



C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät

**Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)**

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND  
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

# Kapitalgesellschaftsrecht

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Wintersemester 2021/2022

## Einheit 12: Zentralisierte Leitungsmacht (Teil 3/4)



Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



## Übersicht zur heutigen Veranstaltung

- **Aufsichtsrat (Teil 1/2)**
  - I. Einführung**
  - II. Aufgaben**
  - III. Pflichten und Organhaftung**



## I. Einführung

### 1. Aufsichtsrat als Organ

- Bei der **AG** ist der Aufsichtsrat – neben dem Vorstand und der Hauptversammlung – das dritte (Pflicht-)Organ.
- Im Gegensatz dazu verfügt eine **GmbH** grds. über nur zwei Organe, nämlich den bzw. die Geschäftsführer und die Gesellschafterversammlung. Die *gesetzliche* Pflicht, einen Aufsichtsrat einzurichten, kennt das GmbHG – im Gegensatz zum AktG – nicht.
- Der Grundsatz wird in **zwei (Ausnahme-)Konstellationen** durchbrochen:
  - (1) Beschäftigt die GmbH **i.d.R. mehr als 2.000 Arbeitnehmer** (§ 1 I MitbestG), ist gemäß **§ 6 I MitbestG** ein Aufsichtsrat zu bilden (sog. **obligatorischer** Aufsichtsrat).
  - (2) Unabhängig von der Anzahl der Arbeitnehmer ist ein Aufsichtsrat gemäß **§ 52 I GmbHG** nur zu errichten, wenn der **Gesellschaftsvertrag** dies bestimmt (sog. **fakultativer** Aufsichtsrat).



## I. Einführung

### 2. Gesetzliche Regelungen

- Die wesentlichen gesetzlichen Regelungen über den Aufsichtsrat enthält das AktG, nämlich in den **§§ 95-116 AktG**.
- Im **GmbH-Recht** wird für das anzuwendende Recht im Wesentlichen auf das Aktienrecht verwiesen, nämlich
  - für den fakultativen Aufsichtsrat in **§ 52 I GmbHG** und
  - für den obligatorischen Aufsichtsrat in **§ 25 I 1 Nr. 2 MitbestG**.
- Die auf den Aufsichtsrat einer GmbH anzuwendenden aktienrechtlichen Regelungen werden durch die (Sonder-)Regelungen in **§ 52 II-IV GmbHG** und in den **§§ 27-29, 31, 32 MitbestG** ergänzt bzw. modifiziert.
- Die **Unterscheidung** zwischen einem **fakultativen** und einem **obligatorischen Aufsichtsrat** ist noch aus einem weiteren Grund wichtig: Denn während der zwingende Charakter der nach § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG anzuwendenden Vorschriften des AktG (§ 23 V AktG) im GmbH-Recht erhalten bleibt, lässt § 52 I GmbHG vertragliche Abweichungen ausdrücklich zu.



## II. Aufgaben

Das Gesetz weist dem Aufsichtsrat bis zu **vier Aufgaben** zu, nämlich:

1. Überwachung der Geschäftsführung
2. Geschäftsführung
3. Personalkompetenz
4. Mitwirkung am Jahresabschluss



## II. Aufgaben

### 1. Überwachung der Geschäftsführung

- Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats besteht gemäß **§ 111 I AktG** darin, die Geschäftsführung zu überwachen.
- Die hierfür erforderlichen Kenntnisse gewinnen die Mitglieder des Aufsichtsrats in erster Linie aus den **Berichten des Vorstands** nach **§ 90 I-III AktG**, von deren Inhalt jedes Mitglied des Aufsichtsrats Kenntnis nehmen kann (§ 90 V 1 AktG).
- Bei der Berichtspflicht ist **zu unterscheiden** zwischen
  - den Gegenständen, über die **in regelmäßigen Abständen ohne besondere Anforderung** Berichte zu erstatten sind (§ 90 I, II AktG), und
  - den weiteren Berichten, die **nur auf Verlangen** zu erstatten sind (§ 90 III AktG).
- Für den Aufsichtsrat einer **GmbH** verweist sowohl **§ 25 I 1 Nr. 2 MitbestG** als auch **§ 52 I GmbHG** nur auf § 90 III AktG, weshalb die Geschäftsführer nur auf Verlangen des Aufsichtsrats zu berichten haben. M.a.W.: Periodische Berichtspflichten sind dem GmbH-Recht fremd.



## II. Aufgaben

### 1. Überwachung der Geschäftsführung

- Im Zuge der Überwachung berät der Aufsichtsrat über den Inhalt der Berichte des Vorstands bzw. der Geschäftsführer.
- Besteht Grund zu einer **Beanstandung**, stehen dem Aufsichtsrat folgende („Eskalations“-)**Möglichkeiten** offen:
  - (1) Der Aufsichtsrat – i.d.R. der Aufsichtsratsvorsitzende – wird das **Gespräch mit dem Vorstand** bzw. den Geschäftsführern suchen und die Meinung des Aufsichtsrats darlegen.
  - (2) Können die Meinungsverschiedenheiten auf diesem Weg nicht ausgeräumt werden, kann der Aufsichtsrat – was selten geschieht – die gegenständliche Maßnahme in einem **förmlichen Beschluss** missbilligen. Da der Aufsichtsrat zur Geschäftsführung nicht befugt ist (§ 111 IV 1 AktG), sind derartige Beschlüsse für den Vorstand bzw. die Geschäftsführer unverbindlich.





## II. Aufgaben

### 1. Überwachung der Geschäftsführung

- Im Zuge der Überwachung berät der Aufsichtsrat über den Inhalt der Berichte des Vorstands bzw. der Geschäftsführer.
- Besteht Grund zu einer **Beanstandung**, stehen dem Aufsichtsrat folgende („Eskalations“-)**Möglichkeiten** offen:
  - (3) Diese Meinungsverschiedenheit kann der Aufsichtsrat in seiner **Stellungnahme zum Lagebericht** (§ 171 II 1 AktG) offenlegen.
  - (4) Ist der Aufsichtsrat der Meinung, dass die Maßnahme nicht nur unzweckmäßig, sondern **rechtswidrig** ist, hat er zu prüfen, ob (a) eine gerichtliche (**Unterlassungs-)****Verfügung** erwirkt werden kann (b) **Organhaftungsansprüche** bestehen (§ 93 II 1 AktG, § 43 II GmbHG) und/oder (c) die Maßnahme einen ausreichenden Grund darstellt, um den Vorstand bzw. Geschäftsführer **abzuberufen** (siehe Einheit 11).



## II. Aufgaben

### 2. Geschäftsführung

#### a) Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat

- Gemäß **§ 111 IV 1 AktG** können Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden.
- Dies bedeutet *nicht*, dass der Aufsichtsrat umfassend von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist.
- Dieses Verständnis wird bereits dadurch negiert, dass dem Aufsichtsrat **durch Gesetz** bestimmte **Maßnahmen der Geschäftsführung zugewiesen** sind, z. B.:
  - Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand (§ 77 II AktG),
  - Mitwirkung bei der Ausgabe neuer Aktien aufgrund eines genehmigten Kapitals (§§ 202 III, 204 I AktG),
  - Mitwirkung an der Feststellung des Jahresabschlusses (§§ 172, 173 AktG).
- Daher ist § 111 IV 1 AktG – angedeutet durch das Wort „übertragen“ – dahingehend zu verstehen, dass dem Aufsichtsrat in der Satzung **keine zusätzlichen Maßnahmen** der Geschäftsführung übertragen werden können.



## II. Aufgaben

### 2. Geschäftsführung

#### b) Mitwirkung in der Geschäftsführung

- Eine Mitwirkung des Aufsichtsrats in der Geschäftsführung des Vorstands bzw. der Geschäftsführer schließt § 111 IV 1 AktG nicht aus.
- Zeugnis hiervon ist der sog. **Zustimmungsvorbehalt** in § 111 IV 2 AktG, der ein **Instrument „präventiver Überwachung“** darstellt.
- Den vormaligen fakultativen Zustimmungsvorbehalt („kann“) hat das am 26.7.2002 in Kraft getretene TransPuG in einen **obligatorischen Zustimmungsvorbehalt („hat“)** verwandelt. Seither muss die Satzung oder ein Beschluss des Aufsichtsrats die „bestimmte Arten von Geschäften“ festlegen, die dem Zustimmungsvorbehalt unterliegen.
- In der Praxis besteht die Schwierigkeit darin, die zustimmungsbedürftigen Geschäfte hinreichend bestimmt abstrakt zu beschreiben. Die Formulierung „Maßnahmen, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern“ ist zu unbestimmt.
- Die praktische Bedeutung wird dadurch abgemildert, dass der Aufsichtsrat nach h. M. berechtigt ist, für ein *einzelnes* besonders wichtig erscheinendes Geschäft durch Beschluss **ad hoc** einen **Zustimmungsvorbehalt** zu begründen.



## II. Aufgaben

### 2. Geschäftsführung

#### b) Mitwirkung in der Geschäftsführung

- Eine Mitwirkung des Aufsichtsrats in der Geschäftsführung des Vorstands bzw. der Geschäftsführer steht § 111 IV 1 AktG nicht aus.
- Hiervon ist der sog. **Zustimmungsvorbehalt** in § 111 IV 2 AktG, der ein Instrument „prä-

Die in der Praxis gelebte Mitwirkung des Aufsichtsrats in der Geschäftsführung wird durch § 111 IV 2 AktG nur unzureichend umschrieben. Alltag ist vielmehr – wie es die **Grundsätze 6 und 13 DCGK** umschreiben –, dass der Aufsichtsrat im **ständigen Austausch mit dem Vorstand** bzw. den Geschäftsführern steht.

gsvorbehalt („kann“) hat das am 26.7.2002 in Kraft getretene **stimmungsvorbehalt („hat“)** verwandelt. Seither muss die tsrats die „bestimmte Arten von Geschäften“ festlegen, die

larin, die zustimmungsbedürftigen Geschäfte hinreichend Formulierung „Maßnahmen, die die Vermögens-, Finanz- undlegend verändern“ ist zu unbestimmt.

abgemildert, dass der Aufsichtsrat nach h. M. berechtigt ist, für ein *einzelnes* besonders wichtig erscheinendes Geschäft durch Beschluss **ad hoc** einen **Zustimmungsvorbehalt** zu begründen.



## II. Aufgaben

### 2. Geschäftsführung

#### b) Mitwirkung in der Geschäftsführung

- Ist das beabsichtigte Geschäft legal (Legalitätspflicht), steht dem Aufsichtsrat bei seiner Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung ausnahmsweise ein **unternehmerisches Ermessen** zu. Dies hat zur Folge, dass er sich gegen eine eventuelle Organhaftung u. a. mit der **Business Judgement Rule** (§ 116 Satz 1 i.V.m. § 93 I 2 AktG) verteidigen kann.
- Verweigert der Aufsichtsrat die nach § 111 IV 2 AktG erforderliche Zustimmung, darf der Vorstand das beabsichtigte Geschäft gemäß § 111 IV 3 AktG nur mit **Zustimmung der Hauptversammlung** vornehmen.
- Für die Zustimmung der Hauptversammlung genügt die einfache Stimmenmehrheit nicht; es bedarf gemäß **§ 111 IV 4 AktG** einer **qualifizierten Stimmenmehrheit** von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen.
- Solange die Hauptversammlung die (verweigerte) Zustimmung des Aufsichtsrats nicht „ersetzt“ hat, darf der Vorstand das Geschäft nicht vornehmen.



## II. Aufgaben

### 3. Personalkompetenz

- Im **Aktienrecht** ist der Aufsichtsrat dazu berufen,
  - (1) die Mitglieder des Vorstands zu **bestellen** (§ 84 I AktG),
  - (2) ggf. den **Vorstandsvorsitzenden** zu ernennen (§ 84 II AktG),
  - (3) die **Anstellungsverträge** einschließlich der Vergütung auszuhandeln (§§ 84 I 5, 87 AktG) und abzuschließen (§ 112 AktG) und
  - (4) die Vorstandsmitglieder notfalls **vorzeitig abuberufen** (§ 84 III, IV AktG) und die **Anstellungsverträge zu kündigen**.
- Im **GmbH-Recht** ist zu differenzieren:
  - Ein **obligatorischer Aufsichtsrat** verfügt nach **§ 25 I 1 Nr. 2** und **§ 31 I, V MitbestG** grds. über entsprechende Rechte, die z. T. durch § 31 II-IV MitbestG modifiziert werden. Keine entsprechende Anwendung findet lediglich § 87 AktG (siehe Einheit 10).
  - Einem **fakultativen Aufsichtsrat** stehen im **Umkehrschluss zu § 52 I GmbHG** grds. keine entsprechenden Befugnisse zu; vorbehaltlich einer anderen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag sind diese Aufgaben der **Gesellschafterversammlung** vorbehalten (**§ 46 Nr. 5 GmbHG**).



## II. Aufgaben

### 4. Mitwirkung am Jahresabschluss

- In der Rechnungslegung haben die Aufsichtsräte der **AG** und der **GmbH** – gleichgültig, ob obligatorisch oder fakultativ – drei Aufgaben **gemeinsam**:
  - (1) die Entgegennahme des Jahresabschlusses und des Lageberichts (§ 170 I 1 AktG ggf. i.V.m. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG bzw. § 52 I GmbHG);
  - (2) die Prüfung des Jahresabschlusses, des Lageberichts und des Vorschlags für die Verwendung des Bilanzgewinns (§ 171 I 1 AktG ggf. i.V.m. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG bzw. § 52 I GmbHG);
  - (3) die Erstattung eines schriftlichen Berichts über das Ergebnis der Prüfung an den Vorstand bzw. die Geschäftsführer und die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung (§ 171 II 1, III 1 AktG ggf. i.V.m. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG bzw. § 52 I GmbHG).
- Im **Aktienrecht** ist der Aufsichtsrat nach § 172 Satz 1 AktG ferner dazu berufen, an der Feststellung des Jahresabschlusses mitzuwirken. Im **GmbH-Recht** obliegt die Feststellung des Jahresabschlusses der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 1 GmbHG) auch dann, wenn ein Aufsichtsrat gebildet ist.



## III. Pflichten und Organhaftung

### 1. Überblick

- Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben (s. o.) obliegt den Mitgliedern des Aufsichtsrats sowohl die **Sorgfalts-** als auch die Loyalitäts- bzw. **Treuepflicht**.
- Zu den **Rechtsgrundlagen** im Einzelnen:
  - Die **Sorgfaltspflicht** der Aufsichtsratsmitglieder ergibt sich in erster Linie aus **§ 116 Satz 1 AktG**, der die sinngemäße Anwendung von § 93 I AktG anordnet. Für die Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH gilt § 116 AktG gemäß § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG bzw. § 52 I GmbHG entsprechend.
  - Die **Treuepflicht** ergibt sich ohne besondere gesetzliche Anordnung daraus, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats aufgrund ihrer Hauptaufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 I AktG), ebenso Treuhänder (*agents*) des Gesellschafts- bzw. Gesellschaftervermögens sind wie die Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer.





## III. Pflichten und Organhaftung

### 1. Überblick

Für die Organhaftung der Aufsichtsratsmitglieder kommen im Wesentlichen **zwei Anspruchsgrundlagen** in Betracht:

- (1) Mitglieder des Aufsichtsrats, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft nach **§ 116 Satz 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG bzw. § 52 I GmbHG) i.V.m. **§ 93 II 1 AktG** zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.
- (2) Daneben haften Mitglieder des Aufsichtsrats einer **AG** der Gesellschaft nach **§ 117 II 1, I 1 AktG**, wenn sie unzulässigen Druck auf den Vorstand ausüben oder selbst unzulässigem Druck (z. B. eines Mehrheitsaktionärs) nachgeben und dadurch die Gesellschaft schädigen.
  - Dieser Sondertatbestand findet **keine Anwendung** auf den **Aufsichtsrat einer GmbH**, da weder § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG noch § 52 I GmbHG die Vorschrift des § 117 AktG für entsprechend anwendbar erklärt.



## III. Pflichten und Organhaftung

### 1. Überblick

Für die Organhaftung der Aufsichtsratsmitglieder kommen im Wesentlichen **zwei Anspruchsgrundlagen** in Betracht:

- (1) Mitglieder des Aufsichtsrats, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft nach **§ 116 Satz 1 AktG** (ggf. i.V.m. **§ 93 II 1 AktG**) zum Schadensersatz verpflichtet.
  - (2) Daneben haften Mitglieder nach **§ 117 II 1, I 1 AktG**, wenn sie sich selbst unzulässigem Druck durch die Gesellschaft schärfen.
- Dieser Sondertatbestand findet **keine Anwendung** auf den **Aufsichtsrat einer GmbH**, da weder § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG noch § 52 I GmbHG die Vorschrift des § 117 AktG für entsprechend anwendbar erklärt.

**In der Praxis** werden Organhaftungsansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder **selten** geltend gemacht. Ein Grund hierfür ist, dass der Vorstand sich bei einer Verletzung der Überwachungspflicht häufig selbst belasten würde.



## III. Pflichten und Organhaftung

### 2. Sorgfaltspflicht

Im Rahmen der Sorgfaltspflicht sollen **drei Bereiche** hervorgehoben werden, nämlich:

- a) Allgemeine Pflichten bei der Amtsausübung
- b) Überwachungspflicht
- c) Verschwiegenheitspflicht



## III. Pflichten und Organhaftung

### 2. Sorgfaltspflicht

#### a) Allgemeine Pflichten bei der Amtsausübung

- Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind gemäß **§ 116 Satz 1 i.V.m. § 93 I 1 AktG** – wie die Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer (Einheit 11) – zu einer **objektiv sorgfältigen Amtsführung** verpflichtet.
- Welche **konkreten Gebote** sich aus der Sorgfaltspflicht ergeben, kann nur **situationsbezogen** bestimmt werden.
- Allgemeine Aussagen können in **zwei Bereiche** untergliedert werden, nämlich:
  - (1) Vorbereitung der Sitzungen
  - (2) Verhalten in den Sitzungen



## III. Pflichten und Organhaftung

### 2. Sorgfaltspflicht

#### a) Allgemeine Pflichten bei der Amtsausübung

##### (1) Vorbereitung der Sitzungen

- Außerhalb einer Krise des Unternehmens tritt der Aufsichtsrat **i.d.R. vierteljährlich** zu Sitzungen zusammen.
- Die Aufsichtsratsmitglieder sind verpflichtet, sich **gewissenhaft** auf die Sitzungen **vorzubereiten**, insbesondere die **Vorstandsberichte** (§ 90 AktG) durchzuarbeiten.
- Diese Aufgabe obliegt den Aufsichtsratsmitgliedern **persönlich** (§ 111 VI AktG ) und **in eigener Verantwortung**.
- Daher sind die Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet, sich die **erforderlichen Kenntnisse** (z. B. in der Rechnungslegung) **selbst anzueignen**.
- In der Zwischenzeit dürfen *einzelne* Aufsichtsratsmitglieder *ausnahmsweise* fachlich geeignete und zur Verschwiegenheit verpflichtete **Hilfspersonen** hinzuziehen.
- Im Übrigen obliegt die Zuziehung von Sachverständigen dem Aufsichtsrat **als Gremium** (§ 109 I 2 AktG).
- Eine *laufende* Beratung einzelner Aufsichtsratsmitglieder ist daher unzulässig.



## III. Pflichten und Organhaftung

### 2. Sorgfaltspflicht

#### a) Allgemeine Pflichten bei der Amtsausübung

##### (2) Verhalten in den Sitzungen

- Die Mitglieder sind verpflichtet, *regelmäßig* an den Sitzungen des Aufsichtsrats **teilzunehmen**.
- Nach der Empfehlung D.1 DCGK soll der Aufsichtsrat sich eine **Geschäftsordnung** geben. Deren Vorschriften sowie die **gesetzlichen Vorgaben** hat der Aufsichtsrat einzuhalten.
- Zu den gesetzlichen Vorgaben gehört insbesondere die ungeschriebene, aus der Natur des Kollegialorgans folgende **Pflicht zur kollegialen Zusammenarbeit**.
- Ausprägungen derselben sind z. B.
  - die Verpflichtung, die **Sitzungsinhalte auf Angelegenheiten der Gesellschaft zu begrenzen** und einen **sachlichen Gesprächston** zu wahren, sowie
  - die Verpflichtung, sich gegenseitig **vollständig zu informieren**. Die Verschwiegenheitspflicht (§ 116 Satz 1 i.V.m. § 93 I 3 AktG, § 116 Satz 2 AktG) gilt nur im Verhältnis zu organfremden Dritten, nicht aber unter den Aufsichtsratsmitgliedern.



## III. Pflichten und Organhaftung

### 2. Sorgfaltspflicht

#### a) Allgemeine Pflichten bei der Amtsausübung

##### (2) Verhalten in den Sitzungen

- Gemäß **§ 108 I AktG** entscheidet der Aufsichtsrat durch **Beschluss**.
- In einer **mitbestimmten Gesellschaft** (§ 1 I MitbestG) werden die Mitglieder des Aufsichtsrats z. T. von den Gesellschaftern als Anteilseignern, z. T. von den Arbeitnehmern gewählt (§ 7 MitbestG).
- Die Mitglieder haben jedoch **kein imperatives Mandat**. Im Gegenteil: An eventuelle Weisungen sind sie nicht gebunden.
- Diese Unabhängigkeit wird von **§ 26 MitbestG** vorausgesetzt und durch ein **Benachteiligungsverbot** besonders geschützt.



## III. Pflichten und Organhaftung

### 2. Sorgfaltspflicht

#### a) Allgemeine Pflichten bei der Amtsausübung

##### (2) Verhalten in den Sitzungen

- Gemäß **§ 108 I AktG** entscheidet der Aufsichtsrat durch **Beschluss**.
- In einer **mitbestimmten Gesellschaft** (§ 111 AktG) werden die Mitglieder des Aufsichtsrats z. T. von den Gesellschaftern als **Aktionäre** bestellt.
- Die **Mitbestimmung** ist ein sog. Intraorganstreit gerichtlich feststellen lassen (§ 256 I ZPO). Eine *Pflicht* hierzu besteht nach **BGHZ 106, 54 ff.** (**Opel**) grds. *nicht*, da der Aufsichtsrat mit Mehrheit entscheidet und es daher jedem Mitglied obliegt, seine Gegenargumente in der Beratung vorzutragen.
- Dies ist eine **Organhaftung**.
- und





## III. Pflichten und Organhaftung

### 2. Sorgfaltspflicht

#### b) Überwachungspflicht

- Die sog. Überwachungspflicht ist Verpflichtung zur **ordentlichen und gewissenhaften Überwachung** der Geschäftsführung (s. o.).
- Die gebotenen Handlungen hängen wesentlich davon ab, ob die Überwachung präventiv oder repressiv erfolgt. Im Einzelnen:
  - (1) Bei der **präventiven Überwachung** (§ 111 IV 2 AktG, s. o.) verletzt der Aufsichtsrat seine (Legalitäts-) Pflicht, wenn er rechtswidriges Handeln durch Beschluss (§ 108 I AktG) *billigt*.
    - Existiert für die Maßnahme **kein Zustimmungsvorbehalt**, stellt die bloße Tatsache, dass der Aufsichtsrat das rechtswidrige Vorstandshandeln (z. B. einen Verstoß gegen Umweltschutzvorschriften) *nicht verhindert*, nicht notwendig eine Pflichtverletzung dar. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Aufsichtsrat aufgrund der Intervalle der regelmäßigen Vorstandsberichte (s. o.) zu präventivem Einschreiten häufig tatsächlich nicht in der Lage ist. Einzelheiten sind umstritten.
  - (2) Stellt der Aufsichtsrat bei seiner **repressiven Überwachung** ein rechtswidriges Handeln des Vorstands fest, ist er **grds.** verpflichtet, bestehende **Organhaftungsansprüche** gegen die Vorstandsmitglieder (§§ 93 II 1, 117 II 1 AktG) bzw. Geschäftsführer (§ 43 II GmbHG) geltend zu machen. Eine **Ausnahme** erkennt die Rechtsprechung an, wenn der Geltendmachung überwiegende Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen (siehe § 148 I 2 Nr. 4 AktG).



## III. Pflichten und Organhaftung

### 2. Sorgfaltspflicht

#### c) Verschwiegenheitspflicht

- Nach **§ 93 I 3 i.V.m. § 116 Satz 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG bzw. § 52 I GmbHG) haben die Aufsichtsratsmitglieder Verschwiegenheit zu bewahren über
  - **vertrauliche Angaben** und **Geheimnisse** der Gesellschaft, namentlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse,
  - die ihnen durch ihre **Tätigkeit im Aufsichtsrat** bekannt geworden sind.
- Zu den vertraulichen Angaben gehören nach **§ 116 Satz 2 AktG** insbesondere erhaltene **vertrauliche Berichte** (§ 90 AktG, s. o.) und **vertrauliche Beratungen**.
- Die Verschwiegenheitspflicht sichert
  - zum einen die **kollegiale Zusammenarbeit** der Aufsichtsratsmitglieder (s. o.), insbesondere die offene Aussprache in den Sitzungen,
  - zum anderen das Vertrauen des Vorstands in die **Vertraulichkeit der Berichte**. Müsste der Vorstand befürchten, dass Berichtsinhalte Dritten zur Kenntnis gelangen, drohten künftig unvollständige Berichte die Effektivität der Überwachung zu gefährden.
- Diese wesentlichen Funktionen haben den Gesetzgeber dazu veranlasst, Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht, in **§ 404 I Nr. 1 AktG** unter Strafe zu stellen.



## III. Pflichten und Organhaftung

### 2. Sorgfaltspflicht

#### c) Verschwiegenheitspflicht

- Die Verschwiegenheitspflicht beruht auf der Prämisse, dass das *unternehmerische Interesse an der Geheimhaltung* in Ansehung der Ziele (s. o.) gegenüber dem *unternehmerischen Interesse an der Offenbarung* überwiegt.
- Dieses Abwägungsergebnis entspricht zwar dem **Regelfall**, wird aber nicht notwendig jedem Einzelfall gerecht.
- Daher besteht die Verschwiegenheitspflicht **nicht ausnahmslos**. Vielmehr besteht die Möglichkeit, in Bezug auf eine konkrete Information einen **Dispens** zu gewähren.
- **Voraussetzungen** hierfür sind, dass
  - (1) das *unternehmerische Interesse an der Offenbarung* in Bezug auf die konkrete Information ausnahmsweise das *unternehmerische Interesse an der Geheimhaltung* **überwiegt** und
  - (2) der **Vorstand** (weder der Aufsichtsrat noch ein einzelnes Mitglied) – es handelt sich um eine Aufgabe der Geschäftsführung – den Dispens **beschließt**.



## III. Pflichten und Organhaftung

### 3. Loyalitäts- bzw. Treuepflicht

- Die Treuepflicht verlangt von den Aufsichtsratsmitgliedern bei ihren Aufgaben (s. o.) **zum Wohl der Gesellschaft** zu handeln (§ 116 Satz 1 i.V.m. § 93 I 2 AktG) und **andere Interessen** (z. B. persönliche) dahinter **zurückzustellen** (Grundsatz 19 DCGK).
- Die Erfüllung dieser Pflicht ist für Aufsichtsratsmitglieder **ungleich schwerer** als für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied aufgrund der Möglichkeit von **mehreren Sitzen in unterschiedlichen Gesellschaften** (§ 100 II 1 Nr. 1, Satz 2, 3 AktG) ein **Nebenamt** ist.



## III. Pflichten und Organhaftung

### 3. Loyalitäts- bzw. Treuepflicht

- Die **Ursachen für Interessenkonflikte** sind vielfältig:
  - Ist die Gesellschaft nicht eigenständig, sondern ein **abhängiges Unternehmen** (§ 17 I AktG), werden **auf Seiten der Anteilseigner** häufig Personen mit leitender Funktion in anderen Konzernunternehmen zu Aufsichtsratsmitgliedern bestellt (sog. **personelle Verflechtung**).
  - Unterliegt die Gesellschaft der Mitbestimmung (§ 1 I MitbestG) müssen dem Aufsichtsrat nach § 7 II MitbestG **Vertreter von Gewerkschaften** angehören, die unter Umständen auch dem Aufsichtsrat eines Konkurrenzunternehmens angehören.
    - Außerdem: Die Mitglieder der Arbeitnehmerseite haben zwar kein imperatives Mandat (s. o.). Trotz der Weisungsfreiheit sollen sie die **Interessen der Arbeitnehmer und der Gewerkschaften in die unternehmerischen Entscheidungen einbringen**.
- Für den **Umgang mit den Interessenkonflikten** enthält **E.1 DCGK** drei Empfehlungen:
  - (1) Das betroffene Mitglied soll bestehende Interessenkonflikte **dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats gegenüber offenlegen**.
  - (2) Der Aufsichtsrat soll in seinem **Bericht an die Hauptversammlung** über die aufgetretenen Interessenkonflikte und deren Behandlung (z. B. die Einsetzung eines Ausschusses) informieren.
  - (3) Bei **wesentlichen** und **nicht nur vorübergehenden** Interessenkonflikten soll **das Mandat des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds enden**.



## Weiterführende Lesehinweise:

- BGH, NJW 2018, 3574 ff.
- BGHZ 106, 54 ff. (Opel)
- *Mülbert/Sajnovits*, Verschwiegenheitspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern als Schranken der Wissenszurechnung, NJW 2016, 2540 ff.
- *Roth/Wörle*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats – Recht und Wirklichkeit, ZGR 2004, 565 ff.
- *Semler*, Der Aufsichtsrat – Karriere einer Einrichtung, NZG 2013, 771 ff.
- *Veil*, Weitergabe von Informationen durch den Aufsichtsrat an Aktionäre und Dritte, ZHR 172 (2008), 239 ff.



# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



**Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)**

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND  
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT  
INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

**MAIL:** [SEK.FEST@LAW.UNI-KIEL.DE](mailto:SEK.FEST@LAW.UNI-KIEL.DE)

AKTUELLE HINWEISE FINDEN SIE UNTER:

**Homepage:** <https://www.fest.jura.uni-kiel.de/de>

**Facebook:** <http://fb.me/LehrstuhlFest>

**Twitter:** [@FestTimo](https://twitter.com/FestTimo)

