verbandslebens *siehe* effektiver Verwaltungssitz
 Selbstfahrende Korporation 280–306
 Selbstfahrendes Unternehmen *siehe* selbstfahrende Korporation
 Selbstorganschaft 12
 Shareholder Value 62 f.
 Sitztheorie 262 f.
 Sonderanknüpfung 268–273

- SPE 98
SPU 98
Stakeholder Value 62 f.
System der Normativbestimmungen 299 f.

Technology Management 319 f.

Unternehmensgegenstand 61, 115, 228, 294–296

Verbandsbesitz *siehe* Organbesitz
Verbandsperson 76 f.
Verbandszweck *siehe* Gesellschaftszweck
Verifikationsverfahren 56, 249, 302 f.

Verschuldensprinzip 151 f.
Versicherungspflicht *siehe* Pflichtversicherung
Vertrauensgrundsatz 224 f.
Vertretertheorie 76 f.
VVG 111 f.

Wesensargument 4, 8
Wettbewerb der Gesellschaftsrechte 258–274
Wissen 161–169
Wissensorganisationspflicht 161–164, 220 f.
Wissenszurechnung *siehe* Wissen

Zielfunktion 48