



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 13: Zentralisierte Leitungsmacht (Teil 4/4)



Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Übersicht zur heutigen Veranstaltung

- **Aufsichtsrat (Teil 2/2)**
 - I. Größe und personelle Zusammensetzung**
 - II. Bestellung**
 - III. Rechtsstellung**
 - IV. Verfahren im Aufsichtsrat**
 - V. Beendigung des Amtes**



I. Größe und personelle Zusammensetzung

1. Größe

Die Größe des Aufsichtsrats, d. h. die **Zahl der Mitglieder**, wird sowohl durch Vorschriften des **AktG** als auch durch Vorschriften des **MitbestG** bestimmt.

a) Aktienrecht

- Der Aufsichtsrat besteht gemäß **§ 95 Satz 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG) grds. aus **drei Mitgliedern**.
- Die **Satzung** einer AG kann nach **§ 95 Satz 2 AktG** eine **höhere Zahl** bestimmen.
- Für den fakultativen Aufsichtsrat einer **GmbH** gilt nach § 52 I GmbHG (nur) § 95 Satz 1 AktG entsprechend, allerdings mit der Maßgabe, dass der **Gesellschaftsvertrag** anderes bestimmen kann, nämlich eine **höhere oder niedrigere Zahl**.
- Die am Grundkapital orientierten **Höchstgrenzen** des **§ 95 Satz 3 AktG**, deren Zweck darin besteht, die effektive Gremienarbeit sicherzustellen, sind **nur bei der AG** zu beachten, nicht aber bei dem fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH.



I. Größe und personelle Zusammensetzung

1. Größe

b) Mitbestimmungsrecht

- Unterliegt das Unternehmen der Mitbestimmung (z. B. § 1 I MitbestG), werden die aktienrechtlichen Regelungen – ausweislich § 95 Satz 3, 5 AktG und § 6 II MitbestG – **zum Teil durch mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften überlagert**.
- Die Größe des Aufsichtsrats bestimmt **§ 7 I MitbestG** anhand der Zahl der Arbeitnehmer, nämlich
 - **12 Mitglieder**, wenn das Unternehmen **i.d.R. nicht mehr als 10.000 Arbeitnehmer** beschäftigt (§ 7 I 1 Nr. 1 MitbestG),
 - **16 Mitglieder**, wenn das Unternehmen i.d.R. mehr als 10.000, aber nicht mehr als 20.000 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 7 I 1 Nr. 2 MitbestG) und
 - **20 Mitglieder**, wenn das Unternehmen **i.d.R. mehr als 20.000 Arbeitnehmer** beschäftigt (§ 7 I 1 Nr. 3 MitbestG).
- Nach **§ 7 I 2, 3 MitbestG** kann die Satzung in den Fällen des § 7 I 1 Nr. 1, 2 MitbestG eine der größeren Zahlen bestimmen.



Einheit 13: Zentralisierte Leitungsmacht (4/4)

I. Größe und personelle Zusammensetzung

2. Personelle Zusammensetzung

a) Überblick

- Bei einer AG wird die personelle Zusammensetzung durch **zwei Umstände** bestimmt, nämlich das sog. **Mitbestimmungsstatut** (§ 96 I AktG) und die **Börsennotierung** (§ 3 II AktG).
- Danach sind zu unterscheiden:
 - (1) Aktiengesellschaften, die **weder börsennotiert noch mitbestimmt** sind,
 - Der Aufsichtsrat einer solchen Gesellschaft besteht nach **§ 96 I AktG a. E.** nur aus Mitgliedern der Aktionäre.
 - (2) Aktiengesellschaften, die **mitbestimmt**, aber **nicht börsennotiert** sind,
 - Personelle Vorgaben für die Aufsichtsratsmitglieder der **Arbeitnehmerseite** nach § 7 I, II, IV, 15 I 2 MitbestG (dazu sogleich b)
 - (3) Aktiengesellschaften, die **entweder mitbestimmt oder börsennotiert** sind, und
 - **Zielvorgaben** zur Erhöhung des Frauenanteils, §§ 76 IV, 111 V AktG (dazu d)
 - (4) Aktiengesellschaften, die **sowohl börsennotiert als auch mitbestimmt** sind.
 - **Geschlechterquote** nach § 96 II AktG, § 7 III MitbestG (dazu c)



I. Größe und personelle Zusammensetzung

2. Personelle Zusammensetzung

a) Überblick

- Für börsennotierte und mitbestimmte Aktiengesellschaften wurden mWv **1.1.2016** sowohl die **Geschlechterquote** (§ 96 II AktG, § 7 III MitbestG) als auch die **Zielgrößen zur Erhöhung des Frauenanteils** (§§ 76 IV, 111 V AktG) eingeführt. Die Regelungen wurden jüngst mWv **12.8.2021** erweitert.
- Die Regelungen fußen auf **zwei Motiven**:
 - (1) Ausgehend von der Tatsache, dass 2013 nur 15,1 % der Aufsichtsratspositionen der Top-200-Unternehmen mit Frauen besetzt waren, sollen die Regelungen das **gesellschaftspolitische Anliegen** einer **geschlechtergerechten Teilhabe an verantwortungsvollen Positionen** in der Wirtschaft verwirklichen.
 - (2) Des Weiteren gilt es als empirisch erwiesen, dass eine Mindestbeteiligung von Frauen zu **besseren Unternehmensentscheidungen** führt.



Einheit 13: Zentralisierte Leitungsmacht (4/4)

I. Größe und personelle Zusammensetzung

2. Personelle Zusammensetzung

b) Vorgaben des MitbestG für die Arbeitnehmerseite

- Bei Unternehmen, die i.d.R. mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 I MitbestG) – mit Ausnahme sog. Tendenzunternehmen (§ 1 IV MitbestG) –, besteht der Aufsichtsrat der AG gemäß § 96 I Fall 1 AktG aus Mitgliedern der Aktionäre und der Arbeitnehmer.
- Gemäß § 7 I 1 MitbestG ist der Aufsichtsrat **paritätisch** besetzt, d. h. er besteht jeweils zur Hälfte aus Mitgliedern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite.
- Für die Seite der Arbeitnehmer bestimmt § 7 II MitbestG, dass sich unter den Aufsichtsratsmitgliedern **Arbeitnehmer des Unternehmens** (4, 6, 7) und Vertreter von Gewerkschaften (2, 2, 3) befinden müssen.
- Der Kreis der tauglichen **Arbeitnehmer des Unternehmens** wird weiter eingeschränkt:
 - Gemäß § 15 I 2 MitbestG muss (mindestens) ein Arbeitnehmer **ein leitender Angestellter** sein.
 - Sowohl der leitende Angestellte als auch die übrigen Arbeitnehmer des Unternehmens müssen gemäß § 7 IV MitbestG seit mindestens **einem Jahr dem Unternehmen** angehören.



Einheit 13: Zentralisierte Leitungsmacht (4/4)

I. Größe und personelle Zusammensetzung

2. Personelle Zusammensetzung

c) Geschlechterquote

- In **börsennotierten** Aktiengesellschaften, die der **Mitbestimmung unterliegen**, muss der Aufsichtsrat gemäß **§ 96 II 1 AktG** jeweils zu mindestens 30 % aus Männern und Frauen bestehen. Rundungen sind nach § 96 II 4 AktG zulässig.
- Gemäß **§ 96 II 2 AktG** gelten diese Quoten **grds.** für den Aufsichtsrat insgesamt (sog. **Gesamtermittlung**).
- Eine sog. **Getrenntermittlung** findet nach **§ 96 II 3 AktG** nur ausnahmsweise statt, wenn die Seite der Anteilseigner- oder Arbeitnehmervertreter dies beschließt und gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden beantragt. In diesem Fall gilt:
 - Unter den **Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer** müssen gemäß **§ 96 II 3 AktG** und **§ 7 III MitbestG** Männer und Frauen jeweils mit einem Anteil von mindestens 30 % vertreten sein.
 - Gleiches gilt gemäß **§ 96 II 3 AktG** für die **Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre**.
- Wird bei der Wahl bzw. Entsendung der Vertreter der Anteilseigner gegen die Vorgaben aus § 96 II 1-4 AktG verstoßen, ist die Wahl bzw. Entsendung gemäß **§ 96 II 6 AktG** (insoweit) nichtig. Die Konsequenz besteht darin, dass die für das unterrepräsentierte Geschlecht vorgesehenen Plätze unbesetzt bleiben (sog. **leere Stühle**).
- Für die Seite der Arbeitnehmervertreter bestimmt **§ 18a II MitbestG** zwar die **teilweise Unwirksamkeit der Wahl**, lässt aber **Nachbesetzung** im Wege der gerichtlichen Ersatzbestellung (§ 104 AktG) oder Nachwahl zu.



I. Größe und personelle Zusammensetzung

2. Personelle Zusammensetzung

d) Zielvorgaben zur Erhöhung des Frauenanteils

- In Aktiengesellschaften, die **börsennotiert oder** der **Mitbestimmung** unterliegen, sind zur Erhöhung des Frauenanteils **zwei Zielgrößen** festzulegen:
 - (1) Gemäß **§ 76 IV 1 AktG** hat der **Vorstand** Zielgrößen für den Frauenanteil in den **beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands** festzulegen.
 - (2) Gemäß **§ 111 V 1 AktG** hat der **Aufsichtsrat** Zielgrößen für den Frauenanteil **im Aufsichtsrat und im Vorstand** festzulegen.
- Liegt der gegenwärtige Frauenanteil unter 30 %, darf die Zielgröße den **erreichten Anteil nicht unterschreiten**, §§ 76 IV 5, 111 V 5 AktG.
- Außerdem hat das jeweilige Organ eine **Frist bis zu fünf Jahren** zu bestimmen, innerhalb der die Zielgröße erreicht werden soll, §§ 76 IV 6, 7, 111 V 6, 7 AktG. Wird sie innerhalb der Frist nicht erreicht, drohen allerdings keine (unmittelbaren) rechtlichen Konsequenzen.
- Die Zielvorgaben sind (nur) **bei börsennotierten Gesellschaften** in die **Erklärung zur Unternehmensführung** aufzunehmen (**§ 289f II Nr. 4 HGB**).



I. Größe und personelle Zusammensetzung

2. Personelle Zusammensetzung

d) Zielvorgaben zur Erhöhung

- In Aktiengesellschaften, Erhöhung des Frauenanteils
 - (1) Gemäß § 76 IV 1 AktG hat der Aufsichtsrat Zielvorgaben für die **Führungsebenen** unterhalb der Vorstandsebene festzulegen.
 - (2) Gemäß § 111 V 1 AktG hat der Aufsichtsrat Zielgrößen für den Frauenanteil **im Aufsichtsrat und im Vorstand** festzulegen.
- Liegt der gegenwärtige Frauenanteil unter 30 %, darf die Zielgröße den **erreichten Anteil nicht unterschreiten**, §§ 76 IV 5, 111 V 5 AktG.
- Außerdem hat das jeweilige Organ eine **Frist bis zu fünf Jahren** zu bestimmen, innerhalb der die Zielgröße erreicht werden soll, §§ 76 IV 6, 7, 111 V 6, 7 AktG. Wird sie innerhalb der Frist nicht erreicht, drohen allerdings keine (unmittelbaren) rechtlichen Konsequenzen.
- Die Zielvorgaben sind (nur) **bei börsennotierten Gesellschaften** in die **Erklärung zur Unternehmensführung** aufzunehmen (§ 289f II Nr. 4 HGB).

In der Vergangenheit relativ häufig vorgekommen, dass die **Zielgröße Null** festgelegt wurde. Dies widerspricht zwar dem Ziel der Regelung (s. o.), ist aber ohne Nachteil. Seit **12.8.2021** soll dieser Praxis die **besondere Begründungspflicht** nach § 76 IV 3, 4 und § 111 V 3, 4 AktG entgegenwirken.



I. Größe und personelle Zusammensetzung

3. Änderungsverfahren

- Durch **tatsächliche Veränderung** (z. B. Börsennotierung, Arbeitsplatzabbau) können sich die für die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrats maßgeblichen Vorschriften **während der Amtszeit** ändern.
- Um die Arbeitsfähigkeit des Organs und die Wirksamkeit der gefassten Beschlüsse sicherzustellen, enthält **§ 96 IV AktG** das sog. **Kontinuitätsprinzip**.
- Dieses wird nur nach Maßgabe der §§ 97, 98 AktG durchbrochen. Diese Vorschriften enthalten **zwei Verfahren**:
 - (1) Das Verfahren nach **§ 97 AktG** beginnt mit einer **Bekanntmachung des Vorstands**, der von der rechtswidrigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats *überzeugt* ist. Wird diese nicht angefochten (§ 97 I 3 AktG), ist ein neuer Aufsichtsrat nach den in der Bekanntmachung angegebenen Vorschriften zusammenzusetzen (§ 97 II 1 AktG).
 - (2) Das Verfahren nach **§ 98 AktG** (sog. **Statusverfahren**) können die nach § 98 II AktG Antragsberechtigten bereits dann anstrengen, wenn Ungewissheit über die gesetzmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats besteht (§ 98 I AktG).



II. Bestellung

1. Allgemeine Voraussetzungen

- Mitglied des Aufsichtsrats können gemäß **§ 100 I 1, 2 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG) nur **natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen** sein, die weder unter Betreuung stehen noch einem Einwilligungsvorbehalt unterliegen.
- Lediglich für Aufsichtsräte von bestimmten Gesellschaften, u. a. solche von **öffentlichem Interesse** i.S.d. § 316a Satz 2 HGB, verlangt **§ 100 V AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG), dass mindestens ein Mitglied über Sachverstand auf den Gebieten der **Rechnungslegung und Abschlussprüfung** verfügt.
- Eine **fachliche Qualifikation** wird im Übrigen zwar nicht vorausgesetzt. Der **objektive Sorgfaltsmaßstab** (§ 116 Satz 1 i.V.m. § 93 I 1 AktG, ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) sowie die **Höchstpersönlichkeit des Amtes** implizieren aber, dass jedes Mitglied über die erforderlichen rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Kenntnisse verfügen sollte.
- Mitglied des Aufsichtsrats kann nach **§ 100 II 1 Nr. 1 AktG** nicht sein, wer bereits in **zehn Handelsgesellschaften**, die *gesetzlich* einen Aufsichtsrat zu bilden haben, Aufsichtsratsmitglied ist. Die Bestimmung soll sicherstellen, dass dem Mitglied genügend Zeit für die Organarbeit verbleibt.



II. Bestellung

1. Allgemeine Voraussetzungen

- Nach **§ 105 I AktG** ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG (sog. **Inkompatibilität**) kann nicht Mitglied des Aufsichtsrats sein, wer **zugleich**
 - **Vorstandsmitglied**,
 - *dauernd* **Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern**,
 - **Prokurist** (eingeschränkt durch **§ 6 II MitbestG**) oder
 - zum *gesamten* Geschäftsbereich ermächtigter **Handlungsbevollmächtigter** der Gesellschaft ist.
- Demselben Zweck, nämlich die Unvoreingenommenheit und das Handeln zum Wohle der Gesellschaft zu sichern, dienen die **Ausschlussgründe** in **§ 100 II 1 Nr. 2-4 AktG**. Hervorzuheben ist die 2009 durch das VorstAG eingefügte **Karenzzeit** (§ 100 II 1 Nr. 4 AktG, sog. *cooling-off-period*), die einen unmittelbaren Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat verhindert.



II. Bestellung

2. Besondere Voraussetzungen

a) Vertreter der Aktionäre

- Wer die **allgemeinen Voraussetzungen** erfüllt (s. o.), kann i.d.R. als Vertreter der Aktionäre gewählt oder entsandt werden.
- Besondere Voraussetzungen können gemäß **§ 100 IV AktG** in der **Satzung** begründet werden (z. B. Mindestalter, bestimmte Ausbildung).

b) Vertreter der Arbeitnehmer

Die Vertreter der Arbeitnehmer müssen

- das **18. Lebensjahr vollendet** haben (**§ 7 IV 1 MitbestG**; Anm.: i.d.R. wegen § 100 I 1 AktG bedeutungslos),
- seit mindestens **einem Jahr dem Unternehmen angehören** (**§ 7 IV 1-3 MitbestG**) und
- die weiteren Wählbarkeitsvoraussetzungen des **§ 8 I BetrVG** erfüllen (**§ 7 IV 4 MitbestG**), d. h. es darf nicht durch strafgerichtliche Verurteilung die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, entzogen sein (§ 45 StGB).



II. Bestellung

3. Wahl und Entsendung

a) Vertreter der Aktionäre

- Die Vertreter der Aktionäre werden **grds.** auf **Vorschlag des Aufsichtsrats** (§ 124 III 1 AktG) von der **Hauptversammlung** mit **einfacher Stimmenmehrheit** (§ 133 I AktG) **gewählt**, §§ 101 I 1, 119 I Nr. 1 AktG (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG).
- Alternativ zu in C.15 DCGK empfohlenen **Einzelwahl** ist eine **Blockwahl** zulässig.
- In der **Satzung** kann einzelnen Aktionären gemäß **§ 101 II 1, 4 AktG** das (Sonder-) Recht eingeräumt werden, **bis zu 1/3** der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre zu **entsenden**. Gebräuchlich ist die Gestaltung bei öffentlichen Unternehmen, Konzern- und Familiengesellschaften.

b) Vertreter der Arbeitnehmer

- Die Vertreter der Arbeitnehmer werden ausnahmslos **gewählt**.
- Ob die Wahl durch **Delegierte** (§§ 10-17 MitbestG) oder **unmittelbar** durch die Arbeitnehmer (§ 18 MitbestG) erfolgt, hängt nach **§ 9 I, II MitbestG** primär von der **Anzahl der Arbeitnehmer** ab, die das Unternehmen i.d.R. beschäftigt.



II. Bestellung

4. Amtszeit

- Die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder – gleich welcher Seite (§ 6 II MitbestG) – wird in **§ 102 I AktG** auf **fünf Jahre** begrenzt.
- Die im Vergleich zu § 84 I 1 AktG **unübersichtliche Formulierung** beruht darauf, dass das Geschäftsjahr nicht notwendig mit dem Kalenderjahr übereinstimmt und die Hauptversammlung, die über die Entlastung beschließt (§ 119 I Nr. 3 AktG), erst im Frühjahr oder Sommer stattfindet.
- Für die **Wiederwahl** enthält § 102 I AktG keine § 84 I 2, 3 AktG vergleichbaren Beschränkungen. Sie ist daher **ohne zahlenmäßige Beschränkung zulässig**.



III. Rechtsstellung

1. Anstellungsverhältnis

- Mit der **Annahme** der Wahl bzw. Entsendung erlangt der Gewählte bzw. Entsandte die **organschaftliche Stellung** eines Aufsichtsratsmitglieds, die kraft Gesetzes mit den **organschaftlichen Rechten und Pflichten** verbunden ist.
- Mit der organschaftlichen Stellung geht *kraft Gesetzes* ein **Anstellungsverhältnis** einher. Es bedarf also – im Gegensatz zu den Vorstandsmitgliedern (§ 84 I 5 AktG) – **keines Vertragsschlusses**.
- Das Anstellungsverhältnis resultiert daraus, dass die Aufsichtsratsmitglieder – ähnlich den Vorstandsmitgliedern – als **Treuhänder der Gesellschaft** bzw. der Gesellschafter tätig werden. Daher haben die Aufsichtsratsmitglieder aus dem Anstellungsverhältnis in **entsprechender Anwendung** von **§ 670 BGB** einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen (z. B. Sitzungsauslagen).



III. Rechtsstellung

2. Vergütung

a) Allgemeines

- Den Aufsichtsratsmitgliedern **kann** gemäß **§ 113 I 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) eine Vergütung gewährt werden.
- Dieser Unterschied zu den Vorstandsmitgliedern erklärt sich daraus, die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied – ausweislich § 100 II 1 Nr. 1 AktG – ein **Nebenamt** ist.
- Ob eine Vergütung gewährt wird, entscheidet nicht der Vorstand – es existiert kein *Anstellungsvertrag* –, sondern hängt gemäß **§ 113 I 2 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) davon ab, ob die **Satzung** eine solche festlegt oder die **Hauptversammlung** eine solche beschließt.



III. Rechtsstellung

2. Vergütung

a) Allgemeines

- Die Vergütung besteht i.d.R. aus **festen Beträgen** (z. B. Sitzungsgelder, Beiträge für eine D&O-Versicherung) und **variablen Bestandteilen**.
- Bei **börsennotierten** Gesellschaften hat die **Hauptversammlung** nach **§ 113 III 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) mindestens alle vier Jahr über die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder zu beschließen. Ein bestätigender Beschluss (§ 113 III 2 Hs. 1 AktG) muss gemäß § 113 III 3 AktG die nach **§ 87a I 2, 3 AktG** erforderlichen Angaben enthalten.
- **Aktienoptionen** können den Aufsichtsratsmitgliedern **nicht** gewährt werden (vgl. § 192 II Nr. 3 AktG: „Mitglieder der Geschäftsführung“).
- Für die **Höhe der Vergütung** ist **§ 113 I 3 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) zu beachten. Eine unterschiedliche Vergütung der Vertreter der Anteilseigner- und der Arbeitnehmerseite ist unzulässig. Zulässig (und üblich) ist es, dem **Aufsichtsratsvorsitzenden** eine höhere Vergütung (nicht selten das Doppelte) zu gewähren.



III. Rechtsstellung

2. Vergütung

b) Umgehungsschutz, insbesondere Beratungsverträge

- Die **§§ 114, 115 AktG** sollen verhindern, dass die Beschränkungen für die Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 113 I 3 AktG) durch andere Verträge **umgangen** werden. Praktisch bedeutsam sind insbesondere sog. Beratungsverträge nach § 114 AktG.
- Nach **§ 114 I 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) ist ein Dienst- oder Werkvertrag, durch den sich ein Aufsichtsratsmitglied gegenüber der AG – i.d.R. vertreten durch den Vorstand (§ 78 I 1 AktG) – zu einer „**außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat**“ liegenden Tätigkeit höherer Art (sog. Beratungsleistung) verpflichtet, nur mit **Zustimmung des Aufsichtsrats** – dieser steht die Genehmigung gleich (§ 114 II 1 AktG) – wirksam.



III. Rechtsstellung

2. Vergütung

b) Umgehungsschutz, insbesondere Beratungsverträge

- Derartige Verträge begründen **zwei Gefahren**:
 - (1) Der Aufsichtsrat soll **präventiv** prüfen können, ob die Beratungsleistung tatsächlich außerhalb der (gesetzlichen) Tätigkeit im Aufsichtsrat liegt. Ist dies zu verneinen, würde das Aufsichtsratsmitglied durch den Vertrag eine **Sondervergütung** erhalten, die der Höhe nach – abweichend von § 113 I 3 AktG – nicht auf das Angemessene begrenzt wäre.
 - (2) Durch eine solche Sondervergütung droht eine **unsachgemäße** (dem Vorstand übermäßig günstige) **Ausübung der gesetzlichen Aufgaben** des Aufsichtsratsmitglieds.
- **Außerhalb der Tätigkeit im Aufsichtsrat** liegen nur Dienste, die „Fragen eines besonderen Fachgebiets betreffen, sofern sich die zu erbringenden Beratungsleistungen nicht auch (...) auf übergeordnete, in den Rahmen der Aufsichtsrats Tätigkeit fallende allgemeine Fragen der Unternehmenspolitik beziehen.“ (BGHZ 126, 340, 344).



III. Rechtsstellung

2. Vergütung

b) Umgehungsschutz, insbesondere Beratungsverträge

- Derartige Verträge begründen zwei Gefahren:

- (1) Derartige Verträge, durch die sich ein Aufsichtsratsmitglied zu einer Leistung tatsächlich **innerhalb** der Tätigkeit im Aufsichtsrat liegenden Tätigkeit höherer Art verpflichtet, finden in § 114 AktG zwar keine Erwähnung. Nach dem Normzweck sind sie aber erst recht **unwirksam**, wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung oder Genehmigung erteilt.
- (2) Derartige Verträge, durch die sich ein Aufsichtsratsmitglied zu einer Leistung tatsächlich **außerhalb** der Tätigkeit im Aufsichtsrat liegenden Tätigkeit höherer Art verpflichtet, finden in § 114 AktG zwar keine Erwähnung. Nach dem Normzweck sind sie aber erst recht **unwirksam**, wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung oder Genehmigung erteilt.

- **Außerhalb der Tätigkeit im Aufsichtsrat** liegen nur Dienste, die „Fragen eines besonderen Fachgebiets betreffen, sofern sich die zu erbringenden Beratungsleistungen nicht auch (...) auf übergeordnete, in den Rahmen der Aufsichtsrats-tätigkeit fallende allgemeine Fragen der Unternehmenspolitik beziehen.“ (BGHZ 126, 340, 344).



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

1. Aufsichtsratsvorsitzende

a) Wahl

- Gemäß **§ 107 I AktG** (ggf. i.V.m. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) wählt der Aufsichtsrat – grds. mit einfacher Stimmenmehrheit – aus seiner Mitte einen **Vorsitzenden** und mindestens einen **Stellvertreter**.
- Unterliegt die Gesellschaft der Mitbestimmung, bestimmt **§ 27 I MitbestG**, dass die Wahl einer Mehrheit von 2/3 der Mitglieder, aus denen der Aufsichtsrat insgesamt zu bestehen hat, bedarf.
- Wird diese Mehrheit nicht erreicht, hat ein **zweiter Wahlgang** stattzufinden (§ 27 II 1 MitbestG). Für diesen bestimmt **§ 27 II 2 MitbestG**:
 - Die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner und die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer stimmen **getrennt** ab.
 - Erstere wählen den **Aufsichtsratsvorsitzenden**, letztere den **Stellvertreter**.
 - Ausreichend ist die **einfache Stimmenmehrheit**.



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

1. Aufsichtsratsvorsitzende

b) Herausgehobene Stellung

Der Aufsichtsratsvorsitzende hat eine herausgehobene Stellung. Diese zeigt sich u. a. in folgenden Ausprägungen:

- Die **Sitzungen** des Aufsichtsrats werden von ihm **vorbereitet** (z. B. Entwurf der Tagesordnung), **einberufen** und **geleitet**. Die Niederschrift bedarf gemäß § 107 II 1 AktG seiner **Unterschrift**.
- Unterliegt die Gesellschaft der Mitbestimmung, kann der Aufsichtsratsvorsitzende bei **Stimmgleichheit** durch eine **zweite Stimme** eine Entscheidung herbeiführen (§§ 29 II, 31 IV MitbestG).
- Gemäß **§ 90 I 3 AktG** hat der Vorstand ihn bei wichtigen Anlässen – außerhalb der regulären Berichte – zu informieren. Diese Regelung ergänzt die **Empfehlung D.6 DCGK** dahingehend, dass der Aufsichtsratsvorsitzende in ständigem Austausch mit dem Vorstandsvorsitzenden stehen soll.



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

1. Aufsichtsratsvorsitzende

b) Herausgehobene Stellung

Der Aufsichtsratsvorsitzende hat eine herausgehobene Stellung. Diese zeigt sich u. a. in folgenden Ausprägungen:

- Ist der Aufsichtsrat zur Vertretung der Gesellschaft berufen (§ 112 AktG ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG), wird das Organ in dem Beschluss i.d.R. den Aufsichtsratsvorsitzenden zur Abgabe und Entgegennahme der Erklärungen ermächtigen.
- Insbesondere bei börsennotierten Aktiengesellschaften ist es üblich, dem Aufsichtsratsvorsitzen in der Satzung die **Leitung der Hauptversammlung** zu übertragen.
- In der Hauptversammlung hat der Aufsichtsratsvorsitzende gemäß **§ 176 I 2 AktG** den Bericht des Aufsichtsrats über den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Gewinnverwendung (§ 171 II 1 AktG) zu erläutern.



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

2. Verfahren

a) Sitzungen und Teilnahme

- Gemäß **§ 110 III 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) muss der Aufsichtsrat grds. **mindestens zwei Sitzungen im Kalenderjahr** abhalten. **Üblich** sind **drei oder vier Sitzungen** im Kalenderjahr.
- Außerhalb der regulären Sitzungen kann jedes Mitglied gemäß **§ 110 I 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) die **Einberufung** einer unverzüglichen Sitzung verlangen.
- Die Sitzungen obligatorischer Aufsichtsräte sind – wie § 116 Satz 2 AktG („vertrauliche Beratungen“) zu entnehmen ist – **nicht öffentlich**, **§ 109 I 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG).
- Die **Vorstandsmitglieder** haben – im Unterschied zu den Aufsichtsratsmitgliedern – **keinen Anspruch auf Teilnahme**. Sie sind aber zur Teilnahme verpflichtet, wenn der Aufsichtsrat dies verlangt.
- In den Sitzungen kann ein obligatorischer Aufsichtsrat zur sachgerechten Behandlung einzelner TOP gemäß **§ 109 I 2 AktG** (ggf. i.V.m. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) Sachverständige und **Auskunftspersonen** (z. B. Mitarbeiter der Rechtsabteilung) hinzuziehen.



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

2. Verfahren

b) Beschlussfähigkeit und Abstimmung

(1) Verfahren der Beschlussfassung

- Gemäß **§ 108 I AktG** trifft der Aufsichtsrat seine Entscheidungen durch **Beschluss**.
- Das Gesetz geht – ausweislich **§ 110 AktG** – von dem Grundsatz aus, dass die Beschlüsse **in Sitzungen** gefasst werden.
- Gemäß **§ 108 IV AktG** (ggf. i.V.m. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) können die Beschlüsse auch außerhalb von Sitzungen **schriftlich** (sog. Umlaufverfahren), **fernmündlich** oder **in vergleichbarer Form** (z. B. Videokonferenz) gefasst werden, wenn kein Mitglied dem Verfahren **widerspricht**.



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

2. Verfahren

b) Beschlussfähigkeit und Abstimmung

(2) Beschlussfähigkeit

- Enthält die Satzung keine Regelung der Beschlussfähigkeit (§ 108 II 1 AktG), ist der Aufsichtsrat nur unter **zwei Voraussetzungen** beschlussfähig:
 - Nach **§ 108 II 2 AktG** und **§ 28 Satz 1 MitbestG** müssen mindestens die **Hälfte der gesetzlichen Mitglieder** an der Beschlussfassung teilnehmen.
 - Unterliegt die Gesellschaft *nicht* der Mitbestimmung, müssen an der Beschlussfassung gemäß **§ 108 II 3 AktG** mindestens **drei Mitglieder** teilnehmen.
- **Vakanzen** (z. B. leere Stühle) stehen der Beschlussfähigkeit nicht entgegen, § 108 II 4 AktG, § 28 Satz 2 MitbestG.



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

2. Verfahren

b) Beschlussfähigkeit und Abstimmung

(3) Mehrheit

- Beschlüsse werden – wie § 29 I MitbestG nur für mitbestimmte Gesellschaften anordnet – grds. mit der **einfachen Mehrheit** der **abgegebenen Stimmen** gefasst.
- Bei **Stimmengleichheit** gilt der Antrag grds. als **abgelehnt**.
- Anderes gilt im Anwendungsbereich von **§ 29 II 1 MitbestG** und **§ 31 IV, V MitbestG** (Bestellung und Widerruf der Bestellung von Vorstandsmitgliedern):
 - Danach hat bei Stimmengleichheit eine **erneute Abstimmung** stattzufinden.
 - Bei **erneuter Stimmengleichheit** hat der Aufsichtsratsvorsitzende eine **zweite Stimme**.
 - Diese entscheidende Stimme *kann* der Aufsichtsratsvorsitzenden ausüben; eine Pflicht hierzu besteht nicht.
- **Stimmverbote** können sich aus der entsprechenden Anwendung von **§ 34 BGB** ergeben.
 - Nach allgemeiner Ansicht besteht kein Stimmverbot bei Akten der **körperschaftlichen Willensbildung**. Str. ist, ob dies auch dann gilt, wenn ein Aufsichtsratsmitglied zum Mitglied des Vorstands bestellt werden soll.



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

2. Verfahren

b) Beschlussfähigkeit und Abstimmung

(4) Niederschrift

- Über die Sitzungen ist gemäß § 107 II 1 AktG (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) eine Niederschrift mit dem (Mindest-) **Inhalt** nach **§ 107 II 2 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) zu fertigen; diese hat der **Aufsichtsratsvorsitzende** zu **unterschreiben**.
- Ein Verstoß gegen § 107 II 1, 2 AktG macht den Beschluss – wie **§ 107 II 3 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG bzw. § 25 I 1 Nr. 2 MitbestG) klarstellt – **nicht unwirksam**.



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

2. Verfahren

c) Fehlerhafte Beschlüsse

- Beschlüsse des Aufsichtsrats sind z. B. **fehlerhaft**, wenn der Inhalt höherrangigem Recht oder der Satzung widerspricht oder ein nicht wirksam bestelltes Mitglied mitgewirkt hat.
- Da die Anwendung der **§§ 134, 138 BGB** zu erheblichen Schwierigkeit führt (z. B. die *ex tunc*-Unwirksamkeit der Bestellung eines Vorstandsmitglieds), befürworten gewichtige **Stimmen in der Literatur** eine **entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG**.
- Der **BGH** (BGHZ 122, 342 ff.) lehnt die entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG ab. Statthaft sei ausschließlich die allgemeine **Feststellungsklage (§ 256 I ZPO)**.
- Das Thema wurde auf dem **72. DJT 2018** kontrovers diskutiert. Dabei bestand weitgehend Einigkeit darüber, dass die Situation *de lege lata* unbefriedigend ist. Aufgrund des derzeit vertretenen Meinungsspektrum erscheint eine zeitnahe gesetzgeberische Reaktion jedoch unwahrscheinlich.



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

2. Verfahren

c) Fehlerhafte Beschlüsse

- Beschlüsse des Aufsichtsrats, die das Recht oder der Satzung widersprechen, sind nichtig, wenn sie nichtig wirkt hat.
- Da die Anwendung der §§ 134, 138 BGB bei der Feststellung der Nichtigkeit eine erhebliche Schwierigkeit führt (z. B. die ex tunc-Unwirksamkeit der Bestellung eines Vorstandsmitglieds), befürworten gewichtige Stimmen in der Literatur eine entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG.
- Der BGH (BGHZ 122, 342 ff.) lehnt die entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG ab. Statthaft sei ausschließlich die allgemeine Feststellungsklage (§ 256 I ZPO).
- Das Thema wurde auf dem 72. DJT 2018 kontrovers diskutiert. Dabei bestand weitgehend Einigkeit darüber, dass die Situation *de lege lata* unbefriedigend ist. Aufgrund des derzeit vertretenen Meinungsspektrum erscheint eine zeitnahe gesetzgeberische Reaktion jedoch unwahrscheinlich.

Die Monatsfrist des § 246 I AktG findet auf die Feststellungsklage keine analoge Anwendung.

Der Möglichkeit einer zeitlich unbegrenzten Nichtigkeitsfeststellung begegnet die Rechtsprechung *de lege lata* allein dadurch, dass die Feststellungsklage innerhalb einer im Einzelfall angemessenen Frist erhoben werden muss; andernfalls sei die Klagebefugnis verwirkt.



IV. Verfahren im Aufsichtsrat

2. Verfahren

c) Fehlerhafte Beschlüsse

- Ausgangspunkt *de lege lata* sind die **§§ 134, 138 BGB**.
- Danach sind Beschlüsse **von Anfang an nichtig**, wenn das **Verfahren ihres Zustandekommens** gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt oder der **Inhalt** gesetzes-, satzungs- oder sittenwidrig ist.
- Dabei sind **zwei Einschränkungen** zu beachten:
 - (1) Die Vorschrift des **§ 134 BGB** ist (nur) eine **Auslegungsregelung**. Daher tritt die Nichtigkeit ausnahmsweise nicht ein, wenn es sich bei der verletzten Vorschrift um eine bloße **Ordnungsvorschrift** handelt.
 - (2) Bei **Verfahrensfehlern** gilt die sog. **Relevanztheorie**, d. h. der Beschluss ist nur nichtig, wenn der Fehler die Interessen der Aufsichtsratsmitglieder berührt hat, sich sachgemäß an der Willensbildung im Aufsichtsrat zu beteiligen.
 - Zu verneinen ist dies z. B. für **Fehler in der Niederschrift**, siehe **§ 107 II 3 AktG** (s. o.).



V. Beendigung des Amtes

1. Überblick

Das Mandat eines Aufsichtsmitglieds erlischt

- a) mit dem **Ablauf der Amtszeit** (§ 102 I AktG);
- b) mit dem **Wegfall der gesetzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen**;
 - **Bsp.:** Verlust der Wählbarkeit durch strafgerichtliche Verurteilung (§ 45 StGB); ein Vertreter der Arbeitnehmer scheidet aus dem Unternehmen aus (§ 24 I MitbestG).
 - Ein **bloßer Interessenkonflikt** lässt das Mandat nicht *ex lege* erlöschen; möglich und erforderlich ist aber eine **Abberufung** nach § 103 AktG.
- c) der freiwilligen **Amtsniederlegung**;
 - Für die Amtsniederlegung ist ein **wichtiger Grund nicht erforderlich**.
 - Erfolgt sie **zur Unzeit**, sind die Rechtsfolgen umstritten.
- d) der vorzeitigen **Abberufung** nach **§ 103 AktG**.



V. Beendigung des Amtes

2. Abberufung

Bei der Abberufung sind personell und sachlich **drei Konstellationen** zu unterscheiden:

(1) Gewählte Mitglieder

- Die Möglichkeit der vorzeitigen Abberufung wird in **§ 103 I 1 AktG** (ggf. i.V.m. § 52 I GmbHG) und **§ 23 I 1 MitbestG** klargestellt.
- Gemäß **§ 103 I 2 AktG** ist hierfür ein Beschluss der Hauptversammlung erforderlich, der **grds.** einer **qualifizierten Stimmenmehrheit** bedarf. Die **Satzung** kann bestimmen, dass die einfache Stimmenmehrheit ausreicht (§ 103 I 3 AktG).
- Im **Anwendungsbereich des MitbestG** erfolgt die Abberufung eines **Aufsichtsratsmitglieds der Arbeitnehmer** gemäß **§ 23 MitbestG** nur unter zwei Voraussetzungen:
 - Die Abberufung erfolgt nur auf **Antrag**, den gemäß **§ 23 I 2 MitbestG** die **jeweilige Gruppe** (Arbeitnehmer, leitende Angestellte, Gewerkschaft) ggf. mit einer qualifizierten Mehrheit stellen muss.
 - Die Abberufung selbst erfolgt durch **Beschluss**, entweder der **Delegierten** (§ 23 II MitbestG) oder der **wahlberechtigten Arbeitnehmer** (§ 23 III MitbestG).



V. Beendigung des Amtes

2. Abberufung

Bei der Abberufung sind personell und sachlich **drei Konstellationen** zu unterscheiden:

(2) Entsandte Mitglieder

- Entsandte Mitglieder können nach **§ 103 II 1 AktG** von dem Entsendungsberechtigten **jederzeit** abberufen und durch andere ersetzt werden.
- Ist das Entsendungsrecht weggefallen (z. B. weil es eine bestimmte Beteiligungsquote voraussetzt), kann die **Hauptversammlung** das Aufsichtsratsmitglied gemäß **§ 103 II 2 AktG** mit **einfacher Stimmenmehrheit** abberufen.

(3) Abberufung aus wichtigem Grund

- Insbesondere in den Fällen, in denen ein Aufsichtsratsmitglied die **Arbeit im Organ unzumutbar behindert**, kann eine Abberufung aus wichtigem Grund nach **§ 103 III 1 AktG** angestrebt werden.
- Den Antrag können stellen
 - der **Aufsichtsrat**, sofern die Antragstellung mit **einfacher Mehrheit** beschlossen wird (**§ 103 III 2 AktG**), und,
 - wenn das Aufsichtsratsmitglied aufgrund der Satzung **entsandt** wurde, eine **qualifizierte Aktionärsminderheit** (§ 103 III 3 AktG).



Weiterführende Lesehinweise:

- BGHZ 122, 342 ff.
- BGHZ 196, 195 ff.
- *Baums*, Der fehlerhafte Aufsichtsratsbeschluß, ZGR 1983, 300 ff.
- *Drinhausen/Marsch-Barner*, Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden in der börsennotierten Aktiengesellschaft, AG 2014, 337 ff.
- *Lieder*, Die Rechtsstellung von Aufsichtsratsmitgliedern bei fehlerhafter Wahl, ZHR 178 (2014), 282 ff.
- *Papier/Heidebach*, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, 305 ff.
- *Roth/Wörle*, Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats – Recht und Wirklichkeit, ZGR 2004, 565 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

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)

