



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Interessenkonflikte im Aufsichtsrat bei Mehrfachmandaten im faktischen Aktienkonzern

Nadja Magdalena Al-Wraikat

Interessenkonflikte im Aufsichtsrat bei Mehrfachmandaten im
faktischen Aktienkonzern

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Nadja Magdalena Al-Wraikat
aus Herford

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Ingo Saenger

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Klicka

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juli 2014

Nadja Magdalena Al-Wraikat

**Interessenkonflikte im Aufsichtsrat bei Mehrfachmandaten
im faktischen Aktienkonzern**



MV WISSENSCHAFT



**WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER**

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 10

Nadja Magdalena Al-Wraikat

**Interessenkonflikte im Aufsichtsrat
bei Mehrfachmandaten im faktischen
Aktienkonzern**

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Nadja Magdalena Al-Wraikat

„Interessenkonflikte im Aufsichtsrat bei Mehrfachmandaten im faktischen Aktienkonzern“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 10

© 2014 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.com

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-ND 3.0 DE' lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/de/>



ISBN 978-3-8405-0110-4

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-11399506594

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2014 Nadja Magdalena Al-Wraikat

Alle Rechte vorbehalten

Satz: Nadja Magdalena Al-Wraikat

Umschlag: MV-Verlag

Druck und Bindung: MV-Verlag



Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2013/2014 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis August 2014 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Ingo Saenger gleichermaßen für die Betreuung der Arbeit und die fachliche und persönliche Förderung, die ich als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht erfahren habe. Hieran hatte auch Frau Andrea Freund einen maßgeblichen Anteil.

Herrn Professor Dr. Thomas Klicka gebührt Dank für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Lehrstuhlkollegen danke ich für die grandiose Gemeinschaft als „Team Saenger“ innerhalb und außerhalb des Büros. Genannt seien hier stellvertretend Lisanne Uphoff, Christina Möller, Carolin Roßkothen, Alexander Hoppe, Matthias Feller, Johannes Sandhaus und Alexander Scheuch, die diese Arbeit Korrektur gelesen haben.

Ich konnte mich immer auf die treue Unterstützung meiner Freunde verlassen und danke hierfür insbesondere meinen Wegbegleitern seit dem ersten Semester, Rhea Schuster und Adam Strzoda.

Meiner Familie danke ich für ihre Liebe.

Münster, im September 2014

Nadja Magdalena Al-Wraikat

Inhaltsübersicht

INHALTSÜBERSICHT.....	I
INHALTSVERZEICHNIS	V
§ 1 EINLEITUNG.....	1
A. Problemstellung.....	1
B. Gang der Untersuchung	3
1. TEIL GRUNDLAGEN.....	7
§ 2 DER AUFSICHTSRAT IM ORGANGEFÜGE DER AKTIENGESELLSCHAFT	7
A. Überblick über die Organe der AG.....	7
B. Interessenbindungen der Organe der AG	10
C. Kriterien für die Bestellung des Aufsichtsrats	17
D. Organisation, Vergütung und Haftung des Aufsichtsrats.....	21
2. TEIL SPANNUNGSVERHÄLTNISSE VON ORGANFUNKTION UND EIGENINTERESSEN IM AUFSICHTSRAT	33
§ 3 BERATUNGSVERTRÄGE MIT AUFSICHTSRATSMITGLIEDERN.....	33
A. Gegenstand des Beratungsvertrags	33
B. Schuldner der Beratungsleistung	35
C. Unabhängigkeit des beratenden Aufsichtsratsmitglieds	38
§ 4 ARBEITNEHMERVERTRETER.....	40
A. Zusammensetzung von mitbestimmten Aufsichtsräten	40
B. Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Arbeitnehmervertretern.....	41
C. Zukunft der Mitbestimmung	44
3. TEIL INTERESSENKONFLIKTE DURCH MEHRFACHMANDATE AUßERHALB EINES UNTERNEHMENSVERBUNDS	47
§ 5 FUNKTION UND VERBREITUNG VON MEHRFACHMANDATEN	47
A. Die Entwicklung von Mehrfachmandaten	47
B. Exkurs: Organisationspsychologische Aspekte von Mehrfachmandaten	50
§ 6 KRITISCHE VERFLECHTUNGEN PRIVATRECHTLICHER UNTERNEHMEN AUßERHALB DES KONZERNS.....	55
A. Wettbewerber im Aufsichtsrat	56

Inhaltsübersicht

B. Bankenvertreter	60
§ 7 UNTERNEHMENS BETEILIGUNG DER ÖFFENTLICHEN HAND	64
A. Privatisierungsformen im Überblick	64
B. Problemfelder der Organisationsprivatisierung	66
4. TEIL DER AUFSICHTSRAT IM KONZERN	79
§ 8 GESELLSCHAFTSORGANE IM KONZERN	79
A. Konzernrecht als Organisationsrecht	79
B. Interessenbindungen im Konzern	82
C. Die Organe der Obergesellschaft	87
D. Die Organe der Tochtergesellschaft	99
E. Beratungsverträge im Konzern	104
§ 9 PERSONELLE VERFLECHTUNGEN IM KONZERN	110
A. Mehrfachmandate als Instrument der Konzernleitung	110
B. Konzernmandate und die Pflicht zur Interessenvertretung	112
C. Der Unabhängigkeitsbegriff in Konzernlagen	136
§ 10 KONZERNFRAGEN IM KONTEXT EUROPÄISCHER CORPORATE-GOVERNANCE- STRÖMUNGEN	209
§ 11 DER INFORMATIONSFLUSS IM KONZERN	213
A. Gesetzlich normierte Berichtspflichten mit Konzernbezug	213
B. Befugnis des Aufsichtsrats der Obergesellschaft zur Informationsgewinnung?	215
C. Möglichkeiten umfassender Informationsweitergabe	218
D. Der Informationsfluss im Konzern und Insiderhandel	231
5. TEIL DER UMGANG MIT INTERESSENKONFLIKTEN	233
§ 12 REPRESSIONEN IN DER UNABHÄNGIGEN AG	233
A. Typisierung von Interessenkonflikten	233
B. Handlungsanweisung aufgrund der Treuepflicht	234
C. Handlungsanweisung aufgrund DCGK	240
D. Konfliktprävention durch Ausschussbildung	243
§ 13 REPRESSIONEN BEI KONZERNMANDATEN	244
A. Rollentrennung	244
B. Beschlussfassung über die Entlastung	246

Inhaltsübersicht

C. Stimmverbot analog § 34 BGB?	246
D. Haftungsrechtliche Interdependenz verschiedener Konzernmandate	254
§ 14 RECHTSFOLGEN DES FEHLERHAFTEN UMGANGS MIT INTERESSENKONFLIKTEN..	266
A. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Handlungsanweisung nach dem DCGK.....	266
B. Fehlerhafter Umgang mit Interessenkonflikten und Auswirkung auf die Business Judgment Rule.....	266
C. Abhilfe durch D&O-Versicherungen?	269
6. TEIL SCHLUSS	271
§ 15 ERGEBNISSE.....	271
A. Der strategische Wert des Aufsichtsratsmandats	271
B. Organverhältnis vs. Eigeninteresse	271
C. Mehrfachmandate außerhalb des Konzerns	271
D. Der Aufsichtsrat im Konzern.....	272
E. Ein Plädoyer für das Konzernrecht	275
LITERATURVERZEICHNIS	277

Inhaltsverzeichnis

INHALTSÜBERSICHT	I
§ 1 EINLEITUNG	1
A. Problemstellung	1
B. Gang der Untersuchung	3
1. TEIL GRUNDLAGEN	7
§ 2 DER AUFSICHTSRAT IM ORGANGEFÜGE DER AKTIENGESELLSCHAFT	7
A. Überblick über die Organe der AG	7
I. Aufgaben der Hauptversammlung	7
II. Aufgaben des Vorstands	7
III. Aufgaben des Aufsichtsrats	9
B. Interessenbindungen der Organe der AG	10
I. Das Unternehmensinteresse	10
II. Interessenbindungen nach der Neuen Institutionenökonomik	13
1. Prinzipal-Agent- Theorie	13
a) Der Grundkonflikt	13
b) Prinzipal-Agent-Beziehungen in der AG	14
aa) Der Vorstand als Agent	14
bb) Der Aufsichtsrat als Agent	16
2. Stewardship-Theorie	16
3. Fazit.....	17
C. Kriterien für die Bestellung des Aufsichtsrats	17
I. Gesetzliche Vorgaben	17
II. Vorgaben der Rechtsprechung.....	19
III. Empfehlungen des DCGK	19
IV. Bestellungshindernisse.....	19
D. Organisation, Vergütung und Haftung des Aufsichtsrats	21
I. Organisation und Arbeitsweise des Aufsichtsrats.....	21
1. Sitzungen.....	21
2. Berichtspflicht	22
3. Der Aufsichtsratsvorsitzende	22
II. Informationsrechte des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand	23

Inhaltsverzeichnis

1. Informationsgewinnung über den Vorstand	23
2. Vorstandsunabhängige Informationen	24
3. Aktive Informationsbeschaffung	24
III. Vergütung	25
1. Arten der Vergütung	25
a) Fixe Vergütung	26
b) Sitzungsgeld	26
c) Variable Vergütung	26
2. Reformüberlegungen: Einführung einer differenzierten Vergütung?	27
IV. Haftung	29
1. §§ 116 S. 1 i.V.m. 93 AktG als zentrale Haftungsvorschrift	29
2. Der persönliche Haftungsmaßstab	30
2. TEIL SPANNUNGSVERHÄLTNISSE VON ORGANFUNKTION UND EIGENINTERESSEN IM AUFSICHTSRAT	33
§ 3 BERATUNGSVERTRÄGE MIT AUFSICHTSRATSMITGLIEDERN	33
A. Gegenstand des Beratungsvertrags	33
B. Schuldner der Beratungsleistung	35
C. Unabhängigkeit des beratenden Aufsichtsratsmitglieds	38
§ 4 ARBEITNEHMERVERTRETER	40
A. Zusammensetzung von mitbestimmten Aufsichtsräten	40
B. Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Arbeitnehmervertretern	41
I. Arbeitnehmerspezifische Interessenkonflikte	41
II. Die Unabhängigkeit von Arbeitnehmervertretern	43
C. Zukunft der Mitbestimmung	44
3. TEIL INTERESSENKONFLIKTE DURCH MEHRFACHMANDATE AUßERHALB EINES UNTERNEHMENSVERBUNDS	47
§ 5 FUNKTION UND VERBREITUNG VON MEHRFACHMANDATEN	47
A. Die Entwicklung von Mehrfachmandaten	47
B. Exkurs: Organisationspsychologische Aspekte von Mehrfachmandaten	50
I. Gruppen als Entscheidungsträger	51
II. Bedeutung für den Aufsichtsrat	52

Inhaltsverzeichnis

§ 6 KRITISCHE VERFLECHTUNGEN PRIVATRECHTLICHER UNTERNEHMEN	
AUßERHALB DES KONZERNS	55
A. Wettbewerber im Aufsichtsrat	56
I. Konfliktlage	56
II. Anerkennung ungeschriebener Inkompatibilitätsvorschriften?	57
B. Bankenvertreter	60
I. Personelle Verflechtung aus Tradition.....	60
II. Motive für die Aufsichtsratsbesetzung	61
III. Konfliktpotenzial	62
§ 7 UNTERNEHMENS BETEILIGUNG DER ÖFFENTLICHEN HAND	64
A. Privatisierungsformen im Überblick	64
B. Problemfelder der Organisationsprivatisierung	66
I. Konfliktpotenzial gemischtwirtschaftlicher Unternehmen aus öffentlich- rechtlicher Sicht	66
II. Konfliktpotenzial aus gesellschaftsrechtlicher Sicht	66
1. Einflussicherung durch die Aufsichtsratsbesetzung	67
2. Zulässigkeit von Weisungen	68
a) Weisungen gegenüber dem obligatorischen Aufsichtsrat	69
b) Weisungen gegenüber dem fakultativen Aufsichtsrat.....	70
aa) Contra Weisungsrecht	71
bb) Pro Weisungsrecht.....	72
cc) Vermittelnde Position.....	72
dd) Stellungnahme	74
3. Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht durch §§ 394, 395 AktG....	74
4. Interessenausgleich durch PCGK?	76
4. TEIL DER AUFSICHTSRAT IM KONZERN	79
§ 8 GESELLSCHAFTSORGANE IM KONZERN	79
A. Konzernrecht als Organisationsrecht	79
I. Der Konzernkonflikt	79
II. Konzernierungsarten	80
B. Interessenbindungen im Konzern	82
I. Das Konzerninteresse – ein unbestimmter Begriff	82
II. Ablehnung eines Konzerninteresses	83

Inhaltsverzeichnis

III. Befürwortung eines Konzerninteresses	83
IV. Stellungnahme	84
C. Die Organe der Obergesellschaft	87
I. Der Vorstand der Obergesellschaft	87
1. Träger einer Konzernleitungspflicht?	87
a) Meinungsstand	87
b) Stellungnahme.....	88
2. Instrumente der Konzernleitung	89
II. Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft.....	90
1. Aufgaben.....	90
a) Kontrolle des Vorstands der Obergesellschaft.....	90
b) Kontrolle der Tochtergesellschaften?	91
aa) Befürwortung der Tochterkontrolle	91
bb) Stellungnahme.....	92
2. Zustimmungsvorbehalte	93
a) Zustimmungsvorbehalte als Instrument präventiver Kontrolle	93
b) Zustimmungsvorbehalte als Instrument der Konzernsteuerung.....	94
aa) Herleitung der konzernweiten Geltung.....	94
bb) Umfang und Durchsetzung des Zustimmungsvorbehalts	95
(1) Bindung an die Zustimmung der Obergesellschaft	96
(2) Durchsetzung durch Doppelmandate.....	96
D. Die Organe der Tochtergesellschaft.....	99
I. Der Vorstand der Tochtergesellschaft	99
1. Vertragskonzern.....	99
a) Meinungsstand zur Pflichtenbindung des Vorstands	99
b) Stellungnahme.....	100
2. Faktischer Konzern	101
II. Der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft	103
1. Aufgaben im Vertragskonzern.....	103
2. Aufgaben im faktischen Konzern	103
E. Beratungsverträge im Konzern	104
I. Anwendung des § 114 AktG durch teleologische Extension	104
II. Analoge Anwendung des § 114 AktG auf Konzernsachverhalte	106

Inhaltsverzeichnis

1. Beratungsvertrag zwischen einem Aufsichtsratsmitglied der Obergesellschaft und der Tochtergesellschaft	106
a) Vergleichbare Interessenlage.....	106
b) Planwidrige Regelungslücke	106
2. Beratungsvertrag zwischen einem Aufsichtsratsmitglied der Tochtergesellschaft und der Obergesellschaft	107
a) Vergleichbare Interessenlage.....	107
b) Regelungslücke.....	107
c) Planwidrigkeit.....	108
§ 9 PERSONELLE VERFLECHTUNGEN IM KONZERN.....	110
A. Mehrfachmandate als Instrument der Konzernleitung	110
B. Konzernmandate und die Pflicht zur Interessenvertretung	112
I. Interessenvertretung als organschaftliche Pflicht?.....	113
1. Der Doppelmandatar als „Diener zweier Herren“	113
2. Doppelmandat und Veranlassungsvermutung.....	116
a) Bedürfnis nach einer Veranlassungsvermutung	116
b) Widerlegbarkeit der Vermutung	117
aa) Unwiderlegbare Vermutung	117
bb) Widerlegbare Vermutung	118
cc) Anscheinsbeweis	119
c) Stellungnahme	119
d) Anforderungen an die Widerlegung	120
3. Die Wertung des § 311 AktG.....	121
II. Vertragliche Weisungsrechte gegenüber entsandten Aufsichtsratsmitgliedern	122
1. Meinungsstand	123
2. Stellungnahme	124
III. Vertragliche Interessenbindung durch Konzernanstellungsverträge?	125
1. Konzernanstellungsverträge mit dem Vorstand	125
2. Konzernanstellungsverträge mit dem Aufsichtsrat	127
a) Konzernanstellungsverträge für die reine Aufsichtsratsstätigkeit	127
b) Regelung des Aufsichtsratsamts durch eine Konzernmandatsklausel.	128
IV. Vertragliche Absicherung durch Freistellungsvereinbarung?	129
1. Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Freistellungsvereinbarungen	129

Inhaltsverzeichnis

2. Freistellungsvereinbarung mit der Obergesellschaft	131
a) Einverständnis zur Maßnahme erforderlich	131
b) Einverständnis zur Maßnahme nicht erforderlich	132
V. Finanzielle Anreize	132
1. Bezugsrechte im Unternehmensverbund	132
2. Am wirtschaftlichen Erfolg der Obergesellschaft orientierte Vergütungselemente	133
3. Drittvergütung durch Muttergesellschaft oder Hauptaktionär	134
VI. Ergebnis	135
C. Der Unabhängigkeitsbegriff in Konzernlagen	136
I. Das Unabhängigkeitsverständnis der EU-Kommission	137
1. Empfehlung der EU-Kommission vom 15.02.2005	137
2. Grünbuch „Europäischer Corporate Governance-Rahmen“ 2011	139
II. Das Unabhängigkeitsverständnis des AktG	140
1. Entstehungsgeschichte des § 100 V AktG	140
2. Auslegung von § 100 V AktG im Licht der Kommissionsempfehlung ..	141
3. Auslegung von § 100 V AktG im Einklang mit aktienrechtlichen Grundsätzen	142
a) Bestehende Regelung des Minderheitenschutzes im AktG	142
aa) Gebot des Nachteilsausgleichs, § 311 I AktG	144
bb) Kontrolle durch den Abhängigkeitsbericht, § 312 AktG	145
cc) Sonderprüfung nach § 315 AktG	147
dd) Schutz gegen „Aushungerung“ durch die Mehrheit, § 254 AktG	147
ee) Entsendungsrecht, § 101 II AktG	148
ff) Schadensersatzansprüche, §§ 117, 317 und 318 AktG	148
gg) Treubindung der Obergesellschaft kraft Aktionärsstellung	149
b) Historische Entwicklung des Minderheitsschutzes im Aktienrecht ...	150
aa) Minderheitsschutz: Ein Jahrhundertthema	151
bb) Ablehnung eines Minderheitsvertreters durch die Aktienreform 1965	152
cc) Die Lehre vom qualifiziert faktischen Konzern	154
(1) Der Ursprung des qualifiziert faktischen Konzerns im GmbH- Recht	155

Inhaltsverzeichnis

(2) Die Übertragung des qualifiziert faktischen Konzerns auf das Aktienrecht.....	156
(3) Aktuelle Bedeutung der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns	158
c) Die institutionalisierte Minderheitsvertretung aus konzernrechtlicher Sicht.....	160
d) Sinn und Zweck einer Minderheitsvertretung	163
aa) Lösung eines psychologischen Problems	163
bb) Praktische Bedenken gegen einen obligatorischen Minderheitsvertreter	164
cc) Der Finanzexperte als Adressat des Unabhängigkeitspostulats ...	166
4. Fazit.....	166
III. Das Unabhängigkeitsverständnis des DCGK	167
1. Der DCGK als Dokumentation der Corporate-Governance-Diskussion .	168
2. „Unabhängigkeit“ i.S.v. Ziff. 5.4.2 DCGK.....	170
3. „Angemessene Anzahl“ i.S.v. Ziff. 5.4.2 DCGK.....	172
4. Einfluss des anglo-amerikanischen Corporate-Governance-Verständnisses auf den DCGK.....	174
a) Die Struktur des anglo-amerikanischen Boards	174
b) Exkurs: Das monistische Modell als Alternative in der SE	177
5. Kritik am Unabhängigkeitsverständnis des DCGK	178
a) Abhängigkeit auf Aktionärsseite	178
aa) Vor der DCGK-Regelung: Der Fall „Continental/Schaeffler“.....	179
bb) Mangelnde Bestimmtheit des Kontrollbegriffs	180
cc) Repräsentationsfunktion des Aufsichtsrats	181
dd) Entschärfung des Prinzipal-Agent-Konflikts	182
ee) Praktischer Bedarf und realistischer Mehrwert	183
ff) Ein „weltweit etablierter Mindeststandard“?	183
gg) Auswirkungen auf das Konzernrecht	184
(1) Entwertung des Hauptinstruments der Konzernsteuerung.....	184
(2) Widerspruch zu Wertungen des Aktiengesetzes	185
(3) Die Regierungskommission: Wandel „vom Saulus zum Paulus“? ...	186
(4) Rat zum praktischen Umgang mit der Kodexbestimmung	187
b) Potentielle Interessenkonflikte	188

Inhaltsverzeichnis

c) Unabhängigkeit und Teilnahmslosigkeit	188
d) Familienunternehmen.....	189
e) Geltung für Arbeitnehmervertreter	191
6. Ausblick.....	192
IV. Zusammenfassender Vergleich der Unabhängigkeitsverständnisse.....	193
1. Quantitative Unabhängigkeitsvorgaben.....	193
2. Inhaltliche Vorgaben	194
3. Verhältnis der Unabhängigkeitsverständnisse zueinander	195
a) Verhältnis von DCGK und Kommissionsempfehlung.....	195
b) Verhältnis von § 100 V AktG und Kommissionsempfehlung.....	196
V. Zielkonflikt zwischen Unabhängigkeit und Professionalisierung.....	199
1. Professionalisierung des Aufsichtsrats	199
2. Aufsichtsratswahl als Bestenauslese?.....	200
3. Zielkonflikt	202
VI. Auswirkungen des Unabhängigkeitspostulats auf die Aufsichtsratswahl	203
1. Wahlvorschlag nach AktG.....	203
2. Wahlvorschlag nach DCGK	204
3. Wahlvorschlag laut Kommissionsempfehlung.....	205
4. Die Missachtung von § 100 V AktG in den einzelnen Stadien der Aufsichtsratswahl	206
a) Die Missachtung von § 100 V AktG beim Wahlvorschlag	206
b) Die Missachtung von § 100 V AktG beim Wahlbeschluss.....	207
aa) Nichtigkeit.....	207
bb) Anfechtbarkeit.....	208
§ 10 KONZERNFRAGEN IM KONTEXT EUROPÄISCHER CORPORATE-GOVERNANCE- STRÖMUNGEN.....	209
§ 11 DER INFORMATIONSFLUSS IM KONZERN.....	213
A. Gesetzlich normierte Berichtspflichten mit Konzernbezug.....	213
I. Berichtspflicht des Vorstands an den Aufsichtsrat.....	213
II. Informationen für den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht	214
III. Auskunftsrechte kraft Aktionärsstellung.....	214
B. Befugnis des Aufsichtsrats der Obergesellschaft zur Informationsgewinnung?	215
I. Eigenes Informationsbeschaffungsrecht des Aufsichtsrats?	215

Inhaltsverzeichnis

II. Informationsbeschaffungsrecht kraft Ermächtigung?	216
III. Gemeinsame Aufsichtsratssitzungen	216
C. Möglichkeiten umfassender Informationsweitergabe	218
I. Eingliederungskonzern	218
II. Vertragskonzern	218
III. Faktischer Konzern	219
1. Pflicht der abhängigen Gesellschaft zur Informationserteilung	219
2. Berechtigung der abhängigen Gesellschaft zur Informationserteilung ...	220
a) Herleitung der Berechtigung	220
b) Organkompetenz zur Informationsweitergabe	222
aa) Kompetenz des Gremiums Aufsichtsrat	222
(1) 1. Ansicht: Keine Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Obergesellschaft	222
(2) 2. Ansicht: Unbeschränkte Geltung der Verschwiegenheitspflicht ..	222
(3) 3. Ansicht: Wertneutrale Informationen dürfe der Aufsichtsrat weitergeben	223
(4) Stellungnahme	223
bb) Doppelmandatsträger im Tochteraufsichtsrat	225
(1) 1. Ansicht: Keine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht	225
(2) 2. Ansicht: Ausnahme von der Kompetenzverteilung für Konzernmandatsträger	225
(3) 3. Ansicht: Einbeziehung des Tochtervorstands	226
(4) Stellungnahme	226
3. Informationserlangung durch Mitarbeiter von Aufsichtsratsmitgliedern.	228
D. Der Informationsfluss im Konzern und Insiderhandel	231
5. TEIL DER UMGANG MIT INTERESSENKONFLIKTEN	233
§ 12 REPRESSIONEN IN DER UNABHÄNGIGEN AG	233
A. Typisierung von Interessenkonflikten	233
B. Handlungsanweisung aufgrund der Treuepflicht	234
I. Offenlegung	235
II. Einteilung in Interessensphären und Rangzuweisung	235
III. Stimmrechtsausschluss	235
IV. Sitzungs- und Informationsausschluss	237

Inhaltsverzeichnis

V. Mandatsniederlegung	239
C. Handlungsanweisung aufgrund DCGK	240
I. Offenlegung	240
II. Bericht an die Hauptversammlung	240
III. Mandatsbeendigung	243
D. Konfliktprävention durch Ausschussbildung	243
§ 13 REPRESSIONEN BEI KONZERNMANDATEN	244
A. Rollentrennung	244
B. Beschlussfassung über die Entlastung	246
C. Stimmverbot analog § 34 BGB?	246
I. Pro Stimmverbot	247
1. Mittelbarer Interessenkonflikt reiche aus	247
2. Rechtsgeschäft	249
II. Contra Stimmverbot	250
1. Stimmverbot sei restriktiv anzuwenden	250
2. Persönliche Interessenlage sei maßgeblich	250
3. Ermöglichung der Konzernleitung	251
4. Stimmverbot sei praktisch untauglich	252
III. Stellungnahme	252
1. Stimmverbot verhindert Vorteile zugunsten der Tochtergesellschaft	252
2. Konzernrecht bietet vorrangige Regeln zur Konfliktlösung	253
D. Haftungsrechtliche Interdependenz verschiedener Konzernmandate	254
I. Haftung des Doppelmandatars gegenüber der Tochtergesellschaft	254
II. Haftung der „entsendenden“ Gesellschaft	254
1. Haftung aufgrund konzernrechtlicher Regelungen	254
a) Haftung im Vertragskonzern	255
b) Haftung im faktischen Konzern	256
c) Ergebnis	256
2. Zurechnung nach § 31 BGB	256
a) Persönlicher Anwendungsbereich	257
b) Sachlicher Anwendungsbereich	257
aa) Contra	258
bb) Pro	258
cc) Stellungnahme	259

Inhaltsverzeichnis

c) Ergebnis	262
III. Haftung des Doppelmandatars gegenüber der Obergesellschaft für Pflichtverletzungen in der Tochtergesellschaft.....	263
§ 14 RECHTSFOLGEN DES FEHLERHAFTEN UMGANGS MIT INTERESSENKONFLIKTEN..	266
A. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Handlungsanweisung nach dem DCGK.....	266
B. Fehlerhafter Umgang mit Interessenkonflikten und Auswirkung auf die Business Judgment Rule	266
C. Abhilfe durch D&O-Versicherungen?	269
6. TEIL SCHLUSS	271
§ 15 ERGEBNISSE.....	271
A. Der strategische Wert des Aufsichtsratsmandats	271
B. Organverhältnis vs. Eigeninteresse	271
C. Mehrfachmandate außerhalb des Konzerns	271
D. Der Aufsichtsrat im Konzern.....	272
I. Kein obligatorischer Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat	272
II. Der Unabhängigkeitsbegriff in Konzernlagen	273
III. Die Berechtigung von Konzernmandaten	274
IV. Konfliktlösung	274
E. Ein Plädoyer für das Konzernrecht	275
LITERATURVERZEICHNIS	277

§ 1 Einleitung

A. Problemstellung

„Das Aktienrecht war und ist politisches Recht und deshalb stets Schauplatz zeitgebundener Reformen.“¹

Der deutsche Aktienkonzern steht auf dem Prüfstand aktueller Reformbestrebungen im Aktiengesetz (AktG), Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) und europäischen Sekundärrecht. Qualifikation, Heterogenität und Unabhängigkeit sind zentrale Begriffe der gegenwärtigen Corporate-Governance-Diskussion.²

Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats zu gewährleisten hat insbesondere im anglo-amerikanischen Unternehmensrecht einen hohen Stellenwert. Während nach deutschem Aktienrecht die Trennung von Aufsichtsrat und Vorstand eine Unabhängigkeit des Kontrolleurs vom Kontrollobjekt institutionell absichert, gehören im monistischen *Board*-Modell die geschäftsführenden und kontrollierenden *Board*-Mitglieder demselben Organ an. Unabhängigkeit als Grundvoraussetzung für eine funktionierende Kontrolle muss daher anderweitig garantiert werden. Gerade institutionelle Anleger aus dem anglo-amerikanischen Raum betrachten deshalb eine große Zahl an unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern als Standard guter Unternehmensführung.³ Der Blickwinkel anderer Rechtsordnungen ist bei der Ausgestaltung eines Leitbilds guter Unternehmensführung nicht außer Acht zu lassen, zumal bereits 55% der Aktien deutscher DAX-Unternehmen von ausländischen Investoren gehalten werden.⁴

Seit Erlass des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG)⁵ macht § 100 V AktG Unabhängigkeit zur Befähigungsvoraussetzung für jeden-

¹ Henssler/Wiedemann, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 30.

² Langenbucher, ZGR 2012, 314, 321.

³ Johanson/Østergren, CG: An International Review 2010, 527, 529.

⁴ Ernst&Young, Wem gehört der DAX? Analyse der Aktionärsstruktur der Dax-Unternehmen, Stand 09.05.2013, S. 2.

⁵ Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts vom 25.05.2009, BGBl. I, S. 1102.

falls ein Aufsichtsratsmitglied, den Finanzexperten. Der DCGK empfiehlt eine angemessene Zahl von unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern. Problematisch ist die Frage, worauf sich „Unabhängigkeit“ bezieht. Die Kontrolle des Vorstands verlangt, dass der Aufsichtsrat vom Vorstand unabhängig sein muss. Die jüngere Corporate-Governance-Diskussion zielt darauf ab, den Einfluss weiterer Interessengruppen zu unterbinden: Laut Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK schließen persönliche oder geschäftliche Beziehungen zum kontrollierenden Aktionär die Unabhängigkeit aus. Diese Wertung wurde im Mai 2012 in den DCGK aufgenommen und geht auf den Katalog der Unabhängigkeitskriterien zurück, den die EU-Kommission schon 2005 in einer Empfehlung vorstellte.⁶ Ein so weitreichendes Unabhängigkeitsverständnis entwirft den Aufsichtsrat als ein neutrales Kontrollorgan. An der Besetzung des Aufsichtsrats mit Anteilseignervertretern und ggf. Arbeitnehmervertretern zeigt sich aber, dass der Gesetzgeber dem Aufsichtsrat ebenso eine Repräsentationsfunktion zugewiesen hat. Neben Eigentümern und Arbeitnehmern können auch Geschäftspartner und andere wichtige Interessengruppen im Aufsichtsrat vertreten sein. So erfolgten die personellen und finanziellen Verflechtungen zwischen deutschen Großunternehmen, die zur Bezeichnung „Deutschland AG“ führten, zum Großteil über Aufsichtsratsmandate.

Die Repräsentationsfunktion des Aufsichtsrats zeigt sich insbesondere, wenn in Familienunternehmen Mitglieder der Anteilseignerfamilien Aufsichtsratsposten besetzen. Die Absage des DCGK an persönliche Beziehungen zum kontrollierenden Aktionär leugnet das Kontrollbedürfnis der Anteilseignerfamilien, obwohl Familienunternehmen immerhin fast die Hälfte aller börsennotierten Unternehmen in Deutschland ausmachen.⁷

⁶ Vgl. Anhang II Ziff. 1 der Empfehlung der Kommission vom 15.2.2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats (Empfehlung 2005/162/EG), ABl. EG 2005 Nr. L 52, S. 51.

⁷ *Stiftung Familienunternehmen*, Börsennotierte Familienunternehmen in Deutschland, S. 36, abrufbar unter: http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Boersennotierte_Familienunternehmen.pdf (Stand: 20.08.2014).

Elementare Konsequenzen hat das neue Unabhängigkeitspostulat, das geschäftliche Beziehungen zum Kontrollaktionär zurückdrängen will, für den faktischen Aktienkonzern. Da es bei faktischer Konzernierung gerade keinen Vertrag zwischen den verbundenen Unternehmen gibt, stützt sich die Leitungsmacht allein auf die Stimmrechte in der Hauptversammlung der Tochtergesellschaft und die daraus folgende Möglichkeit, Aufsichtsräte zu wählen, die die Interessen der Obergesellschaft berücksichtigen. Auch die Abhängigkeitsvermutung nach § 17 II AktG basiert auf der Annahme, dass der Mehrheitsaktionär theoretisch alle Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat bestimmen kann. Ein wesentliches Instrument der Konzernleitung liegt in der Besetzung des Tochteraufsichtsrats mit Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern der Obergesellschaft. Diese Praxis war bisher zulässig, da das Aktienrecht jedenfalls bis zur Einführung von § 100 V AktG keinen Konzerneingangsschutz gekannt hat. Durch die Voraussetzung eines unabhängigen Finanzexperten in § 100 V AktG wird die Diskussion darum neu angefacht, ob ein obligatorischer Vertreter der Minderheitsaktionäre im Aufsichtsrat etabliert werden soll.

Kernfrage der vorliegenden Arbeit ist, ob das deutsche Konzernrecht, wie es der AktG-Gesetzgeber von 1965 konzipiert hat, zukunftsfähig ist und in der bisherigen Form beibehalten werden soll. Hier ist eine Grundsatzentscheidung zu treffen, die sich auf die folgenden Fragen auswirkt: Wie ist der Unabhängigkeitsbegriff in § 100 V AktG auszulegen? Soll ein obligatorischer Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat etabliert werden? Wie ist mit den konzernfeindlichen Änderungen des DCGK aus dem Jahr 2012 umzugehen? Bieten Aufsichtsratsmandate in verbundenen Unternehmen weiterhin ein zulässiges Mittel zur Konzernleitung? Wie sind Interessenkonflikte im Unternehmensverbund zu lösen?

B. Gang der Untersuchung

Bevor die aktuellen Herausforderungen an das Aufsichtsratsmandat im Konzern ausführlich diskutiert werden, wird zunächst ausgehend von der unabhängigen Aktiengesellschaft (AG) ein Überblick über die Aufgaben des Aufsichtsrats und etwaige Schwierigkeiten bei ihrer Erfüllung gege-

ben. Im Grundlagenteil wird daher die Stellung des Aufsichtsrats im Organgefüge der AG anhand seiner Aufgaben und Organisation beleuchtet. Im zweiten Teil werden am Beispiel von Beratungsverträgen (§ 3) und der Arbeitnehmereigenschaft (§ 4) einzelne Spannungsverhältnisse erläutert, die zwischen der Organfunktion und Eigeninteressen des Aufsichtsratsmitglieds auftreten können. Daraufhin wird im dritten Teil erklärt, inwiefern Mehrfachmandate die Quelle von Interessenkollisionen sein können. Nach einem Überblick über die lange Geschichte von Mehrfachmandaten und ihren wirtschaftlichen Vorteilen (§ 5) wird ein Überblick über ausgewählte kritische Verflechtungen (parallele Mandate bei Konkurrenzunternehmen, Banken und der öffentlichen Hand) gegeben (§§ 6, 7). Teil 4 widmet sich dem Aufsichtsrat einer konzernverbundenen Gesellschaft. Nach einer kurzen Skizzierung des Konzernrechts als Organisationsrecht werden Aufgaben und Verhaltensmaßstab der Gesellschaftsorgane in verbundenen Unternehmen erörtert (§ 8). Die Untersuchung personeller Verflechtungen im Konzern bildet den Schwerpunkt der Arbeit (§ 9). Zunächst werden Mehrfachmandate als Instrument zur Konzernleitung vorgestellt und die Reichweite der Einflussnahme auf das Organverhältnis bestimmt. Eine Kernfrage der vorliegenden Arbeit ist die Vereinbarkeit des Unabhängigkeitspostulats mit dem deutschen Konzernrecht. Dazu werden die Unabhängigkeitsverständnisse der EU-Kommission, des AktG und des DCGK herausgearbeitet und kritisch bewertet. Als Anknüpfungspunkte dienen das Prinzip der dualistischen Unternehmensleitung, die Diskussion um einen Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat, die Reichweite des bestehenden aktienrechtlichen Minderheitsschutzes, die Auswirkungen des Unabhängigkeitsverständnisses auf Familienunternehmen und etwaige Spannungen zu der Forderung nach einer Professionalisierung des Aufsichtsrats. Sodann wird der aktuelle Stand der Planung eines gemeinsamen Konzernrechts auf EU-Ebene skizziert (§ 10). Einen Grundpfeiler der Einflussssicherung durch Konzernmandate bilden die Informationsströme im Konzern (§ 11). Hier ist zu klären, welche Informationsansprüche und Rechte zur Informationsweitergabe bestehen und ob das Konzernrecht in der Lage ist, die Verschwiegenheitspflicht des Konzernmandatsträgers einzuschränken. In Teil 5 wird erörtert, wie mit Interessenkonflik-

§ 1 Einleitung

ten von Aufsichtsräten umzugehen ist. Bei Aufsichtsratsmitgliedern in der unabhängigen AG besteht sowohl im Rahmen der Treuepflicht als auch aufgrund der Empfehlungen des DCGK ein gestuftes Repressionssystem (§ 12). Es bleibt zu prüfen, ob Interessenkonflikte bei Konzernmandaten auf dieselbe Weise aufzulösen sind (§ 13). Zuletzt werden die haftungsrechtlichen Konsequenzen des fehlerhaften Umgangs mit Interessenkonflikten aufgezeigt (§ 14). Die Arbeit schließt mit einer Schlussbetrachtung und Zusammenfassung der Ergebnisse (6. Teil).

1. Teil Grundlagen

§ 2 Der Aufsichtsrat im Organgefüge der Aktiengesellschaft

Im Fokus der vorliegenden Arbeit steht der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft und die Interessenkollisionen, die sich aus dem Nebenamtcharakter des Aufsichtsratsmandats ergeben können. Bevor einzelne Fallgruppen von Interessenkonflikten behandelt werden, soll zunächst die Stellung des Aufsichtsrats im Organgefüge der Aktiengesellschaft anhand seiner Aufgaben und Organisation skizziert werden.

A. Überblick über die Organe der AG

Die Aktiengesellschaft zeichnet sich durch eine Dreiteilung in Eigentum, Leitung und Überwachung aus: Die Anteilseigner äußern ihren Willen über das Organ der Hauptversammlung, die Leitung obliegt dem Vorstand und die Überwachung des Vorstands erfolgt durch den Aufsichtsrat. Die Aufgaben dieser Organe werden im Folgenden benannt.

I. Aufgaben der Hauptversammlung

Die mindestens einmal jährlich stattfindende Hauptversammlung dient den Anteilseignern zur Einflussnahme auf die Gesellschaft mittels ihres Stimmrechts. Die Rechte der Hauptversammlung sind in § 119 AktG niedergelegt.

II. Aufgaben des Vorstands

Der Vorstand leitet die Geschäfte der Gesellschaft unter eigener Verantwortung (§ 76 I AktG). Ihm obliegt die grundsätzlich unbeschränkte Geschäftsführung (§§ 77 i.V.m. 82 II AktG) und die unbeschränkbare Vertretung nach außen (§§ 78 i.V.m. 82 I, II AktG). Der Vorstand muss für

1. Teil Grundlagen

den Unternehmenserfolg, zu verstehen als Bestand des Unternehmens und dauerhafte Rentabilität, sorgen.¹

Bei der Geschäftsführung hat jedes Vorstandsmitglied gem. § 93 I 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Damit werden die zu beachtenden Verhaltensregeln für das Vorstandshandeln und auch der Haftungsmaßstab niedergelegt.² Den Vorstand treffen im Einzelnen eine Legalitäts-, Sorgfalts- und Überwachungspflicht. Die Legalitätspflicht hält das Vorstandsmitglied zu gesetzestreuem Verhalten an, während die Sorgfaltspflicht als Generalklausel zur sorgfältigen Unternehmensleitung mahnt. Handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung, wird die Sorgfaltspflicht des Vorstandsmitglieds durch die in § 93 I 2 AktG geregelte Business Judgment Rule konkretisiert: Eine Pflichtverletzung wird verneint, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Ferner hat der Vorstand eine Überwachungspflicht: Aus dem Grundsatz der Gesamtverantwortung folgt, dass die verschiedenen Vorstandsmitglieder einander bei Arbeitsteilung gegenseitig zu überwachen haben. Außerdem muss jedes Vorstandsmitglied darüber wachen, dass sich die Untergegebenen in seinem Verantwortungsbereich gesetzeskonform verhalten.³

Neben diesen Sorgfaltspflichten enthält § 93 AktG auch Treuepflichten, da der Vorstand treuhänderisch das Vermögen der Gesellschaft verwaltet.⁴ Hierbei soll er dem Unternehmensinteresse den Vorrang vor eigenen oder Drittinteressen geben.⁵ Unterfälle der Treuepflicht sind das Wettbewerbsverbot gem. § 88 I AktG und die Verschwiegenheitspflicht gem. § 93 I 3 AktG. Die Verschwiegenheitspflicht schützt Geheimnisse und vertrauliche Angaben (§ 93 I 3 AktG). Geheimnisse der Gesellschaft sind nicht offenkundige Tatsachen, die nach dem geäußertem oder dem aus dem Ge-

¹ Heidel/Oltmanns, § 76, Rn. 8; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, §14 Rn. 14.

² Hüffer/Koch, § 93 Rn. 1; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 10.

³ Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 96; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 54.

⁴ Hölters/Hölters, § 93 Rn. 114; Hüffer/Koch, § 84 Rn. 10.

⁵ Hölters/Hölters, § 93 Rn. 114; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, §14 Rn. 14.

sellschaftsinteresse ableitbaren mutmaßlichen Willen der AG auch nicht offenkundig werden sollen, wenn an der Geheimhaltung ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse besteht.⁶ Vertrauliche Angaben sind Umstände, deren Bekanntwerden nachteilige Folgen für die Gesellschaft haben kann, auch wenn kein Geheimnis vorliegt.⁷ Ein schuldhafter Verstoß gegen diese verwirklicht den Straftatbestand des § 404 StGB. Nach Ausscheiden aus dem Amt ist die Verschwiegenheitspflicht als nachwirkende Treuepflicht weiterhin einzuhalten.⁸

III. Aufgaben des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat besteht aus Anteilseignervertretern und u.U. Arbeitnehmervertretern. Die Anteilseignervertreter werden durch die Hauptversammlung gewählt, von bestimmten Aktionären entsandt oder gerichtlich bestellt, § 101 I 1 AktG.

Hauptaufgabe des Aufsichtsrats in der AG ist die Überwachung des Vorstands, § 111 I AktG. Hierin liegt ein Unterschied zur GmbH, in der die Kontrolle der Geschäftsführung nicht allein dem (grundsätzlich fakultativen) Aufsichtsrat, sondern auch der Gesellschafterversammlung obliegt, die Weisungsrechte nach § 37 und § 46 Nr. 6 GmbHG geltend machen kann. Der Aufsichtsrat der AG überprüft das Handeln des Vorstands auf Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit (d.h. Organisation und Planung), Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit.⁹ Er erlässt außerdem eine Geschäftsordnung für den Vorstand (§ 77 II AktG), hat die Personalkompetenz hinsichtlich des Vorstands (§ 84 AktG) und fordert Vorstandsberichte an (§ 90 AktG). Er muss sich ferner davon überzeugen, dass das Risiko-früherkennungssystem vorhanden ist (§ 91 II AktG). Der Aufsichtsrat ist für die Erteilung des Prüfungsauftrags zuständig (§ 111 II 3 AktG) und prüft Jahresabschluss, Lagebericht und Gewinnverwendungsvorschlag

⁶ Hüffer/Koch, § 93 Rn. 30; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 117; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 135.

⁷ MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 120; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 137.

⁸ Hüffer/Koch, § 93 Rn. 30; MüKoAktG/Spindler, § 93 Rn. 132; allgemein zum Nachwirken der Treuepflicht Hölters/Hölters, § 93 Rn. 132.

⁹ Lutter, AG 2006, 517, 519.

(§ 171 AktG). Er erstellt einen Bericht an die Hauptversammlung (§ 172 AktG) und prüft den Abhängigkeitsbericht (§ 314 AktG). Außerdem vertritt er die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich gegenüber den Vorstandsmitgliedern (§ 112 AktG).

Neben der vergangenheitsbezogenen Kontrolle des Vorstandshandelns ist der Aufsichtsrat auch Ratgeber des Vorstands und nimmt damit eine präventive Kontrolle wahr. Diese Funktion hat gerade in Krisenzeiten eine bedeutende Rolle. Indem durch das TransPuG¹⁰ in § 111 IV AktG die Pflicht geschaffen wurde, Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats einzurichten, erhielt die präventive Kontrollaufgabe des Aufsichtsrats zusätzliche Stärkung. Bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterliegt der Aufsichtsrat den besonderen Verhaltenspflichten aus §§ 93 i.V.m. 116 S. 1 AktG.

B. Interessenbindungen der Organe der AG

I. Das Unternehmensinteresse

Handlungsmaxime von Aufsichtsrat und Vorstand ist das Wohl der Gesellschaft (§ 93 I 2 AktG für den Vorstand und §§ 93 I 2 i.V.m. 116 S. 1 AktG für den Aufsichtsrat). Das Gesetz bietet keine nähere Bestimmung des Gesellschaftswohls. Zwar spricht § 3 III WpÜG vom „Interesse der Zielgesellschaft“, bleibt aber eine nähere Konkretisierung schuldig. Auch Ziffern 3.7 S. 3, 4.1.1 S. 2, 4.3.3 S. 1 und 5.5.1 S. 1 DCGK setzen ein „Unternehmensinteresse“ voraus, ohne eine Definition zu nennen.

Insbesondere in seiner Bedeutung als Richtwert für das Aufsichtsratshandeln unterlag der Begriff des Unternehmensinteresses einem historischen Wandel: Der Aufsichtsrat war nach dem ADHGB von 1861 als Aktionärsausschuss konzipiert und sollte demnach die Anteilseignerinteressen

¹⁰ Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität vom 19.07.2002, BGBl. I, S. 2681.

verfolgen.¹¹ Zwar ging auch der Gesetzgeber von 1884 davon aus, dass der Aufsichtsrat die Aufgabe habe, gegenüber dem Vorstand die Rechte der Aktionäre wahrzunehmen, er verfolgte aber mit der Reform des AD-HGB schwerpunktmäßig das Ziel, den Aufsichtsrat als ein wirksames Kontrollorgan auszugestalten.¹² In einer Entscheidung aus dem Jahr 1901 charakterisierte das Reichsgericht den Aufsichtsrat als ein Organ mit der Aufgabe „die Gerechtsame¹³ nicht nur der Aktionäre, sondern auch der Gläubiger wahrzunehmen“¹⁴ und forderte damit eine Rücksichtnahme auch auf Gläubigerinteressen. Nach dem Ersten Weltkrieg etablierte sich allmählich die Annahme, dass Großunternehmen soziale Verantwortung tragen. So wurde beispielsweise die Lehre vom „Unternehmen an sich“ vertreten, derzufolge eine Aktiengesellschaft Gemeinwohlbelangen zu dienen habe.¹⁵ § 70 I AktG von 1937 sah vor, dass der Vorstand bei der Leitung der Gesellschaft auch den „Nutzen von Volk und Reich“ verfolgen müsse.¹⁶ Dieser Gemeinwohlbezug wurde zwar in späteren Aktienreformen nicht wieder im Wortlaut aufgegriffen, allerdings wurde insbesondere mit der Einführung der Arbeitnehmermitbestimmung eine sozialpolitische Zielsetzung in der Aufsichtsratsstruktur verankert.

Eine Rückbesinnung auf die primäre Verfolgung von Anteilseignerinteressen zeigt sich im *Shareholder-Value-Ansatz*, der in der jüngeren Diskussion über die Bestimmung des Unternehmensinteresses herangezogen wird. Demnach ist das Unternehmensinteresse mit dem Aktionärsinteresse gleichzusetzen. *Shareholder Value* bezeichnet den Marktwert des Eigenkapitals einer Unternehmung, der bei börsennotierten Unternehmen durch die Börsenkapitalisierung repräsentiert wird.¹⁷ Ob eine Maßnahme im Un-

¹¹ *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 808; *Diekmann/Bidmon*, NZG 2009, 1087, 1090; *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221, 225; *Rubner/Fischer*, NJW-Spezial 2012, 399; *Habersack*, ZHR 168 (2004), 373, 378.

¹² Allgemeine Begründung des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften vom 7. März 1884, Aktenstück Nr. 21, abgedruckt in: *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 458.

¹³ Heute etwa mit dem Begriff „(Vor)recht“ gleichzusetzen, Duden, Bd. 1, „Gerechtsame“.

¹⁴ RGZ 48, 40, 44 f.

¹⁵ *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 278.

¹⁶ § 70 I AktG 1937, abgedruckt bei *Schlegelberger*, AktG 1937, S. 305.

¹⁷ *Kuhner*, ZGR 2004, 244, 258; *Eidenmüller*, JZ 2001, 1041, 1043.

1. Teil Grundlagen

ternehmensinteresse liegt, wird nach ihrem finanziellen Nutzen für die Anteilseigner beurteilt.¹⁸ Gesellschaftswohl in diesem Sinne ist die höchstmögliche Aktionärsrendite.¹⁹

Die Gegenansicht steht für eine gleichrangige Berücksichtigung der Interessen der *Stakeholder* (Arbeitnehmer, Gläubiger und Allgemeinheit) ein.²⁰ In der Gesellschaft maßgeblich verankert sind die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit. Konfligieren diese Interessen, ist keines per se vorrangig, stattdessen hat der Vorstand sie alle zu berücksichtigen und nach seinem Ermessen zu gewichten.²¹ Bei einer Abwägung ist darauf zu achten, dass die Aktionäre als Eigenkapitalgeber auch Träger des unternehmerischen Risikos sind.²² Dass die Organe sich nicht allein nach den Interessen der Anteilseigner zu richten haben, ergibt sich aus der Weisungsfreiheit für Vorstand (§ 76 I AktG) und Aufsichtsrat (§ 111 V AktG), die sonst widersinnig wäre.²³

Soll der Vorstand das Unternehmensinteresse wahren, bedeutet dies die Leitung der Gesellschaft im Interesse der Anteilseigner unter der Nebenbedingung der gleichzeitigen bestmöglichen Wahrung der Interessen von *Stakeholdern*.²⁴ Das Unternehmensinteresse ist damit keine feste Größe, sondern Ergebnis einer Abwägung betroffener Interessen im Einzelfall.²⁵ Hierbei ist die langfristige Überlebens- und Konkurrenzfähigkeit des Unternehmens anzustreben.²⁶ Das Unternehmensinteresse bleibt ein unbestimmter Rechtsbegriff. Gerade weil der Gehalt des *Stakeholder Value* schwer zu fassen ist, lassen sich viele Maßnahmen über diesen Begriff rechtfertigen. Somit besteht die Gefahr, dass der Vorstand unter dem Deckmantel des

¹⁸ Kuhner, ZGR 2004, 244, 258.

¹⁹ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 21 Rn. 26.

²⁰ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 21 Rn. 27.

²¹ Heidel/Oltmanns, § 76 Rn. 8; MüKoAktG/Spindler, § 76 Rn. 63; Spindler/Stilz, § 116 Rn. 27.

²² Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 21 Rn. 28.

²³ Schmidt, FS Imhoff, S. 69, 82.

²⁴ Kirchner, WM 2000, 1821, 1825.

²⁵ Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 893; Spindler/Stilz, § 116 Rn. 27.

²⁶ Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 893.

Unternehmensinteresses eigene Interessen verfolgt.²⁷ Dieses Problem wird in der Neuen Institutionenökonomik unter dem Begriff Prinzipal-Agent-Konflikts analysiert und soll im Folgenden erläutert werden.

II. Interessenbindungen nach der Neuen Institutionenökonomik

Die Neue Institutionenökonomik widmet sich den organisatorischen Rahmenbedingungen der Wirtschaft und untersucht das opportunistische Verhalten einzelner Marktteilnehmer.²⁸ Die ökonomische Theorie des Kapitalgesellschaftsrechts erklärt das Verhalten von Verbänden mit dem interessengeleiteten Handeln der im Verband zusammengeschlossenen Individuen. Dahinter steht das Verhaltensmodell des *Homo Oeconomicus*, das den Menschen als rationalen Nutzenmaximierer begreift.²⁹ Aus dieser Grundannahme folgt, dass zwei oder mehr rational und eigennützig handelnde Akteure nur dann freiwillig eine Vereinbarung treffen, wenn alle Beteiligten sich davon einen Vorteil erhoffen.³⁰

1. Prinzipal-Agent- Theorie

a) Der Grundkonflikt

Die Trennung von Eigentum und Kontrolle innerhalb eines Unternehmens ruft Misstrauen gegenüber den Akteuren der Unternehmensführung hervor. Diesem Problem widmet sich die Prinzipal-Agent-Theorie. Sie zählt zu den ökonomischen Vertragstheorien und behandelt das Problem der asymmetrischen Informationsverteilung zwischen einem Auftraggeber (Prinzipal) und dem Beauftragten (Agent).³¹ Nach dem *Homo Oeconomicus*-Modell verfolgen sowohl Prinzipal als auch Agent einen

²⁷ Eidenmüller, JZ 2001, 1041, 1044; van Drunen, Funktionsdefizite, S. 137.

²⁸ Fleischer, ZGR 2001, 1, 3.

²⁹ Näher dazu Eidenmüller, JZ 2001, 1041, 1042.

³⁰ Eidenmüller, JZ 2001, 1041, 1043.

³¹ Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 218; Koch, in: Birk/Bruse/Saenger, Forum Unternehmenskauf, S. 106 f.; eine Einführung bieten Pratt/Zeckhauser, in: Pratt/Zeckhauser, Principals and Agents, S. 1 ff.

möglichst großen Eigennutzen zu möglichst geringen Kosten.³² Der Beauftragte wird für den Auftraggeber tätig und hat hierbei einen gewissen Entscheidungsspielraum.³³ Handelt der Agent für den Prinzipal, werden letzterem nur die Ergebnisse offenbar, die Tätigkeit selbst wird vom Prinzipal nicht unmittelbar beobachtet. Das Problem liegt somit in der Trennung von Eigentum und Kontrolle.³⁴ Gegenstand der Prinzipal-Agent-Theorie ist die Frage, durch welche vertraglichen und institutionellen Vorkehrungen der Prinzipal den Agenten hinreichend kontrollieren kann.³⁵ Zunächst können Überwachungssysteme eingeführt werden (*monitoring*).³⁶ Die Prinzipal-Agent-Theorie befürwortet ferner, eigennützige, besser informierte Agenten durch Anreize (*incentives*) zu lenken.³⁷ Die Anreize sollen zu einem Interessengleichlauf von Prinzipal und Agent führen, der den Raum für Opportunismus auf Kosten des Prinzipals verengt.³⁸ Die Maßnahmen zur Verringerung opportunistischen Verhaltens führen ihrerseits zu Kosten (*agency costs*).³⁹

b) Prinzipal-Agent-Beziehungen in der AG

aa) Der Vorstand als Agent

In der Aktiengesellschaft kann die Prinzipal-Agent-Theorie auf das Verhältnis von Anteilseignern und Vorstand bezogen werden. Die Anteilseig-

³² *Davis/Schoorman/Donaldson*, *Academy of Management Review*, Vol. 22 No. 1, 20, 22; *Koch*, in: *Birk/Bruse/Saenger*, *Forum Unternehmenskauf*, S. 107.

³³ *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, S. 173.

³⁴ *Martynow*, *Journal of Business Ethics* (2009), 239; *Koch*, in: *Birk/Bruse/Saenger*, *Forum Unternehmenskauf*, S. 109; *Davis/Schoorman/Donaldson*, *Academy of Management Review*, Vol. 22 No. 1, 20, 23.

³⁵ *Hopt*, *ZGR* 2004, 1, 3.

³⁶ Zum *monitoring* siehe *Pratt/Zeckhauser*, in: *Pratt/Zeckhauser*, *Principals and Agents*, S. 1, 5 f.; *Koch*, in: *Birk/Bruse/Saenger*, *Forum Unternehmenskauf*, S. 115 f.

³⁷ *Pratt/Zeckhauser*, in: *Pratt/Zeckhauser*, *Principals and Agents*, S. 1, 8 f.

³⁸ *Davis/Schoorman/Donaldson*, *Academy of Management Review*, Vol. 22 No. 1, 20, 23.

³⁹ *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, S. 176; *Eidenmüller*, *JZ* 2001, 1041, 1046 ff.

ner delegieren die Geschäftsführung auf den Vorstand.⁴⁰ Eigentum (Aktionäre) und Kontrolle (Vorstand) fallen damit auseinander.⁴¹ Das aus dieser Trennung resultierende Kontrolldefizit variiert je nach Anteilseignerstruktur. Gemäß § 100 II 1 Nr. 4 AktG ist der unmittelbare Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat dann möglich, wenn 25% der Aktionäre dafür stimmen. Somit geht der Gesetzgeber davon aus, dass reine Publikumsgesellschaften anfälliger für willkürliches Handeln des Vorstands sind als Gesellschaften, die entweder über einen Großaktionär verfügen oder über eine kleine homogene Aktionärsgruppe (wie z.B. einer Eignerfamilie).⁴²

Soll die Pflichtenbindung des Vorstands anhand der Prinzipal-Agent-Theorie bestimmt werden, genügt kein Verweis auf das Unternehmensinteresse. Das Unternehmensinteresse kann nämlich in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie nicht als ein von Individuen losgelöstes Verbandsinteresse interpretiert werden. Die Ökonomik geht vom Individuum aus und billigt dem Verband als solchen kein Interesse zu. Stattdessen setzt sich das Unternehmensinteresse aus dem Interesse der Anteilseigner und der *Stakeholder* zusammen, so dass diese beiden Personengruppen gegenüber dem Vorstand als Prinzipale auftreten. Die Konstellation, dass ein Agent zugleich zwei Prinzipalen dient, ist problematisch, wenn deren Aufträge in keinem klaren Rangverhältnis zueinander stehen und somit der Willkür des Agenten Vorschub geleistet wird.⁴³ Im Verhältnis von *Shareholdern* und *Stakeholdern* wird jedoch den *Shareholder*-Interessen im Konfliktfall der Vorrang einzuräumen sein, zumal die Aktionäre das wirtschaftliche Risiko des Vorstandshandelns tragen.⁴⁴

⁴⁰ Koch, in: Birk/Bruse/Saenger, Forum Unternehmenskauf, S. 112; van Drunen, Funktionsdefizite, S. 45.

⁴¹ van Drunen, Funktionsdefizite, S. 45.

⁴² Löbbe/Fischbach, AG 2012, 580, 581; BT-Drs. 16/13433, S. 11.

⁴³ Koch, in: Birk/Bruse/Saenger, Forum Unternehmenskauf, S. 111.

⁴⁴ Koch, in: Birk/Bruse/Saenger, Forum Unternehmenskauf, S. 111; Eidenmüller, JZ 2001, 1041, 1044.

bb) Der Aufsichtsrat als Agent

Der Aufsichtsrat dient als Institution zur Überwachung des Vorstandshandelns (§ 111 I AktG). Die Aufsichtsratsarbeit stellt ein Instrument dar, um dem Prinzipal-Agent-Konflikt zwischen *Shareholdern* und *Stakeholdern* auf der einen Seite und dem Vorstand auf der anderen Seite entgegenzutreten. Zugleich ergibt sich ein neuer Konflikt, da der Aufsichtsrat selbst als Agent für die Aktionäre tätig wird, es aber möglich ist, dass er hierbei eigene Interessen verfolgt. Die Effizienz der Kontrolle könnte dadurch geschmälert werden, dass Aufsichtsratsmitglieder und Vorstände häufig denselben beruflichen und sozialen Hintergrund haben und daher dieselben Bewertungsmaßstäbe und Denkmuster haben könnten.⁴⁵

2. Stewardship-Theorie

Neben der Prinzipal-Agent-Theorie wird auch die *Stewardship*-Theorie zur Erklärung des Verhaltens von Organen herangezogen. Nach der *Stewardship*-Theorie verfolgt der Vorstand nicht seine persönlichen Ziele, sondern ist als ein Verwalter (*Steward*) zu betrachten, dessen Interessen auf die Zielvorgaben der Aktionäre ausgerichtet sind.⁴⁶ Auch wenn die eigenen Interessen des *Stewards* nicht denen seines Auftraggebers entsprechen, handele er im Sinne des Auftraggebers bzw. des gesamten Unternehmens, weil er darin den größeren Nutzen erkenne.⁴⁷ Ein Verhaltensbeispiel, das die *Stewardship*-Theorie stützt, wäre der Verzicht auf einen Teil des Lohns, um Zugeständnisse an die angespannte finanzielle Lage des Unternehmens zu machen.⁴⁸ Eine starke Kontrolle des *Stewards*, wie sie nach dem Prinzipal-Agent-Modell angezeigt wäre, könnte dazu führen,

⁴⁵ Seibert, FS Hommelhoff, S. 1111, 1117, bezeichnet dies als „Old-boys-network“.

⁴⁶ Davis/Schoorman/Donaldson, *Academy of Management Review*, Vol. 22 No. 1, 20, 21: “Stewardship theory defines situations in which managers are not motivated by individual goals, but rather are stewards whose motives are aligned with the objectives of their principals.”; ebenso Martynow, *Journal of Business Ethics* (2009), 239.

⁴⁷ Davis/Schoorman/Donaldson, *Academy of Management Review*, Vol. 22 No. 1, 20, 24; Martynow, *Journal of Business Ethics* (2009), 239, 241.

⁴⁸ Martynow, *Journal of Business Ethics* (2009), 239, 241.

dass der *Steward* den Kontrollmechanismus als Misstrauensbekundung interpretiert, sich verraten fühlt und demotiviert wird.⁴⁹

3. Fazit

Während die Prinzipal-Agent-Theorie davon ausgeht, dass der Agent die Kontrolle über fremdes Eigentum ausnutzt, um eigene Interessen zu verfolgen, besteht die Grundannahme der *Stewardship*-Theorie darin, dass der Vermögensverwalter persönliche Vorteile hinten anstellt, weil er in der Unterstützung des Auftraggebers den größeren Nutzen erkennt. Die *Stewardship*-Theorie stellt sich auf den ersten Blick als Gegenentwurf zur Prinzipal-Agent-Theorie dar, beide Theorien können jedoch in gegenseitiger Ergänzung angewendet werden. Menschliches Verhalten ist komplex und lässt sich eher selten anhand nur eines Stereotypus erklären oder vorhersagen.⁵⁰

C. Kriterien für die Bestellung des Aufsichtsrats

I. Gesetzliche Vorgaben

Die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder und ihre Zusammensetzung sind von der Unternehmensgröße und dem jeweils anwendbaren Mitbestimmungsstatut abhängig, insbesondere dem MitbestG⁵¹, MontanMitbestG⁵², MontanMitbestErgG⁵³ sowie dem DrittelbG⁵⁴ (vgl. §§ 95, 96 AktG). Für

⁴⁹ Vgl. *Davis/Schoorman/Donaldson*, *Academy of Management Review*, Vol. 22 No. 1, 20, 39.

⁵⁰ Ebenso *Martynow*, *Journal of Business Ethics* (2009), 239, 246 f.

⁵¹ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 04.05.1976, BGBl. I, S. 1153.

⁵² Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21.05.1951, BGBl. I S. 347.

⁵³ Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 07.08.1956, BGBl. I, S. 707.

⁵⁴ Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vom 18.05.2004, BGBl. I, S. 974.

1. Teil Grundlagen

die Besetzung von Aufsichtsratssitzen hat der Aufsichtsrat Vorschläge zu unterbreiten, § 124 III 1 AktG. Bezüglich der Mandatszahl sieht § 100 II 1 Nr. 1 i.V.m. S. 3 AktG vor, dass eine Person höchstens zehn Aufsichtsratsmandate gleichzeitig ausüben darf, wobei das Amt des Vorsitzenden doppelt zählt. Mehrfachmandate in Finanzinstituten sind auf fünf beschränkt (§ 36 III 6 KWG).

Nach § 100 I 1 AktG kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person Aufsichtsratsmitglied sein. Die Satzung kann für die Aktionärsvertreter weitere Voraussetzungen bestimmen (vgl. § 100 IV AktG). Gem. § 100 IV AktG können für Aufsichtsratsmitglieder, die nicht Arbeitnehmervertreter sind, weitere persönliche Voraussetzungen festgelegt werden. Während §§ 100 I, II, 105 AktG für alle Aufsichtsratsmitglieder gelten, finden sich für Arbeitnehmervertreter zusätzlich besondere Wählbarkeitsvoraussetzungen aufgrund der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften (§ 7 II-IV MitbestG, §§ 4 II, 6 I Montan-MitbestG, §§ 5, 6 MitbestErgG, § 4 II, III DrittelbG). Bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften (vgl. § 264d HGB) muss darüber hinaus gem. § 100 V AktG mindestens ein unabhängiges Mitglied über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen.

Weiterhin finden sich spezialgesetzliche Regelungen: Für die Mitglieder des Aufsichtsrats eines Finanzinstituts statuiert § 25d KWG seit dem 01.01.2014, diese müssten „zuverlässig sein, die erforderliche Sachkunde zur Wahrnehmung der Kontrollfunktion sowie zur Beurteilung und Überwachung der Geschäfte, die das jeweilige Unternehmen betreibt, besitzen und der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ausreichend Zeit widmen“. § 6 III 1 Investmentgesetz verlangt von den Anteilseignervertretern in den Aufsichtsräten von Kapitalanlagegesellschaften, dass sie „ihrer Persönlichkeit und ihrer Sachkunde nach die Wahrung der Interessen der Anteilssinhaber gewährleisten“.

Für die Aufsichtsratsmitglieder in ihrer Gesamtheit sind weder Unabhängigkeit, noch Fachkompetenz gesetzliche Bestellungskriterien. Fehlt die erforderliche Sachkunde, führt das nicht zur Unwirksamkeit der Bestellung, sondern ggf. zu Haftung nach §§ 116 S. 1, 93 II 1 AktG.

II. Vorgaben der Rechtsprechung

Der BGH hat entschieden, dass ein Aufsichtsratsmitglied „diejenigen Mindestkenntnisse und –Fähigkeiten besitzen oder sich aneignen muss, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können.“⁵⁵ Dies soll nicht als Zubilligung einer Einarbeitungsfrist verstanden werden, vielmehr muss die allgemeine Mindestqualifikation bis zum Amtsantritt erworben sein.⁵⁶ Es sei allenfalls mit Nachsicht zu behandeln, dass der frisch berufene Mandatsträger sich erst noch mit den Eigenheiten des konkreten Unternehmens befassen muss.⁵⁷ Das Aufsichtsratsmitglied darf sich schließlich nicht dauerhaft auf einen externen Berater stützen, sondern muss eigenständig seinen Aufgaben gerecht werden.⁵⁸

III. Empfehlungen des DCGK

Empfehlungen zur Zusammensetzung und Arbeitsweise des Aufsichtsrats enthält auch der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK). Laut Ziffer 5.4.1 soll der Aufsichtsrat so zusammengesetzt werden, dass seine Mitglieder insgesamt über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen. Ziff. 5.4.2 DCGK empfiehlt, dass dem Aufsichtsrat eine nach seiner Einschätzung angemessene Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören soll.

IV. Bestellungshindernisse

Wie für den Vorstand gibt es auch für den Aufsichtsrat Bestellungshindernisse (vgl. § 100 II AktG). Eine Person darf höchstens zehn Aufsichtsratsmandate gleichzeitig ausüben (§ 100 II 1 Nr. 1 AktG), wobei Mehr-

⁵⁵ BGHZ 85, 293, 295 f.

⁵⁶ *Hommelhoff*, ZGR 1983, 551, 574; *Semler*, FS K. Schmidt, S. 1489, 1499; MüKo-AktG/*Habersack*, § 116 Rn. 24.

⁵⁷ *Hommelhoff*, ZGR 1983, 551, 574.

⁵⁸ *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 600; *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 14.

fachmandate zum Zweck der Konzernleitung durch § 100 II 2 AktG privilegiert werden. Im Konzern darf ein Mitglied des Tochtervorstands nicht zugleich ein Aufsichtsratsmandat in der Obergesellschaft wahrnehmen (§ 100 II 1 Nr. 2 AktG). Ansonsten könnte nämlich der Tochtervorstand in seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied der Muttergesellschaft den Vorstand der Muttergesellschaft abberufen. Um das Rangverhältnis zwischen Muttervorstand und Tochtervorstand zu wahren, schließt § 100 II 1 Nr. 2 AktG deshalb aus, dass der Tochtervorstand den ihm übergeordneten Muttervorstand über ein Aufsichtsratsmandat abberufen kann. Das Verbot der Überkreuzverflechtung aus § 100 II 1 Nr. 3 AktG versperrt das Aufsichtsratsamt für den gesetzlichen Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der AG angehört. Aus der Funktionstrennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ergibt sich, dass das Aufsichtsratsamt demjenigen verwehrt ist, der Mitglied des Vorstandes derselben AG, deren Prokurist oder Generalhandlungsbevollmächtigter ist (§ 105 I AktG). Diese Grundsatzentscheidung traf schon der Gesetzgeber von 1884 in Art. 225a ADHGB.⁵⁹

Aufgrund ihrer Erfahrung und Kenntnis des jeweiligen Unternehmens sind ehemalige Vorstände beliebte Kandidaten für den Aufsichtsrat. Mit dem VorstAG⁶⁰ wurde eine sog. *Cooling-off*-Periode eingeführt: Nach § 100 II 1 Nr. 4 AktG darf dem Aufsichtsrat nicht angehören, wer in den letzten zwei Jahren Mitglied des Vorstandes derselben börsennotierten AG war, es sei denn, die Wahl ist aufgrund eines qualifizierten Aktionärsvorschlages (mindestens 25% der Stimmrechte) erfolgt. Mit dieser Regelung sollte es dem ehemaligen Vorstandsmitglied benommen werden, Fehler aus der eigenen Amtszeit im Nachhinein kaschieren zu können.⁶¹ Diese Norm vergegenwärtigt den „Zielkonflikt zwischen Unabhängigkeit und Qualifikation“⁶², da gerade ehemalige Vorstandsmitglieder aufgrund ihrer Kenntnis der Gesellschaft nützliche Aufsichtsratsmitglieder sein

⁵⁹ Art. 225a ADHGB 1884, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 595.

⁶⁰ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31.07.2009, BGBl. I, S. 2509.

⁶¹ BT-Drs. 16/13433, S. 11.

⁶² *Scholderer*, NZG 2012, 168.

können. Der Konflikt wird durch die Möglichkeit des qualifizierten Aktionärsvorschlags aufgelöst.

Inkompatibilitätsvorschriften finden sich auch außerhalb des Gesellschaftsrechts. So verbietet Art. 55 II GG dem Bundespräsidenten die Ausübung eines Aufsichtsratsmandats in einem auf Erwerb ausgerichteten Unternehmen. Bundeskanzler und Bundesminister bedürfen hierfür der Zustimmung des Bundestags (Art. 66 GG). Die Nebentätigkeit als Aufsichtsrat ist ferner den Mitgliedern des Bundeskartellamts versagt, § 51 V GWB.

D. Organisation, Vergütung und Haftung des Aufsichtsrats

I. Organisation und Arbeitsweise des Aufsichtsrats

1. Sitzungen

Der Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft muss gem. § 110 III 1 AktG mindestens zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr abhalten. In nicht börsennotierten Gesellschaften kann beschlossen werden, dass eine Sitzung pro Kalenderjahr ausreicht, § 110 III 2 AktG. Ein Teilnahmerecht haben laut § 109 I AktG nur die Aufsichtsratsmitglieder selbst. Vorstandsmitglieder dürfen teilnehmen, haben darauf aber keinen Anspruch.⁶³ § 109 I 2 AktG eröffnet die Möglichkeit, Sachverständige und Auskunftspersonen zu einzelnen Gegenständen hinzuzuziehen. Die Beschlussfassung im Aufsichtsrat erfolgt mit einfacher Mehrheit, sofern in der Satzung nichts anderes bestimmt ist.⁶⁴ Gem. § 116 S. 2 AktG sind Aufsichtsratsmitglieder zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet.

⁶³ Spindler/Stilz, § 109 Rn. 13; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 109 Rn. 6; Hüffer/Koch, § 109 Rn. 3.

⁶⁴ MHdbGesR/Hoffmann-Becking, Band IV, § 31 Rn. 62.

2. Berichtspflicht

Gem. § 171 II AktG muss der Aufsichtsrat der Hauptversammlung schriftlich berichten, wie er seine Kontrollaufgabe im vergangenen Geschäftsjahr erfüllt hat. Diese Berichtspflicht hat eine Informations- und eine Präventionsfunktion:⁶⁵ Der Bericht dient der Hauptversammlung zur Vorbereitung des Beschlusses über die Entlastung des Aufsichtsrats.⁶⁶ Zudem gerät der Aufsichtsrat durch die Offenlegung seines Vorgehens auch in Rechtfertigungsdruck und wird zu ordnungsgemäßer Amtsausübung animiert.⁶⁷

3. Der Aufsichtsratsvorsitzende

Der Aufsichtsrat hat aus seiner Mitte einen Vorsitzenden zu wählen (§ 107 I 1 AktG). Innerhalb des Aufsichtsrats nimmt der Vorsitzende eine leitende Position ein; er beruft die Sitzungen ein und legt die Tagesordnung fest. Außerdem ist der Vorsitzende für die Abstimmung des Aufsichtsrats mit den anderen Gesellschaftsorganen zuständig. Er pflegt den regelmäßigen Austausch mit dem Vorstand und nimmt damit eine vermittelnde Position zwischen dem Aufsichtsratsgremium und dem Vorstand ein.⁶⁸ In der Regel wird ihm in der Satzung die Leitung der Hauptversammlung übertragen.⁶⁹ Gem. § 176 I 2 AktG erläutert der Aufsichtsratsvorsitzende den Bericht des Aufsichtsrats in der Hauptversammlung. Daneben sehen zahlreiche Regelungen eine gemeinsame Zuständigkeit des Aufsichtsratsvorsitzenden und des Vorstands vor, Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen zum Handelsregister anzumelden (siehe z.B. § 184 I, § 188 I, § 223 AktG). Weil ein vertieftes Verständnis für die Gesellschaftsinterna von Vorteil ist, wurde der Aufsichtsratsvorsitz häufig ehemaligen Vorstandsmitgliedern eingeräumt. Diesen Fall regelt nun § 100 II 1 Nr. 4 AktG.

⁶⁵ *Drygala*, AG 2007, 381, 382.

⁶⁶ Hüffer/*Koch*, § 171 Rn. 12.

⁶⁷ *Drygala*, AG 2007, 381, 382.

⁶⁸ Hüffer/*Koch*, § 107 Rn. 8; MüKoAktG/*Habersack*, § 107 Rn. 45.

⁶⁹ Hüffer/*Koch*, § 107 Rn. 8; MHdbGesR/*Hoffmann-Becking*, Band IV, § 31 Rn. 20; MüKoAktG/*Habersack*, § 107 Rn. 47.

II. Informationsrechte des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand

Die Kontrolle des Vorstands erfordert Informationsgewinnung und deren Verarbeitung.⁷⁰

1. Informationsgewinnung über den Vorstand

Informationen erhält der Aufsichtsrat durch den Vorstand, so dass gewissermaßen „der Vorstand die dem Aufsichtsrat zufließenden Informationen filtert und steuert“⁷¹. Gem. § 90 I AktG berichtet der Vorstand dem Aufsichtsrat regelmäßig über die Unternehmensplanung, die Rentabilität der Gesellschaft, den Gang der Geschäfte und für die Liquidität der Gesellschaft bedeutsame Geschäfte.⁷² Gem. § 90 III 1 AktG steht dem Aufsichtsrat ein jederzeitiges Auskunftsrecht zu, das gem. § 90 III 2 AktG auch von einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied geltend gemacht werden kann. Weiteres Informationsmaterial gewinnt der Aufsichtsrat durch Berichte des Vorstands gegenüber der Hauptversammlung oder der Öffentlichkeit wie z.B. in Gestalt des Lageberichts gem. § 289 HGB. Der Vorstand muss dem Aufsichtsrat auch die Informationen erteilen, die dieser zur Wahrnehmung von Zustimmungsvorbehalten benötigt.⁷³ Um die Informations- und Berichtspflichten des Vorstands näher festzulegen, empfiehlt Ziff. 3.4.3 DCGK, dass der Aufsichtsrat eine formale Informationsordnung erstellt.⁷⁴

⁷⁰ Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 191; Roth, ZGR 2012, 343, 349.

⁷¹ KölnKommAktG/Mertens/Cahn, § 111 Rn. 52.

⁷² Ausführlich zu den einzelnen Berichten S. H. Schneider, Informationspflichten, S. 96 ff.

⁷³ Dittmar, AG 2013, 498, 506; S. H. Schneider, Informationspflichten, S. 101 f.

⁷⁴ Thümmel, Handelsblatt v. 19.03.2013, Nr. 55, S. 27 fordert hingegen, dass der DCGK weitergehende Empfehlungen zur Informationsversorgung durch den Vorstand aufnehmen soll.

2. Vorstandsunabhängige Informationen

§ 111 II AktG regelt die vorstandsunabhängige Informationsversorgung des Aufsichtsrats und eröffnet die Möglichkeit, die Dokumente und Vermögensgegenstände der Gesellschaft selbst einzusehen und zu prüfen (§ 111 II 1 AktG), oder unternehmensexterne Sachverständige hinzuziehen (§ 111 II 2 AktG). Der wichtigste vorstandsunabhängige Berichterstatter für den Aufsichtsrat ist der Abschlussprüfer, dem er gem. § 111 II 3 AktG den Prüfungsauftrag für den Jahres- und Konzernabschluss erteilt. Hierbei kann der Aufsichtsrat auch Prüfungsschwerpunkte festlegen.⁷⁵ Für den Abschlussprüfer sind umfassende Auskunftsrechte in § 320 HGB verankert, die mittelbar der Information des Aufsichtsrats dienen können.⁷⁶ Als weitere unternehmensinterne Informationsquellen kommen theoretisch Mitarbeiter des Risikomanagements, der Internen Revision oder des Controllings in Betracht. Will der Aufsichtsrat jedoch die Informationen direkt von diesen Mitarbeitern einfordern, bedarf es hierfür der Ermächtigung in einer Informationsordnung.⁷⁷

3. Aktive Informationsbeschaffung

Ohnehin trifft den Aufsichtsrat wie den Vorstand die Pflicht, aktiv selbst Sorge für seine ausreichende Informationsversorgung zu tragen.⁷⁸ Diese insbesondere haftungsrechtlich relevante Informationsbeschaffungspflicht muss aber für den Aufsichtsrat aufgrund seiner lediglich nebenamtlichen Tätigkeit und seiner vergleichsweise wenigen Sitzungen einen geringeren Umfang als die des Vorstands haben.⁷⁹ Der haftungsrechtliche Maßstab

⁷⁵ S. H. Schneider, Informationspflichten, S. 107; Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 111 Rn. 61; MüKoAktG/*Habersack*, § 111 Rn. 78.

⁷⁶ S. H. Schneider, Informationspflichten, S. 108.

⁷⁷ A.A. S. H. Schneider, Informationspflichten, S. 107, demzufolge der Aufsichtsrat bei Befragungen von Angestellten lediglich dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Ermessensausübung und dem Willkürverbot unterliegt.

⁷⁸ Hüffer, NZG 2007, 47, 48; Kropff, FS Semler, S. 225, 231; Lutter/*Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 253.

⁷⁹ Kropff, FS Semler, S. 225, 233.

für die Frage, wann ein Aufsichtsratsmitglied sich hinreichend informiert hat, variiert auch mit dem Grad der Entscheidungsverantwortung.⁸⁰

III. Vergütung

Gem. § 113 I 1 AktG kann den Aufsichtsratsmitgliedern eine Vergütung gewährt werden. Diese wird entweder durch die Satzung oder durch die Hauptversammlung festgesetzt (§ 113 I 2 AktG). Zulässigerweise können Satzung bzw. Hauptversammlung auch nur den jährlichen Gesamtbetrag der Vergütung des kompletten Gremiums bestimmen und die genaue Verteilung dem Aufsichtsrat selbst überlassen.⁸¹ In der Satzung sollte dann aber zugleich eine Verteilungszuständigkeit des Aufsichtsrats festgelegt werden.⁸² Gem. § 113 I 3 AktG soll die Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder und zu der Lage der Gesellschaft stehen. Die Vergütung des Aufsichtsrats ist als Aufwandsentschädigung für ein Nebenamt konzipiert.

1. Arten der Vergütung

Die Vergütung kann fest oder variabel sein, als Geld- und als Sachleistungen erfolgen. Im Jahr 2012 gewährten 16 der 30 DAX-Unternehmen ihren Aufsichtsräten eine reine Festvergütung.⁸³ Im selben Jahr erhielten Aufsichtsratsvorsitzende in DAX-Unternehmen durchschnittlich 314.660 Euro, ordentliche Aufsichtsratsmitglieder ohne Ausschussmitgliedschaft hingegen durchschnittlich 102.726 Euro.⁸⁴

⁸⁰ Kropff, FS Semler, S. 225, 233.

⁸¹ MHdbGesR/Hoffmann-Becking, Band IV, § 33 Rn. 18.

⁸² Hölter/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 113 Rn. 27; Hüffer/Koch, § 113 Rn. 3; nach Spindler/Stilz, § 113 Rn. 23 reicht auch ein Hauptversammlungsbeschluss.

⁸³ DSW-Aufsichtsratsstudie 2013, abrufbar unter <http://www.dsw-info.de/DSW-Aufsichtsratsstudie-2013.1942.0.html> (Stand: 20.08.2014).

⁸⁴ DSW-Aufsichtsratsstudie 2013, abrufbar unter <http://www.dsw-info.de/DSW-Aufsichtsratsstudie-2013.1942.0.html> (Stand: 20.08.2014).

a) **Fixe Vergütung**

Die fixe Vergütung des Aufsichtsrats bildet den Regelfall.⁸⁵ Ihr Vorteil ist, dass sie losgelöst von bestimmten Zielsetzungen der Gesellschaft ist und somit keine ergebnisorientierten Anreize hinsichtlich der Überwachung der Geschäftsleitung bietet.⁸⁶

b) **Sitzungsgeld**

Um die Aufsichtsratsmitglieder für ihren zeitlichen Aufwand zu entschädigen, wird vielfach ein Sitzungsgeld pro Teilnahme an einer Sitzung vorgesehen.⁸⁷

c) **Variable Vergütung**

Die Beteiligung des Aufsichtsrats am Unternehmensgewinn erfolgt meist durch eine dividendenabhängige Tantieme.⁸⁸ Gegen die Verwendung der Dividende als Bemessungsgrundlage wendet sich insbesondere die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW): Bei einer dividendenabhängigen Vergütung hänge die variable Vergütung des Aufsichtsrats von derselben wirtschaftlichen Kennziffer ab wie die des Vorstands. Dies fördere einen Interessengleichlauf zwischen Aufsichtsrat und Vorstand und beeinträchtige deren Unabhängigkeit voneinander.⁸⁹ Außerdem hat der Aufsichtsrat der Hauptversammlung gem. § 124 III 1 AktG Vorschlä-

⁸⁵ *Hönsch/Kaspar*, in: Grundei/Zaumseil, Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, S. 261; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 113 Rn. 17.

⁸⁶ *Hönsch/Kaspar*, in: Grundei/Zaumseil, Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, S. 261.

⁸⁷ *Hönsch/Kaspar*, in: Grundei/Zaumseil, Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, S. 262; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 113 Rn. 17; *Spindler/Stilz*, § 113 Rn. 10.

⁸⁸ *Semler/Wagner*, in: Semler/v. Schenck, ARHdB, § 10 Rn. 35; *Spindler/Stilz*, § 113 Rn. 50.

⁸⁹ DSW-Aufsichtsratsstudie 2012, abrufbar unter <http://www.dsw-info.de/DSW-Aufsichtsratsstudie-2012.1883.0.html> (Stand: 20.08.2014).

ge zur Beschlussfassung zu machen und damit auch bezüglich der Höhe der Dividende nach § 174 AktG.⁹⁰

Vordergründig wirkt eine variable Vergütung dem Prinzipal-Agent-Konflikt entgegen, indem der Aufsichtsrat durch finanzielle Anreize motiviert wird, den Wunsch der Aktionäre nach einer hohen Dividende zu verfolgen. Allerdings ist eine hohe Dividende nicht pauschal mit Unternehmenserfolg gleichzusetzen und gerade in Krisensituationen kann die dividendenabhängige variable Vergütung Fehlanreize zur einseitigen Verfolgung einer hohen Dividende setzen.⁹¹ Außerdem ist der Aufsichtsrat gerade bei angespannter wirtschaftlicher Lage besonders gefordert: Trifft er sich in Krisenzeiten vermehrt zu Sondersitzungen, werden aber auf der anderen Seite Dividenden gestrichen, kann die Vergütung durch Tantiemen nicht die Arbeitsbelastung des Gremiums abbilden.⁹² Folgerichtig sieht Ziff. 5.4.6 S. 5 DCGK vor, dass variable Vergütungsanteile auf die nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein sollen. Im Jahr 2012 gewährten sieben DAX-Unternehmen allerdings variable Vergütungsbestandteile, die ausschließlich an kurzfristige Kennziffern wie die Dividende gekoppelt waren.⁹³

2. Reformüberlegungen: Einführung einer differenzierten Vergütung?

Teilweise wird eine Reform der Vergütung gefordert mit dem Argument, sie werde dem Charakter des Aufsichtsrats als unabhängiges, hoch qualifiziertes Sachverständigengremium nicht gerecht.⁹⁴ Die Vergütungsstrukturen müssten verändert werden, um Aufsichtsratsposten für überdurch-

⁹⁰ S. Beyer, Unabhängigkeit, S. 146.

⁹¹ DSW-Aufsichtsratsstudie 2012, abrufbar unter <http://www.dsw-info.de/DSW-Aufsichtsratsstudie-2012.1883.0.html> (Stand: 20.08.2014).

⁹² Fockenbrock, Handelsblatt v. 23.04.2013, Nr. 79, S. 4.

⁹³ DSW-Aufsichtsratsstudie 2013, abrufbar unter <http://www.dsw-info.de/DSW-Aufsichtsratsstudie-2013.1942.0.html> (Stand: 20.08.2014).

⁹⁴ Ehren/Gros, Der Konzern 2011, 277, 286; Haarmann, FS Hüffer, S. 243, 244; Rieder/Holzmann, AG 2010, 570, 579.

schnittlich qualifizierte Personen attraktiver zu machen.⁹⁵ Um auch die Zahl internationaler Experten in deutschen Aufsichtsräten zu erhöhen, wäre eine Annäherung an das internationale Vergütungsniveau ein Anreiz.⁹⁶ In Betracht kommt unter anderem eine variable Vergütung gemessen am Marktwert des jeweiligen Mitglieds. Als individuelle Bemessungskriterien könnten Ausbildung, Berufserfahrung, Branchenkenntnis und Expertenwissen berücksichtigt werden.⁹⁷ Vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es umstritten, ob eine variable Vergütung zulässig ist. Während diese Frage von der Rechtsprechung noch nicht entschieden wurde, soll nach verbreiteter Ansicht eine Differenzierung lediglich nach objektiven Kriterien wie dem Umfang der Tätigkeit oder einer besonderen Funktion (Vorsitz oder Mitgliedschaft in einem Ausschuss) zulässig sein.⁹⁸

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt aber auch, dass wesentlich Ungleiches nicht ohne sachlichen Grund gleich behandelt werden darf. Ein Verstoß hiergegen könnte darin liegen, dass zum Teil stark unterschiedlich qualifizierte Personen dieselbe Vergütung erhalten.⁹⁹ Ferner werden die Kosten für die Hinzuziehung externer Berater erstattet. Es kann als ungerechte Mehrbelastung empfunden werden, dass Aufsichtsratsmitglieder, die über mehr als nur die notwendigen Sachkenntnisse verfügen und diese zur Verfügung stellen, diese Kenntnisse kostenlos einbringen müssen.¹⁰⁰ Der sachliche Differenzierungsgrund, der eine ungleiche Vergütung rechtfertigt, könnte damit in der unterschiedlichen persönlichen Qualifikation liegen.

⁹⁵ *Haarmann*, FS Hüffer, S. 243, 244; *Rieder/Holzmann*, AG 2010, 570, 579; *Ehren/Gros*, Der Konzern 2011, 277, 286; für den unabhängigen Finanzexperten fordert *Nowak*, Unabhängigkeit, S. 242 ebenfalls eine erhöhte Vergütung als Anreiz.

⁹⁶ *Rieder/Holzmann*, AG 2010, 570, 579.

⁹⁷ *Ehren/Gros*, Der Konzern 2011, 277, 284.

⁹⁸ *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 113 Rn. 32; *Hüffer/Koch*, § 113 Rn. 4; *MüKo-AktG/Habersack*, § 113 Rn. 39; *Spindler/Stilz*, § 113 Rn. 30; weitere Nachweise bei *Haarmann*, FS Hüffer, S. 243, 246.

⁹⁹ *Haarmann*, FS Hüffer, S. 243, 249; *Rieder/Holzmann*, AG 2010, 570, 579.

¹⁰⁰ *Haarmann*, FS Hüffer, S. 243, 249.

Soll jedoch eine Grundlage für eine flexible differenzierte Vergütung geschaffen werden, bedarf es einer Gesetzesänderung.¹⁰¹ Eine Umfrage der Zeitschrift „Der Aufsichtsrat“ in Zusammenarbeit mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO AG aus dem Frühjahr 2012 ergab, dass 54,4% der Befragten zusätzliche, leistungs-/zeitbezogene und über die Funktionsdifferenzierung im Gremium hinausgehende Zahlungen an einzelne Aufsichtsratsmitglieder ablehnen.¹⁰² Die restlichen Befragten (45,6%) wünschten sich die Einführung solcher zusätzlicher Zahlungen. Gerechtfertigt seien diese aufgrund des zusätzlichen Zeiteinsatzes und Aufwandes und der dem Unternehmen zur Verfügung gestellten Qualifikation.¹⁰³

IV. Haftung

1. §§ 116 S. 1 i.V.m. 93 AktG als zentrale Haftungsvorschrift

Zentrale Norm der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern ist §§ 116 S. 1 i.V.m. 93 II 1 AktG. Hierbei handelt es sich um eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft.¹⁰⁴ Die Haftung knüpft an die Eigenschaft als Organ an, nicht hingegen an schuldrechtliche Verträge.¹⁰⁵ Allerdings kann die Haftung auch über die Dauer der Organmitgliedschaft hinaus bestehen, wenn es z.B. um die Verschwiegenheit über Beratungen während der Amtszeit geht.¹⁰⁶ Jedes Organmitglied schuldet persönlich die Wahrnehmung der Aufgaben des Gesamtorgans Aufsichtsrat.¹⁰⁷ Ferner kann eine Außenhaftung des Aufsichtsratsmitglieds eintreten: Gegebenenfalls haftet der Organträger dem Aktionär aus § 823 I BGB wegen Verletzung des Mitgliedschaftsrechts, oder gegenüber Außenstehenden aufgrund von § 823 II BGB und § 826 BGB.

¹⁰¹ Haarmann, FS Hüffer, S. 243, 253.

¹⁰² Probst/Theisen, Der Aufsichtsrat 2012, 66, 68.

¹⁰³ Probst/Theisen, Der Aufsichtsrat 2012, 66, 68.

¹⁰⁴ Hölter/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 116 Rn. 7; Spindler/Stilz, § 116 Rn. 2; Saenger, Gesellschaftsrecht, Rn. 604.

¹⁰⁵ Spindler/Stilz, § 116 Rn. 9.

¹⁰⁶ Spindler/Stilz, § 116 Rn. 9.

¹⁰⁷ Spindler/Stilz, § 116 Rn. 18.

Handeln mehrere Aufsichtsratsmitglieder pflichtwidrig, ist eine gesamtschuldnerische Haftung vorgesehen, § 93 II 1 AktG. Diese gilt allerdings nur für die Mitglieder, die selbst pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt haben.¹⁰⁸ Die drohende Sanktion soll verhaltenssteuernde und schadensvermeidende Funktion haben.¹⁰⁹

Trifft das Aufsichtsratsmitglied eine unternehmerische Entscheidung, kommt ihm gem. §§ 116 S. 1 i.V.m. 93 I 3 AktG die Business Judgment Rule zugute, wenn es bei der unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

2. Der persönliche Haftungsmaßstab

Besondere Sachkunde wirkt für das einzelne Organmitglied haftungverschärfend. Das über Spezialkenntnisse verfügende Aufsichtsratsmitglied muss diese Spezialkenntnisse zugunsten des Unternehmens einsetzen. Hierfür spricht, dass Aufsichtsratsmitglieder häufig aufgrund ihres Spezialwissens berufen wurden.¹¹⁰ Außerdem soll die Hinzuziehung externer Berater durch den Aufsichtsrat gem. § 109 I 2 AktG und § 111 II 2 AktG auf Ausnahmefälle und Einzelangelegenheiten beschränkt sein.¹¹¹ Mit dem Kenntnisvorsprung erweitere sich auch der Haftungsmaßstab des jeweiligen Aufsichtsratsmitglieds.¹¹² Zum Teil wird vertreten, dass nicht nur auf das tatsächlich vorhandene Spezialwissen abzustellen ist, sondern auch auf das Spezialwissen, das der Aufsichtsrat hätte haben können.¹¹³ Dagegen lässt sich argumentieren, dass die gesamtschuldnerische Haftung

¹⁰⁸ P. Doralt/W. Doralt, in: Semler/v. Schenck, ARHdb, § 13 Rn.138; MüKo-AktG/Habersack, § 116 Rn. 70; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 997.

¹⁰⁹ P. Doralt/W. Doralt, in: Semler/v. Schenck, ARHdb, § 13 Rn. 4.

¹¹⁰ BGH NZG 2011, 1271, Rn. 28.

¹¹¹ Selter, AG 2012, 11, 19.

¹¹² BGH NZG 2011, 1271, Rn. 28; Semler, FS K. Schmidt, S. 1489, 1505; Hölter/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 116 Rn. 10; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 1011.

¹¹³ Merkt/Mylich, NZG 2012, 525, 530.

§ 2 Der Aufsichtsrat im Organgefüge der Aktiengesellschaft

der Aufsichtsratsmitglieder gem. §§ 116 S. 1, 93 II 1 AktG eine haftungsrechtliche Gleichbehandlung vorsehe.¹¹⁴

¹¹⁴ Hüffer/*Koch*, § 116 Rn. 3.

2. Teil Spannungsverhältnisse von Organfunktion und Eigeninteressen im Aufsichtsrat

Das Aufsichtsratsmitglied ist als Organwalter zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses verpflichtet, als Privatperson jedoch selbst Träger von Interessen. Wie anhand der Prinzipal-Agent-Theorie erläutert wurde, ruft dies Zweifel an der uneigennützigem Amtsausübung des Aufsichtsrats hervor. Dieses Problem wird an zwei Beispielen anschaulich gemacht, nämlich dem Abschluss von Beratungsverträgen und der Arbeitnehmereigenschaft von Aufsichtsratsmitgliedern.

§ 3 Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

A. Gegenstand des Beratungsvertrags

Die persönliche Beratung des Vorstands durch Aufsichtsratsmitglieder außerhalb der organschaftlichen Pflichten ist grundsätzlich zulässig, wie sich aus § 114 AktG ergibt. Beratungsverträge bedürfen jedoch der Zustimmung des Aufsichtsrats. Eine Schwierigkeit ergibt sich bei der Grenzziehung zwischen der Aufsichtsratsstätigkeit und der Beratungsleistung im Sinne von § 114 I AktG. Die organschaftliche Aufgabe des Aufsichtsrats umfasst nämlich auch die präventive Überwachungsfunktion und damit Beratungstätigkeiten.¹ Als Beratung im Sinne einer präventiven Kontrolle ist das gemeinsame Erörtern von Fragen und der Austausch von Argumenten zu verstehen.² *Theisen* erkennt die Beratungsaufgabe hingegen nicht an, da der Aufsichtsrat als Berater widerstreitende Interessen wahren müsse: Die Kontrollaufgabe erfülle er im Interesse Dritter (der Aktionäre), während die Beratung im Interesse des Beratenen (also des Vorstands

¹ *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 595; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 15 Rn. 2; *MüKoAktG/Habersack*, § 116 Rn. 20; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 158; *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 7; außerdem wird die Beratungsaufgabe in Ziff. 5.1.1 DCGK hervorgehoben.

² v. *Bünau*, Beratungsverträge, S. 16.

selbst) erfolge.³ Allerdings ist zu bedenken, dass eine Stärkung der Entscheidungsfähigkeit durch gute Beratung nicht nur im Interesse des Vorstands selbst liegt, weil er Haftungsrisiken vermeiden möchte, sondern gerade auch im Interesse der Aktionäre, die die Gesellschaft vor Fehlentscheidungen bewahren wollen. Es wird zudem moniert, dass durch die Beratung ein Näheverhältnis zum Vorstand geschaffen werde, das die Unabhängigkeit gefährde.⁴ Ferner werde der Aufsichtsrat sich bei der Aufklärung von Fehlentscheidungen, an denen er im Vorfeld selbst beteiligt war, zurückhalten.⁵ Diesen Kritikpunkten zum Trotz ist die Beratungsfunktion des Aufsichtsrats als Teil seiner Aufgaben anzuerkennen. Ansonsten würde man den Aufsichtsrat dazu verpflichten, sehenden Auges Fehlentscheidungen des Vorstands zuzulassen, obwohl es ihm möglich wäre, nachteilige Entwicklungen für das Unternehmenswohl schon im Vorfeld der Entscheidung abzuwenden. Da der Aufsichtsrat auch dem Unternehmenswohl verpflichtet ist, wäre es unsinnig, ihn zum Abwarten zu zwingen bis der Schaden schon entstanden ist.

Aus dem angesprochenen Aufgabenkatalog für Aufsichtsräte ergibt sich, dass mit einem Aufsichtsratsmitglied kein zusätzlicher Beratungsvertrag über eine ohnehin geschuldete Organpflicht zur Beratung und Kontrolle abgeschlossen werden kann, weil sonst dieselbe Tätigkeit zweimal vergütet würde, ohne dass die Hauptversammlung hieran beteiligt wäre.⁶ Laut dem OLG Frankfurt kommt in § 90 I AktG die Kompetenzverteilung zum Ausdruck, dass sich die Beratungstätigkeit des Aufsichtsrats im Wesentlichen auf grundsätzliche und wichtige Fragen zu beziehen hat, nicht auf Einzelheiten des Tagesgeschäfts und die konkrete Umsetzung von Vorstandsbeschlüssen.⁷ Der Aufsichtsrat wird nebenamtlich tätig, so dass ihm weder ein umfangreicher zeitlicher Rahmen noch ein dem personellen Unterbau des Vorstands vergleichbarer Mitarbeiterstab zur Verfügung steht.

³ *Theisen*, AG 1995, 193, 199.

⁴ *Kehler*, Unabhängigkeit, S. 36.

⁵ *Kehler*, Unabhängigkeit, S. 36.

⁶ BGH NJW 2007, 298, 299; NJW 1994, 2484, 2485; NJW 1991, 1830, 1831; *Leuering/Simon*, NJW Spezial 2006, 171.

⁷ OLG Frankfurt AG 2005, 925 f.; ebenso *Kropff*, FS Semler, S. 225, 230.

Daher überwache er ausschließlich die für die Lage und die Entwicklung des Unternehmens bedeutsamen Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands.⁸ Demgegenüber soll das Tagesgeschäft des Vorstands sowie die konkrete Umsetzung von Vorstandsbeschlüssen einem Beratungsvertrag zugänglich sein.⁹ Der BGH setzt für einen zulässigen Beratungsgegenstand i.S.v. § 114 AktG eine „besondere Beratungstiefe“ voraus.¹⁰ Allerdings wurde in der „ISION“-Entscheidung betont, dass es auch zur organschaftlichen Pflicht des Aufsichtsratsmitglieds gehöre, besondere Kenntnisse in seine Arbeit mit einzubeziehen.¹¹ Soweit ein Mandatsträger also aufgrund seines Spezialwissens tiefer in die Beratung einsteigen kann als der Durchschnitt seiner Kollegen, ist er schon organschaftlich verpflichtet, dies zu tun. Der Abschluss eines Beratungsvertrags zu diesem Zweck erübrigt sich also.¹² *Von Büнау* grenzt die organschaftlich geschuldete Beratung wie folgt ein: Organschaftlich geschuldet sei der Einsatz von Fachwissen zur Überprüfung von Recht- und Zweckmäßigkeit des Vorstandshandelns. Hierbei sei es vom Aufsichtsratsmandat umfasst, Fehler zu erkennen und zu analysieren, nicht aber konkrete Lösungsvorschläge auszuarbeiten oder umzusetzen.¹³ Konkrete Lösungen zu entwickeln sei Aufgabe des Vorstands, die er gegebenenfalls mit Hilfe von Beratern erfüllen könne.¹⁴

B. Schuldner der Beratungsleistung

Das Zustimmungserfordernis des § 114 I AktG gilt über den Wortlaut hinaus nicht nur für die mit dem Aufsichtsratsmitglied geschlossenen Verträge, sondern auch für Gesellschaften, die dem Umfeld des Aufsichtsratsmitglieds zuzuordnen sind, da die Vorschrift sonst leicht zu umgehen

⁸ *Habbe/Köster*, BB 2011, 265, 267.

⁹ OLG Frankfurt, AG 2005, 925 f; zustimmend *Happ*, FS *Priester*, S. 175, 182; *Leuering/Simon*, NJW Spezial 2006, 171.

¹⁰ BGH NZG 2007, 516, 518.

¹¹ BGH NZG 2011, 1271, 1274.

¹² Vgl. *Leuering/Simon*, NJW Spezial 2006, 171.

¹³ v. *Büнау*, *Beratungsverträge*, S. 27.

¹⁴ v. *Büнау*, *Beratungsverträge*, S. 27.

wäre.¹⁵ § 114 I AktG erfasst also auch Verträge der Gesellschaft mit Kanzleien, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften oder sonstigen Beratungsdienstleistern, in denen ein Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft neben seinem Mandat tätig ist.¹⁶ Diese teleologische Extension des Begriffs „Aufsichtsratsmitglied“ i.S.v. § 114 I AktG ist damit begründbar, dass ein Teil der an die beratende Gesellschaft gewährten Vergütung letztlich dem Aufsichtsratsmitglied zufließt.¹⁷ Es ist dabei fraglich, wie weit die Beteiligung des Mandatsträgers an dem Vertragspartner der Gesellschaft reichen muss.

Laut OLG Frankfurt am Main genügt es, wenn das Aufsichtsratsmitglied an der beratenden Gesellschaft nicht nur marginal beteiligt ist.¹⁸ Eine ebenso wenig greifbare Wendung benutzt der BGH: Als Kriterium für die Genehmigungsbedürftigkeit eines Beratungsvertrags mit einer Sozietät stellt der BGH auf den Zufluss mittelbarer Leistungen das Aufsichtsratsmitglied ab.¹⁹ Er sieht die Unabhängigkeit des Mandatsträgers dann nicht als gefährdet an, wenn „es sich bei den mittelbaren Zuwendungen um – abstrakt betrachtet – ganz geringfügige Leistungen handelt oder wenn die im Vergleich zu der von der Hauptversammlung durch Satzungsbestimmung oder durch Einzelbeschluss festgesetzten Aufsichtsratsvergütungen einen vernachlässigenswerten Umfang haben“.²⁰ Das schafft keine Rechtssicherheit, zumal der Vorstand nicht die nötigen Informationen über das Innenverhältnis von Aufsichtsratsmitglied und Vertragspartner haben wird, um festzustellen, ob das Aufsichtsratsmitglied eine vernachlässigenswerte Beteiligung erhält.²¹ *Semler* will § 114 AktG schon dann auf Beratungsverträge mit Dritten anwenden, wenn das Aufsichtsratsmitglied überhaupt eine Ertragsbeteiligung erhält oder intellektuelle

¹⁵ BGH NJW 2007, 298; NZG 2006, 712, 714 f.; ebenso *Henssler*, FS Goette, S. 135, 139 ff.; *Hüffer/Koch*, § 114 Rn. 3; *Spindler/Stilz*, § 114 Rn. 9; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 114 Rn. 11.

¹⁶ *Spindler/Stilz*, § 114 Rn. 9; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 114 Rn. 1.

¹⁷ *Henssler*, FS Goette, S. 135, 139.

¹⁸ OLG Frankfurt a. M. NZG 2006, 29.

¹⁹ BGH NJW 2007, 298.

²⁰ BGH NJW 2007, 298.

²¹ *Happ*, FS Priester, S. 175, 180 f.

Einflussmöglichkeiten auf die Beratungsleistung des Vertragspartners hat.²² Damit entfernt sich *Semler* zu weit von der Umgehungsargumentation des BGH.²³ Die Umgehung von § 114 AktG wäre dann am stärksten, wenn ein Beratungsvertrag mit einem Dritten geschlossen würde, der wirtschaftlich identisch mit einem Aufsichtsratsmitglied ist, z.B. wenn die Beratung durch eine Ein-Mann-GmbH erfolgt, deren einziger Gesellschafter das Aufsichtsratsmitglied ist.²⁴ Auch wenn der BGH die Anforderungen an eine mögliche Umgehung gelockert hat und nunmehr eine nicht vernachlässigenswerte Beteiligung des Aufsichtsrats am Honorar ausreichen lässt,²⁵ kann nicht mehr von einer Umgehung gesprochen werden, wenn schon die kleinste finanzielle Beteiligung oder auch nur intellektuelle Einflussvornahme vorliegt.²⁶ Ein weiteres Argument dafür, höhere Anforderungen an den Umgehungstatbestand zu stellen, bietet die Regelung paralleler Mandate von Anwälten: Laut § 45 I Nr. 4 BRAO darf ein Rechtsanwalt nicht in einer Angelegenheit tätig sein darf, in der er bereits außerhalb der Anwaltstätigkeit beruflich tätig war. Das Vertretungsverbot eines Anwalts wirkt sich laut BGH²⁷ nur im Fall einer konkreten, nicht aber schon bei einer abstrakten Gefahr von Interessenkollisionen auf sämtliche Partner seiner Sozietät aus. Entsprechend ist fordern, dass aus der Beziehung des Aufsichtsratsmitglieds zum Berater im Einzelfall eine konkrete Interessenkollision zu seinem Aufsichtsratsmandat folgt. Angesichts der fehlenden Rechtssicherheit sollte ein Vertrag mit Beratungsdienstleistern, die in geschäftlicher Verbindung zu einem Aufsichtsratsmitglied stehen, im Zweifel dem Gesamtaufsichtsrat zur Zustimmung vorgelegt werden.²⁸

²² *Semler*, NZG 2007, 881, 887.

²³ BGH NZG 2006, 712, 714 f.

²⁴ BGH NZG 2006, 712, 714.

²⁵ BGH NJW 2007, 298.

²⁶ Ebenso *Benecke*, WM 2007, 717, 719.

²⁷ BGH NJW 2003, 2521.

²⁸ So auch *Happ*, FS Priester, S. 175, 181.

C. Unabhängigkeit des beratenden Aufsichtsratsmitglieds

Sowohl der DCGK als auch die EU-Kommission stehen Beratungsverträgen skeptisch gegenüber: Ein Beratungsvertrag stellt eine geschäftliche Beziehung des Aufsichtsratsmitglieds zur Gesellschaft dar, die nach Ziff. 5.4.2 DCGK unabhängigkeitschädlich wirken soll.²⁹ Auch die EU-Kommission schließt in Anhang II Ziff. 1 e) zu ihrer Empfehlung von 2005³⁰ die Unabhängigkeit solcher Aufsichtsratsmitglieder aus, die „als bedeutender Anbieter von [...] Dienstleistungen (einschließlich [...] beratender Art)“ für die Gesellschaft tätig sind. Das AktG geht einen anderen Weg, indem es mit dem Zustimmungserfordernis in § 114 AktG einen präventiven Schutz gegen die Unabhängigkeitsgefährdung durch Beratungsvorträge vorsieht. Die Norm verhindert zunächst verdeckte Aufsichtsratsvergütungen.³¹ Außerdem soll die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds nicht durch unangemessene Vergütungen gefährdet werden.³² Beim Abschluss des Beratungsvertrags mit dem Vorstand besteht die Gefahr, dass sich das Aufsichtsratsmitglied von seinem Überwachungsobjekt finanziell abhängig macht.³³ Auch die Beratungsqualität könnte beeinträchtigt sein, denn möglicherweise fehlt es einem Aufsichtsratsmitglied an der notwendigen Objektivität, um Maßnahmen der Geschäftsleitung, an deren Vorbereitung es beteiligt war, zu beurteilen.³⁴ Ein unternehmensinterner Berater könnte zudem aus Loyalität davor zurückscheuen, bei der Beratung deutliche Kritik zu äußern.³⁵

Ein gesetzlicher Kontrollmechanismus für eine adäquate Vergütungshöhe liegt darin, dass der Aufsichtsrat dem Vertrag gem. § 114 AktG zustimmen muss und dass die Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern für ihre organschaftliche Tätigkeit gem. § 113 AktG nur von der Hauptversamm-

²⁹ Siehe dazu *Bayer*, NZG 2013, 1, 12.

³⁰ Empfehlung der Kommission (2005/162/EG), (s.o. § 1 Fn. 6).

³¹ *Hoffmann-Becking*, FS K. Schmidt, S. 657, 658.

³² *Hoffmann-Becking*, FS K. Schmidt, S. 657, 658.

³³ *Benecke*, WM 2007, 717.

³⁴ *S. Beyer*, Unabhängigkeit, S. 187; *Hoffmann-Becking*, FS K. Schmidt, S. 657, 658. Das Ziel der Unabhängigkeit und Neutralität des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand betont auch *Semler*, NZG 2007, 881, 886.

³⁵ Andeutend BGHZ 126, 340, 347; *S. Beyer*, Unabhängigkeit, S. 187.

lung bewilligt werden kann. Wird über eine Tätigkeit, die bereits organschaftlich geschuldet wird, ein Beratungsvertrag geschlossen, so wird damit eine verdeckte Vergütung unter Ausschluss der Hauptversammlung gewährt.³⁶ Solange der Aufsichtsrat dem Beratungsvertrag noch nicht zugestimmt hat, darf die Vergütung nicht gezahlt werden.³⁷ Laut *Merkt/Mylich* scheidet ein Aufsichtsratsmitglied als externer Berater i.S.v. §§ 113, 114 AktG aus, wenn es ein offensichtliches Eigeninteresse an dem zu begutachtenden Geschäft hat.³⁸ Gehe es um Haftungsfragen oder um Rat in Krisensituationen, fehle dem Aufsichtsratsmitglied die nötige Unabhängigkeit, da es ihm an der Verschleierung eigenen Fehlverhaltens gelegen sein könnte.³⁹ Dieses Problem stellt sich allerdings nicht nur für die Tätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds als externer Ratgeber, sondern auch wenn der Aufsichtsrat im Nachhinein eine Maßnahme des Vorstands beurteilen soll, in deren Vorfeld er den Vorstand organschaftlich beraten hat. Im Übrigen zielt § 114 AktG zwar auf eine Erhaltung der unabhängigen organschaftlichen Kontrolle durch den Mandatsträger ab, nicht aber auf eine unabhängige Beratungsleistung i.S.v. § 114 AktG. Der Vorstand schließt den Vertrag gezielt mit einem Aufsichtsratsmitglied ab und weiß um dessen vorherige Mitwirkung bei bestimmten Maßnahmen. Das Zustimmungserfordernis des Gesamtaufsichtsrats nach § 114 AktG reicht daher aus, um die Unabhängigkeit des beratenden Aufsichtsratsmitglieds zu gewährleisten. Den Mandatsträger wegen des Beratungsvertrags pauschal nach Ziff. 5.4.2 DCGK als abhängig einzustufen, geht daher zu weit.

³⁶ *Benecke*, WM 2007, 717.

³⁷ BGH ZIP 2012, 1807, 1808.

³⁸ *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 528

³⁹ *Merkt/Mylich*, NZG 2012, 525, 528.

§ 4 Arbeitnehmervertreter

A. Zusammensetzung von mitbestimmten Aufsichtsräten

Der erste Schritt zur Mitbestimmung wurde mit dem Betriebsrätegesetz von 1920 unternommen, demzufolge zwei Aufsichtsratsmitglieder vom Betriebsrat gewählt werden konnten.¹ Ab den 1950er Jahren widmete sich der Gesetzgeber der Arbeitnehmermitbestimmung aus sozialpolitischen Erwägungen. Anteilseigner und Belegschaft sollten sich als Partner gegenüberstehen, um den Wiederaufbau Deutschlands in den Nachkriegsjahren bewältigen zu können.² Heute stehen die Informationsversorgung der Unternehmensleitung sowie die Motivation der Belegschaft im Vordergrund.³ Der Aufsichtsrat erhält durch die Arbeitnehmervertreter Einblicke in die Unternehmensrealität, während die Arbeitnehmervertreter als Mittler der Belegschaft Maßnahmen der Unternehmensführung erklären und damit für Akzeptanz und Motivation sorgen können.⁴ Die Verankerung der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat markierte somit den Wandel der Aufsichtsratsfunktion vom Aktionärsausschuss zum mit Interessenvertretern besetzten Interessenausgleichsorgan.⁵

Ab einer gewissen Unternehmensgröße wird den Arbeitnehmern stufenweise gesetzlich eine Vertretung im Aufsichtsrat eingeräumt. So müssen die Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die mindestens 500 Arbeitnehmer beschäftigen, zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzt sein, § 1 I Nr. 1, 3 i.V.m. § 4 I DrittelbG. Für in der Bergbau- und Stahlindustrie tätige Unternehmen mit mindestens 1000 Arbeitnehmern gibt § 4 I MontanMit-

¹ Betriebsrätegesetz vom 04.02.1920, RGBl. I S. 147; ausführlich dazu *Lutter*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 397 f.

² *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 657; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 13 Rn. 23.

³ *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 658; ähnlich *Weninger*, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte, S. 45.

⁴ *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 658.

⁵ *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 429; auf diese gesetzgeberische Entscheidung verweist auch *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 74.

bestG eine Besetzung des Aufsichtsrats mit elf Mitgliedern vor, von denen mindestens vier Arbeitnehmervertreter sein müssen. Nach §§ 1 i.V.m. 7 MitbestG unterfallen alle Aktiengesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern, die nicht der Montanmitbestimmung unterliegen, der paritätischen (d.h. hälftigen) Mitbestimmung. Unter den Begriff der Arbeitnehmervertreter fallen Arbeitnehmer des entsprechenden Unternehmens und nicht notwendigerweise in dem Unternehmen angestellte Gewerkschaftsvertreter, vgl. § 7 II MitbestG. Gem. § 5 I 1 MitbestG gelten die Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes als Arbeitnehmer der Obergesellschaft, so dass der mitbestimmte Aufsichtsrat der Obergesellschaft mit Arbeitnehmern beherrschter Gesellschaften besetzt werden darf.

B. Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Arbeitnehmervertretern

I. Arbeitnehmerspezifische Interessenkonflikte

Interessenkonflikte können sich für einen Arbeitnehmervertreter zum einen aus einer Abhängigkeit zum Vorstand und zum anderen aus einer Druckausübung durch die Arbeitnehmer ergeben. Als Arbeitnehmer des Unternehmens untersteht der Arbeitnehmervertreter letztlich dem Vorstand.⁶ Als Repräsentant der Belegschaft wird an den Arbeitnehmervertreter die Erwartung gestellt, Arbeitnehmerinteressen (z.B. Sicherung der Arbeitsplätze und des Lohnniveaus sowie gute Arbeitsbedingungen)⁷ durchzusetzen.⁸ Abgesehen von der Erwartungshaltung der vertretenen Belegschaft treffen arbeitnehmerspezifische Entscheidungen den Arbeitnehmervertreter auch persönlich. So wird sich beispielsweise die Schließung eines Standorts, in dem einer der Arbeitnehmervertreter tätig ist,

⁶ Nowak, Unabhängigkeit, S. 95; Raiser, ZGR 1978, 391, 399.

⁷ Schilling, ZHR 144 (1980), 136, 144.

⁸ Nowak, Unabhängigkeit, S. 96; Weninger, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte, S. 51 f.

nicht durchsetzen lassen.⁹ Organschaftlich ist der Arbeitnehmervertreter genau wie die anderen Aufsichtsratsmitglieder dazu verpflichtet, im Gesellschaftsinteresse zu handeln. Belegschaftsinteressen und wirtschaftliche Unternehmensinteressen können oft im Gegensatz zueinander stehen.¹⁰ Diese Diskrepanz wird noch bestärkt, wenn es sich um unternehmensexterne Gewerkschaftsvertreter handelt. Gewerkschaftsvertreter haben die Aufgabe, die Interessen der Belegschaft in den Grenzen des Unternehmensinteresses durchzusetzen.¹¹ Sie haben damit zwar kein gemeinwohlverpflichtetes oder politisches Mandat, der Verdacht liegt aber nahe, dass sie den überbetrieblichen und gesellschaftspolitischen Blickwinkel der Gewerkschaft einnehmen.¹² Ein besonders prominenter Konflikt mit einem unternehmensexternen Gewerkschaftsvertreter liegt dem „Fall *Bsirske*“¹³ zugrunde. *Bsirske* war neben seinem Amt als stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der Lufthansa AG auch Gewerkschaftsvorsitzender und rief in letztgenannter Funktion im Jahr 2002 zum Streik an den beiden damals größten deutschen Flughäfen auf. Die Einschätzung der Rechtsprechung hierzu wäre gewiss interessant gewesen, allerdings bestand die einzige Konsequenz seines Handelns darin, dass *Bsirske* 2003 als einzigem Aufsichtsratsmitglied die Entlastung verweigert wurde.¹⁴ Arbeitnehmervertreter verlieren durch ihre Aufsichtsratsfunktion nicht das von Art. 9 III GG geschützte Recht, sich an rechtmäßigen Arbeitskämpfen zu beteiligen. Ohne weiteres zulässig ist damit aber nur die passive Streikteilnahme,¹⁵ ob die aktive Streikteilnahme mit dem Aufsichtsratsmandat vereinbar ist, ist hoch umstritten. Der aktive Aufruf zum Streik wird von seinen Gegnern als Verstoß des Mandatsträgers gegen die Neutralitätspflicht bewertet.¹⁶ Andere hingegen bejahen ein aktives Streikrecht

⁹ Vgl. Vortrag von *Rieble* zusammengefasst bei *Tielmann*, NZG 2013, 173, 175.

¹⁰ Vgl. Vortrag von *Rieble* zusammengefasst bei *Tielmann*, NZG 2013, 173, 175.

¹¹ *Weninger*, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte, S. 43; *Koch*, Unternehmensinteresse, S. 38.

¹² Vgl. *Weninger*, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte, S. 43.

¹³ Vgl. dazu *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 708 m.w.N.

¹⁴ *Lieder*, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 708.

¹⁵ *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 116 Rn. 57; *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 74.

¹⁶ *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 116 Rn. 57.

unter anderem mit dem Hinweis, dass dadurch Arbeitnehmervertreter keine Sonderrechte erhielten, da Anteilseignervertreter schließlich die Unterstützung von Streik-abwehrmaßnahmen auf Arbeitgeberseite auch erlaubt sei.¹⁷ Teilweise werden auch Fallgruppen der unzulässigen aktiven Streikteilnahme gebildet, wie z.B. bei Verwendung von über das Aufsichtsratsmandat gewonnenen Informationen.¹⁸ Insbesondere soll es unzulässig sein, wenn die aktive Streikteilnahme zu einem derart unverhältnismäßigen Schaden führt, dass ein Verstoß gegen das Unternehmensinteresse zu bejahen ist (z.B. bei Herbeiführung einer Insolvenz).¹⁹

II. Die Unabhängigkeit von Arbeitnehmervertretern

Ungeklärt ist, ob Arbeitnehmervertreter als unabhängig anzusehen sind. Der DCGK schließt in Ziff. 5.4.2 S. 2 die Unabhängigkeit desjenigen Aufsichtsratsmitglieds aus, das in einer geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft steht, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann. Darüber, wie das Arbeitnehmerverhältnis einzuordnen ist, schweigt sich der DCGK aus.

In der Empfehlung der EU-Kommission aus dem Jahr 2005 wird die Unabhängigkeit laut Ziff. 13.1 grundsätzlich aberkannt, wenn das Aufsichtsratsmitglied in einer „geschäftlichen [...] Beziehung zu der Gesellschaft [...] steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte“. In Anhang II Nr. 1 lit. b) wird aber klargestellt, dass auch ein Arbeitnehmer Aufsichtsratsmitglied sein darf, wenn er „nicht zu den Führungskräften der Gesellschaft [gehört] und [...] im Rahmen eines gesetzlich anerkannten Systems der Arbeitnehmervertretung, das einen angemessenen Schutz vor missbräuchlicher Entlassung und sonstiger ungerechter Behandlung bietet, in den Verwaltungs-/Aufsichtsrat gewählt worden [ist]“.²⁰ *Bayer* bewertet dieses „Zugeständnis

¹⁷ *Nowak*, Unabhängigkeit, S. 91; *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 74 bejaht ein aktives Streikrecht mit Verweis auf Art. 9 III GG.

¹⁸ *Möllers*, NZG 2003, 697, 700; *Henssler/Strohn*, AktG, § 116 Rn. 10; *MüKoAktG/Habersack*, § 116 Rn. 48.

¹⁹ *Möllers*, NZG 2003, 697, 700; *Nowak*, Unabhängigkeit, S. 92.

²⁰ Anhang II Nr. 1 lit. b), Empfehlung der Kommission (2005/162/EG), (s.o. § 1 Fn. 6).

an die deutsche Mitbestimmung“ als eine „rechtliche Fiktion, nicht als eine materiell belastbare Aussage“. ²¹ Roth wendet ein, es sei international üblich, Arbeitnehmervertreter als eigene Kategorie zu führen und von einer Einordnung als abhängig oder unabhängig abzusehen. ²² Diese Vorgehensweise überzeugt, weil Arbeitnehmervertreter dem aktuellen Unabhängigkeitsverständnis durch ihre Beziehungen zu und Abhängigkeiten von der Gesellschaft eindeutig nicht unterfallen. Sie dennoch als unabhängig einzustufen, hieße, krampfhaft ergebnisorientiert Ausnahmen von den ansonsten propagierten Unabhängigkeitsgrundsätzen zu schaffen. Ehrlicher ist es daher, die Frage der Unabhängigkeit nur für Anteilseignervertreter zu eröffnen.

C. Zukunft der Mitbestimmung

Von Säcker stammt der rechtspolitische Vorschlag, die Mitbestimmung aus dem Aufsichtsrat zu lösen und stattdessen einen gesonderten Konsultationsrat zu schaffen. ²³ Dessen Vorsitzender und sein Stellvertreter sollten das Recht haben, an den Aufsichtsratssitzungen teilzunehmen und zu allen Tagesordnungspunkten den Standpunkt der Arbeitnehmerseite vorzutragen, um eine Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen zu ermöglichen. ²⁴ Als Vorteil wird ferner vorgetragen, dass ein Konsultationsrat sich auch mit dem monistischen Unternehmensmodell verträge. ²⁵ Die Abkehr vom dualistischen Leitungssystem und Wahl des monistischen Modells ist gem. Art. 38 SE-VO ²⁶ in der europäischen Form der Aktiengesellschaft, die Societas Europaea (SE), möglich. Diese Rechtsform kann seit dem 08.10.2004 allen EU-Mitgliedstaaten gewählt werden, hat aber insbesondere in Deutschland Erfolg. Zu den namhaften Unternehmen, die nunmehr als SE geführt werden zählen Größen wie Allianz, BASF,

²¹ Bayer, NZG 2013, 1, 12; ähnlich auch Habersack, AG 2008, 98, 105.

²² Roth, WM 2012, 1985, 1987.

²³ Säcker, AG 2004, 180, 185; eine Auflistung weiterer Befürworter findet sich bei Lieder, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 666.

²⁴ Säcker, AG 2004, 180, 186.

²⁵ Lieder, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 668.

²⁶ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 (ABl. Nr. L 294, S. 1).

Fresenius, MAN oder die Porsche Holding.²⁷ Auf die SE finden das Drittelbeteiligungsgesetz und das Mitbestimmungsgesetz keine Anwendung. Sofern die SE ihren Sitz in Deutschland behält, kann die Arbeitnehmerbeteiligung jedoch nicht komplett umgangen werden. Die Mitbestimmung in der SE regelt das SEGB. Für die Ausgestaltung der Mitbestimmung wird auf Verhandlungen im jeweiligen Unternehmen gesetzt, das SEBG hält aber auch gesetzliche Auffangregelungen bereit. Die Verhandlungen werden von einem besonderen Verhandlungsgremium und dem Unternehmensleitungsorgan geführt. Als Verhandlungsgegenstand sind die betriebliche Arbeitnehmerbeteiligung und die Mitbestimmung durch Arbeitnehmervertreter in den Gesellschaftsorganen zu unterscheiden. Es ist zwingend zu gewährleisten, dass die Arbeitnehmer auf betrieblicher Ebene beteiligt werden, sei es durch einen SE-Betriebsrat oder ein ebenso effektives Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (§ 21 I und II SEBG). Ob hingegen eine Mitbestimmung in den Gesellschaftsorganen eingerichtet wird, steht den Parteien frei (arg. ex § 21 III SEBG). Das ist anders, wenn die SE durch Umwandlung entsteht, § 21 VI SEBG. Es soll nicht möglich sein, dass sich die Gesellschaft durch Rechtsformwechsel der zuvor geltenden Mitbestimmung entzieht. Wenn innerhalb der gesetzlichen Verhandlungsfristen keine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung erzielt wird, greift die Arbeitnehmerbeteiligung kraft Gesetzes (§§ 22 ff. SEBG). Danach wird die Zahl der Arbeitnehmervertreter übernommen, die vor der Eintragung der SE bestanden hat. Wurde die SE durch Verschmelzung gegründet, gilt dies nur bei vormaliger Mitbestimmung, die sich auf mindestens 25% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer der verbundenen europäischen Gesellschaften erstreckt hat.²⁸ Eine Minderung ihres Einflusses erfährt die Arbeitnehmerseite auch hinsichtlich der Besetzung des stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzes, da dieser Posten nicht mehr mit einem Arbeitnehmervertreter besetzt werden muss.²⁹ Der Einfluss der Arbeitnehmer kann somit durch die Wahl der SE als Rechtsform gemindert werden, das gilt aber nicht, wenn in der SE zu-

²⁷ Aufzählung bei *Hemeling*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb CG, S. 769, 770.

²⁸ *Hemeling*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb CG, S. 769, 774.

²⁹ *Hemeling*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb CG, S. 769, 776.

2. Teil Spannungsverhältnisse von Organfunktion und Eigeninteressen im Aufsichtsrat

gleich das monistische System eingeführt wird. Laut § 24 I SEAG finden Arbeitnehmervertreter in den Verwaltungsrat nach denselben Maßstäben Eingang wie in den Aufsichtsrat der SE. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Gründung der SE wegen ihrer Mindesteinlage von 120.000 Euro deutlich teurer ist als die Gründung einer Aktiengesellschaft.

Im Ergebnis stellt die SE eine teure Alternative zur Rechtsform der AG dar und bietet nur begrenzt die Möglichkeit, der Arbeitnehmerbeteiligung zu entgehen.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

§ 5 Funktion und Verbreitung von Mehrfachmandaten

A. Die Entwicklung von Mehrfachmandaten

Personelle Verflechtungen von Aufsichtsratsmitgliedern können in der Form auftreten, dass jemand zugleich dem Vorstand einer Gesellschaft und dem Aufsichtsrat einer anderen Gesellschaft angehört oder aber Mitglied zweier Aufsichtsräte ist.¹ 1913 verteilte der spätere Supreme Court Justice *Brandeis* Mehrfachmandate mit den Worten: „The practice of interlocking directorates is the root of many evils. It offends laws humane and divine.“²

Werden Mehrfachmandate aufgrund der Eröffnung möglicher Interessenkonflikte auch kritisch beäugt, so darf jedoch nicht ihr strategischer Wert als „effizientes unternehmenspolitisches Instrument“³ unterschätzt werden. Mehrfachmandate eröffnen Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten und können dadurch die Unternehmenszusammenarbeit fördern.⁴ In dieser Funktion blicken personelle Verflechtungen auf eine lange Tradition zurück.⁵ Zwischen 1918 und 1924 war Unternehmenszusammenarbeit primär durch sog. „Interessengemeinschaften“ organisiert.⁶ Unter einer Interessengemeinschaft ist „eine vertragliche Verbindung mehrerer Unternehmungen zu verstehen, die in ihrer normalen Gestaltung Verwaltungs-

¹ Einen Überblick über die personellen Verflechtungen der „100 größten Unternehmen“ Deutschlands bietet die *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drs. 17/10365, S. 174 ff.

² Zitiert bei *Hopt*, FS Doralt, S. 213, 220.

³ *Balsmeier/Buchwald/Peters*, JBNST, Bd. 230/5, 547, 548.

⁴ So auch die *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drs. 17/10365, S. 151.

⁵ Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung von personellen Unternehmensverflechtungen in Deutschland seit 1884 findet sich bei *Ebke/Geiger*, ZVglRWiss 93 (1994), 38.

⁶ *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. I, S. 542.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

und Gewinngemeinschaft ist“.⁷ Dieser Zusammenschluss war meist als Gesellschaft bürgerlichen Rechts strukturiert, wobei die beteiligten Gesellschaften ihre rechtliche Selbständigkeit behielten.⁸ Als Mittel zur Abstimmung der Zusammenarbeit von miteinander durch eine Interessengemeinschaft verbundenen Gesellschaften dienten personelle Verflechtungen über den Aufsichtsrat.⁹ Damit ging eine hohe Zahl von Mehrfachmandaten einzelner Aufsichtsratsmitglieder einher, deren Höchstzahl erst mit der Aktienrechtsnovelle von 1931 auf 20 Mandate begrenzt wurde.¹⁰ Personelle Verflechtungen waren damit an der Tagesordnung und auch nicht als solche missbilligt. Dass personelle Verflechtungen jedoch insofern der Kontrolle unterlagen, dass sie gegenüber der Gesellschaft offenzulegen waren und deren Zustimmung bedurften, legte bereits der Gesetzgeber des HGB von 1897 fest. Gemäß § 236 I 1 HGB 1897 durften „Mitglieder des Vorstands [...] ohne Einwilligung der Gesellschaft [...] nicht an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilnehmen“.¹¹

Personelle Verflechtungen sind dabei kein deutsches Phänomen. In Ländern, in denen sich das Anteilseigentum in den Händen weniger konzentriert (vornehmlich in Kontinentaleuropa und in Japan), spiegelt der Aufsichtsrat die wichtigen langen Beziehungen zu *Stakeholdern* wider.¹² Auch aus praktischen Erwägungen der Personalplanung bieten sich Personelle Verflechtungen an: Der Markt für sachverständige und erfahrene Führungskräfte dürfte gering sein, so dass erst durch Mehrfachmandate ermöglicht wird, dass verschiedene Unternehmen von der Expertise einer Einzelperson profitieren.¹³ *Balsmeier, Buchwald* und *Peters* kamen bei ihrer Untersuchung der Auswirkungen von Mehrfachmandaten auf den

⁷ *Friedländer*, Konzernrecht, S. 218.

⁸ *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. I, S. 542 f; *Friedländer*, Konzernrecht, S. 224.

⁹ *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. I, S. 543; *Friedländer*, Konzernrecht, S. 279.

¹⁰ *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. I, S. 543.

¹¹ § 236 I 1 HGB 1897, Textausgabe, 6. Aufl., München 1913.

¹² *Li/Harrison*, Corporate Governance 2008, 607, 609.

¹³ *Balsmeier/Buchwald/Peters*, JBNST, Bd. 230/5, 547, 548.

Unternehmenserfolg zu dem Ergebnis, dass das Erfolgsoptimum für Mehrfachmandate des Vorstands zwischen ein und zwei externen Aufsichtsratsmandaten parallel zur Vorstandstätigkeit liegt.¹⁴ Bei mehr als drei externen Mandaten nehme der Erfolg hingegen ab.¹⁵ Der Einfluss auf den Unternehmenserfolg variiert nach Art des Mandats: So steigert der Aufsichtsratsvorsitzende, der ein externes Vorstandsamt wahrnimmt, den Unternehmenserfolg des von ihm kontrollierten Unternehmens.¹⁶ Dies mag an dem durch das externe Vorstandsmandat geschulten Sachverstand liegen.¹⁷ Hat ein Aufsichtsratsvorsitzender hingegen weitere Aufsichtsratsmandate in anderen Gesellschaften inne, zeigt sich keine Steigerung des Unternehmenserfolgs.¹⁸ Hieraus könnte man auf einen qualitativen Unterschied der Erfahrungen als externer Vorstand und als externer Aufsichtsrat schließen.¹⁹

Motive für Mehrfachmandate lassen sich als institutionell und personal einteilen.²⁰ Institutionell können Mehrfachmandate dazu dienen, Abhängigkeiten von anderen Unternehmen abzumildern. Solche Abhängigkeiten können z.B. gegenüber Zulieferern bestehen. Die Verflechtung zu vor- oder nachgelagerten Unternehmen kann die Kooperation gewährleisten und vereinfachen (die Bildung eines solchen institutionellen Rahmens wird als *Kooptation* bezeichnet).²¹ Die Gesellschaft, die entsandte Mandatsträger aufnimmt, erhofft sich die bevorzugte Berücksichtigung bei der Vergabe von Ressourcen, wie z.B. Kredite, und einen Zuwachs an Expertise.²² Die entsendende Gesellschaft erhofft sich möglicherweise die Einflussnahme auf Entscheidungsprozesse und den Zugang zu Informatio-

¹⁴ Balsmeier/Buchwald/Peters, JBNST, Bd. 230/5, 547, 562.

¹⁵ Balsmeier/Buchwald/Peters, JBNST, Bd. 230/5, 547, 562.

¹⁶ Balsmeier/Buchwald/Peters, JBNST, Bd. 230/5, 547, 564.

¹⁷ Balsmeier/Buchwald/Peters, JBNST, Bd. 230/5, 547, 564.

¹⁸ Balsmeier/Buchwald/Peters, JBNST, Bd. 230/5, 547, 565.

¹⁹ Balsmeier/Buchwald/Peters, JBNST, Bd. 230/5, 547, 565.

²⁰ Balsmeier/Buchwald/Peters, JBNST, Bd. 230/5, 547, 550.

²¹ Balsmeier/Buchwald/Peters, JBNST, Bd. 230/5, 547, 550; Mizruchi, Annu. Rev. Sociol. 1996, 271, 274; J. Beyer, in: Münkler/Straßenberger/Bohlender, Eliten im Wandel, S. 177, 194.

²² Ebke/Geiger, ZVglRWiss 93 (1994), 38, 42 f.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

nen.²³ 1937 setzte der Gesetzgeber die Höchstzahl von Aufsichtsratsmitgliedern bewusst nicht auf weniger als 20 herab, um dem Aufsichtsrat weiterhin die Rahmenbedingungen zu bieten, um mit seiner Besetzung der Erhaltung geschäftlicher Beziehungen und Verbindungen zu dienen.²⁴ 1958 bezeichnete *Mestmäcker* Aufsichtsräte in diese Sinne als „Spiegelbild der Geschäftsbeziehungen ihres Unternehmens“.²⁵

Aus der personalen Perspektive stellen sich Mehrfachmandate als Reputationsmerkmal dar.²⁶ Laut *Mizruchi* besetzen US-Unternehmen ihr *Board of directors* (vergleichbar dem Aufsichtsrat) mit Personen, die ihnen Prestige bringen, die erfahrenen Rat beisteuern können und die einen tadellosen Ruf haben.²⁷ Den Schwerpunkt auf Reputation zu legen werden sich deutsche Gesellschaften jedoch angesichts des Trends zur Erweiterung der Haftung von Aufsichtsräten und der damit einhergehenden Forderung nach Sachkunde nicht (mehr) leisten können.

B. Exkurs: Organisationspsychologische Aspekte von Mehrfachmandaten

Mehrfachmandate bieten nicht nur aus juristischer Sicht Gefahrenquellen, sondern auch aus dem Blickwinkel der Organisationspsychologie. Dieses Forschungsgebiet untersucht die Qualität der Entscheidungsfindung einer Gruppe im Vergleich zu der von Einzelpersonen. In Gruppen stellt sich oftmals das Problem einer Gleichschaltung im Denken (sog. *groupthink*). Eine Gruppe lässt sich als eine Mehrzahl von Personen definieren, die über längere Zeit in direktem Kontakt stehen, wobei sich Rollen ausdifferenzieren, gemeinsame Normen entwickeln und Kohäsion (Wir-Gefühl) entstehen könnten.²⁸ Das Gremium Aufsichtsrat lässt sich nach dieser Definition als Gruppe einordnen. Daher soll der Frage nachgegangen werden, ob Mehrfachmandate die Homogenität des Gruppenorgans Aufsichts-

²³ *Ebke/Geiger*, ZVglRWiss 93 (1994), 38, 42.

²⁴ *Schlegelberger*, AktG 1937, S. 380.

²⁵ *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 251.

²⁶ *Balsmeier/Buchwald/Peters*, JBNST, Bd. 230/5, 547, 551 m.w.N.

²⁷ *Mizruchi*, Annu. Rev. Sociol. 1996, 271, 277 f.

²⁸ *Nerdinger/Blickle/Schaper*, Arbeits- und Organisationspsychologie, S. 567.

rat steigern und ob sich dies nachteilig auf die Verfolgung des Unternehmensinteresses auswirkt.

I. Gruppen als Entscheidungsträger

Gruppen werden als Entscheidungsträger geschätzt, weil sie im Vergleich zu Einzelpersonen eine höhere Informationsverarbeitungskapazität besitzen und durch das unterschiedliche Wissen ihrer Mitglieder zu einer umfassenderen kritischen Bewertung der Entscheidungsalternativen in der Lage sind.²⁹ Einem pluralistisch besetzten Gremium wird zugetraut, Extrempositionen durch eine Mehrheitsentscheidung zu korrigieren.³⁰ Ideales Gruppenentscheiden wird mit der Metapher des „*think tank*“ (zu übersetzen als „Denkfabrik“) belegt.³¹ Unter bestimmten Umständen kann es jedoch zu einem Problem bei der Informationsverarbeitung in Gestalt von *groupthink* kommen. *Groupthink* bezeichnet einen Denkmodus, in den Personen verfallen, wenn sie Mitglied einer hoch kohäsiven Gruppe sind. Dieser Denkmodus ist gekennzeichnet durch das Bemühen der Gruppenmitglieder um Einmütigkeit, die auch ihre Motivation, alternative Wege realistisch zu bewerten, übertönt.³² Begünstigt wird die *groupthink* durch eine hohe Homogenität in der Gruppe bezüglich des sozialen Hintergrunds und der Einstellung zu wichtigen Fragen.³³ Eine Bedingung ist auch Stress und erhöhter Entscheidungsdruck.³⁴ Gefährdet sind insbesondere Gruppen, die aufgrund der Organisationsstruktur von wichtigen Informationen abgeschottet sind. Eine solche Struktur liegt vor, wenn die Gruppe Informationen durch bestimmte vorgeschaltete Instanzen erhält, die ihrerseits die Informationen vorab filtern.³⁵ Demzufolge ist der Aufsichtsrat, der den Großteil seiner Information über den Vorstand erlangt, besonders gefährdet.

²⁹ Schulz-Hardt/Frey, Zeitschrift für Psychologie 208 (2000), 385, 386.

³⁰ Weninger, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte, S. 53.

³¹ Schulz-Hardt/Frey, Zeitschrift für Psychologie 208 (2000), 385, 386.

³² Janis, Victims of Groupthink, S. 9.

³³ Nerdinger/Blickle/Schaper, Arbeits- und Organisationspsychologie, S. 102.

³⁴ Nerdinger/Blickle/Schaper, Arbeits- und Organisationspsychologie, S. 102.

³⁵ Nerdinger/Blickle/Schaper, Arbeits- und Organisationspsychologie, S. 101.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

Homogene Gruppen neigen dazu, ihre innere Konformität zu stärken und sich dadurch von anderen abzugrenzen.³⁶ Ein Risiko der Gruppe besteht darin, dass die Vertreter einer Minderheitenmeinung nach der Harmonisierung der Gruppenmeinung streben und sich daher der Mehrheitsmeinung anschließen (sog. „Gruppenpolarisierung“).³⁷ Somit kann es zu kollektiver Kritiklosigkeit und Selbstbestätigung kommen und die Suche nach der bestmöglichen Entscheidung dahinter zurücktreten.³⁸

Ferner stellt sich das Problem der „geteilten Informationen“ (auch genannt „*Hidden Profiles*“): Dies bedeutet, dass innerhalb einer Gruppe nur über solche Informationen gesprochen wird, die allen Gruppenmitgliedern bekannt sind. Wer bereits bekannte Informationen in die Diskussion einbringt, erfährt Ermutigung und soziale Bestätigung durch die anderen Gesprächsteilnehmer, weil sie die Information bekräftigen können.³⁹ Als Konsequenz ist denkbar, dass andere Diskussionsteilnehmer lieber geteilte Informationen wiederholen als ungeteilte Informationen erstmalig in die Diskussion einzubringen.⁴⁰ Diejenigen Mitglieder, die über Sonderwissen verfügen, könnten dieses nicht einbringen, um eine schnellere und harmonische Einigung der Gruppe zu ermöglichen.⁴¹

II. Bedeutung für den Aufsichtsrat

Aufsichtsräte sind häufig homogen ausgestaltet. Dies liegt daran, dass der Markt für sachverständige und erfahrene Führungskräfte, wie bereits gesagt, begrenzt ist. Mehrfachmandate verstärken den Effekt, dass in den Aufsichtsräten nicht nur Personen gleicher Prägung zusammenarbeiten, sondern sich teilweise dieselben Personen in unterschiedlichen Gremien wieder zusammenfinden. Aufsichtsräte werden dadurch nicht nur homo-

³⁶ Benning-Rohnke/Hasebrook, Der Aufsichtsrat 2012, 53, 54.

³⁷ Benning-Rohnke/Hasebrook, Der Aufsichtsrat 2012, 53, 55; Mümken, Interdependenzstruktur, S. 31.

³⁸ Schulz-Hardt/Frey, Zeitschrift für Psychologie 208 (2000), 385, 387; Mümken, Interdependenzstruktur, S. 18.

³⁹ Mümken, Interdependenzstruktur, S. 18.

⁴⁰ Mümken, Interdependenzstruktur, S. 18.

⁴¹ Benning-Rohnke/Hasebrook, Der Aufsichtsrat 2012, 53, 55; Strenger, Der Konzern 2012, 10, 13; Mümken, Interdependenzstruktur, S. 14.

gen, sondern auch teilidentisch. Dem drohenden *groupthink*-Phänomen setzt der DCGK in Ziff. 5.4.1 Abs. 2 S. 2 die Forderung nach Diversität bei der Aufsichtsratsbesetzung entgegen. In ihrem im Dezember 2012 veröffentlichten Aktionsplan beklagt die EU-Kommission mangelnde Diversität im Aufsichtsrat und befürchtet ein Gruppendenken und als dessen Konsequenz „weniger Debatte, weniger Ideen und Herausforderungen im Verwaltungsrat und eine potenziell weniger effiziente Beaufsichtigung“ durch dieses Organ.⁴² Die Kommission setzt darauf, durch mehr Transparenz über die Vielfalt der Aufsichtsratsbesetzung die Unternehmen dazu zu animieren, sich mit den Nachteilen einer einförmigen Aufsichtsratsbesetzung auseinanderzusetzen.⁴³

Die Ökonomen *van Ees*, *Gabrielsson* und *Huse* haben gängige Verhaltensmuster bei der Entscheidungsfindung von Aufsichtsräten untersucht.⁴⁴ Sie kategorisieren diese Verhaltensmuster als „*Bounded Rationality*“, „*Satisficing*“, „*Routinization of Decision Making*“ und „*Political Bargaining*“. „*Bounded Rationality*“ spricht das Problem an, dass die Personen, die eine Entscheidung treffen müssen, vielleicht nicht alle Informationen verarbeiten und mit komplexen Problemstellungen überfordert sein können.⁴⁵ Wenn Aufsichtsratsmitglieder sich einer überfordernden Problemstellung gegenübersehen, neigen sie dazu, die Problemlage zu vereinfachen und ihrem Erfahrungsschatz anzupassen.⁴⁶ „*Satisficing*“ bezeichnet das Verhalten, sich mit einer Lösung zufrieden zu geben, die gut genug ist (d.h. die wichtigsten Probleme behebt), anstatt nach der optimalen Lösung zu suchen.⁴⁷ „*Routinization of Decision Making*“ knüpft daran an, dass erfahrene Aufsichtsratsmitglieder routiniert darin sind, Entscheidungen zu fällen. Der positive Aspekt von Routine ist die Orientierung an Erfahrungswerten und eine stabile Entscheidungskultur. Auf der anderen Seite

⁴² Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, KOM(2012) 740/2, Ziff. 2.1.

⁴³ Vgl. KOM(2012) 740/2, Ziff. 2.1.

⁴⁴ *van Ees/Gabrielsson/Huse*, CG: An International Review 2009, 307.

⁴⁵ *van Ees/Gabrielsson/Huse*, CG: An International Review 2009, 307, 311.

⁴⁶ *van Ees/Gabrielsson/Huse*, CG: An International Review 2009, 307, 313.

⁴⁷ *van Ees/Gabrielsson/Huse*, CG: An International Review 2009, 307, 312.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

kann Routine auch den Blick auf ausgewählte Aspekte, die sich in wohl-bekanntere Kategorien einordnen lassen, verengen.⁴⁸ Dies bereitet den Weg für Voreingenommenheit der Entscheidungsträger. Der Ausdruck des „*Political Bargaining*“ versinnbildlicht, dass in einem Unternehmen unterschiedliche Zielsetzungen zu latenten Konflikten führen. Zielbestimmung und Zielkonflikte können sich aber auch vorteilhaft auswirken, indem sie Anreiz zur umfassenderen Suche nach Informationen bieten können und damit einen Lernprozess fördern.⁴⁹

Insgesamt sollte bedacht werden, dass die Homogenität einer Gruppe nützlich sein kann: Sind Gruppenmitglieder unvoreingenommen, offen und bereit, kritische Aspekte genau zu analysieren, kann dies den Entscheidungsprozess verzögern und im Extremfall eine Entscheidungsunfähigkeit herbeiführen.⁵⁰ Wird also ein schnelles Handeln gefordert und sind die Folgen der Handlungsalternativen nicht verlässlich absehbar, kann eine gewisse Voreingenommenheit von Vorteil sein.⁵¹

Die Gefahr, dass die Mitglieder eines homogenen Aufsichtsrats sich gegenseitig zu einer Entscheidung drängen, die das Unternehmensinteresse missachtet, ist letztlich auf dieselbe Weise abzuwehren wie der Prinzipal-Agent-Konflikt. Der psychisch vermittelten Gleichschaltung in der Gruppe zulasten der Gesellschaft stehen Sanktionen wie Haftung oder jedenfalls der Mandatsverlust mangels Wiederwahl gegenüber.

⁴⁸ van Ees/Gabrielsson/Huse, CG: An International Review 2009, 307, 312.

⁴⁹ van Ees/Gabrielsson/Huse, CG: An International Review 2009, 307, 312.

⁵⁰ Schulz-Hardt/Frey, Zeitschrift für Psychologie 208 (2000), 385, 400.

⁵¹ Schulz-Hardt/Frey, Zeitschrift für Psychologie 208 (2000), 385, 400.

§ 6 Kritische Verflechtungen privatrechtlicher Unternehmen außerhalb des Konzerns

Vor 1937 war es umstritten, ob juristische Personen einem Aufsichtsrat angehören können.¹ Im Jahr 1937 entschied sich der Gesetzgeber aber ausdrücklich für das persönliche Mandat, indem § 86 II 1 AktG 1937 statuierte: „Eine juristische Person kann nicht Aufsichtsratsmitglied sein.“² Obgleich das Fremdunternehmen nicht selbst zur Aufsichtsratsbesetzung zählt, kann es aber dennoch über ihm nahestehende Mandatsträger Einfluss ausüben. Diese Praxis erscheint erst einmal als Abkehr vom gesetzlichen Leitgedanken, kann sich aber auch als nützlich erweisen: Es ist ein Unterschied, ob ein Aufsichtsratsmitglied persönliche Individualinteressen in sein Amt einfließen lässt, oder (in einer Vertreterfunktion) institutionelle Interessen. Letzteres kann sinnvoll sein, wenn es sich um eine für die AG wichtige Interessengruppe handelt.³

Bisweilen wird das gerade in der Corporate-Governance-Diskussion vielfach beschworene Ideal des Aufsichtsrats als neutrale Kontrollinstanz in Frage gestellt. Der Aufsichtsrat sei nicht nur Kontrollorgan, sondern auch „Interessenintegrationsinstanz“ und so solle der interessenpluralistischen Zusammensetzung des Gremiums auch „rechtliche Relevanz beigemessen“ werden.⁴ In den 1950er Jahren sah es *Redding* gerade als Auftrag des Aufsichtsrats an, „die von seinen Mitgliedern repräsentierten Interessen [...] mit den Unternehmensinteressen in Einklang“ zu bringen, „wenn der Gesetzgeber das auch nicht hat eingestehen wollen“.⁵ Auch für *Raiser* ist das Unternehmensinteresse „keine vorgegebene Größe, sondern bildet sich erst im Zusammenwirken der Organe und der in den Organen wirkenden Kräfte“.⁶

¹ *Schlegelberger*, AktG 1937, S. 383.

² § 86 II 1 AktG 1937, abgedruckt bei *Schlegelberger*, AktG 1937, S. 379.

³ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 41.

⁴ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 42 m.w.N.

⁵ *Redding*, NJW 1956, 48, 50.

⁶ *Raiser*, ZGR 1978, 391, 397. Ebenso *Kindl*, Aufsichtsratssitzung, S. 135, der zu bedenken gibt, dass es sonst keinen Sinn ergäbe, den Aufsichtsrat mit Trägern von konfligierenden Rollen zu besetzen.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

Die Diskussion um Interessenkonflikte im Aufsichtsrat ist durch die Praxis, Aufsichtsratsposten auch mit Vertretern von Wettbewerbsunternehmen zu besetzen, besonders angetrieben worden. In den besten Zeiten der sog. „Deutschland AG“ war es üblich, dass Repräsentanten von Banken in den Aufsichtsräten ihrer Kunden saßen. Diese beiden Beispiele für kritische personelle Verflechtungen im Aufsichtsrat werden nun näher untersucht.

A. Wettbewerber im Aufsichtsrat

I. Konfliktlage

Aus §§ 105 II 4, 88 AktG ergibt sich, dass Aufsichtsratsmitglieder keinem grundsätzlichen Wettbewerbsverbot unterliegen. Allerdings könnte eine Konkurrenzsituation die Arbeitsfähigkeit des Aufsichtsrats gefährden, wenn sie die Teilnahme des betroffenen Mitglieds dauerhaft unmöglich macht. Erhält ein Aufsichtsratsmitglied regelmäßig Informationen von zwei verschiedenen, zumindest auf einem Kerngeschäftsfeld in Wettbewerb stehenden Unternehmen, so erlangt es „sensibles“ Wissen.⁷ Es ist organschaftlich geschuldet, das erworbene Wissen zum Besten der jeweiligen Gesellschaft zu nutzen. Zwei auf einem wesentlichen Geschäftsfeld konkurrierenden Gesellschaften gleichzeitig diesen Dienst zu erweisen, ist jedoch wohl kaum möglich.⁸ Indem die Aktionäre nicht überwachen können, wie das Aufsichtsratsmitglied seine Informationen nutzt, bestehe außerdem ein Anreiz zum Missbrauch.⁹ Allein schon durch dieses Gefahrenpotenzial werde die vertrauensvolle Zusammenarbeit des Kollegiums Aufsichtsrat gestört: Es bestehe der Verdacht, dass die Doppelmandatsträger ihren Kollegen wichtige Informationen vorenthalten, um ihrer Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Konkurrenzgesellschaft zu genü-

⁷ *Semler/Stengel*, NZG 2003, 1, 5; *Martinek*, WRP 2008, 51, 57.

⁸ *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 22; *Martinek*, WRP 2008, 51, 58; *Deckert*, DZWir 1996, 406.

⁹ *Langenbucher*, ZGR 2007, 571, 574.

gen¹⁰ oder aber vertrauliche Informationen an die andere Gesellschaft weitergeben¹¹. Das Vorenthalten wichtiger Informationen würde aber ohnehin eine organschaftliche Pflichtverletzung darstellen, so dass auf die Entscheidung des BGH zu verweisen ist, dass eine Pflichtverletzung in der einen Gesellschaft nicht durch die Pflichten aus dem Organverhältnis zu einer anderen Gesellschaft gerechtfertigt werden könne.¹²

II. Anerkennung ungeschriebener Inkompatibilitätsvorschriften?

Als Instrument zum Umgang mit dem Problempotenzial von Aufsichtsratsmandaten in Konkurrenzunternehmen wird teilweise die Anerkennung ungeschriebener spezieller Inkompatibilitätsvorschriften vorgeschlagen. Es ist umstritten, ob neben den wenigen gesetzlich geregelten Inkompatibilitätsvorschriften für das Aufsichtsratsamt weitere spezielle Inkompatibilitätsvorschriften greifen, die für konflikträchtige Mandate gelten. *Lutter* befürwortet eine Gesamtanalogie zu §§ 100, 105, 250 AktG.¹³ Die Gegner einer solchen Annahme verweisen darauf, dass das Gesetz solche Vorschläge nicht kenne.¹⁴ Halte das Wettbewerbsunternehmen Anteile an der Gesellschaft, dürfe es nicht zu einem Aktionär mit weniger Rechten degradiert werden.¹⁵ Es sei außerdem nicht nötig, per se eine Inkompatibilität anzunehmen, zumal die Gesellschaft jeweils selbst entscheiden könne, wie weit sie fremde Interesseneinflüsse billigt, und unerwünschte Mandatsträger gem. § 103 III AktG abberufen könne.¹⁶ Außerdem führe eine Inkompatibilität zu Rechtsunsicherheit, weil Aufsichtsratsbeschlüsse anfechtbar würden.¹⁷

Laut OLG Schleswig¹⁸ ist die „gleichzeitige Zugehörigkeit zu den Organen konkurrierender Unternehmen nach geltendem Recht zulässig“. Das

¹⁰ *Lutter*, ZHR 145 (1981), 224, 236.

¹¹ *Lutter*, FS Beusch, S. 509, 510.

¹² BGH NJW 1980, 1629, 1630.

¹³ *Lutter*, FS Beusch, S. 509, 518.

¹⁴ *Deckert*, DZWir 1996, 406.

¹⁵ *Hüffer/Koch*, § 103 Rn. 13b.

¹⁶ *Dreher*, JZ 1990, 896, 898 f.

¹⁷ *Langenbucher*, ZGR 2007, 571, 585.

¹⁸ OLG Schleswig NZG 2004, 669, 670.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

Gesetz gehe davon aus, dass die sich aus einer solchen Konfliktlage ergebenden Probleme nach den allgemein geltenden Regeln gelöst werden.¹⁹ Das OLG verweist auf den möglichen Vorzug eines Mandatsträgers aus einem Konkurrenzunternehmen, Renommee und Erfahrungen einzubringen.²⁰ Anders als die Befürworter einer Analogie zu §§ 100, 105, 250 AktG geht das OLG Schleswig nicht von einer planwidrigen Regelungslücke aus, sondern nimmt an, dass der Gesetzgeber bewusst keine entsprechende Regelung für Wettbewerber im Aufsichtsrat geschaffen habe.²¹ Das Gericht räumt jedoch ein, dass „eine Konkurrenzsituation, welche dauerhaft die gesamte Tätigkeit und den wesentlichen Kernbereich der Unternehmen betrifft, dazu führen [könnte], dass das Aufsichtsratsmitglied wegen der erwähnten Pflichtenkollision gehindert wäre, sein Amt überhaupt wahrzunehmen.“²² Ist dies bereits im Vorhinein absehbar, wäre eine Bestellung sinnwidrig.²³

Der Versuch, spezielle Inkompatibilitätsvorschriften auf eine Analogie zu §§ 100, 105, 250 AktG zu gründen, erhielt spätestens mit dem KonTraG²⁴ eine Absage. Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung heißt es, dass „eine ausdrückliche über § 103 AktG hinausgehende Regelung zu einem Verbot von Tätigkeiten in konkurrierenden Unternehmen verzichtbar“ erscheine, weil die Hauptversammlung die Entscheidung über die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds in Kenntnis von dessen anderweitigen Tätigkeiten fälle.²⁵ Schon beim Vorschlag für das Aufsichtsratsamt ist gem. § 124 III 4 AktG der Beruf des Kandidaten zu nennen und im Falle einer börsennotierten Gesellschaft sind gem. § 125 I 5 Hs. 1 AktG weitere Aufsichtsratsämter des Kandidaten offenzulegen. Damit hat sich der Gesetzgeber für den Grundsatz der Transparenz anstelle der Inkompatibilität ausgesprochen. Es solle den Aktionären überlassen bleiben, über die

¹⁹ OLG Schleswig NZG 2004, 669, 670.

²⁰ OLG Schleswig NZG 2004, 669, 670.

²¹ OLG Schleswig NZG 2004, 669, 670.

²² OLG Schleswig NZG 2004, 669, 670.

²³ OLG Schleswig NZG 2004, 669, 670.

²⁴ Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.04.1998, BGBl. I, S. 786.

²⁵ BT-Drs. 13/9712, S. 17.

Tauglichkeit eines Mandatsträgers der Konkurrenz für die eigene Gesellschaft zu entscheiden.²⁶ Über das Bestehen einer Inkompatibilität und ihre Rechtsfolgen im Einzelfall könne die Rechtsprechung befinden.²⁷

Laut Ziff. 5.4.2 S. 4 DCGK sollen Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktion oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben. Abweichungen müssen daher in der Entsprechenserklärung i.S.v. § 161 AktG erklärt und damit für die Anleger transparent gemacht werden. Bei der Voraussetzung eines „wesentlichen“ Wettbewerbs ist eine enge Auslegung geboten, da qualifizierte Aufsichtsratsmitglieder regelmäßig mehrere Organfunktionen parallel ausüben und das sicherlich auch bei miteinander konkurrierenden Gesellschaften. Ein zu enges Verständnis des wesentlichen Wettbewerbers würde die Suche nach Aufsichtsratsmitgliedern unnötig erschweren.²⁸ Wesentlich ist ein Wettbewerber i.S.v. Ziff. 5.4.2 S. 4 DCGK daher, wenn er tatsächlich (und nicht nur potenziell) im Wettbewerb zur Gesellschaft steht und in den Kernbereichen identische Tätigkeitsfelder hat.²⁹

Da der Gesetzgeber auf eine Inkompatibilität im Falle von Mandaten bei Konkurrenten verzichtet hat, ist auf das flexible, abgestufte Repressionsystem von Stimmrechts- und Sitzungsverböten bis hin zur Mandatsniederlegung zurückzugreifen.³⁰ Wenn die Gesellschaft bestimmte Interesseneinflüsse strikter als gesetzlich ausschließen will, können gem. § 100 IV AktG in der Satzung bestimmte Inkompatibilitätsvorschriften geschaffen werden.³¹ Der Aufsichtsrat kann auch in seiner Geschäftsordnung Fallgruppen regelmäßig zu erwartender Interessenkonflikte benennen und eine jeweilige Repressionsmaßnahme festlegen.³²

²⁶ BT-Drs. 13/9712, S. 17.

²⁷ BT-Drs. 13/9712, S. 17.

²⁸ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1033.

²⁹ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1033.

³⁰ Ebenso *Deckert*, DZWir 1996, 406.

³¹ Hölters/*Simons*, § 100 Rn. 41; *Spindler/Stilz*, § 100 Rn. 41; *Gofferje*, Unabhängigkeit, S. 148; Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1008.

³² *Seibt*, FS Hopt, S. 1363, 1388.

B. Bankenvertreter

I. Personelle Verflechtung aus Tradition

In den 1990er Jahren wurde das personelle und finanzielle Geflecht zwischen deutschen Großkonzernen mit dem Schlagwort „Deutschland AG“ betitelt. Im Zentrum des Geflechts standen vornehmlich Finanzunternehmen, die durch zahlreiche Beteiligungen an Industrie- und Handelsunternehmen in der Lage waren, Märkte zu kontrollieren und zu regulieren.³³ Personelle Verflechtungen zwischen Großbanken und Industrieunternehmen boten schon früh Anlass zu wissenschaftlicher Auseinandersetzung.³⁴ So veröffentlichte *Jeidels*³⁵ bereits 1905 eine Studie, derzufolge sechs Berliner Großbanken 1350 personelle Verflechtungen zu deutschen Industrieunternehmen aufwiesen.

Seit den 1990er Jahren nahm die als „Deutschland AG“ bekannte Verflechtung kontinuierlich ab.³⁶ Verfügten 1994 51% der Aufsichtsräte der 100 größten deutschen Unternehmen über Bankenvertreter, waren es 2005 nur noch 33%.³⁷ Ein Grund hierfür ist, dass umfangreiche Industriebeteiligungen für Banken an Attraktivität verloren haben. Das liegt zunächst an der zunehmenden Bedeutung des Investmentbankings als Geschäftsfeld. Kunden werden schließlich davon absehen, eine Bank mit der Finanzierung einer Fusion oder Übernahme zu betrauen, die aufgrund ihrer Beteiligung an dem Zielunternehmen womöglich noch sensible Informationen an dieses weitergibt.³⁸ Außerdem halfen Beteiligungen den Banken, durch Regulierung der Märkte Kreditrisiken zu senken. Durch die Globalisierung ist das Kreditrisiko jedoch mittlerweile nicht mehr eingrenzbar, so dass mit bloßen Beteiligungen nicht der gewünschte Effekt erzielt werden

³³ *Höpner/Krempel*, Ein Netzwerk in Auflösung, S. 3; zu vergleichbaren Strukturen in den USA *Mizruchi*, *Annu. Rev. Sociol.* 1996, 271, 275.

³⁴ Nähere Nachweise bei *Ebke/Geiger*, *ZVglRWiss* 93 (1994), 38, 47 ff.

³⁵ *Jeidels*, Das Verhältnis der deutschen Großbanken zur Industrie mit besonderer Berücksichtigung der Eisenindustrie, 1905.

³⁶ *Höpner/Krempel*, Ein Netzwerk in Auflösung, S. 4; *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drs. 17/10365, S. 108.

³⁷ *Dittmann/Maug/Schneider*, *Review of Finance* 2010, 35, 37.

³⁸ *Höpner/Krempel*, Ein Netzwerk in Auflösung, S. 5.

kann.³⁹ Auch wenn sich aus diesen Gründen Finanzdienstleister in den letzten Jahren aus dem Beteiligungsgeflecht weitgehend zurückgezogen haben, blieben personelle Verflechtungen, insbesondere zwischen Unternehmen außerhalb des Kredit- und Versicherungsgewerbes, weiterhin bestehen.⁴⁰

II. Motive für die Aufsichtsratsbesetzung

Der Begriff des „Bankenvertreter“ ist eingängig, aber irreführend: Im Aufsichtsrat sitzen keine Vertreter einer bestimmten Interessengruppe, die einem Wahlauftrag nachkommen müssen, stattdessen handelt es sich um Aufsichtsratsmitglieder, die hauptberuflich als Bankiers, Vorstände von Banken oder Bankengeschäftsführer tätig sind.⁴¹ *Lutter* charakterisiert Bankenvorstände als „wirtschaftserfahrene Leute mit einer stets gut gefüllten Kasse“ und erklärt so ihre Attraktivität für den Aufsichtsrat.⁴² Bankenvertreter sind dem Aufsichtsrat nützlich, um den Vorstand im Bereich der Unternehmensfinanzierung überwachen zu können.⁴³ Auf der anderen Seite kann auch die Bank selbst ein Interesse an dem Aufsichtsratsmandat eines ihrer Vertreter haben: Ist sie Großkreditgeber der Gesellschaft, kann eine Vertretung im Aufsichtsrat dabei helfen, das Kreditrisiko zu kontrollieren.⁴⁴ Die Tätigkeit im Kontrollgremium bietet einen erleichterten Zugriff auf die Finanz-, Auftrags- und Produktionslage des Schuldnerunternehmens.⁴⁵ Banken sind eher geneigt, Kredite an Gesellschaften zu vergeben, in deren Aufsichtsräten sie repräsentiert sind, als an Gesellschaften, deren Aufsichtsräten Vertreter anderer Banken angehören.⁴⁶ Ferner kann der Bankenvertreter im Aufsichtsrat Einfluss auf die Unternehmenspolitik nehmen, indem er z.B. die Zustimmung zu besonders ris-

³⁹ *Höpner/Krempel*, Ein Netzwerk in Auflösung, S. 6.

⁴⁰ *Balsmeier/Buchwald/Peters*, JBNST, Bd. 230/5, 547, 549.

⁴¹ *Lutter*, ZHR 145 (1981), 224, 226.

⁴² *Lutter*, NJW 1995, 2766.

⁴³ *Lutter*, NJW 1995, 2766, 2767.

⁴⁴ *Roth/Wörle*, ZGR 2004, 565, 598; *Mizruchi*, Annu. Rev. Sociol. 1996, 271, 276.

⁴⁵ *Roth/Wörle*, ZGR 2004, 565, 598.

⁴⁶ *Dittmann/Maug/Schneider*, Review of Finance 2010, 35, 59.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

kanten Geschäften versagt, und dadurch die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft stärken.⁴⁷

III. Konfliktpotenzial

Finanziert die Bank Übernahmegeschäfte einer anderen Gesellschaft, weckt dies Zweifel an der Wahrung von Vertraulichkeit durch das Bankenmitglied im Aufsichtsrat. Bei der Gewährung eines Übernahmekredits können drei Interessenkreise kollidieren und zu einem unlösbaren Konflikt in der Person des Bankenvertreters führen: Interessen der Bank (deren Vorstandsmitglied er ist), Interessen des angegriffenen Unternehmens (dessen Aufsichtsratsmitglied er ist) und Interessen des kreditsuchenden, an der Übernahme interessierten Unternehmens (das Vertragspartner seiner Bank werden will).⁴⁸ Diese potentielle Konfliktsituation im wachsenden Investmentbanking-Geschäft hat zum Rückzug von Bankenvertretern aus deutschen Aufsichtsräten geführt. Fraglich ist, ob der Bankenvertreter mit einer Mandatsniederlegung auf diese Konstellation reagieren soll. Der Bankenvertreter unterliegt derselben Verschwiegenheitsverpflichtung wie jedes andere Aufsichtsratsmitglied auch und darf somit ohnehin keine Insiderinformationen an die Bank weitergeben.⁴⁹ Aus praktischer Sicht würde eine Verpflichtung des Aufsichtsratsmitglieds zur Mandatsniederlegung im Falle einer Übernahme zu gravierenden Problemen führen: Die Übernahme würde möglichst lang geheim gehalten, so dass die Mandatsniederlegung Anleger verunsichern und den Aktienkurs beeinflussen könnte.⁵⁰

Gesellschaftsrechtliche Bedenken speziell gegen Mehrfachmandate von Bankenvertretern stellen sich damit nicht. Allerdings sieht das Kreditwesengesetz seit dem 01.01.2014 Beschränkungen für die Ämterhäufung von Aufsichtsräten bzw. Verwaltungsorganmitgliedern von Kreditinstituten

⁴⁷ Roth/Wörle, ZGR 2004, 565, 608.

⁴⁸ Lutter, ZHR 145 (1981), 224, 244, der die Lösung allein präventiv darin sieht, sich von der Finanzierung von Übernahmen fernzuhalten.

⁴⁹ Hopt, ZGR 2002, 333, 370; Lange, WM 2002, 1737, 1738.

⁵⁰ Hopt, ZGR 2002, 333, 370.

vor. Laut § 25d III 1 Nr. 3 KWG darf dem Aufsichtsrat/Verwaltungsorgan nicht angehören, wer bereits in einem anderen Unternehmen Geschäftsleiter ist und zugleich in mehr als zwei weiteren Unternehmen Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist. Gem. § 25d III 1 Nr. 4 KWG besteht außerdem eine Inkompatibilität für denjenigen, der bereits in mehr als drei anderen Unternehmen Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans ist. Diese Regelungen flankiert jedoch ein Konzernprivileg, § 25d III 2 KWG. Mit den Inkompatibilitätsvorschriften in § 25d III 1 Nr. 3 und Nr. 4 KWG hat der Gesetzgeber zugleich positiv zugelassen, dass ein Aufsichtsratsmitglied eines Kreditinstituts neben diesem Amt zugleich entweder Geschäftsleiter in einer anderen Gesellschaft sowie Aufsichtsrat in einer weiteren Gesellschaft sein darf oder aber zusätzlich zu seinem Aufsichtsratsmandat im betreffenden Kreditinstitut drei weitere Aufsichtsratsmandate in anderen Gesellschaften bekleiden darf. Mehrfachmandate durch „Bankenvertreter“ sind daher mit Einschränkungen explizit zugelassen.

§ 7 Unternehmensbeteiligung der öffentlichen Hand

Nachdem Beispiele für konfliktträchtige personelle Verflechtungen zwischen privatrechtlichen Gesellschaften erörtert wurden, widmet sich das folgende Kapitel der Entsendung von Vertretern der öffentlichen Hand in die Aufsichtsräte gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen.

A. Privatisierungsformen im Überblick

Zur Bekämpfung der stetig wachsenden Verschuldung der öffentlichen Haushalte ist seit den 1980er Jahren ein Rückbau staatlicher Einrichtungen zu verzeichnen. Der Staat beschränkt sich auf seine Kernaufgaben und verlagert sein Handeln von der Ausführung auf die Gewährleistungsüberwachung. Bei diesem Paradigmenwechsel staatlicher Aufgaben spielt die Privatisierung eine große Rolle. Es lassen sich verschiedene Formen der Privatisierung unterscheiden. Die Vermögensprivatisierung betrifft die Veräußerung staatlichen Eigentums (z.B. von Liegenschaften oder Unternehmensanteilen),¹ um liquide Mittel zum Schuldenabbau zu beschaffen. Um sich seiner Gewährleistungsverantwortung zu entziehen, kann sich der Staat der materiellen Privatisierung (auch „Aufgabenprivatisierung“ genannt) bedienen. Hierbei verringert die öffentliche Hand ihren Aufgabenbereich, indem sie einen Teil der Aufgaben auf den privaten Sektor überträgt und damit insbesondere dem Wettbewerb öffnet. Eine demgegenüber mildere Privatisierungsform stellt die funktionale Privatisierung dar. Dabei trägt die öffentliche Hand die Aufgabenverantwortung, die Erfüllung der Aufgabe übernimmt hingegen ein privater Rechtsträger als Verwaltungshelfer.² Gesellschaftsrechtlich bedeutsam ist die formelle Privatisierung (auch als „Organisationsprivatisierung“ bezeichnet), bei der die Aufgabenerfüllung weiterhin dem Staat obliegt, die Art der Ausführung aber in privatrechtlicher Form erfolgt.³ Zur Erfüllung ihrer Aufgabe

¹ Schoch, DVBl. 1994, 962; Keller/Paetzelt, KommJur 2005, 451.

² Schoch, DVBl. 1994, 962, 963.

³ Schoch, DVBl. 1994, 962; Kiethe, NZG 2006, 45, 47; Geis/Nowak, Der Konzern 2011, 98, 100.

der Daseinsvorsorge⁴ bedienen sich kommunale Unternehmen zunehmend gesellschaftsrechtlicher Rechtsformen, primär der GmbH und AG. Als Vorteil der formellen Privatisierung wird eine gegenüber der Behördentätigkeit effektivere Aufgabenerfüllung angestrebt. An die Stelle politischer Einflussnahme sollen marktwirtschaftliche, unternehmerische Entscheidungen treten.⁵ Außerdem erlaubt die private Rechtsform eine flexiblere Personalpolitik und eröffnet mehr Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung.⁶ Die GmbH ist aufgrund ihrer Haftungsbegrenzung eine besonders attraktive Rechtsform.⁷ Bei allen Privatisierungsformen ist auch die Teilprivatisierung möglich. So werden z.B. neben Eigengesellschaften einer Kommune insbesondere gemischt-wirtschaftliche Unternehmen gegründet, deren Anteile teils von der öffentlichen Hand, teils von Privaten gehalten werden (sog. *Public Private Partnerships*).⁸ Gemischtwirtschaftliche Unternehmen entstehen auch, wenn sich der Staat im Zuge der Vermögensprivatisierung nur teilweise seiner Beteiligungen an einem Unternehmen entledigt. Zwar treten gemischtwirtschaftliche Unternehmen verstärkt auf kommunaler Ebene auf, aber auch Bund und Länder halten Beteiligungen an Unternehmen, die zum Teil an der Spitze großer Konzerne stehen. Beispielsweise hält das Land Niedersachsen 20% der Anteile an der VW AG, während der Bund unter anderem Mehrheitsbeteiligungen an der Deutschen Bahn AG und der KfW Bankengruppe hält.⁹

⁴ Nach der Auflistung bei *Altmeyden*, NJW 2003, 2561 zählen dazu beispielhaft „Energieversorgung, Abfallentsorgung, Wasserversorgung, Personennahverkehr, der Betrieb von kulturellen und sportlichen Einrichtungen“.

⁵ *Schoch*, DVBl. 1994, 962, 967; *Keller/Paetzelt*, KommJur 2005, 451; zur Anwendung ökonomischer Grundsätze auf die Beteiligungsverwaltung der öffentlichen Hand siehe *Geis/Nowak*, Der Konzern 2011, 98, 106 ff.

⁶ *Keller/Paetzelt*, KommJur 2005, 451; *Altmeyden*, NJW 2003, 2561, 2562.

⁷ *Keller/Paetzelt*, KommJur 2005, 451; *Geis/Nowak*, Der Konzern 2011, 98, 102 verweisen darauf, dass die GmbH der Gebietskörperschaft mehr Einflussmöglichkeiten vermittelt.

⁸ *Kiethe*, NZG 2006, 45, 46.

⁹ Einen Überblick über Kapitalbeteiligungen der öffentlichen Hand an den „100 größten Unternehmen“ Deutschlands bietet die *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drs. 17/10365, S. 154 ff.

B. Problemfelder der Organisationsprivatisierung

I. Konfliktpotenzial gemischtwirtschaftlicher Unternehmen aus öffentlich-rechtlicher Sicht

Aus öffentlich-rechtlicher Sicht bietet Privatisierung in verschiedenen Punkten Zündstoff. Zum einen kann es an Verantwortungsklarheit mangeln, so dass nicht sicher ist, wer die Erfüllungsverantwortung und wer die Gewährleistungsverantwortung trägt. Der Privatisierung sind auch materielle Grenzen gezogen: Nicht privatisierungsfähig sind die staatlichen Kernaufgaben Justiz, Polizei, Militär, Auswärtige Angelegenheiten und Finanzverwaltung.¹⁰ Neben der Frage nach Zuständigkeiten und der inhaltlichen Reichweite von Privatisierung können sich aus der Wahl einer privaten Rechtsform insbesondere Zielkonflikte ergeben: Ziel privatwirtschaftlichen Handelns ist Gewinnerzielung und -optimierung, vorrangiges Ziel der Verwaltung ist jedoch die Förderung des Gemeinwohls. Die gleichzeitige Verfolgung beider Ziele kann gerade im gemischtwirtschaftlichen Unternehmen problemträchtig sein.¹¹ Außerdem geht mit Privatisierung ein „Steuerungsverlust“¹² der öffentlichen Hand einher. So befürchtet *Schoch* eine „sukzessive[n] Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung“¹³ durch die fortschreitende formelle Privatisierung auf kommunaler Ebene.

II. Konfliktpotenzial aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

Sobald sich die öffentliche Hand den Einfluss auf das kommunale Unternehmen sichert, treten Spannungen zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht auf. Die Beteiligung der öffentlichen Hand birgt die Gefahr „einer einseitigen Förderung öffentlicher Aufgaben und politischer Ziele zu Lasten der abhängigen Gesellschaft und ihrer Minderheitsgesellschaft-

¹⁰ *Schoch*, DVBl. 1994, 962, 963.

¹¹ *Schoch*, DVBl. 1994, 962, 974; *Geis/Nowak*, Der Konzern 2011, 98, 105 f.; *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 177 (2013), 13, 15.

¹² *Schoch*, DVBl. 1994, 962, 963.

¹³ *Schoch*, DVBl. 1994, 962, 973.

ter“.¹⁴ Zur Einflussnahme stehen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft verschiedene Instrumente zur Verfügung: Sie kann sich im Gesellschaftsvertrag Weisungsrechte einräumen lassen, sie kann Aufsichtsratsmitglieder, die Entscheidungen in ihrem Sinn treffen, entsenden und sie kann die Mehrheit der Anteile erwerben, um die nötige Entscheidungsgewalt in der Gesellschafterversammlung aufbauen zu können.¹⁵ Flankiert werden diese Einflussmöglichkeiten durch die erweiterten Informationsrechte zugunsten der Gebietskörperschaft nach §§ 53 und 54 HGrG.¹⁶

1. Einflussicherung durch die Aufsichtsratsbesetzung

Als wichtiges Instrument der Einflussicherung dient der öffentlichen Hand die Besetzung des Aufsichtsrats.¹⁷ Gem. § 101 II 1 AktG kann die Satzung für bestimmte Aktionäre ein Entsendungsrecht vorsehen. Ein auf diese Weise entsandtes Aufsichtsratsmitglied kann vom Entsendungsberechtigten jederzeit abberufen oder durch einen anderen Mandatsträger ersetzt werden, § 103 II 1 AktG. In gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sind Gebietskörperschaften sogar gesetzlich verpflichtet, von der Möglichkeit der Entsendung zur Sicherung ihres Einflusses Gebrauch zu machen. Für den Bund ist in § 65 I Nr. 3 BHO niedergelegt, dass er sich nur an dann an der Unternehmensgründung in privater Rechtsform oder an einem bereits in privater Rechtsform bestehenden Unternehmen beteiligen soll, wenn er „einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält“. Die Landeshaushaltsordnungen enthalten entsprechende Regelungen (z.B. § 65 I Nr. 3 LHO NRW). Auch auf kommunaler Ebene erlaubt z.B. § 108 I Nr. 6 GO NRW einer Gemeinde nur dann die formelle Privatisierung, wenn sie „einen angemessenen Einfluss, insbesondere in einem Überwachungsorgan, erhält und dieser durch Gesellschaftsvertrag, Sat-

¹⁴ *Kiefner/Schürnbrand*, AG 2013, 789.

¹⁵ *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327, 331.

¹⁶ Ausführlich dazu Hüffer/Koch, § 394 Rn. 5 ff.

¹⁷ *Krämer/Winter*, FS Goette, S. 253, 254; *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 177 (2013), 13, 14; *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327, 331.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

zung oder in anderer Weise gesichert wird“. Laut § 113 I 1 GO NRW haben Gemeindevertreter in Aufsichtsräten, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, die Interessen der Gemeinde zu verfolgen. Sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden, § 113 I 2 GO NRW. Für die von der Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitglieder besteht im Einzelfall die Gefahr eines Loyalitätskonflikts, sobald die Interessen der Gemeinde und das Unternehmensinteresse auseinanderfallen.¹⁸

Ferner stellt sich ein Problem der Sachkunde. Kommunale Gesellschaften entsenden Aufsichtsräte in der Regel nicht aufgrund ihrer Fachkenntnis, sondern wählen hierfür Ratsmitglieder nach dem politischen Proporz aus.¹⁹ In der Besetzung der Aufsichtsräte von Landesbanken mit Politikern wird ein Faktor für die Finanzkrise gesehen.²⁰ *Weber-Rey/Buckel* leiten aus dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eine Rechtspflicht der Gebietskörperschaft ab, für die hinreichende Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder Sorge zu tragen, um ihre Haftungsgefahr für mangelnde Qualifikation zu verringern.²¹ Für den Fall, dass es dennoch zur Haftung kommt, kann aus der Fürsorgepflicht des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn ein Freistellungsanspruch folgen.²²

2. Zulässigkeit von Weisungen

Abgesehen von der Möglichkeit, den Aufsichtsrat mit Mitgliedern zu besetzen, die im Sinne der Gemeinde handeln, steht zur Frage, ob die Gemeinde ihre Interessen auch im Einzelfall durchsetzen darf, indem sie den Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen erteilt. Gerade bei der Entsendung durch eine Kommune liegt ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis vor, demzufolge der Entsandte Weisungen unterliegt.²³ Für die Etablierung eines gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechts wäre der Abschluss eines

¹⁸ *Kiethe*, NZG 2006, 45, 49; *Meier*, NZG 2003, 54, 57.

¹⁹ *Bäcker*, FS Schwark, S. 101.

²⁰ *Hopt*, Handelsblatt v. 12.11.2013, Nr. 218, S. 15.

²¹ *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 177 (2013), 13, 35.

²² *Thümmel*, Persönliche Haftung, S. 140.

²³ *Raiser*, ZGR 1978, 391, 399.

Beherrschungsvertrags wegen der dort verankerten Weisungsbefugnis aus § 308 I AktG eigentlich ideal. Teilweise versagen allerdings öffentlich-rechtliche Normen den Abschluss eines Beherrschungsvertrags. Beispielsweise untersagen § 108 I Nr. 5 GO NRW und § 87 I Nr. 6 GO Rheinland-Pfalz den Gemeinden, Unternehmen in privater Rechtsform zu gründen oder sich daran zu beteiligen, wenn die Gemeinde sich zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichtet. Dem steht aber die unbedingte Verlustübernahmepflicht gem. § 302 AktG entgegen, so dass den Gemeinden der Abschluss eines Beherrschungsvertrags untersagt wird.²⁴ Bedienen sich Gemeinden daher der faktischen Konzernierung, für die kein Weisungsrecht der Obergesellschaft an den Vorstand der Tochtergesellschaft besteht, kommen Weisungen an entsandte Aufsichtsratsmitglieder in Betracht. Für deren Zulässigkeit sind der fakultative und obligatorische Aufsichtsrat voneinander zu unterscheiden.²⁵ Ferner ist zu berücksichtigen, ob es sich um eine reine Eigengesellschaft handelt oder um ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen (an dem auch außerhalb der Kommune stehende Anteilseigner/Gesellschafter beteiligt sind).

a) Weisungen gegenüber dem obligatorischen Aufsichtsrat

In der AG steht die körperschaftliche Natur im Vordergrund. Selbst wenn die öffentliche Hand Alleinaktionärin ist, sind nicht ihre Interessen maßgebend, sondern die der Körperschaft selbst.²⁶ Mitglieder eines obligatorischen Aufsichtsrats haben die Pflicht, ihr Mandat eigenverantwortlich auszuüben (vgl. § 111 V AktG) und unterliegen keinen Weisungen.²⁷ Dies gilt nicht nur für die AG, sondern auch für den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH.²⁸ Teilweise sehen die Gemeindeordnungen wie in § 108 V Nr. 2 GO NRW Weisungen nur für den fakultativen Aufsichtsrat

²⁴ *Kiefner/Schürnbrand*, AG 2013, 789, 790.

²⁵ *Altmeppen*, FS Schneider, S. 1, 3; *Krämer/Winter*, FS Goette, S. 253, 255.

²⁶ *Altmeppen*, FS Schneider, S. 1, 5; *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 177 (2013), 13, 21; *Kiethe*, NZG 2006, 45, 49.

²⁷ BGHZ 36, 296, 306; BGHZ 169, 98, 106 f.; ebenso *Kiethe*, NZG 2006, 45, 49.

²⁸ OVG Münster ZIP 2009, 1718, 1721; *Krämer/Winter*, FS Goette, S. 253, 255.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

vor. Für den Fall, dass die Gemeindeordnungen eine generelle Weisungsbindung für Aufsichtsräte vorschreiben, wird aus dem in Art. 31 GG niedergelegten Grundsatz, dass Bundesrecht Landesrecht bricht, die Unwirksamkeit der entsprechenden Bestimmungen gefolgert.²⁹

b) Weisungen gegenüber dem fakultativen Aufsichtsrat

Im Gegensatz zur AG ist die GmbH die flexiblere Rechtsform, schließlich können für den fakultativen Aufsichtsrat gem. § 52 I GmbHG von den aktienrechtlichen Bestimmungen abweichende Regelungen in der Satzung festgesetzt werden. Die Gesellschafter in der GmbH haben einen deutlich größeren Einfluss auf die Unternehmensleitung als die Aktionäre der AG. Sie können in der Satzung ihren Einfluss ausweiten und Weisungsrechte etablieren.³⁰ Für die Bestimmung des Unternehmensinteresses einer GmbH sind die Interessen der Gesellschafter maßgeblich.³¹ Hierbei kommt es aber auf den Willen der Gesellschafterversammlung an und nicht auf den Willen einzelner Gesellschafter.³²

Für kommunale Gesellschaften in NRW scheidet die Rechtsform der AG aus, zumal gem. § 108 I Nr. 3 GO NRW nur die Gründung oder Beteiligung an einer Gesellschaft erlaubt ist, in der die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist. § 108 V Nr. 2 GO NRW erlaubt der Gemeinde nur dann die Gründung oder Beteiligung an einer GmbH, wenn den auf Veranlassung der Gemeinde gewählten Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen erteilt werden können. Dies soll allerdings nur für den fakultativen Aufsichtsrat gelten. Ob eine Weisungsbefugnis für Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats besteht, ist umstritten.

²⁹ *Krämer/Winter*, FS Goette, S. 253, 255; *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 177 (2013), 13, 23; *Bäcker*, FS Schwark, S. 101, 109.

³⁰ *Altmeyen*, FS Schneider, S. 1, 8; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 779; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 27 Rn. 5.

³¹ *Altmeyen*, FS Schneider, S. 1, 7.

³² *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327, 330.

aa) Contra Weisungsrecht

Vornehmlich in der gesellschaftsrechtlichen Literatur wird ein Weisungsrecht auch für die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats abgelehnt. Dies wird damit begründet, dass die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats keine Einschränkungen zulasse.³³ Durch ein Weisungsrecht stelle das Gremium nicht mehr einen Aufsichtsrat, sondern einen Beirat dar.³⁴ Außerdem seien auch im fakultativen Aufsichtsrat die Mitglieder an das durch die gesamte Gesellschafterversammlung geprägte Unternehmensinteresse gebunden und nicht an die isolierten Interessen einzelner Gesellschafter.³⁵ An diesen Gedanken schließt sich das Argument des Schutzes des Rechtsverkehrs an: Der Rechtsverkehr, der durch das Handelsregister vom Bestehen eines „Aufsichtsrats“ anstelle eines „Beirats“ erfährt, gehe davon aus, dass der Aufsichtsrat entsprechend dem aktienrechtlichen Leitbild weisungsfrei Entscheidungen treffe. Lasse sich die Gremienentscheidung tatsächlich aber auf die Vorgaben einzelner Gesellschafter zurückführen, werde der Rechtsverkehr über die Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe getäuscht.³⁶ Die typische Funktion des Aufsichtsrats beschränke auch die Satzungsautonomie, so dass eine Weisungsbindung für den fakultativen Aufsichtsrat auch nicht über die Satzung der GmbH begründet werden könne.³⁷

Krämer/Winter setzen mit ihrer Kritik bereits am praktischen Bedürfnis nach einem Weisungsrecht an. Wenn die Entscheidungsfindung den entsandten Aufsichtsratsmitgliedern nicht zugetraut und stattdessen eine Weisung für nötig befunden wird, solle der Beschlussgegenstand doch gleich den Gesellschaftern zugewiesen werden.³⁸

³³ *Bäcker*, FS Schwark, S. 101, 109; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 52 Rn. 130.

³⁴ *Michalski/Giedinghagen*, GmbHG, § 52 Rn. 174.

³⁵ *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327, 330; *Krämer/Winter*, FS Goette, S. 253, 256.

³⁶ *K. Hommelhoff*, FS Hommelhoff, S. 447, 460.

³⁷ *Krämer/Winter*, FS Goette, S. 253, 55. Anders hingegen das BVerwG NZG 2011, 1381, 1382, demzufolge der Grundsatz der weisungsfreien Amtsführung nach § 111 V AktG sehr wohl unter die Satzungsautonomie fällt.

³⁸ *Krämer/Winter*, FS Goette, S. 253, 258.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

*Raiser*³⁹ sieht ein Eingeständnis der Rechtswidrigkeit von Weisungen schon in den Gemeindeordnungen selbst: Exemplarisch sieht § 113 VI GO NRW vor, dass die Gemeinde den Schaden trägt, wenn sich ein Aufsichtsratsmitglied durch die Befolgung einer Weisung der Gemeinde haftbar gemacht hat. Daraus folgert *Raiser*, dass bereits die Gemeindeordnung davon ausgehe, dass die Befolgung von Weisungen durch das entsandte Aufsichtsratsmitglied rechtswidrig sei.⁴⁰

bb) Pro Weisungsrecht

Für eine Weisungsbefugnis wird vorgebracht, dass § 52 I GmbHG die Abweichung von aktienrechtlichen Grundsätzen ermögliche.⁴¹ Wenn man den fakultativen Aufsichtsrat sogar abschaffen könne, müsse auch die Beschneidung seiner Rechte als milderes Mittel erlaubt sein.⁴²

cc) Vermittelnde Position

Einer vermittelnden Auffassung zufolge, sind Weisungen an die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats dann zulässig, wenn ein Weisungsrecht unter Abweichung von § 52 GmbHG in der Satzung festgelegt wird.⁴³

Der BGH⁴⁴ hat schon in den 60er Jahren den Vorrang des Gesellschaftsrechts statuiert. Das OVG Sachsen hat den Vorrang des Aktienrechts vor dem Kommunalrecht ausdrücklich bestätigt.⁴⁵ Laut OVG Sachsen führen „die aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip und der Selbstverwal-

³⁹ *Raiser*, ZGR 1978, 391, 402 f.

⁴⁰ *Raiser*, ZGR 1978, 391, 402 f.

⁴¹ *Kieth*, NZG 2006, 45, 49; *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 177 (2013), 13, 25, für die aber eine Weisungsbindung dann unzulässig wird, wenn sie offensichtlich dem Unternehmensinteresse zuwiderläuft, der Gesellschaft schadet und/oder der Straftatbestand der Untreue gem. § 266 StGB erfüllt würde.

⁴² *Altmeyen*, NJW 2003, 2561, 2565; OVG Münster ZIP 2009, 1718, 1721.

⁴³ BVerwG NZG 2011, 1381, 1382 Rn. 22; *Michalski/Giedinghagen*, GmbHG, § 52 Rn. 174; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 52 Rn. 3.

⁴⁴ BGHZ 36, 296.

⁴⁵ OVG Sachsen AG 2012, 883.

tungsgarantie hergeleiteten kommunalen Kontroll- und Einwirkungspflichten bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch privatrechtliche Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften [...] nicht zu einer Modifizierung oder Suspendierung entgegenstehender Vorschriften des privaten Gesellschaftsrechts“.⁴⁶ Solange die aktienrechtlichen Regelungen über § 52 GmbHG für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH gelten, bestehe damit ein Vorrang des Gesellschaftsrechts gegenüber entgegenstehenden kommunalen Weisungsrechten. Allerdings könne in der Satzung der GmbH § 52 GmbHG abbedungen und ein Weisungsrecht geregelt werden.⁴⁷

In diesem Fall läuft laut BVerwG auch das Argument des Vertrauensschutzes leer: Der Rechtsverkehr könne kein Vertrauen auf die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder bilden, ohne den Gesellschaftsvertrag zu kennen.⁴⁸ Wenn der Gesellschaftsvertrag, der im Handelsregister einsehbar ist, ein Weisungsrecht statuiere, könne der Rechtsverkehr nicht schutzwürdig von den gewöhnlicherweise bestehenden Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats ausgehen.⁴⁹

Es bleibt die Frage, welche Anforderungen an die Etablierung eines Weisungsrechts in der Satzung zu stellen sind. Ein Ansatz verlangt, dass das Weisungsrecht ausdrücklich in der Satzung geregelt werden soll.⁵⁰ Nach der weitergehenden Ansicht des BVerwG kann sich ein Weisungsrecht der Gemeinde sogar durch – ggf. ergänzende – Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergeben.⁵¹ Demnach soll als Grundlage für die Weisungsbindung der Rückschluss aus der Abbedingung aktienrechtlicher Vorschriften genügen. Zur Auslegung zieht das BVerwG auch die maßgebliche Beteiligung der öffentlichen Hand heran mit dem Argument, dass der öffentliche Rechtsträger im Zweifel die kommunalrechtlichen Vorgaben

⁴⁶ OVG Sachsen AG 2012, 883.

⁴⁷ OVG Sachsen AG 2012, 883, 884.

⁴⁸ BVerwG NZG 2011, 1381, 1382 Rn. 22.

⁴⁹ *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 177 (2013), 13, 26.

⁵⁰ *Michalski/Giedinghagen*, GmbHG, § 52 Rn. 174; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, § 52 Rn. 3; *K. Hommelhoff*, FS Hommelhoff, S. 447, 461; *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 177 (2013), 13, 26.

⁵¹ BVerwG NZG 2011, 1381.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

erfüllen wolle, die die Einflussssicherung durch Weisungsrechte vorsehen.⁵²

dd) Stellungnahme

§ 52 I GmbHG erlaubt es, von den aktienrechtlichen Regelungen über den Aufsichtsrat, darunter auch die Pflicht zur eigenverantwortlichen Mandatsausübung aus § 111 V AktG, im Gesellschaftsvertrag abzuweichen. Deswegen muss die Einrichtung eines Weisungsrechts für Aufsichtsräte in der GmbH möglich sein.

Das Erfordernis einer ausdrücklichen Etablierung der Weisungsrechte in der Satzung überzeugt. Das ist allein schon erforderlich aufgrund der Bestimmtheit. Gerade wenn es neben der Kommune noch andere Gesellschafter in der GmbH gibt, sollen gewiss nicht alle Gesellschafter zu Weisungen berechtigt sein, sondern solche, die ein berechtigtes Interesse daran haben (wie die Kommune, die Anliegen der Daseinsvorsorge verfolgt). Daher muss klar sein, wer Weisungen erteilen darf und ggf. zu welchen Themen. Auch die Aufsichtsratsmitglieder selbst müssen wissen, ob es einen eigenverantwortlichen Kernbereich ihrer Aufgaben gibt und wie weit dieser reicht. Die ausdrückliche Benennung eines Weisungsrechts hat auch eine Warnfunktion, da die Abkehr von der Weisungsfreiheit zugleich die Abkehr von einem Grundprinzip der Aufsichtsratsarbeit darstellt. Die bloße Auslegung der Satzung kann zu unterschiedlichen Interpretationen führen und bietet daher keinen eindeutigen Rückschluss auf ein Weisungsrecht.

3. Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht durch §§ 394, 395 AktG

Neben der Zulässigkeit von Weisungsrechten stellt sich auch die Frage, ob die Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern im Verhältnis zu der entsendenden Gemeinde aufgeweicht werden kann.

⁵² BVerwG NZG 2011, 1381, 1383, Rn. 27.

Für die Beteiligung von Gebietskörperschaften enthält das AktG in §§ 394 und 395 Sondervorschriften, die einerseits die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder berücksichtigen und andererseits ermöglichen müssen, dass die Beteiligungen von Gebietskörperschaften intern einer haushaltsrechtlichen Kontrolle unterliegen.⁵³ Gem. § 394 S. 1 AktG unterliegen Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder in diesen entsandt worden sind, keiner Verschwiegenheitspflicht, wenn es um die Berichte geht, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben. § 395 AktG sichert ab, dass die Personen, die auf Seiten der Gebietskörperschaft von den Aufsichtsratsmitgliedern unterrichtet werden, ihrerseits Stillschweigen über die erlangten Informationen wahren. Unmittelbar gelten §§ 394, 395 AktG für den Aufsichtsrat der AG. Für eine Anwendbarkeit auf den Aufsichtsrat der GmbH besteht kein Bedürfnis, zumal gem. § 51a GmbHG ein weitgehendes Informationsrecht des Gesellschafters gegenüber der GmbH besteht.

§ 394 AktG setzt eine durch das Aufsichtsratsmitglied zu erfüllende Berichtspflicht voraus. Diese Berichtspflicht soll nach einer Ansicht auf einem Gesetz beruhen, damit die Abbedingung der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht nicht allein der Gebietskörperschaft zukommt.⁵⁴ Der Wortlaut von § 394 AktG verlangt hingegen keine gesetzliche Verankerung der Berichtspflicht. Einige Stimmen lassen auch eine beamtenrechtliche Weisung als Rechtsgrundlage ausreichen.⁵⁵ Dies wird damit begründet, dass durch die Wertung des § 394 AktG die an sich bestehende Weisungsfreiheit des Aufsichtsrats eingeschränkt werde.⁵⁶ Hüffer hält dem entgegen, dass die beamtenrechtliche Weisungsbindung für das konkrete Amt gelte, nicht aber für Aufsichtsratsmandate, die der Amtsinhaber

⁵³ Spindler/Stilz/Schall, § 394 Rn. 1.

⁵⁴ Spindler/Stilz/Schall, § 394 Rn. 9; Hüffer/Koch, § 394 Rn. 38; Will, VerwArch 2003, 248, 252 f.; im Ergebnis auch Bäcker, FS Schwark, S. 101, 118 f.

⁵⁵ MüKoAktG/Schürnbrand, § 394 Rn. 20; Spindler/Stilz/Schall, § 394 Rn. 10, der zwar eine gesetzliche Berichtspflicht verlangt, das gesetzlich normierte beamtenrechtliche Weisungsrecht aber hierfür ausreichen lässt.

⁵⁶ MüKoAktG/Schürnbrand, § 394 Rn. 20.

3. Teil Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate außerhalb eines Unternehmensverbunds

zusätzlich wahrnehme.⁵⁷ Die seit 2010 geplante Aktienrechtsnovelle sieht mit § 394 S. 3 AktG-E die Klarstellung vor, dass das interne Auftragsverhältnis zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gebietskörperschaft als Grundlage der Berichtspflicht ausreicht.⁵⁸ Das Inkrafttreten der Aktienrechtsnovelle ist jedoch derzeit nicht absehbar.

Die Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitglieds wird nicht gänzlich aufgehoben, sondern gilt nach § 394 S. 2 AktG für diejenigen vertraulichen Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft fort, deren Kenntnis für die Zwecke der Berichte nicht von Bedeutung ist. Der mit der Berichterstattung verfolgte Zweck ist die haushaltsrechtliche Überwachung der wirtschaftlichen Beteiligung der Gebietskörperschaft (für Bund und Länder ist dies in § 44 I HGrG niedergelegt).⁵⁹ Die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, obliegt dem Aufsichtsratsmitglied.⁶⁰

4. Interessenausgleich durch PCGK?

Auf Ebene des Bundes, der Länder und der Gemeinden sind Public Corporate Governance Kodizes (PCGK)⁶¹ geschaffen worden. Ihr Konzept ist dem DCGK nachempfunden, zu dem aber einige gravierende Unterschiede bestehen wie das Beispiel des PCGK des Bundes zeigt. Nach Ziff. 1.3 PCGK-Bund erstreckt sich der Anwendungsbereich auf die nicht börsennotierte AG und auch auf die GmbH. Im Übrigen besteht keine Norm, die § 161 AktG entspricht, so dass die Erklärung, sich an den PCGK-Bund zu halten, freiwillig ist. Der PCGK-Bund richtet sich nicht nur an die Unternehmensorgane, sondern auch an die Aktionäre/Gesellschafter der Unternehmen.⁶² PCGK sind als interne Verwaltungsanweisungen mit Ermessenkonkretisierungen für die Beteiligungsverwaltung der Gebietskörper-

⁵⁷ Hüffer/Koch, § 394 Rn. 41.

⁵⁸ Referentenentwurf des BMJ für ein Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes vom 02.11.2010, S. 22, abrufbar unter: <http://gesetzgebung.beck.de/sites/gesetzgebung.beck.de/files/RefE-Aktienrechtsnovelle%202011.pdf> (Stand: 20.08.2014).

⁵⁹ Hölter/Müller-Michaels, § 394 Rn. 31.

⁶⁰ MüKoAktG/Schürnbrand, § 394 Rn. 25; Hüffer/Koch, § 394 Rn. 44.

⁶¹ Einsehbar unter <http://www.publicgovernance.de> (Stand: 20.08.2014).

⁶² Weber-Rey/Buckel, ZHR 177 (2013), 13, 37.

schaften.⁶³ Sie haben keine direkte Bindungswirkung für kommunale Gesellschaften oder deren Organe.⁶⁴

PCGK könnten eingesetzt werden, um zwischen den öffentlich-rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an eine gute Unternehmensführung zu vermitteln. Wünschenswert wäre insbesondere eine klare Stellungnahme zu gesellschaftsrechtlichen Grenzen einer Einflussnahme der Kommune über die Aufsichtsratsbesetzung. Kodizes mit Vorbildcharakter wie z.B. der PCGK-Bund oder der PCGK-NRW nehmen sich jedoch dieser Problematik nicht an. Die PCGK versäumen damit die Gelegenheit, alte Streitfragen zu klären.

⁶³ *Weber-Rey/Buckel*, ZHR 177 (2013), 13, 37 f.

⁶⁴ *Raiser*, Kommunale Corporate Governance Kodizes – Zum Verhältnis von Aktienrecht und Kommunalrecht, S. 10, abrufbar unter www.boeckler.de/pdf/p_arb_226.pdf (Stand: 20.08.2014).

4. Teil Der Aufsichtsrat im Konzern

Nachdem bisher mögliche Interessenkonflikte im Aufsichtsrat der unverbundenen AG vorgestellt wurden, widmet sich Teil 4 dieser Arbeit dem Aufsichtsrat im Konzern. Zunächst wird erläutert, welche Arten von Konzernen es gibt und wie diese organisiert sind. Außerdem ist zu klären, wie sich die Konzernierung auf die Aufgaben und Verhaltensmaßstäbe der Organe der verbundenen Gesellschaften auswirkt. Schwerpunktmäßig wird die Bedeutung und Funktionsweise von Mehrfachmandaten als Instrument der Konzernleitung untersucht.

§ 8 Gesellschaftsorgane im Konzern

Konzerne stellen die Hauptorganisationsform wirtschaftlicher Unternehmungen dar. Schätzungsweise drei Viertel aller deutschen Aktiengesellschaften und die Hälfte der GmbH sind konzerniert.¹ Konzernrechtliche Besonderheiten der Regelung von Organisation und Aufgaben des Aufsichtsrats haben daher besondere praktische Bedeutung.

A. Konzernrecht als Organisationsrecht

I. Der Konzernkonflikt

Das Recht der verbundenen Unternehmen ist in §§ 15 ff. und 291 ff. AktG geregelt. Regelungszweck ist der Schutz vor Leitungsmisbrauch. Dahinter steht die Grundannahme des Gesetzgebers, dass die Interessen der miteinander verbundenen Unternehmen sich nicht decken (sog. Konzernkonflikt). Ziel des Konzernrechts ist es, der verbliebenen rechtlichen Selbständigkeit konzernierter Gesellschaften Rechnung zu tragen und den Ausgleich von Nachteilen zu regeln. Zu schützen sind insbesondere die

¹ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 1 Rn. 8; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 923; *E. Vetter*, ZHR 171 (2007), 342, 371.

Minderheitsgesellschafter und Gläubiger abhängiger Unternehmen.² Der Minderheitsgesellschafter läuft im Rahmen der Konzernierung Gefahr, dass das von ihm zugeführte Kapital nur für Zwecke der Obergesellschaft eingesetzt wird und dass er gegebenenfalls nicht am Gewinn beteiligt wird, weil dieser vollständig an die Obergesellschaft abgeführt wird.³ Weitere zu schützende Gruppen sind Arbeitnehmer und die Minderheitsgesellschafter der herrschenden Gesellschaft. Das Kräfteverhältnis muss hierbei sorgsam austariert werden. Ein maximaler Minderheitenschutz zur Abwehr des Konzernkonflikts würde schließlich die wirtschaftliche Interessenverfolgung der Konzernobergesellschaft vereiteln.⁴ Auch die Leitung des Konzernverbunds unter der Ägide der Obergesellschaft stellt ein anerkanntes Interesse dar. Es steht im Zentrum konzernrechtlicher Regelungen, dass eine Gesellschaft eine andere Gesellschaft zur Verfolgung eigener Interessen einsetzen will.⁵ Das Konzernrecht muss damit zwei gegebenenfalls widerstreitende Regulierungsziele miteinander vereinen: einerseits den Schutz der eigenständigen Interessen der abhängigen Gesellschaft und ihrer Minderheitsaktionäre (sog. Schutzzwecklehre) und andererseits die Ausrichtung des Konzerns am von der Obergesellschaft maßgeblich bestimmten Konzerngesamtinteresse (sog. Konzernorganisationslehre).⁶

II. Konzernierungsarten

Unternehmen können auf verschiedene Arten miteinander verbunden sein. In Unterordnungskonzernen sind ein herrschendes und ein abhängiges Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst (§ 18 I 1 AktG). In Gleichordnungskonzernen unterstellen sich hingegen zwei Gesellschaften einer einheitlichen Leitung ohne in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander zu stehen (§ 291 II

² RegE bei *Kropff*, AktG 1965, S. 16 und 407.

³ *Beck*, Der Konzern 2012, 301, 304; *Hofmann*, Minderheitenschutz, S. 601.

⁴ *Beck*, Der Konzern 2012, 301, 303.

⁵ *Beck*, Der Konzern 2012, 301, 303.

⁶ Näher dazu *Ekkenga*, AG 2013, 181; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 926 ff.

AktG, § 18 II AktG). Die Verbindung zweier Gesellschaften kann auf einem Vertrag beruhen. Mit Abschluss eines Beherrschungsvertrags verpflichtet sich die eine Gesellschaft, sich der Leitung einer anderen Gesellschaft zu unterstellen. Der Vorstand der Tochtergesellschaft ist verpflichtet, auch nachteiligen Weisungen der Obergesellschaft zu folgen (§ 308 II AktG). Durch einen Gewinnabführungsvertrag kann sich eine Gesellschaft verpflichten, ihren ganzen Gewinn an eine andere Gesellschaft abzuführen (§ 291 I 1 AktG). Im Vertragskonzern werden meist sowohl ein Beherrschungs- als auch ein Gewinnabführungsvertrag geschlossen.

Als intensivste Verknüpfung zweier Gesellschaften dient die Eingliederung einer Gesellschaft, wenn alle Aktien von der zukünftigen Hauptgesellschaft gehalten werden, § 319 I 1 AktG. Die Hauptgesellschaft hat ein nach § 323 I AktG unbeschränktes Weisungsrecht gegenüber der eingliederten Gesellschaft, so dass auch existenzgefährdende Weisungen zulässig sind.⁷

Eine Gesellschaft kann auch ohne Vertrag oder Eingliederung abhängig sein. § 17 AktG definiert abhängige Unternehmen als „rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.“ Steht ein Unternehmen im Mehrheitsbesitz eines anderen Unternehmens, wird seine Abhängigkeit zwar nach § 17 II AktG vermutet, das AktG gibt aber keine bestimmte Beteiligungsschwelle für die Bejahung der Abhängigkeit vor. Maßgeblich ist die Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben, was auch von der Hauptversammlungspräsenz abhängen kann.⁸ Ein faktischer Konzern kann daher vorliegen, wenn ein Großaktionär zwar weniger als 50% der Anteile hält, die Hauptversammlung aber regelmäßig so schlecht besucht ist, dass der Großaktionär für längere Zeit Beschlüsse auch mit einfacher

⁷ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 323 Rn 2; MüKo-AktG/Grunewald, § 323 Rn. 3; Hölters/Leuring/Goertz, § 323 Rn. 4; zweifelnd Hüffer/Koch, § 323 Rn. 3.

⁸ Nowak, Unabhängigkeit, S. 176; Hölters/Hirschmann, § 17 Rn. 7; Hüffer/Koch, § 17 Rn. 9.

Mehrheit durchsetzen kann.⁹ Die Abhängigkeit kraft der Beteiligungsverhältnisse führt zu einem faktischen Konzern. Zum Schutz der Gesellschafter der faktisch abhängigen Gesellschaft sieht § 311 I AktG vor, dass die Obergesellschaft die beherrschte Gesellschaft nur dann zu einem für diese nachteiligen Geschäft veranlassen darf, wenn der Nachteil ausgeglichen wird.

Neben der Art der Konzernierung lassen sich Konzerne auch nach der unternehmenspolitischen Ausrichtung unterscheiden und in Holding- oder Stammhauskonzerne aufteilen. Im Holding-Konzern stellt die Obergesellschaft eine sog. Holdinggesellschaft dar, die nicht selbst am Markt tätig ist, sondern sich auf die Beteiligungsverwaltung beschränkt.¹⁰ Üblicher ist jedoch der Stammhauskonzern, in dem die Obergesellschaft selbst wirtschaftlich tätig ist.¹¹

B. Interessenbindungen im Konzern

I. Das Konzerninteresse – ein unbestimmter Begriff

Das Konzernrecht regelt den Austausch von Leitungsmacht gegen die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos.¹² Der Konzern ist kein eigenständiges Rechtsgebilde und verfügt über keine eigenen Organe. Daher gibt es nicht *den* Konzernvorstand oder *den* Konzernaufsichtsrat, sondern nur die Vorstände und Aufsichtsräte der miteinander verbundenen Unternehmen. Diese Organe müssen im Konzern drei Führungsebenen abdecken: Die Führungsaufgaben in der Obergesellschaft und auf Ebene der beherrschten Gesellschaft sowie Führungsaufgaben, die das Zusammenspiel von Ober- und Untergesellschaft(en) regeln.¹³ Sind Vorstand und Aufsichtsrat einer Gesellschaft generell dem Interesse der eigenen Gesellschaft verpflichtet, stellt sich die Frage, wie die Interessen im Konzern

⁹ LG Hannover ZIP 2009, 761, 763.

¹⁰ Zur Holdinggesellschaft *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 2 Rn. 13 ff.

¹¹ *Ramm*, Aufsichtsrat im mehrstufigen Konzern, S. 108 f.

¹² *Schmidt*, FS Imhoff, S. 69, 84.

¹³ *Pothoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 514.

gerichtet sind. Eine Verpflichtung zur Wahrung des „Konzerninteresses“, verstanden als Gesamtinteresse des Unternehmensverbundes, liegt nahe.¹⁴ Der Begriff des Konzerninteresses fand schon vor dem Zweiten Weltkrieg Eingang in die Konzeption des Konzernrechts. In der amtlichen Begründung zu § 101 AktG 1937, der Vorgängernorm des heutigen § 117 AktG, wurde argumentiert, dass Ausnahmen vom allgemeinen Schädigungsverbot in der AG ihre Rechtfertigung in schutzwürdigen Belangen finden könnten, zu denen das Gesamtinteresse des Konzerns gehören könne.¹⁵ Heute ist die Existenz eines Konzerninteresses umstritten.

II. Ablehnung eines Konzerninteresses

Gegen die Anerkennung eines Konzerninteresses wird vorgebracht, dass der Konzern kein eigenständiger Rechtsträger sei und es somit keinen Träger eines solchen Verbandsinteresses gebe.¹⁶ Schließlich würden die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der Obergesellschaft von der Hauptversammlung der Obergesellschaft und nicht von einer Art „Konzernversammlung“ gewählt.¹⁷ Deshalb sei für die Organe der Obergesellschaft kein etwaiges „Konzerninteresse“ maßgeblich, sondern das Unternehmensinteresse der Obergesellschaft.¹⁸

III. Befürwortung eines Konzerninteresses

Aus der Sicht der Betriebswirtschaftslehre stellt der Konzern ein einziges Unternehmen dar, so dass die Unterstellung eines Gesamtinteresses sich als folgerichtig erweist.¹⁹ Aus rechtswissenschaftlicher Sicht erfordert die

¹⁴ Bälz, FS Raiser, S. 287, 324; Kohlenbach, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 20; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 147; Martinek, WRP 2008, 51, 66; Semler, Leitung und Überwachung, Rn. 366.

¹⁵ Amtl. Begr. bei Schlegelberger, AktG 1937, S. 461.

¹⁶ MüKoAktG/Habersack, § 111 Rn. 54.

¹⁷ Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325, 326.

¹⁸ Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325, 326.

¹⁹ Hoffmann-Becking, FS Hommelhoff, S. 433, 434; die Betrachtung als wirtschaftliche Einheit und Annahme eines übergeordneten Konzerninteresses befürwortet auch Ramm, Aufsichtsrat im mehrstufigen Konzern, S. 34 f.

rechtliche Selbständigkeit der verbundenen Unternehmen ein differenzierteres Bild der Interessenlagen. Im Sinne der Obergesellschaft könnte ein Konzerninteresse darauf gerichtet sein, Synergieeffekte des Unternehmensverbundes gewinnbringend zu nutzen, ggf. unter Neuverteilung der dem Unternehmensverbund insgesamt zustehenden Ressourcen.²⁰ Dem Interesse der Tochtergesellschaft entspricht hingegen eine Konzernpolitik, die für eine stabile Finanz- und Personallage sorgt und die weitgehende Selbständigkeit gegenüber der Muttergesellschaft gewährleistet.²¹ Vor diesem Hintergrund besteht ein Ansatz darin, das Konzerninteresse als Zusammenfassung aller im Konzern vertretenen Einzelinteressen der verbundenen Unternehmen im Sinne des kleinsten gemeinsamen Nenners zu begreifen.²²

IV. Stellungnahme

Die der Obergesellschaft zustehende Konzernleitungsmacht gibt eine Konzerndimension des an den Muttervorstand gerichteten Führungsauftrags vor. Das AktG geht zwar vom Leitbild der unabhängigen Gesellschaft aus,²³ tatsächlich ist aber der Konzern die praktisch bedeutsame Organisationsform des Wirtschaftslebens. Eine generelle Gleichsetzung des Konzerninteresses mit dem Gesellschaftsinteresse der Obergesellschaft lässt sich im Hinblick auf Obergesellschaften mit reiner Holding-Funktion nicht durchhalten, da Holding-Gesellschaften keine eigenen Geschäftsinteressen verfolgen.²⁴ Ferner ist es – wenn auch nur in seltenen Fällen – möglich, dass die kurzfristigen Interessen der Obergesellschaft sich nicht mit den langfristigen Interessen des Gesamtkonzerns vereinbaren lassen.²⁵ Die Konzernleitung soll dazu führen, dass die Möglichkeiten des Unternehmensverbundes optimal ausgeschöpft werden. Aus der recht-

²⁰ Eversberg, Doppelvorstände im Konzern, S. 70.

²¹ Eversberg, Doppelvorstände im Konzern, S. 70.

²² Bälz, FS Raiser, S. 287, 324.

²³ Saenger, Gesellschaftsrecht, Rn. 925; Teichmann, AG 2013, 184; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 65.

²⁴ Schäfer, Diskussionsbericht, ZHR 159 (1995), 346, 348.

²⁵ Scheffler, DB 1994, 793, 797.

lichen Selbständigkeit der verbundenen Unternehmen folgt, dass die Obergesellschaft bei der Konzernleitung mit Eigeninteressen der Tochtergesellschaft (einschließlich ihrer Gläubiger und etwaiger Minderheitsgesellschafter) konfrontiert wird und diese Eigeninteressen grundsätzlich berücksichtigen muss.²⁶ Das Konzerninteresse stellt hierbei keinen absoluten Verhaltensmaßstab für die Organe der Obergesellschaft dar. Die Organe bleiben im Konzern dem Interesse ihrer jeweiligen Gesellschaft verpflichtet. Das auf eine optimale Entwicklung des Gesamtkonzerns gerichtete Konzerninteresse stellt einen Abwägungsposten für den optimalen Ausgleich zwischen dem jeweiligen Gesellschaftsinteresse und der Einbindung in einen Unternehmensverbund dar. Im Vorfeld einer Konzernleitungsmaßnahme werden die Einzelinteressen der verbundenen Unternehmen gegeneinander abgewogen und anhand dessen überprüft, ob die Maßnahme den Konzern insgesamt fördert.²⁷ Anstelle einer einseitigen Bevormundung sollte das Konzerninteresse als Interessenintegrationsinstanz verstanden werden. Dennoch ist das Konzerninteresse nicht der „kleinste gemeinsame Nenner“ aller aufeinandertreffenden Interessen.²⁸ Behandelt man abhängige Gesellschaften und ihre Interessen genauso, als seien sie noch unabhängig, verschließt man die Augen vor ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Einbindung. In Großunternehmen mit weitreichendem Beteiligungsgeflecht ist es einer zentralen Rechtsabteilung schon praktisch kaum möglich, Individualinteressen einer jeden beteiligten Gesellschaft im Vorfeld einer Führungsentscheidung der Obergesellschaft klar zu bestimmen.²⁹ Mit welchem Gewicht die jeweiligen Interessen in die Abwägung zur Bestimmung des Konzernwohls eingehen, bestimmt sich nach der Art der Konzernierung.

Im Vertragskonzern finden durch das Weisungsrecht der Obergesellschaft deren Interessen Eingang in die Leitung der Tochtergesellschaft.³⁰ Für den

²⁶ *Scheffler*, DB 1994, 793, 795; *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 22; a.A. *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 440.

²⁷ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 20.

²⁸ *Bälz*, FS Ludwig Raiser, S. 287, 324.

²⁹ *Teichmann*, AG 2013, 184.

³⁰ *Hüffer/Koch*, § 308 Rn. 1; *Lenz*, AG 1997, 448, 454; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 54 Rn. 1; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 971.

faktischen Konzern wird vertreten, dass die Obergesellschaft die Interessen der Tochtergesellschaft nur im Hinblick auf die Prüfung der eigenen Schadensersatzpflicht zu wahren habe.³¹ Die Schutzfunktion der §§ 311 ff. AktG bezöge sich nur auf das *Vermögensinteresse* der Tochtergesellschaft.³² Tatsächlich heißt es in der Regierungsbegründung zu § 311 AktG: „Bei den Interessen des herrschenden Unternehmens oder des Konzerns handelt es sich, ebenso wie bei den Interessen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre, stets um Vermögensinteressen“.³³

Eigeninteressen können im Konzern angeglichen werden: Das Gesellschaftsinteresse der Tochtergesellschaft kann mittelbar durch die Obergesellschaft ausgestaltet werden, indem letztere ihren Einfluss als Aktionärin bei der Bestimmung des Unternehmensgegenstands der Tochtergesellschaft geltend macht.³⁴ Vornehmlich im Vertragskonzern ist die Einflussnahme auf die Interessenbildung der Tochtergesellschaft auch insofern keine Grenzüberschreitung als die Tochtergesellschaft sich willentlich aufgrund eines internen Abstimmungsergebnisses in die Abhängigkeit begeben hat.³⁵ Die Förderung des Gesamtkonzerns ist damit keine feste Verhaltensmaxime, sondern ein Abwägungsposten in der Entscheidungsfindung, der durch die gesetzlichen Wertungen zu den einzelnen Konzernierungsformen konturiert wird und sich nicht gegen das Interesse der eigenen Gesellschaft des jeweiligen Entscheidungsträgers durchsetzen kann. Muss also in der Obergesellschaft eine Entscheidung in einer Situation getroffen werden, in der sich ihre eigenen Interessen und die der Tochtergesellschaft entgegenstehen, darf sie ihrem Eigeninteresse den Vorrang geben, weil die Tochtergesellschaft durch die Schutzvorschriften §§ 291 ff. bzw. §§ 311 ff. AktG abgesichert ist.³⁶

³¹ Nowak, Unabhängigkeit, S. 45.

³² Elsner, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 139 f.; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 39; Ramm, Aufsichtsrat im mehrstufigen Konzern, S. 36; ähnlich Strohn, Verfassung der Aktiengesellschaft, S. 19.

³³ RegE bei Kropff, AktG 1965, S. 407.

³⁴ Ekkenga, AG 2013, 181, 182.

³⁵ Ekkenga, AG 2013, 181, 182.

³⁶ Kohlenbach, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 22; ähnlich Martinek, WRP 2008, 51, 66; Nordhues, Corporate Finance Law 2010, 327, 332.

C. Die Organe der Obergesellschaft

I. Der Vorstand der Obergesellschaft

1. Träger einer Konzernleitungspflicht?

Der Vorstand der Obergesellschaft ist dieser gegenüber zur Geschäftsleitung verpflichtet und muss damit auch für das in den Beteiligungsgesellschaften gebundene Vermögen Sorge tragen.³⁷ Umstritten ist, ob man insofern von einer „Konzernleitungspflicht“³⁸ des Vorstands der Obergesellschaft sprechen kann.

a) Meinungsstand

Nach der vornehmlich von *Hommelhoff* vertretenen Ansicht trägt der Vorstand der Obergesellschaft die „umfassende Gesamtverantwortung [...] für das gesamte Konzerngeschehen in der Konzernspitze und in den einzelnen Konzerntochtergesellschaften“³⁹. Der Vorstand der Obergesellschaft soll dazu verpflichtet sein, den Konzern zentral auszurichten und möglichst großen Einfluss auf die Leitung der Tochtergesellschaft zu nehmen.⁴⁰ Teilweise wird eine Unterscheidung nach der Art der Konzernierung vorgenommen. Nach einer Meinung treffe den Vorstand der Obergesellschaft im Vertrags- und Eingliederungskonzern eine umfassende Leitungspflicht, nicht aber im faktischen Konzern.⁴¹ *Hommelhoff* hält dem entgegen, dass der Vorstand der Obergesellschaft gegenüber dieser verpflichtet sei, den Gesellschaftszweck unter Einsatz aller Ressourcen zu verfolgen, mithin auch unter Nutzung des Einflusspotenzials kraft Mehrheitsbeteiligung.⁴² Gegner einer Konzernleitungspflicht überlassen es dem

³⁷ Bürgers/Körper/Bürgers/Israel, § 76 Rn. 24; Hölters/Weber, § 76 Rn. 53; Hüffer/Koch, § 76 Rn. 49; Spindler/Stilz/Fleischer, § 76 Rn. 84.

³⁸ *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 43 ff.

³⁹ *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 166.

⁴⁰ *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 76 f.

⁴¹ S. H. Schneider, Informationspflichten, S. 145 ff.

⁴² *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S. 77.

Ermessen des Vorstands, wie straff er den Unternehmensverbund miteinander verknüpfen will.⁴³

b) Stellungnahme

Für eine Leitungspflicht im Vertrags- und Eingliederungskonzern könnte sprechen, dass schon die Wahl dieser Konzernierungsform eine Vorentscheidung zugunsten einer zentralen Ausrichtung der Führung darstellt.⁴⁴ Allerdings ist eine Leitungspflicht in den aktienrechtlichen Regelungen nicht niedergelegt.⁴⁵ Im Vertragskonzern spricht der Wortlaut von § 308 I 1 AktG sogar gegen eine Leitungspflicht: Die Norm gewährt eine Berechtigung zur Erteilung von Weisungen, erlegt jedoch keine Verpflichtung auf. Im Nachteilsausgleichssystem des § 311 AktG kommt die Anerkennung der rechtlichen Selbständigkeit der faktisch abhängigen Tochtergesellschaft zum Ausdruck. Das legt nahe, dass eine obrigkeitliche Konzernleitung nicht der Regelfall sein soll.⁴⁶ Außerdem müssen sich Leitungskonzepte den Marktverhältnissen anpassen lassen, so dass eine starre Einheitsleitung um jeden Preis wohl kaum vom Gesetzgeber gewollt sein kann.⁴⁷ Wird den Vorständen der abhängigen Gesellschaften ein Spielraum belassen, könnten sie zu einem engagierten und entscheidungsfreudigen Führungsstil animiert werden.⁴⁸ Der Geschäftsleitungsverpflichtung gegenüber der Obergesellschaft lässt sich nur entnehmen, dass der Vorstand der Obergesellschaft Beteiligungsgesellschaften überhaupt in seinem Leitungskonzept berücksichtigen muss.⁴⁹ Der Vorstand der Obergesellschaft soll also nicht die Geschäftsleitung auf sämtlichen Ebenen des Konzerns an sich ziehen, sondern die Geschäftsleitungsaufgaben der ein-

⁴³ Bürgers/Körper/Bürgers/Israel, § 76 Rn. 25; Hüffer/Koch, § 76 Rn. 49; Hölters/Weber, § 76 Rn. 53; Kohlenbach, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 87 f.; MüKoAktG/Spindler, § 76 Rn. 45; Spindler/Stilz/Fleischer, § 76 Rn. 88.

⁴⁴ Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 83.

⁴⁵ K. Schmidt, FS Hommelhoff, S. 985, 992.

⁴⁶ Spindler/Stilz/Fleischer, § 76 Rn. 86.

⁴⁷ Spindler/Stilz/Fleischer, § 76 Rn. 86.

⁴⁸ Vgl. KölnKommAktG/Mertens/Cahn, § 76 Rn. 65.

⁴⁹ MüKoAktG/Spindler, § 76 Rn. 42; Hölters/Weber, § 76 Rn. 54; Kohlenbach, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 85 f.

zelen verbundenen Unternehmen koordinieren.⁵⁰ Zur Koordination gehören die Festlegung der Konzernstrategie, die Konzernplanung inkl. der Konzernpersonalplanung, die Konzernorganisation, der Aufbau eines konzernweiten Informationssystems, Konzern-Controlling, Konzernfinanzierung und die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten.⁵¹ Es ist Aufgabe des Vorstands der Obergesellschaft, den Konzern dauerhaft am Markt zu etablieren, finanziell abzusichern und Synergieeffekte der verbundenen Unternehmen effizient zu nutzen.⁵² Unbeschadet der Aufgabenbereiche der Vorstände nachgeordneter Gesellschaften obliegt ihm die Konzernleitung im Sinne einer Koordinationspflicht. Ob er diese Koordination zu einer eingriffsintensiven Konzernleitung verdichtet, bleibt seinem Ermessen überlassen.⁵³

2. Instrumente der Konzernleitung

Im Vertragskonzern wird der herrschenden Gesellschaft durch § 308 I AktG das Recht eingeräumt, dem Vorstand der Tochtergesellschaft Weisungen bezüglich der Leitung der Gesellschaft zu erteilen. Dieses Weisungsrecht wird vom Vorstand der Obergesellschaft als deren Vertretungsorgan ausgeübt.⁵⁴ Bei der Weisungserteilung hat der Vorstand des herrschenden Unternehmens die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 309 I AktG). Verletzt er diese Sorgfaltspflicht, so ist er der beherrschten Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet (§ 309 II 1 AktG). In der Schadensersatzpflicht spiegelt sich wider, dass der Vorstand der Obergesellschaft mittels seines Weisungsrechts gegenüber der Tochtergesellschaft eine vergleichbare Lei-

⁵⁰ Vgl. Bürgers/Körber/Bürgers/Israel, § 76 Rn. 25.

⁵¹ Lutter, AG 2006, 517, 519; ähnlich MHdbGesR/Krieger, Bd. IV, § 69 Rn. 24; Hölters/Weber, § 76 Rn. 54; siehe auch die Aufgliederung der Konzernleitungsaufgaben nach Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 515.

⁵² Vgl. Scheffler, DB 1994, 793, 795.

⁵³ Ebenso Bürgers/Körber/Bürgers/Israel, § 76 Rn. 25; Hüffer/Koch, § 76 Rn. 49; Hölters/Weber, § 76 Rn. 53; Kohlenbach, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 87 f.; MüKo-AktG/Spindler, § 76 Rn. 45; Spindler/Stilz/Fleischer, § 76 Rn. 88.

⁵⁴ Hüffer/Koch, § 308 Rn. 3; a.A. Elsner, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 179, demzufolge auch der Aufsichtsrat das Weisungsrecht ausüben darf.

tungsposition wie deren eigener Vorstand einnehmen kann.⁵⁵ Im faktischen Konzern besteht kein Weisungsrecht der Obergesellschaft, der Wortlaut von § 311 I AktG geht aber davon aus, dass das herrschende Unternehmen „seinen Einfluss benutzt“. Wird eine nachteilige Maßnahme nicht wirtschaftlich ausgeglichen, haftet für den entstandenen Schaden neben der Obergesellschaft auch der Vorstand der Tochtergesellschaft als Gesamtschuldner, § 317 III AktG.

II. Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft

1. Aufgaben

a) Kontrolle des Vorstands der Obergesellschaft

Auch für den Aufsichtsrat der Obergesellschaft gilt die Kardinalpflicht, den Vorstand zu überwachen. Damit erweitert sich der Überwachungsauftrag des Aufsichtsrats von der Leitung der Obergesellschaft auf die Leitung des gesamten Konzerns.⁵⁶ Bejaht man eine Konzernleitungspflicht, so korrespondiert mit dieser die Pflicht des Aufsichtsrats, zu kontrollieren, ob der Vorstand alles zur Konzernleitung erforderliche getan hat.⁵⁷ Verneint man mit der vorzugswürdigen Ansicht eine Konzernleitungspflicht des Vorstands und stellt entsprechende Maßnahmen stattdessen in sein Ermessen, nimmt der Aufsichtsrat nur eine Zweckmäßigkeitprüfung vor.⁵⁸ Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft prüft den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht, § 171 I 1 AktG, und berichtet der Hauptversammlung über die Ergebnisse, § 171 II 1 AktG. Ferner ist der Aufsichtsrat der Obergesellschaft mit der konzernweiten Compliance betraut.⁵⁹ Konzernierung bedeutet auch, dass die Tochtergesellschaften zum Ge-

⁵⁵ HdbVorstR/*Fleischer*, § 18 Rn. 52.

⁵⁶ *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 141; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 403.

⁵⁷ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 29 f.

⁵⁸ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 30.

⁵⁹ *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 150.

samtvermögen der Obergesellschaft gehören, das dessen Vorstand anvertraut ist.⁶⁰ Die Ausdehnung der Überwachungspflichten bezieht sich somit auf die durch die Konzernierung erweiterten Pflichten des Vorstands der Obergesellschaft.⁶¹ So wie die Konzernleitung durch den Vorstand der Obergesellschaft sich allerdings nicht auf das laufende Tagesgeschäft der Tochtergesellschaften, sondern auf die oben genannten Kernelemente der Verbundsorganisation bezieht, beschränkt sich auch die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats der Obergesellschaft auf diese grundlegenden Punkte.⁶² Dem Umfang des Überwachungsgegenstandes kann Rechnung getragen werden, indem offizielle Aufsichtsratsausschüsse zur verstärkten Überwachung einzelner Konzernbereiche eingerichtet werden.⁶³

b) Kontrolle der Tochtergesellschaften?

Mitunter wird für einen möglichst weiten Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats der Obergesellschaft plädiert, da es sich um das einzige vom Vorstand der Obergesellschaft unabhängige Kontrollorgan im Unternehmensverbund handele.⁶⁴ Deswegen wird für einige Konstellationen vertreten, dass die Überwachungsaufgabe des Mutteraufsichtsrats sich auch auf die Tochtergesellschaften erstrecke.

aa) Befürwortung der Tochterkontrolle

Eine Ansicht bejaht diesen weiten Überwachungsmaßstab, wenn es sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine eingegliederte Gesellschaft, eine vertraglich abhängige Gesellschaft sowie eine faktisch 100%ig abhängige und auch um eine „fast 100%ige“ Tochtergesellschaft handelt.⁶⁵ Begründet wird dies damit, dass das wirtschaftliche Ergebnis und die Haftung für

⁶⁰ Lenz, AG 1997, 448, 451.

⁶¹ Lutter, AG 2006, 517, 518.

⁶² Vgl. Scheffler, DB 1994, 793, 797.

⁶³ Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 141.

⁶⁴ Martens, ZHR 159 (1995), 567, 591.

⁶⁵ Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 146; ähnlich Semler, Leitung und Überwachung, Rn. 423.

Entscheidungen der Tochtergesellschaft voll die Muttergesellschaft treffen.⁶⁶ Im Vertragskonzern ergebe sich dies aus der Verlustübernahmepflicht der Muttergesellschaft aus § 302 I AktG, da die Obergesellschaft „die möglichen Verlustquellen auch kontrollieren können“ müsse.⁶⁷ *Elsner* nimmt die Kontrollbefugnis der Mutter im faktischen Konzern unabhängig von einer 100%igen Beteiligung für „besonders kontrollbedürftige“ Tochtergesellschaften an.⁶⁸ Diese lägen vor, wenn wirtschaftliche Probleme der Tochtergesellschaft die Muttergesellschaft genauso beeinträchtigen wie deren eigenen Verluste.⁶⁹ Dafür müsse die Beteiligung an der Tochtergesellschaft ein bedeutender Vermögensgegenstand der Muttergesellschaft sein, wie es etwa bei Holdinggesellschaften der Fall ist.⁷⁰

bb) Stellungnahme

Eine derart ausgedehnte Überwachungsaufgabe des Mutteraufsichtsrats muss jedoch abgelehnt werden. Die rechtliche Selbständigkeit der konzernangehörigen Gesellschaften steht einer Kontrolle der Geschäftsleitungsorgane der untergeordneten Gesellschaften entgegen.⁷¹ Ansonsten würde die Kontrollbefugnis des Aufsichtsrats vom Einflussbereich seines Vorstands entkoppelt. Ein „Durchregieren“ des Muttervorstands lässt sich allein im Eingliederungskonzern annehmen, in dem die Tochtergesellschaft faktisch einer Betriebsabteilung der Muttergesellschaft gleichkommt. Im Vertragskonzern besteht zwar ein Weisungsrecht, die Überwachung der Weisungsbefolgung obliegt aber dem eigenen Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft. Sind bei faktischer Beherrschung auch Minderheitsgesellschafter vorhanden, ist die Konzernleitung durch den Vorstand der Obergesellschaft durch §§ 311 ff. AktG begrenzt, was mit

⁶⁶ Ebenso *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 91 f.: Wirkt sich das wirtschaftliche Risiko hingegen nicht auf die Muttergesellschaft aus, reiche eine Überprüfung der Funktionsfähigkeit des vom Muttervorstand eingerichteten Kontrollsystems aus.

⁶⁷ *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 49.

⁶⁸ *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 166 ff.

⁶⁹ *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 119.

⁷⁰ *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 10.

⁷¹ *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144, 150; *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 331; *Lut-ter*, AG 2006, 517, 518; *Potthoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 503.

einer entsprechend eingeschränkten Kontrollbefugnis des Aufsichtsrats einhergeht.⁷² Selbst wenn die Obergesellschaft 100% der Anteile an der Tochtergesellschaft hält, bleibt diese doch rechtlich selbständig und verfügt über ihr eigenes Aufsichtsorgan. Auch praktisch besteht dadurch, dass die Tochtergesellschaften eigene Aufsichtsräte haben, kein Bedarf an einer Überwachung durch den Mutteraufsichtsrat.⁷³

2. Zustimmungsvorbehalte

a) Zustimmungsvorbehalte als Instrument präventiver Kontrolle

Als Instrument präventiver Überwachung stehen dem Aufsichtsrat Zustimmungsvorbehalte nach § 111 IV 2 AktG zur Verfügung, die im Konzernkontext die einheitliche Leitung durchsetzen können. § 111 IV 2 AktG bestimmt, dass die Satzung oder der Aufsichtsrat Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats vorsehen *müssen*. Ziff. 3.3 DCGK empfiehlt Zustimmungsvorbehalte für „Geschäfte von grundlegender Bedeutung“. Darunter sollen Entscheidungen oder Maßnahmen fallen, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern. Der Zustimmungsvorbehalt muss sich aber auf konkrete Maßnahmen beziehen, denn Generalklauseln würden unzulässigerweise die Geschäftsführungsautonomie des Vorstands aushöhlen.⁷⁴ Als Beispiele für zustimmungspflichtige Geschäfte sind z.B. die Errichtung neuer Betriebsstätten, der Erwerb von Beteiligungen, Grundstücksgeschäfte und Kreditaufnahmen, die einen bestimmten Rahmen überschreiten, denkbar.⁷⁵ Setzt der Vorstand eine Maßnahme ohne die nötige Zustimmung durch, ist sie im Außenverhältnis gleichwohl wirksam.⁷⁶ *Thiessen* spricht vom „Dilemma“ des § 111 IV AktG, denn einerseits soll der Vorstand eigenverantwortlich die Geschäfte der AG leiten, andererseits muss er Teile der

⁷² *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 146.

⁷³ *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144, 159.

⁷⁴ *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 65; *MüKoAktG/Habersack*, § 111 Rn. 106; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 111 Rn. 73.

⁷⁵ Vgl. *Hüffer/Koch*, § 111 Rn. 42; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 111 Rn. 74.

⁷⁶ *Spindler/Stilz*, § 111 Rn. 75.

Geschäftsleitung vorher absegnen lassen.⁷⁷ Außerdem darf der Aufsichtsrat keine Geschäfte führen, soll aber den Vorstand von bestimmten Geschäften abhalten.⁷⁸ Zustimmungsvorbehalte stärken damit die präventive Kontrolle des Aufsichtsrats.

b) Zustimmungsvorbehalte als Instrument der Konzernsteuerung

Als konzernbezogene Zustimmungsvorbehalte können Maßnahmen in der Tochtergesellschaft von der Zustimmung des Aufsichtsrats der Obergesellschaft abhängig gemacht werden. Konzernweite Zustimmungsvorbehalte stellen gemeinsam mit personellen Verflechtungen die wichtigsten Instrumente der Konzernsteuerung dar und können für eine effektive Durchsetzung der Zustimmungsvorbehalte miteinander kombiniert werden.⁷⁹

aa) Herleitung der konzernweiten Geltung

Wenn die konzernweite Geltung nicht ausdrücklich in der Satzung vorgesehen ist, kann sie durch Auslegung festgestellt werden.⁸⁰ Vielfach wird sogar eine Vermutung zugunsten der konzernweiten Geltung aufgestellt.⁸¹ Als Hauptargument für die konzernweite Geltung des Zustimmungsvorbehalts auch im faktischen Konzern wird auf die wirtschaftlichen Auswirkungen von Maßnahmen der Tochtergesellschaft auf die Obergesellschaft hingewiesen.⁸² Als Beispiele für diese Maßnahmen der Tochtergesellschaft werden Änderungen ihrer Beteiligung an anderen Gesellschaften, der Abschluss von Unternehmensverträgen nach §§ 291 ff. AktG sowie

⁷⁷ Thiessen, AG 2013, 573, 578.

⁷⁸ Thiessen, AG 2013, 573, 578.

⁷⁹ Schmidt, FS Imhoff, S. 69.

⁸⁰ Hüffer/Koch, § 111 Rn. 53; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 111 Rn. 78; Köln-KommAktG/Mertens/Cahn, § 111 Rn. 96; eine gegenüber der konzernweiten Geltung sehr kritische Haltung vertritt Schmidt, FS Imhoff, S. 69.

⁸¹ Harbarth, FS Hoffmann-Becking, S. 457, 461; Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325, 340.

⁸² Harbarth, FS Hoffmann-Becking, S. 457, 461; Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325, 340; Kohlenbach, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 129.

die Aufnahme und Gewährung von Großkrediten genannt.⁸³ Um Einzelfällen gerecht zu werden, sollte anstelle einer starren Vermutung für jede von der faktischen Tochtergesellschaft geplante Maßnahme einzeln untersucht werden, ob das mit ihr verbundene Geschäftsrisiko aufgrund der Vermögensbindung voll auf die Obergesellschaft durchschlägt.⁸⁴ Etabliert hat sich die Auslegungsregel, dass eine Zustimmungskompetenz des Mutteraufsichtsrats vorliegt, sobald sie auch dann nötig wäre, wenn es sich um eine Betriebsabteilung der Obergesellschaft handelte.⁸⁵ Wurde der Zustimmungsvorbehalt vom Muttervorstand selbst festgelegt, ist eine Auslegung für die Begründung eines Konzernbezugs abzulehnen. Der Aufsichtsrat hat es hier jederzeit in der Hand, eine gewünschte konzernweite Geltung ausdrücklich festzulegen.⁸⁶

bb) Umfang und Durchsetzung des Zustimmungsvorbehalts

Unproblematisch kann der Aufsichtsrat der Obergesellschaft Maßnahmen der Konzernleitung, die durch den Vorstand der Obergesellschaft vorgenommen werden sollen, von seiner Zustimmung abhängig machen. Im Fall des Vertragskonzerns sind diese Konzernleitungsmaßnahmen vornehmlich Weisungen, im faktischen Konzern hingegen Einflussnahmen wie z.B. in Form von Anregungen oder Empfehlungen an die Tochtergesellschaft.⁸⁷ Zustimmungspflichtige Konzernleitungsmaßnahmen könnten u.a. der Erwerb und die Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen, der Abschluss von Unternehmensverträgen und die Aufnahme und Gewährung von Großkrediten sein.⁸⁸

⁸³ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 130.

⁸⁴ *Harbarth*, FS Hoffmann-Becking, S. 457, 462 f.; *Fonk*, ZGR 2006, 841, 853.

⁸⁵ *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 111 Rn. 78; *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 111 Rn. 96.

⁸⁶ *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 111 Rn. 97.

⁸⁷ *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 308.

⁸⁸ *Scheffler*, DB 1994, 793, 798.

(1) Bindung an die Zustimmung der Obergesellschaft

Für Maßnahmen des Tochtervorstands kann keine direkte Zustimmungskompetenz des Mutteraufsichtsrats begründet werden, da das Tagesgeschäft der Tochtergesellschaft nicht in den Überwachungsbereich des Mutteraufsichtsrats fällt.⁸⁹ Außerdem darf sich der Zustimmungsvorbehalt des Mutteraufsichtsrats wegen § 111 V AktG nicht direkt auf die Wahrnehmung von Aufsichtsratsmandaten in der Tochtergesellschaft beziehen.⁹⁰ Es wird jedoch noch zu erläutern sein, inwieweit eine informelle Bindung von Doppelmandatären an die Zustimmung des Mutteraufsichtsrats besteht. Die Durchsetzung eines konzernweiten Zustimmungsvorbehalts lässt sich im Vertragskonzern dadurch absichern, dass der Vorstand der Obergesellschaft kraft seines Weisungsrechts in der abhängigen Gesellschaft einen Zustimmungsvorbehalt zu seinen eigenen Gunsten einrichtet.⁹¹ Ob er seine Zustimmung erteilt, könnte wiederum von der Zustimmung des Aufsichtsrats der Obergesellschaft abhängig gemacht werden.⁹² Eine Weisung kann im faktischen Konzern zwar nicht erteilt werden, allerdings ist eine entsprechende Einflussnahme der Obergesellschaft denkbar, sofern dadurch entstehende Nachteile ausgeglichen werden.⁹³ Teilweise wird sogar von einer *Einwirkungspflicht* des Muttervorstands dahingehend, dass die Entscheidungsträger der Tochtergesellschaft nur mit der Zustimmung des Mutteraufsichtsrats handeln, ausgegangen.⁹⁴

(2) Durchsetzung durch Doppelmandate

Für die Durchsetzung eines Zustimmungsvorbehalts zugunsten des Mutteraufsichtsrats könnte im faktischen Konzern die Einrichtung von entsprechenden Zustimmungsvorbehalten und die Absicherung durch perso-

⁸⁹ MüKoAktG/Habersack, § 111 Rn. 116; Dittmar, AG 2013, 498, 504.

⁹⁰ MüKoAktG/Habersack, § 111 Rn. 116.

⁹¹ KölnKommAktG/Mertens/Cahn, § 111 Rn. 93.

⁹² MüKoAktG/Habersack, § 111 Rn. 116; Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 305; Schmidt, FS Imhoff, S. 69, 87.

⁹³ Hüffer/Koch, § 111 Rn. 54; KölnKommAktG/Mertens/Cahn, § 111 Rn. 93.

⁹⁴ Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 312; in diesem Sinne auch Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325, 342.

nelle Verflechtung ein hilfreiches Instrument darstellen. Abgesehen davon, dass dadurch lange Entscheidungswege entstehen,⁹⁵ bemisst sich die Effizienz dieser Konstellation danach, ob die Zustimmung der Doppelmandatsträger auf Ebene der Tochtergesellschaft von der Zustimmung des Mutteraufsichtsrats abhängen darf. Dafür könnte sprechen, dass ein solcher Zustimmungsvorbehalt des mit Vertretern der Obergesellschaft besetzten Aufsichtsrats der Konzernleitung dient und es gerade Aufgabe des Mutteraufsichtsrats ist, die Konzernleitungsmaßnahmen seines Vorstandes zu überwachen. Es wird damit argumentiert, dass es auch zur Vorstandsaufgabe gehört, Aufsichtsratsämter in Tochtergesellschaften zu bekleiden und der Doppelmandatar somit im Rahmen seines Aufsichtsratsmandats nicht frei von den Pflichtenbindungen aus dem Vorstandsamt sei.⁹⁶ Die Gegenposition betont, dass der Doppelmandatsträger in der Tochtergesellschaft ein autonomes Mandat mit eigenständigem Pflichtenkreis wahrnehme und deshalb der Zustimmungsvorbehalt in dieser Funktion nicht für ihn gelten dürfe.⁹⁷

Wer aber eine Einwirkungspflicht der Organe der Obergesellschaft zur Förderung der konzernweiten Einhaltung von Zustimmungsvorbehalten annimmt, weist auch Doppelmandatsträgern aufgrund ihrer Stellung in der Obergesellschaft die Pflicht zu, den Zustimmungsvorbehalt im Rahmen der konzernrechtlich zulässigen Einflussnahme zu beachten.⁹⁸ Die mittelbare Bindung an den Zustimmungsvorbehalt bedeutet für den Doppelmandatsträger in der Tochtergesellschaft, dass er den Aufsichtsrat der Obergesellschaft über eine in der Tochtergesellschaft geplante zustimmungspflichtige Maßnahme unterrichten muss.⁹⁹ Eine solche Informationsweitergabe dürfe aber nur mit dem Einverständnis des Vorstands der

⁹⁵ *Fonk*, ZGR 2006, 841, 853.

⁹⁶ *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 341; *Dittmar*, AG 2013, 498, 504 f.; Köln-KommAktG/*Mertens/Cahn*, § 111 Rn. 94.

⁹⁷ *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 310.

⁹⁸ *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 312.

⁹⁹ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 132 f; *Lenz*, AG 1997, 448, 454; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 312 f.

Tochtergesellschaft erfolgen.¹⁰⁰ Findet die Maßnahme keine Zustimmung im Mutteraufsichtsrat, soll der Doppelmandatsträger gehalten sein, über seine Organstellung in der Tochtergesellschaft auf die Unterlassung der Maßnahme hinzuwirken.¹⁰¹ Nach anderer Ansicht muss für die Entscheidung des Doppelmandatsträgers in der Tochtergesellschaft das Interesse der abhängigen Gesellschaft maßgeblich sein.¹⁰² Die Interessen der Obergesellschaft seien nur dort ausschlaggebend, wo aus mehreren für die Tochtergesellschaft günstigen Entscheidungsalternativen zugleich diejenige mit dem besten Vorteil für die Muttergesellschaft gewählt wird.¹⁰³ Damit ist aber der Rahmen des konzernrechtlich Zulässigen noch nicht ausgeschöpft. Es ist schließlich gesetzlich legitimiert, dass Doppelmandatäre im faktischen Konzern eine einheitliche Leitung verfolgen. Nach § 311 AktG ist es ihnen erlaubt, Interessen der Tochtergesellschaft dabei zugunsten der Obergesellschaft zu beeinträchtigen, solange die Nachteile ausgeglichen werden. *Fonk* unterscheidet insofern zwischen dem Eigenwillen und dem Eigeninteresse der Tochtergesellschaft, wobei letzteres auch gewahrt wird, wenn Nachteile zwar zugefügt, aber auch ausgeglichen werden.¹⁰⁴ Der Doppelmandatar hat also zu prüfen, ob mit der geplanten Maßnahme ein Nachteil für die Tochtergesellschaft entsteht, und darf in diesem Fall der Maßnahme nur dann zustimmen, wenn er sicherstellen kann, dass der Nachteil ausgleichsfähig ist und auch tatsächlich ausgeglichen wird.¹⁰⁵

¹⁰⁰ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 155; ausführlich zu den Informationsweitergaberechten des Konzernmandatsträgers siehe unten § 12.C.II.2.b).bb).

¹⁰¹ *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 313.

¹⁰² *Schmidt*, FS Imhoff, S. 69, 82; ebenso *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 132; *Potthoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 567.

¹⁰³ *Schmidt*, FS Imhoff, S. 69, 83; *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 154; *Potthoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 567; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 435.

¹⁰⁴ *Fonk*, ZGR 2006, 841, 855.

¹⁰⁵ *Dittmar*, AG 2013, 498, 505; *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 111 Rn. 95; *Lenz*, AG 1997, 448, 454; kritisch *Fonk*, ZGR 2006, 841, 856.

D. Die Organe der Tochtergesellschaft

I. Der Vorstand der Tochtergesellschaft

1. Vertragskonzern

Im Vertragskonzern ist der Vorstand der Tochtergesellschaft in seiner Entscheidungsfindung nicht autonom. Besteht ein Beherrschungsvertrag, so ist die Obergesellschaft gem. § 308 I AktG berechtigt, der Tochtergesellschaft Weisungen zu erteilen, selbst wenn diese für die Tochtergesellschaft nachteilig sind. Nachteilige Weisungen müssen nach § 308 I 2 AktG jedoch den Belangen der Obergesellschaft oder konzernverbundener Gesellschaften dienen. Damit lösen Konzerninteressen das Gesellschaftsinteresse der Tochtergesellschaft als Maßstab für deren Geschäftsleitung ab.¹⁰⁶ Der Vorstand der Tochtergesellschaft ist gem. § 308 II 1 AktG verpflichtet, die Weisungen zu befolgen. Diese Folgepflicht besteht dann nicht, wenn die Weisungen gegen Gesetz, Satzung oder Beherrschungsvertrag verstoßen, offensichtlich nicht Konzernbelangen dienen (§ 308 II AktG) oder die Existenz der Untergesellschaft gefährden.¹⁰⁷

a) Meinungsstand zur Pflichtenbindung des Vorstands

Teilweise wird vertreten, der Vorstand der Tochtergesellschaft im Vertragskonzern habe auch jenseits der Befolgung von Weisungen seine Geschäftsleitung am Konzerninteresse und nicht am Interesse der Tochtergesellschaft auszurichten.¹⁰⁸ Nach anderer Ansicht unterliegt der Vorstand allein § 76 AktG, sofern keine Weisung der Obergesellschaft vorliegt, so dass auf den Konzern keinerlei Rücksicht genommen werden müsse.¹⁰⁹ Einem vermittelnden Standpunkt zufolge soll der Vorstand außerhalb von

¹⁰⁶ HdbVorstR/*Fleischer*, § 18 Rn. 37; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 20.

¹⁰⁷ *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 166.

¹⁰⁸ KölnKommAktG/*Koppensteiner*, § 308 Rn. 71.

¹⁰⁹ MüKoAktG/*Altmeppen*, § 308 Rn. 154; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 54; KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 76 Rn. 67.

Weisungen immerhin zu „konzernfreundlichem“ Verhalten verpflichtet sein.¹¹⁰ Gegen eine ständige Verpflichtung des Tochtervorstands auf das Konzerninteresse wird vorgetragen, dass der Vorstand der Tochtergesellschaft nur den Interessenkreis seiner eigenen Gesellschaft beurteilen und konkretisieren könne.¹¹¹ Außerdem haftet der Vorstand der Tochtergesellschaft gegenüber dieser, wenn er die Tochtergesellschaft zum Wohle des Konzerninteresses schädigt, ohne dass dies auf einer Weisung nach § 308 AktG beruht.¹¹² Als weiteres Argument gegen eine Bindung der Organe der Tochtergesellschaft an das Konzerninteresse wird vorgebracht, dass das Konzernrecht nicht darauf ausgelegt sei, den Einfluss der Obergesellschaft zu gewährleisten, sondern Regelungszweck viel mehr der Schutz der Tochtergesellschaft sei.¹¹³

b) Stellungnahme

Gegen eine gänzliche Außerachtlassung des Konzerninteresses gilt aber zu bedenken, dass die Konzernierung von beiden Gesellschaften vertraglich anerkannt wurde und deshalb auch bei Fehlen einer Weisung nicht einfach ignoriert werden kann.¹¹⁴ Auf der anderen Seite bleibt auch bei vertraglicher Konzernierung die rechtliche Selbstständigkeit der verbundenen Gesellschaften erhalten. Für den Vorstand der Tochtergesellschaft gilt weiterhin § 76 AktG und damit die Verpflichtung, das Interesse seiner Gesellschaft zu wahren. § 76 AktG wird zwar von § 308 AktG überlagert, das bedeutet aber nicht, dass die aus § 76 AktG resultierende Pflichtenbindung vollständig erlischt. Für die abhängige Gesellschaft ist hingegen auch das Wohl des Gesamtkonzerns von wirtschaftlichem Interesse. Bevor der Vorstand der abhängigen Gesellschaft also Geschäfte tätigt, die dem Konzerninteresse schaden könnten, hat er sein Handeln mit der Obergesellschaft abzustimmen.¹¹⁵ Somit ist der Meinung zu folgen, die

¹¹⁰ Hüffer/Koch, § 308 Rn. 20; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 20.

¹¹¹ MüKoAktG/Altmeyen, § 308 Rn. 154; KölnKommAktG/Mertens/Cahn, § 76 Rn. 68.

¹¹² MüKoAktG/Altmeyen, § 308 Rn. 154.

¹¹³ Hoffmann-Becking, FS Hommelhoff, S. 433, 440.

¹¹⁴ Hüffer/Koch, AktG § 308 Rn. 20.

¹¹⁵ KölnKommAktG/Mertens/Cahn, § 76 Rn. 68.

bei Fehlen einer Weisung eine grundsätzliche Verpflichtung des Tochtervorstands auf das Wohl seiner Gesellschaft bejaht, dem Vorstand aber die Berücksichtigung von Konzernbelangen im Sinne eines konzernfreundlichen Verhaltens abverlangt.

2. Faktischer Konzern

Bei faktischer Konzernierung besteht die eigenverantwortliche Geschäftsleitung des Tochtervorstands gem. § 76 I AktG fort. Er hat das Recht, nicht aber die Pflicht, den Veranlassungen der Obergesellschaft Folge zu leisten.¹¹⁶ Die Leitungsmacht der Obergesellschaft ist nur für den Vertragskonzern in § 308 AktG rechtlich abgesichert.¹¹⁷ Bevor der Tochtervorstand auf Veranlassung der Obergesellschaft handelt, muss er prüfen, ob diese Maßnahme für die abhängige Gesellschaft nachteilig ist, die Obergesellschaft auf die Nachteiligkeit hinweisen und sich über die Bereitschaft zum Nachteilsausgleich vergewissern.¹¹⁸ Der Vorstand der Tochtergesellschaft ist damit „Garant des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft“.¹¹⁹ Wird der Nachteil entweder von der Obergesellschaft nicht anerkannt oder aber der Ausgleich abgelehnt, darf der Vorstand der abhängigen Gesellschaft der Veranlassung nicht Folge leisten.¹²⁰ Ist die Bereitschaft zum Nachteilsausgleich sichergestellt, zählt es auch zu den Aufgaben des Vorstandes, mit der Obergesellschaft über Art und Höhe des Nachteilsausgleichs zu verhandeln.¹²¹ Verschieden wird beurteilt, ob den Tochtervorstand auch eine Prognosepflicht trifft. In der „MPS“-Entscheidung entnahm der BGH aus § 311 AktG die Pflicht des Tochtervorstands, das konkrete Ausfallrisiko zu prüfen, bevor ein unbesichertes Darlehen an die Obergesellschaft ausgereicht wird.¹²² Auch nach der Dar-

¹¹⁶ HdbVorstR/*Fleischer*, § 18 Rn. 4; MHdBGesR/*Krieger*, Bd. IV, § 69 Rn. 28; Hüffer/*Koch*, § 76 Rn. 52.

¹¹⁷ HdbVorstR/*Fleischer*, § 18 Rn. 104.

¹¹⁸ MHdBGesR/*Krieger*, Bd. IV, § 69 Rn. 28.

¹¹⁹ *Schlieper*, *Leitungsintensität*, S. 143.

¹²⁰ Hölters/*Weber*, § 76 Rn. 55; MHdBGesR/*Krieger*, Bd. IV, § 69 Rn. 28; MüKoAktG/*Spindler*, § 76 Rn. 40.

¹²¹ MHdBGesR/*Krieger*, Bd. IV, § 69 Rn. 28.

¹²² BGH NZG 2009, 107, 108 f.

lehensgewährung folge aus § 93 I AktG die Pflicht, „laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu prüfen und auf eine sich nach der Darlehensausreichung andeutende Bonitätsverschlechterung mit einer Kreditkündigung oder der Anforderung von Sicherheiten zu reagieren“.¹²³ *Wackerbarth* sieht darin eine unzulässige Verlagerung der Verantwortung für veranlasste Maßnahmen von der Mutter- auf die Tochtergesellschaft.¹²⁴ Dem Tochturvorstand würde die Verantwortung für die Liquidität ihres herrschenden Gesellschafters aufgebürdet, während er nach § 76 AktG nur die Verantwortung für seine Gesellschaft trägt.¹²⁵ Aus konzernrechtlichen Regelungen ließen sich diese Pflichten nicht ableiten, da den Vorstand der abhängigen Gesellschaft zwar nach §§ 312, 318 AktG Dokumentationspflichten träfen, die Verantwortung für die veranlasste Maßnahme nach § 318 AktG aber von der Obergesellschaft getragen werde.¹²⁶ Der Vorstand der Tochtergesellschaft ist kraft § 93 I 1 AktG seiner Gesellschaft gegenüber dazu verpflichtet, ihre wirtschaftlichen Interessen zu wahren. Bieten sich ihm konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Obergesellschaft nicht in der Lage sein wird, den Nachteil auszugleichen, muss er dem wirtschaftlichen Wohl seiner Gesellschaft den Vorrang geben.¹²⁷ Die Möglichkeit der Obergesellschaft, der faktisch beherrschten Tochtergesellschaft Nachteile zuzufügen, ist schließlich daran gekoppelt, dass diese Nachteile später ausgeglichen werden. Der Tochturvorstand kann sich daher nicht allein auf das Wort der Obergesellschaft verlassen, sondern muss insofern die Prognose treffen, ob der spätere Nachteilsausgleich realistisch erwartet werden kann. Andernfalls macht er sich seiner Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig.¹²⁸

¹²³ BGH NZG 2009, 107, 109.

¹²⁴ *Wackerbarth*, Der Konzern 2010, 261, 274.

¹²⁵ *Wackerbarth*, Der Konzern 2010, 261, 274.

¹²⁶ *Wackerbarth*, Der Konzern 2010, 261, 274; *E. Vetter*, ZHR 171 (2007), 342, 362.

¹²⁷ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 78; *MüKoAktG/Altmeppen*, § 311 Rn. 463.

¹²⁸ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 78.

II. Der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft

1. Aufgaben im Vertragskonzern

Auch in einer vertraglich beherrschten Aktiengesellschaft hat der Aufsichtsrat die Aufgabe, seinen Vorstand zu überwachen. Handelt der Vorstand auf Weisung der Obergesellschaft, hat der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft zu überprüfen, ob der Vorstand der Tochtergesellschaft die in § 308 II AktG niedergelegten Grenzen der Folgepflicht einhält.¹²⁹

2. Aufgaben im faktischen Konzern

Wenn kein Vertragskonzern geschaffen werden soll, bleibt der Einfluss der Obergesellschaft auf die Tochtergesellschaft als rechtlich selbständige Einheit begrenzt. Das ist gerechtfertigt, weil im Haftungsfall die Gläubiger nur auf das Vermögen der Tochtergesellschaft zugreifen können.¹³⁰ Im Grundsatz handeln die Organe der faktischen Tochtergesellschaft daher eigenverantwortlich. *Hommelhoff* weist auf die Funktion des Tochteraufsichtsrats als „Mithüter der Tochter-Eigeninteressen und ihres Autonomiebereichs innerhalb des Gesamtkonzerns“¹³¹ hin. Aus einem anderen Blickwinkel wird dort, wo eine nachteilige Einflussnahme durch die Obergesellschaft kraft Gesetzes erlaubt ist, die Überwachungsaufgabe des Tochteraufsichtsrats dahingehend modifiziert, dass das verfolgte Gesellschaftsinteresse das Interesse an einem Nachteilsausgleich darstellt.¹³² Der Tochteraufsichtsrat muss also darauf achten, ob seiner Gesellschaft Nachteile erwachsen und ob diese ausgeglichen werden.¹³³ Für die Geltendmachung des Nachteilsausgleichs müssen sich die Nachteile auf konkrete Maßnahmen der Obergesellschaft zurückführen lassen.¹³⁴ Nachteile aus

¹²⁹ *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 166.

¹³⁰ *Schmidt*, FS Imhoff, S. 69, 76.

¹³¹ *Hommelhoff*, in: *Druey*, Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, S. 107, 122; ähnlich *Schneider*, FS Hadding, S. 621, 624.

¹³² *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 100 Rn. 23.

¹³³ *MHdBGesR/Krieger*, Bd. IV, § 69 Rn. 35.

¹³⁴ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 73.

der Konzernbeziehung an sich reichen nicht aus. Einige Pflichten des Tochteraufsichtsrats im faktischen Konzern sind gesetzlich niedergelegt: Zu den Aufgaben des Aufsichtsrats der faktischen Tochtergesellschaft zählt es gem. § 314 II AktG, den durch den Vorstand der Tochtergesellschaft erstellten Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen (Abhängigkeitsbericht) zu prüfen und in der Hauptversammlung darüber Rechenschaft abzulegen.¹³⁵ Eine Verletzung dieser Berichtspflicht führt zur Haftung nach § 318 II AktG. Haften in einem Unternehmensverbund die Vertreter der herrschenden Gesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft nach § 309 AktG, so ordnet § 310 I AktG für den Fall der Pflichtverletzung durch Organe der Tochtergesellschaft ein Gesamtschuldverhältnis zwischen den Organen der Mutter- und der Tochtergesellschaft an.

E. Beratungsverträge im Konzern

Zu einer Zusammenarbeit der Organe verbundener Gesellschaften kommt es nicht nur bei Zustimmungsvorbehalten, sondern auch bei Beratungsverträgen. Die Anwendbarkeit von § 114 I AktG auf Konzernkonstellationen ist zu klären, da der Schutzzweck der Norm im Konzern leicht umgangen werden könnte: Im Vertragskonzern könnte der Vorstand der Obergesellschaft den Vorstand der Tochtergesellschaft gem. § 308 I 1 AktG dazu anweisen, einen Beratungsvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied der Obergesellschaft zu schließen. Dem Wortlaut nach gilt § 114 I AktG in diesen Fällen nicht, so dass es in Konzernsachverhalten eine Kontrolle des Beratungsgegenstands und der Beratungsvergütung gäbe.¹³⁶

I. Anwendung des § 114 AktG durch teleologische Extension

Angesichts der unter anderem in Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK zum Ausdruck kommenden Wertung, dass Beziehungen zum Mehrheitsaktionär der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds entgegenstehen, liegt die Frage

¹³⁵ Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 164.

¹³⁶ v. Büinau, Beratungsverträge, S. 53.

nicht fern, ob im Rahmen einer weiten Auslegung auch Beraterverträge einzelner Aufsichtsratsmitglieder mit den Vorständen verbundener Unternehmen oder mit Mehrheitsaktionären von § 114 I AktG erfasst sein sollen. Der Normtext spricht von einer vertraglichen Verpflichtung des Aufsichtsratsmitglieds „gegenüber der Gesellschaft“, so dass einzelne Aktionäre vom Wortlaut nicht erfasst sind. Für den umgekehrten Fall, dass auf Seiten des Aufsichtsratsmitglieds eine Zurechnung erfolgt, ist anerkannt, dass § 114 I AktG im Rahmen einer teleologischen Extension auch für Verträge gilt, die die Gesellschaft mit einer Beratungsgesellschaft schließt, der das Aufsichtsratsmitglied angehört.¹³⁷ Für eine entsprechende teleologische Extension auf Seiten des Vertragspartners des Aufsichtsratsmitglieds fehlt es bereits am Anknüpfungspunkt der wirtschaftlichen Identität: Der einzelne Aktionär und die Aktiengesellschaft sind wirtschaftlich nicht gleichzusetzen, denn die Zahlung einer Vergütung durch den Aktionär führt zu keinem Vermögensabfluss bei der Gesellschaft.¹³⁸ Als nächstes tragfähiges Argument für eine teleologische Extension käme der Zweck des Unabhängigkeitsschutzes in Betracht. Dafür muss aber zuerst geklärt werden, ob § 114 I AktG neben der Unabhängigkeit vom Vorstand auch die von sonstigen Dritten, wie, z.B. von einzelnen Aktionären, bezweckt. Der Gesetzgeber verfolgte das Ziel, „eine unsachliche Beeinflussung eines Aufsichtsratsmitglieds im Sinne des Vorstands“ abzuwenden.¹³⁹ § 114 I AktG kann somit nicht im Rahmen einer teleologischen Extension auf Beraterverträge mit einzelnen Aktionären angewendet werden, sondern allenfalls analog.¹⁴⁰

¹³⁷ BGH NJW 2007, 298; NZG 2006, 712, 714 f.; *Henssler*, FS Goette, S. 135, 139 ff.; Hüffer/Koch, § 114 Rn. 3; *Spindler/Stilz*, § 114 Rn. 9; Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 114 Rn. 11.

¹³⁸ *Henssler*, FS Goette, S. 135, 140.

¹³⁹ Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158; ebenso *Henssler*, FS Goette, S. 135, 142.

¹⁴⁰ *Henssler*, FS Goette, 135, 139.

II. Analoge Anwendung des § 114 AktG auf Konzernsachverhalte

Um die entsprechende Anwendbarkeit von § 114 I AktG auf Verträge des Aufsichtsratsmitglieds mit den Vorständen verbundener Unternehmen zu prüfen, ist zwischen den Vorständen der Tochter- und der Obergesellschaft zu unterscheiden, weil unter anderem das Interesse, das Beratungsentgelt zu kontrollieren, jeweils unterschiedlich schutzwürdig ist.

1. Beratungsvertrag zwischen einem Aufsichtsratsmitglied der Obergesellschaft und der Tochtergesellschaft

a) Vergleichbare Interessenlage

Für eine Anwendbarkeit von § 114 I AktG auf Verträge eines Aufsichtsratsmitglieds der Obergesellschaft mit dem Vorstand der Tochtergesellschaft spricht, dass eine Vergütung durch die Tochtergesellschaft letztlich auch das Vermögen der Obergesellschaft schmälert.¹⁴¹ Hat in dieser Konstellation der Muttervorstand den Tochtervorstand dazu angewiesen, den Beratungsvertrag zu schließen, müsste der Aufsichtsrat der Obergesellschaft letztlich auf der Ebene der Obergesellschaft eine Vorstandsmaßnahme kontrollieren, die ihm selbst Vorteile gebracht hat. Der Schutz, den § 114 AktG davor bieten soll, dass die Kontrollfähigkeit durch eigene materielle Vorteile gemindert wird, würde dadurch gerade umgangen. Eine vergleichbare Interessenlage zur unmittelbaren Konstellation des § 114 AktG liegt damit vor.

b) Planwidrige Regelungslücke

Für die analoge Anwendung des § 114 AktG bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke. Dass in § 114 AktG eine Bezugnahme auf Konzernsachverhalte völlig fehlt, lässt mangels Hinweisen in den Gesetzesmaterialien die Interpretation in beide Richtungen offen. Um den Schluss ziehen zu

¹⁴¹ Hüffer/Koch, § 114 Rn. 4; Spindler/Stilz, § 114 Rn. 7; Henssler/Strohn, AktG, § 114 Rn. 16.

können, dass der Gesetzgeber eine Geltung für Konzernbeziehungen nicht gewollt hat,¹⁴² sollten aber immerhin gesetzliche Regelungen ähnlicher Konstellationen zwischen Organen der Obergesellschaft und der Tochtergesellschaft angeführt werden, die auf eine entsprechende Wertung des Gesetzgebers schließen lassen. Beispielsweise regelt § 115 AktG die Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder, äußert sich aber nicht zu der Kreditgewährung einer beherrschten Gesellschaft gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied der Obergesellschaft. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke kann daher mangels entgegenstehender Hinweise angenommen werden. Im Ergebnis ist § 114 I AktG analog auf Beratungsverträge zwischen der Tochtergesellschaft und Aufsichtsratsmitgliedern der Obergesellschaft anwendbar.¹⁴³

2. Beratungsvertrag zwischen einem Aufsichtsratsmitglied der Tochtergesellschaft und der Obergesellschaft

Als zweite Konstellation mit Konzernbezug kommt in Betracht, dass ein Aufsichtsratsmitglied der Tochtergesellschaft einen Beratungsvertrag mit dem Vorstand der Obergesellschaft schließt. Gegen die Geltung von § 114 I AktG in diesem Fall sprechen mehrere Gründe.

a) Vergleichbare Interessenlage

Die Vergleichbarkeit der Interessenlage ist zweifelhaft, da eine Vergütung durch die Muttergesellschaft nicht zwangsläufig zu einem Vermögensverlust der Tochtergesellschaft führt.

b) Regelungslücke

Von Büchau weist darauf hin, dass es für die analoge Anwendung von § 114 I AktG auf einen Beratervertrag des Vorstands der Obergesellschaft

¹⁴² Zur Diskussion siehe *v. Büchau*, Beratungsverträge, S. 68 ff. m.w.N.

¹⁴³ So auch *Spindler/Stilz*, § 114 Rn. 7; *Semler*, NZG 2007, 881, 885; *MüKoAktG/Habersack*, § 114 Rn. 17.

mit einem Aufsichtsratsmitglied der Tochtergesellschaft bereits an der Regelungslücke fehle:¹⁴⁴ Ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Aufsichtsratsmitgliedern der Tochtergesellschaft und der Obergesellschaft ist als Hauptinstrument der Konzernleitung an der Tagesordnung. Wird in dieser Konstellation eine nachteilige Einflussnahme der Obergesellschaft über den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft befürchtet, so fällt dies in den Schutzbereich des konzernrechtlichen Nachteilsausgleichssystems nach §§ 311 ff. AktG.¹⁴⁵ Es besteht daher keine Regelungslücke. Im Übrigen entfalten Beratungsverträge ohnehin kein eigenständiges Drohpotenzial, wenn die Obergesellschaft auf die Zusammensetzung des Tochteraufsichtsrats maßgeblichen Einfluss hat.¹⁴⁶

c) Planwidrigkeit

Wenn man eine Regelungslücke dennoch annimmt, wäre diese jedenfalls nicht planwidrig: Ein systematisches Argument bietet § 115 I 2 AktG, der die Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder regelt. Demzufolge bedarf die Kreditgewährung der Obergesellschaft an Aufsichtsratsmitglieder der Tochtergesellschaft nur der Zustimmung des Aufsichtsrats der Obergesellschaft, nicht aber des Tochteraufsichtsrats. Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft soll also darüber wachen, dass Aufsichtsräte beherrschter Gesellschaften nicht „gekauft“ werden.¹⁴⁷ Weil durch Kreditverträge ebenso schwer wiegende Abhängigkeiten wie durch Beratungsverträge geschaffen werden können, kann man die Wertung des Gesetzgebers auf § 114 I AktG übertragen.¹⁴⁸ Ferner wird auch in § 89 AktG, der Vorschrift über die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder, der Konzernsachverhalt explizit geregelt (§ 89 II AktG).

¹⁴⁴ v. Büchau, Beratungsverträge, S. 76 f.

¹⁴⁵ v. Büchau, Beratungsverträge, S. 76 f.

¹⁴⁶ Cahn, Der Konzern 2012, 501, 503; Hoffmann-Becking, FS K. Schmidt, S. 657, 666; ähnlich Semler, NZG 2007, 881, 886.

¹⁴⁷ v. Büchau, Beratungsverträge, S. 75.

¹⁴⁸ Spindler/Stilz, § 114 Rn. 7; MüKoAktG/Habersack, § 114 Rn. 17; Semler, NZG 2007, 881, 885.

Gerade bei Doppelmandaten im Konzern müsste eine Anwendbarkeit von § 114 I AktG zu konzernrechtsfremden Ergebnissen führen: Wenn der Doppelmandatar ein Aufsichtsratsamt bei der Tochtergesellschaft bekleidet und in der Obergesellschaft zum Vorstand berufen werden soll, müsste die Tochtergesellschaft der Vorstandsanstellung des Organmitglieds bei der Obergesellschaft zustimmen.¹⁴⁹ Dieser Widerspruch zum Leitungsrecht der Obergesellschaft steht einer Anwendbarkeit von § 114 I AktG auf Verträge eines Tochteraufsichtsratsmitglieds mit der Obergesellschaft entgegen.

Es bleibt daher bei dem Ergebnis, dass § 114 I AktG keine analoge Anwendung findet, wenn ein Aufsichtsratsmitglied der Tochtergesellschaft einen Beratungsvertrag mit der Obergesellschaft schließt.¹⁵⁰

¹⁴⁹ *Cahn*, Der Konzern 2012, 501, 503; *Spindler/Stilz*, § 114 Rn. 7; *Hoffmann-Becking*, FS K. Schmidt, S. 657, 667.

¹⁵⁰ A.A. *MüKoAktG/Habersack*, § 114 Rn. 17.

§ 9 Personelle Verflechtungen im Konzern

A. Mehrfachmandate als Instrument der Konzernleitung

Sind Unternehmen wirtschaftlich miteinander verbunden, bietet sich auf der Personalebene eine zusätzliche Möglichkeit, den Informationsaustausch zwischen den Gesellschaften und ihre gemeinsame unternehmenspolitische Ausrichtung zu erleichtern. Beide Gesellschaften können jeweils Repräsentanten in die Organe der jeweils anderen Gesellschaft „entsenden“. Ein Beispiel dafür sind Doppelvorstände im Konzern, indem der Vorstand der Tochtergesellschaft zugleich ein Vorstandsamt in der Obergesellschaft wahrnimmt. Im Vertragskonzern hat das den Vorteil, dass der Doppelvorstand nicht nur ein bloßer Weisungsempfänger auf der Ebene der Tochtergesellschaft ist, sondern schon bei der Beschlussfassung in der Obergesellschaft mitwirkt und auf die für die Tochtergesellschaft relevanten Folgen der Entscheidung hinweisen kann.¹ Auf diese Weise werden für den Doppelvorstand Beschlüsse, die auf Ebene der Obergesellschaft getroffen werden, transparent. Er kann mit diesem Hintergrundwissen den Mitarbeitern in der Tochtergesellschaft erklären, warum bestimmte Weisungen der Obergesellschaft notwendig sind, und damit auf mehr Akzeptanz der Fremdbestimmung in der Tochtergesellschaft hinwirken. Außerdem profitiert die Obergesellschaft von der Marktnähe und Geschäftserfahrung des Vertreters der Tochtergesellschaft.²

Neben Vorstandsdoppelmandaten sind auch personelle Verflechtungen über den Aufsichtsrat verbreitet, indem der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft mit Vertretern der Obergesellschaft besetzt wird. Gerade bei faktischer Konzernierung ist eine solche Besetzung strategisch wertvoll, um die Tochtergesellschaft über ihr Kontrollgremium zu steuern.³ Dop-

¹ Eversberg, Doppelvorstände im Konzern, S. 69; Wirth, FS Bauer, S. 1147, 1149.

² Semler, FS Stiefel, S. 719, 723.

³ Hoffmann-Becking, ZHR 159 (1995), 325, 348; Martens, ZHR 159 (1995), 567, 570 f.; Nordhues, Corporate Finance Law 2010, 327, 332; Wirth, FS Bauer, S. 1147, 1148.; im

pelmandate dienen somit der Obergesellschaft zur Ausübung der Konzernkontrolle. Neben Vorstandsdoppelmandaten und Aufsichtsratsdoppelmandaten ist die Konstellation besonders verbreitet, dass Mitglieder des Vorstands der Obergesellschaft Aufsichtsratsmandate in den Tochtergesellschaften wahrnehmen.⁴ Solche Aufsichtsratsmandate von Konzernvorständen werden gem. § 100 II 2 AktG privilegiert, indem bis zu fünf Aufsichtsratssitze des Konzernvorstands in Tochtergesellschaften nicht auf die gesetzliche Höchstzahl von Mandaten angerechnet werden. Demnach ist die personelle Verflechtung über Aufsichtsräte im Konzern nicht nur erlaubt, sondern wird gesetzlich gefördert.⁵ Die Aufsichtsrats Tätigkeit in Tochtergesellschaften gilt sogar als typische Tätigkeit des Vorstands einer Obergesellschaft.⁶ Im Anstellungsvertrag mit der Obergesellschaft kann der Vorstand dazu verpflichtet werden, Mandate in verbundenen Unternehmen ohne zusätzliche Vergütung wahrzunehmen und diese Posten auf Verlangen der Anstellungsgesellschaft wieder aufzugeben.⁷

Obwohl die genannten Formen personeller Verflechtung grundsätzlich zulässig sind, sind insbesondere bei faktischer Konzernierung Interessenkonflikte möglich.⁸ Konflikträchtig ist beispielsweise die Konstellation, dass ein Mitglied des Muttervorstands zugleich dem Tochtervorstand angehört, während ein weiteres Vorstandsmitglied der Muttergesellschaft zugleich ein Mandat im Tochteraufsichtsrat wahrnimmt. Hier müsste letzterer auf der Ebene der Tochtergesellschaft denjenigen überwachen, der auf der Ebene der Obergesellschaft sein Kollege ist.⁹ Dass Doppelmandate im Konzern die Gefahr von Interessenkonflikten bergen, ist schon früh

Vertragskonzern dürfte die Aufsichtsratsbesetzung eher eine geringere Bedeutung als Steuerungsinstrument haben, da hier eine Weisung nach § 308 AktG ergehen kann.

⁴ Begr. RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 16; ebenso *Martens*, ZHR 159 (1995), 567, 570 f.; *MüKoAktG/Habersack*, § 100 Rn. 21; *Nordhues*, Corporate Finance Law 2010, 327, 332; *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221, 225.

⁵ *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221, 225.

⁶ Begr. RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 16.

⁷ *GroßkommAktG/Kort*, § 84 Rn. 432; *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 84 Rn. 97; *Reuter*, AG 2011, 274, 281.

⁸ *Pothoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 521; *MüKoAktG/Habersack*, § 100 Rn. 92; *E. Vetter*, ZHR 171 (2007), 342, 349 ff.; *Schmidt*, FS Imhoff, S. 69, 81 ff.

⁹ *Pothoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 522.

erkannt worden.¹⁰ *Flume* bringt dies folgendermaßen auf den Punkt: „Bei der faktischen Abhängigkeit ist das Problem, daß die abhängige Gesellschaft ungeachtet ihrer Abhängigkeit nach ihrem eigenen Interesse geführt wird. Das Problem ist ein menschliches Problem.“¹¹ Es wird befürchtet, dass Mehrfachmandate die Berechtigung der Tochtergesellschaft, Interessen der Obergesellschaft zu berücksichtigen, zu einem „faktischen Befolgungszwang“ verdichte.¹² *Martens* hält diese Konfliktlage für „unausweichlich“¹³, befürchtet aber keinen Effizienzverlust der Aufsichtsratsarbeit: Die Aufgabe zur Konzernleitung schließe auch eine effiziente Konzernkontrolle mit ein und die Doppelmandatsträger seien daher zu einer gewissenhaften Ausübung des Mandats in der Tochtergesellschaft verpflichtet.¹⁴ Die Akzeptanz von Mehrfachmandaten hängt also unter anderem davon ab, ob man dem Mandatsträger zutraut, im jeweiligen Amt die richtigen Interessen zu wahren. Deshalb sollen im Folgenden die Loyalitätspflichten des Konzernmandatsträgers geklärt werden. In diesem Zusammenhang wird untersucht, welche Instrumente der Obergesellschaft zur Verfügung stehen könnten, um die Vertretung ihrer Interessen durch Konzernmandatsträger abzusichern.

B. Konzernmandate und die Pflicht zur Interessenvertretung

Konzernmandate haben das Ziel, der Obergesellschaft Einfluss auf die Leitung der Tochtergesellschaft zu vermitteln. Deshalb ist zu prüfen, ob den Konzernmandatsträger eine Pflicht trifft, die Interessen der Obergesellschaft bei der Ausübung seines Mandats in der Tochtergesellschaft zu berücksichtigen. Diese Pflicht könnte sich aus seinem Organverhältnis zu der Obergesellschaft oder vertraglichen Beziehungen zu ihr ergeben. Außerdem stellt sich die Frage, inwiefern finanzielle Anreize zur Interessenvertretung gesetzt werden dürfen.

¹⁰ Dies zeigt z.B. das bereits 1927 erschienene Werk von *Friedländer*, Konzernrecht, S. 276.

¹¹ *Flume*, Gesammelte Schriften, Bd. 2, S. 169, 176.

¹² *Nowak*, Unabhängigkeit, S. 179.

¹³ *Martens*, ZHR 159 (1995), 567, 588.

¹⁴ *Martens*, ZHR 159 (1995), 567, 587.

I. Interessenvertretung als organschaftliche Pflicht?

1. Der Doppelmandatar als „Diener zweier Herren“

Ist ein Mandatsträger gleichzeitig Organ mehrerer Gesellschaften, ist es auf die Interessen zweier verschiedener Gesellschaften verpflichtet. Dass die Interessen von beherrschter und herrschender Gesellschaft auseinanderfallen können, zeigt *Eversbergs* Aufzählung von Handlungen der Konzernspitze, die für die Tochtergesellschaft nachteilig sind:

„Expansion der Mutter oder anderer Töchter auf Kosten der Bereichsgesellschaft; Verlagerung der Forschungsschwerpunkte; erhöhte Gewinnabführung zur Konsolidierung der Mutter oder anderer Konzernunternehmen; Abzug von hervorragenden Führungskräften auf andere Positionen im Konzern (allgemeine Personalführungspolitik); Markt- oder Produktionsverlagerungen zugunsten anderer Unternehmen; keine Bildung ausreichender finanzieller Rücklagen bzw. volle Gewinnausschüttung und hohe Aktionärsdividenden; konzerninterne Vereinbarungen über Dienstleistungen oder Lieferungs-, Abnahmepflichten; Steuerung des An- oder Verkaufs von Beteiligungen an dritten Unternehmen; benachteiligende Zuweisung von Ressourcen oder Marktanteilen.“¹⁵

Die Verpflichtung eines Aufsichtsratsmitglieds auf das Wohl seiner Gesellschaft nach §§ 116 S. 1, 93 I 2 AktG wird nicht durch anderweitige Mandate geschmälert.¹⁶ Vor diesem Grundsatz ist es fraglich, ob ein Aufsichtsratsmitglied, das zugleich Vorstandsmitglied der Obergesellschaft ist, auch bei der Ausübung seines Aufsichtsratsmandats die Vorstandsaufgabe der Konzernführung verfolgen muss. Die Ausdehnung einer organschaftlichen Verpflichtung in eine andere Organstellung hinein ist angesichts der grundsätzlichen Weisungsunabhängigkeit des Aufsichtsrats rechtfertigungsbedürftig.¹⁷

¹⁵ *Eversberg*, Doppelvorgänge im Konzern, S. 71.

¹⁶ *Schmidt*, FS Imhoff, S. 69, 81.

¹⁷ *Schmidt*, FS Imhoff, S. 69, 80.

Aus psychologischer Sicht wird sich der Mandatsträger den aus seinem Hauptamt (Vorstand der Obergesellschaft) entstammenden Erwartungen stärker verpflichtet fühlen als denen seines Nebenamts (Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft).¹⁸ *Säcker* geht sogar so weit, dem Doppelmandatar die für sein Amt in der Tochtergesellschaft nötige „autonome Urteilskraft“ abzusprechen.¹⁹ Nach *Säcker* ist es dem Doppelmandatar „angesichts der eindeutigen, rechtlich sanktionierten Rollenerwartung der herrschenden Gesellschaft faktisch nicht möglich, sich von seiner Rolle als Konzernvorstandsmitglied zu distanzieren und seine „zweite“ Rolle im Tochtervorstand neutral allein aus der objektiven Interessenlage der Tochter wahrzunehmen“.²⁰

Dass das Doppelmandat eines Vorstandsmitglieds der herrschenden Gesellschaft im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft an sich zulässig ist, ergibt sich aus dem Konzernprivileg in § 100 II 2 AktG. Der Gesetzgeber sieht solche Doppelmandate als Teil der Aufgabenwahrnehmung der Leitungsorgane der Obergesellschaft an.²¹ Das Doppelmandat ermöglicht die Verwaltung und Nutzung des in der Tochtergesellschaft gebundenen Vermögens der Muttergesellschaft.²² Das legt nahe, dass der Vorstand der Obergesellschaft die Konzerninteressen auch in seinem Nebenamt als Organ der Tochtergesellschaft verfolgt.²³ Schließlich erfolgt die Besetzung des Tochteraufsichtsrats mit Organwaltern der Obergesellschaft gerade als Maßnahme der Konzernführung.²⁴ Wie oben ausgeführt geht die Konzernleitungspflicht jedoch nicht so weit, dass die Tochtergesellschaften bis ins Detail zentralistisch geführt werden müssten. Die Intensität der Führung ist stattdessen eine Ermessensfrage. Vom Standpunkt der Obergesellschaft heraus ist der Doppelmandatar in der Tochtergesellschaft nicht verpflichtet, aber berechtigt, seine Doppelmandatsstellung in der Tochtergesellschaft zur Konzernleitung im Interesse der Obergesellschaft durchzusetzen.

¹⁸ MüKoAktG/*Altmeyden*, § 311 Rn. 110.

¹⁹ *Säcker*, ZHR 151 (1987), 59, 68.

²⁰ *Säcker*, ZHR 151 (1987), 59, 67.

²¹ *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 224, 225.

²² Vgl. *Götz*, ZGR 1990, 633, 652.

²³ *Schmidt*, FS Imhoff, S. 69, 80; *Lenz*, AG 1997, 448, 451.

²⁴ *Potthoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 567.

zen. Als Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft ist der Doppelmandatar schließlich dem Wohl der Tochtergesellschaft nach §§ 116 S. 1, 93 II 2 AktG verpflichtet. Diese Pflichtenbindung kann durch eine Ermessenseröffnung aus einem anderen Mandat nicht geschmälert werden. Der Doppelmandatar muss demnach sowohl die Interessen der Ober- als auch der Untergesellschaft verfolgen und möglichst miteinander vereinbaren.²⁵ Er darf die Interessen der Obergesellschaft z.B. „durch besondere Konsultationsverfahren, Diskussionsverlangen, Informations- oder Vorgespräche“ einfließen lassen, wobei das Wohl der abhängigen Gesellschaft als Grenze dient.²⁶

Löbke geht davon aus, dass in den Fällen, in denen nur eine Entscheidungsmöglichkeit auf der Ebene der Tochtergesellschaft mit dem Konzerninteresse vereinbar ist, das Konzerninteresse eine Ermessenreduktion auf Null bewirkt.²⁷ Die aus dem Organverhältnis zur Obergesellschaft herführende Pflicht des Doppelmandatars, das Konzerninteresse zu wahren, greife dann in das Organverhältnis zur Tochtergesellschaft über. *Löbke* begründet das damit, dass der Konzernmandatar als Vorstand der Obergesellschaft verpflichtet sei, auf eine Umsetzung des Konzerninteresses in den beherrschten Gesellschaften hinzuwirken, und dabei sämtliche zur Verfügung stehenden Einflussmöglichkeiten (auch die aus Konzernmandaten) nutzen müsse.²⁸ Eine solche Pflicht kann im Verhältnis zur Obergesellschaft bestehen und in diesem Verhältnis auch mit einer Schadensersatzpflicht abgesichert sein: Handelt der Doppelmandatar in der Untergesellschaft gegen die Interessen der Obergesellschaft, kann dies einen Haftungsanspruch der Obergesellschaft gegen ihn als Vorstand aus § 93 II 1 AktG (oder wenn er dem Mutteraufsichtsrat angehört aus §§ 116 S. 1 i.V.m. 93 II 1 AktG) begründen.²⁹ Wenn aber im Organverhältnis zur Obergesellschaft eine Schadensersatzpflicht eintritt, hat dies keine Auswirkungen auf das Organverhältnis des Doppelmandatars zur Tochterge-

²⁵ *Götz*, ZGR 1990, 633, 651.

²⁶ *Kalss*, Der Konzern 2013, 299, 303.

²⁷ *Löbke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 72.

²⁸ *Löbke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 72.

²⁹ *Schmidt*, FS Imhoff, S. 69, 81.

sellschaft. Es bleibt auch bei mehrfachen Konzernmandaten bei zwei getrennten Rechts- und Pflichtenkreisen, so dass die Pflichtenbindung des Mandatsträgers gegenüber der Tochtergesellschaft nicht von der Obergesellschaft definiert werden kann. Gerade im faktischen Konzern wird die Entscheidungsautonomie der Tochtergesellschaft dadurch bewiesen, dass keine Weisungspflicht besteht. *Löbbers* Ansicht, dass die Obergesellschaft in bestimmten Fällen das Organverhältnis zu anderen Gesellschaften ausgestalten könne, kann daher nicht zugestimmt werden.

2. Doppelmandat und Veranlassungsvermutung

a) Bedürfnis nach einer Veranlassungsvermutung

Das Hauptsteuerungsinstrument im Vertragskonzern ist die Weisung gem. § 308 I AktG. Mangels gesetzlicher Konkretisierung gilt als Weisung jede Maßnahme der Obergesellschaft, durch die sie über den Vorstand der Tochtergesellschaft Einfluss auf deren Leitung nehmen will.³⁰ Die Weisung kann in Gestalt einer Anordnung, Direktive, Instruktion oder Aufforderung erfolgen und muss als verbindlich erkennbar sein.³¹ Während im Vertragskonzern die Einflussnahme durch eine konkrete, offenkundig verbindliche Willensäußerung erfolgt, sind die in § 311 AktG erwähnten Veranlassungen im faktischen Konzern auf subtilere Weise möglich. Insbesondere beim Einsatz personeller Verflechtungen muss nicht zwangsläufig von außen auf die Tochtergesellschaft eingewirkt werden.³² Dabei darf nicht die Nachteilsausgleichspflicht nach § 311 AktG umgangen werden. § 311 AktG stellt klar, dass Nachteile für die Tochtergesellschaft nicht allein im Namen des Konzerninteresses gerechtfertigt werden können, sondern dass die Nachteilszufügung mit einem wirtschaftlichen

³⁰ MüKoAktG/*Altmeppen*, § 308 Rn. 9; Hüffer/*Koch*, § 308 Rn. 10.

³¹ Hüffer/*Koch*, § 308 Rn. 10; MüKoAktG/*Altmeppen*, § 308 Rn. 9; Spindler/*Stilz/Veil*, § 308 Rn. 5.

³² Spindler/*Stilz/Müller*, § 311 Rn. 20; Henssler/*Strohn/Bödeker*, AktG, § 311 Rn. 11; Hölters/*Leuering/Goertz*, § 308 Rn. 44.

Ausgleich einhergehen muss.³³ Deswegen ist gerade in Fällen von Konzerndoppelmandaten zu klären, ob die von einem Doppelmandatsträger eingeleiteten Maßnahmen der Obergesellschaft zuzurechnen sind. Laut BGH begründet in dem Fall, dass eine Gesellschaft kraft Mehrheitsbeteiligung einen beherrschenden Einfluss auf eine andere Gesellschaft ausüben kann, jedenfalls die Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die bestehenden Einflussmöglichkeiten auch genutzt werden.³⁴ Dem hat sich auch ein Großteil Literatur angeschlossen, so dass für den „Vertreter“ der Obergesellschaft im Vorstand oder Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft die Vermutung gilt, dass er auf Veranlassung der Muttergesellschaft handelt.³⁵ Vorteil der Veranlassungsvermutung ist die Begründung einer Haftung nach § 317 I AktG für den versäumten Ausgleich etwaiger Nachteile.³⁶

b) Widerlegbarkeit der Vermutung

Umstritten ist, ob die Veranlassungsvermutung widerlegbar ist und wenn ja, ob es sich tatsächlich um eine Vermutung oder um einen Anscheinsbeweis handelt.

aa) Unwiderlegbare Vermutung

Teilweise wird für personelle Verflechtungen eine unwiderlegbare Vermutung für Veranlassungen der Obergesellschaft aufgestellt.³⁷ Personal-

³³ Schmidt/Lutter/Vetter, § 311 Rn. 3; Hüffer/Koch, § 311 Rn. 1; Spindler/Stilz/Müller, § 311 Rn. 1; MüKoAktG/Altmeyen, § 311 Rn. 2.

³⁴ BGHZ 89, 162, 167.

³⁵ Eversberg, Doppelvorstände im Konzern, S. 116; Säcker, ZHR 151 (1987), 59, 65 ff.; Schmidt/Lutter/Vetter, § 311 Rn. 34; Hüffer/Koch, § 311 Rn. 21 f.; Semler, FS Stiefel, S. 719, 760; Ulmer, FS Stimpel, S. 705, 712 ff.; a.A. Schlieper, Leitungsintensität, S. 167, der im Fall von Doppelmandaten von einer Funktionsunfähigkeit der §§ 311 ff. AktG ausgeht, die auch nicht durch eine Veranlassungsvermutung behoben werden könne.

³⁶ Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 53 Rn. 12.

³⁷ Ulmer, FS Stimpel, S. 705, 713 f.; Säcker, ZHR 151 (1987), 59, 65 ff.; Deilmann, Die Entstehung des qualifiziert faktischen Konzerns, S. 72; für Vorstandsdoppelmandate ebenso Hüffer/Koch, § 311 Rn. 21.

union führt nach dieser Ansicht automatisch zu einer Haftungsunion, da dem herrschenden Unternehmen „sämtliche aus seiner Sphäre stammenden Nachteile zugerechnet“³⁸ werden.

bb) Widerlegbare Vermutung

Einer anderen Ansicht zufolge greift bei personellen Verflechtungen eine widerlegbare tatsächliche Vermutung ein.³⁹ Der Gegenbeweis müsse schon deshalb erlaubt sein, weil § 292 S. 1 ZPO bestimmt, dass der Gegenbeweis nur dann ausgeschlossen sei, wenn dies gesetzlich vorgeschrieben ist.⁴⁰ Die Veranlassungsvermutung wird jedenfalls bei personeller Verflechtung über den Aufsichtsrat widerlegbar eingestuft, weil der Aufsichtsrat von der Geschäftsführung zu weit entfernt sei.⁴¹ Aus diesem Grund wird teilweise im Falle von Aufsichtsratsverflechtungen bereits die Vermutung abgelehnt.⁴² Es ist aber anerkannt, dass die Veranlassung i.S.v. § 311 AktG sich auch an den Aufsichtsrat richten kann.⁴³ Insofern wird dem Tochteraufsichtsrat sehr wohl die Fähigkeit zu einer effektiven Einflussnahme zugestanden. Personelle Verflechtungen über den Aufsichtsrat sollten daher auch von der Veranlassungsvermutung erfasst sein.

³⁸ *Ulmer*, FS Stimpel, S. 705, 713 f.

³⁹ *Semler*, FS Stiefel, S. 719, 760; *MHdbGesR/Krieger*, Bd. IV, § 69 Rn. 76; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 84 f.; *Henssler/Strohn/Bödeker*, AktG, § 311 Rn. 11; *Noack*, FS Hoffmann-Becking, S. 847, 852; nur für den Vorstand *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 53 Rn. 34; nur für den Aufsichtsrat *Hüffer/Koch*, § 311 Rn. 22.

⁴⁰ *Henssler/Strohn/Bödeker*, AktG, § 311 Rn. 40.

⁴¹ *Hölters/Leuering/Goertz*, § 311 Rn. 79; *Hüffer/Koch*, § 311 Rn. 22.

⁴² *Henssler/Strohn/Bödeker*, AktG, § 311 Rn. 11; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 53 Rn. 34; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 85.

⁴³ *Hölters/Leuering/Goertz*, § 311 Rn. 42; *Spindler/Stilz/Müller*, § 311 Rn. 18; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 80.

cc) Anscheinsbeweis

Andere nehmen im Fall einer personellen Verflechtung anstelle einer tatsächlichen Vermutung nur einen Anscheinsbeweis an.⁴⁴ Im Vergleich zur Annahme einer widerleglichen Vermutung fällt die Ausgestaltung als Anscheinsbeweis milder aus, da keine Beweislastumkehr eintritt, sondern nur die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs dargelegt werden muss, um den Anscheinsbeweis zu erschüttern.⁴⁵ Ein atypischer Geschehensablauf läge zum Beispiel vor, wenn der Mandatsträger aus anderen Motiven als seiner Beziehung zur Obergesellschaft seine Pflichten in der Tochtergesellschaft verletzt hat⁴⁶ oder aber das Organ der Tochtergesellschaft eine für die Tochtergesellschaft nachteilige Entscheidung getroffen hat, ohne dass der Doppelmandatsträger darauf hingewirkt hätte⁴⁷.

c) **Stellungnahme**

Nähme man im Falle personeller Verflechtungen eine unwiderlegbare Vermutung für Veranlassungen gem. § 311 AktG an, liefe dies auf eine Garantiehafung der Obergesellschaft hinaus. Es ist aber möglich, dass negative Entwicklungen in der Tochtergesellschaft allein auf autonomen Fehlern ihrer Geschäftsleitung gründen.⁴⁸ Außerdem würde die Möglichkeit geleugnet, dass Doppelmandatsträger in der Tochtergesellschaft aus eigenem Antrieb Pflichtverletzungen begehen könnten, ohne dabei einen Vorteil für die Obergesellschaft anzustreben.⁴⁹ Eine pauschale Haftung der Obergesellschaft für jegliches Verhalten der Doppelmandatsträger geht jedoch aus dem differenzierten Haftungssystem der §§ 311 ff. AktG nicht hervor.⁵⁰

⁴⁴ Spindler/Stilz/Müller § 311 Rn. 25 f.; Hölters/Leuring/Goertz, § 311 Rn. 25 f.; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 35 f.

⁴⁵ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 33.

⁴⁶ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 33.

⁴⁷ Spindler/Stilz/Müller § 311 Rn. 26.

⁴⁸ Spindler/Stilz/Müller § 311 Rn. 26; Hölters/Leuring/Goertz, § 311 Rn. 79.

⁴⁹ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 33.

⁵⁰ So auch Noack, FS Hoffmann-Becking, S. 847, 853; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 33.

Muss das Vorliegen einer Veranlassung also prinzipiell widerlegt werden können, stellt sich die Frage, ob man von einer widerlegbaren tatsächlichen Vermutung oder von einem Anscheinsbeweis ausgeht. Die Veranlassung über Mehrfachmandate vollzieht sich durch die Entscheidungsfindung in den strategisch besetzten Tochterorganen. Wenn ein Gremium eine Entscheidung trifft, kommen vielfältige Sichtweisen, Eigen- und Fremdmotive zum Tragen, die nicht alle dokumentiert und somit nicht vollständig transparent sind. Es wird der Obergesellschaft schwer möglich sein, zu beweisen, dass die Stellung des Doppelmandatars in der Obergesellschaft überhaupt keinen Einfluss auf die Entscheidungen in der Tochtergesellschaft hatte, da sie dafür konkret niederlegen müsste, welche Motive denn sonst zu einer bestimmten Entscheidung geführt haben. Wohl aber kann der Obergesellschaft auferlegt werden, Umstände geltend zu machen, die die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs begründen. Deswegen ist die Annahme eines Anscheinsbeweises vorzuziehen.

d) Anforderungen an die Widerlegung

Für die Widerlegung der Vermutung bzw. des Anscheinsbeweises gibt es verschiedene Vorschläge. Nach *Semler* soll eine Beschlussfassung und Bekanntmachung der Obergesellschaft mit dem Inhalt ausreichen, dass sie eine bestimmte von der Tochtergesellschaft geplante Maßnahme weder veranlasst hat noch billigt.⁵¹ Ein anderer Vorschlag zielt auf eine allgemeine Vereinbarung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft darüber ab, wie die Muttergesellschaft ihren Einfluss geltend macht.⁵² *Lindermann* empfiehlt, zum Beweis Vorstands- und Aufsichtsratssitzungsprotokolle heranzuziehen, aus denen hervorgeht, ob und welche Maßnahmen der Doppelmandatar vorgeschlagen hat.⁵³

Die bloße Beteuerung der Obergesellschaft, eine Maßnahme nicht veranlasst zu haben, geht über eine schlichte Behauptung nicht hinaus und hat

⁵¹ *Semler*, FS Stiefel, S. 719, 760.

⁵² *Semler*, FS Stiefel, S. 719, 761; *Eversberg*, Doppelvorstände im Konzern, S. 118.

⁵³ *Lindermann*, AG 1987, 225, 239.

damit wenig Überzeugungskraft. Selbiges gilt für eine vorab zwischen den Gesellschaften getroffene Vereinbarung, da es ja gerade um die Frage geht, ob diese Vereinbarung auch eingehalten wurde. Daher überzeugt *Lindermanns* Vorschlag am ehesten. Damit die Obergesellschaft den Anscheinsbeweis erschüttern kann, muss ihr der Zugriff auf das Sitzungsprotokoll des mit dem Doppelmandatar besetzten Tochtergremiums gewährt werden. Die Sitzungsprotokolle werden von dem Aufsichtsratsvorsitzenden verwahrt.⁵⁴ Die Aushändigung von Abschriften ist gem. § 107 II 4 AktG grundsätzlich nur an Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen, die die Abschriften mit der nach §§ 116 S. 1, 93 I 3 AktG gebotenen Vertraulichkeit behandeln müssen.⁵⁵ Das Bedürfnis nach Vertraulichkeit ergibt sich aus Sicht der Gesellschaft daraus, dass Aufsichtsratsinterna sensible Informationen darstellen, und aus Sicht der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder daraus, dass sie in den Sitzungen frei ihre Meinung äußern können.⁵⁶ An diesen schützenswerten Interessen ist im Einzelfall die Frage zu messen, ob Sitzungsprotokolle an Dritte herausgegeben werden dürfen. Wenn sich die Tochtergesellschaft auf den Beweis des ersten Anscheins beruft und einen Nachteilsausgleich verlangt, muss sie es der Obergesellschaft ermöglichen, Beweise für die Erschütterung des Anscheins vorzubringen. Ansonsten käme es zu einer Garantiehaftung der Obergesellschaft. Ergibt sich aus einer Maßnahme des entsandten Aufsichtsratsmitglieds ein Nachteil und kann der Anscheinsbeweis einer Veranlassung nicht erschüttert werden, muss die Obergesellschaft den Nachteil wirtschaftlich ausgleichen.

3. Die Wertung des § 311 AktG

Die Veranlassung der Tochtergesellschaft zu nachteiligen Geschäften (d.h. Geschäften, die nicht in ihrem Interesse sind) ist unter den Voraussetzungen des § 311 AktG zulässig. Dass eine solche Veranlassung über in den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft entsandte „Vertreter“ der Mut-

⁵⁴ MüKoAktG/*Habersack*, § 107 Rn. 89; Hüffer/*Koch*, § 107 Rn. 16; Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 107 Rn. 87.

⁵⁵ MüKoAktG/*Habersack*, § 107 Rn. 89; Hölters/*Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 107 Rn. 87.

⁵⁶ MüKoAktG/*Habersack*, § 107 Rn. 91.

tergesellschaft erfolgen kann, ergibt sich aus der Privilegierung der strategischen Aufsichtsratsbesetzung im Konzern nach § 100 II 2 AktG. Folgerichtig muss der Gesetzgeber billigen, dass das entsandte Aufsichtsratsmitglied in der Tochtergesellschaft ausgleichspflichtige Maßnahmen gegen deren Interesse trifft. Um einen Widerspruch zur Treuepflicht des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Tochtergesellschaft aufzulösen, ist bei der Definition des Interesses der Tochtergesellschaft anzusetzen. Dieses wird durch die Konzernierung insofern beeinflusst, dass eine zunächst wirtschaftlich nachteilige Maßnahme so lange nicht gegen das Gesellschaftsinteresse verstößt, wie sie noch von der Obergesellschaft gem. § 311 AktG ausgeglichen wird.⁵⁷

II. Vertragliche Weisungsrechte gegenüber entsandten Aufsichtsratsmitgliedern

Neben den Pflichtenbindungen im Konzern sind auch solche zwischen demjenigen, der gem. § 101 II AktG zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern berechtigt ist, und dem von ihm entsandten Aufsichtsratsmitglied denkbar. Oftmals enthalten schuldrechtliche Verträge zwischen dem Entsendungsberechtigten und dem entsandten Aufsichtsratsmitglied Weisungsrechte für die Organtätigkeit. Zwischen dem Entsendungsberechtigten und dem Entsandten besteht regelmäßig ein organschaftliches oder vertragliches Verhältnis (beispielsweise ein Auftrag).⁵⁸ Indem § 101 II AktG Entsendungsrechte grundsätzlich anerkennt, wird eine Repräsentationsfunktion des Entsendeten für den Entsendungsberechtigten hingenommen.⁵⁹ Der Entsendungsberechtigte hat schließlich gem. § 103 II 1 AktG das Recht, das entsandte Aufsichtsratsmitglied jederzeit abzuuberufen oder auszutauschen. Diese Regelung deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber den Aufsichtsrat „nicht als neutrale Kontrollinstanz konzi-

⁵⁷ *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 139 f.; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 39; *Ramm*, Aufsichtsrat im mehrstufigen Konzern, S. 36; *Strohn*, Verfassung der Aktiengesellschaft, S. 19.

⁵⁸ *Hölter/Simons*, § 101 Rn. 32; *Spindler/Stilz*, § 101 Rn. 76; *MüKoAktG/Habersack*, § 101 Rn. 46.

⁵⁹ *Raiser*, ZGR 1978, 391, 401; *Nowak*, Unabhängigkeit, S. 71 f.

piert⁶⁰ hat, sondern ihm auch eine Repräsentationsfunktion zugewiesen hat. Der Aufsichtsrat ist schließlich das Gremium, in dem sich die Interessenvertreter der in der Gesellschaft vertretenen Gruppen (Anteilseigner, Arbeitnehmer) treffen. Mit der jährlichen Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder nach § 119 I Nr. 3 AktG ist eine Billigung ihres Handelns durch die Anteilseigner institutionalisiert. Es bleibt aber die Frage, ob die Einflussnahme der Interessengruppen so weit gehen darf, dass vertraglich ein Weisungsrecht bezüglich der Aufsichtsrats Tätigkeit vereinbart werden kann. Dies wird angesichts des aktienrechtlichen Grundsatzes der eigenverantwortlichen Mandatsausübung des Aufsichtsrats aus § 111 V AktG vielfach abgelehnt.⁶¹

1. Meinungsstand

Für die Wirksamkeit eines vertraglichen Weisungsrechts des Entsenders spricht, dass der Gesetzgeber das Entsendungsrecht gerade zur Einflussssicherung geschaffen hat.⁶² Die Befolgung von Weisungen durch Aufsichtsratsmitglieder sei zulässig, so lange das Unternehmensinteresse nicht beeinträchtigt werde.⁶³ Ob die Maßnahme vom Unternehmensinteresse gedeckt sei, entscheide das Aufsichtsratsmitglied eigenverantwortlich, so dass die höchstpersönliche Ausübung des Mandats gem. § 111 V AktG dennoch gewährleistet sei.⁶⁴

Nach strikter Auffassung wird ein Weisungsrecht selbst für den Fall abgelehnt, dass die Weisung sich im Rahmen des Unternehmensinteresses bewegt.⁶⁵ Der Begriff des Unternehmensinteresses sei so unbestimmt, dass einem solchen Weisungsrecht des Entsendungsberechtigten keine Grenzen gesetzt wären und dieser das Aufsichtsratsmandat entgegen § 111 V

⁶⁰ *Raiser*, ZGR 1978, 391, 395.

⁶¹ MüKoAktG/*Habersack*, § 101 Rn. 51; *Hölters/Simons*, § 101 Rn. 32; *Hüffer/Koch*, § 101 Rn. 12; *MHdbGesR/Hoffmann-Becking*, Bd. IV, § 30 Rn. 25; *Raiser*, ZGR 1978, 391, 399; *Westermann*, FS Beusch, S. 871, 885.

⁶² *Nowak*, Unabhängigkeit, S.71

⁶³ *Nowak*, Unabhängigkeit, S.71; *GroßkommAktG/Hopt/Roth*, § 101 Rn. 147; *Köln-KommAktG/Mertens/Cahn*, § 101 Rn. 55; *Kropff*, FS Huber, S. 841, 848 f.

⁶⁴ *Kropff*, FS Huber, S. 841, 848.

⁶⁵ MüKoAktG/*Habersack*, § 101 Rn. 51; wohl auch *Spindler/Stilz*, § 101 Rn. 79.

AktG an sich ziehen könnte.⁶⁶ Im Vertragskonzern ergibt sich ein Argument aus § 308 AktG: Dass ein Weisungsrecht nur für den Vorstand der Tochter eingeräumt wird, wird so interpretiert, dass der Gesetzgeber bewusst keine Möglichkeit zur Einschränkung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats gesetzlich verankert habe und diese Entscheidung des Gesetzgebers auch nicht durch vertragliche Weisungsrechte umgangen werden dürfe.⁶⁷ Andere hingegen entnehmen der gesetzlichen Regelung, dass der Vorstand Weisungsadressat ist, in Hinblick auf den Aufsichtsrat nur die Pflicht, die Weisung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unternehmensinteresse zu prüfen.⁶⁸ Weisungen der Obergesellschaft gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern der vertraglich beherrschten Gesellschaft sei aber im Allgemeinen keine große Bedeutung beizumessen, weil die Einflussnahme primär über Weisungen an den Vorstand gem. § 308 AktG erfolge.⁶⁹

2. Stellungnahme

Die Entsendung eines Doppelmandatars ist nur dann für den Entsender von Nutzen, wenn der Doppelmandatar Interessen des Entsenders wahrnimmt. Eine Weisung über die konkrete Ausübung des Mandats formuliert diese Interessen und die Rollenerwartung an den Mandatsträger als Handlungsanleitung. Das Bedürfnis des Entsenders, Anleitungen zu geben, ist verständlich und insofern vom Gesetzgeber anerkannt, als er die Möglichkeit zur Entsendung überhaupt geschaffen hat. Im Verhältnis zwischen Doppelmandatar und Entsender hat die Weisung eine Berechtigung und kann durch Haftungsansprüche des Entsenders abgesichert sein. Im Verhältnis des Entsandten zur aufnehmenden Gesellschaft entfaltet die Weisung jedoch keine Wirkung. Als Mitglied des Aufsichtsrats unterliegt der Entsandte ungemindert organschaftlichen Pflichten zur eigenverantwortlichen Mandatsausübung nach § 111 V AktG und ist hierbei gem. §§ 116 S. 1, 93 I 2 AktG dem Wohl der Tochtergesellschaft verpflichtet.

⁶⁶ MüKoAktG/*Habersack*, § 101 Rn. 51.

⁶⁷ *Raiser*, ZGR 1978, 391, 401.

⁶⁸ *Kropff*, FS Huber, S. 841, 855.

⁶⁹ *Kropff*, FS Huber, S. 841, 855 f.

Dort, wo dem entsandten Mitglied Ermessensspielräume eröffnet sind, bleibt ihm unbenommen, sich von seinen Pflichten aus anderen Rechtsverhältnissen beeinflussen zu lassen, solange das Wohl der von ihm kontrollierten Gesellschaft nicht verletzt wird. Letztlich ist das Aufsichtsratsmandat als Nebenamt gerade darauf ausgelegt, dass Mandatsträger Erfahrungen aus anderen Rechtsverhältnissen bzw. Berufen für die Aufsichtsratsarbeit nutzbar machen. Hierbei wird jeder Amtsträger durch seine anderen Rollen geprägt sein und mehr oder minder bewusst Einflüssen unterliegen. Solange das Gesellschaftswohl nicht beeinträchtigt wird, ist gegen Fremdeinflüsse nichts einzuwenden. Der Entsender kann daher dem Doppelmandatar zwar Weisungen erteilen, sie wirken allerdings nur zwischen diesen beiden Parteien. Für die Pflichten aus dem Aufsichtsratsamt entfaltet sich keine Wirkung.

III. Vertragliche Interessenbindung durch Konzernanstellungsverträge?

Einfallstor für eine Interessenbindung des Aufsichtsratsmitglieds könnte auch ein Konzernanstellungsvertrag sein. Daher wird zunächst die parallele Problematik der Konzernanstellungsverträge mit Vorständen skizziert und daraufhin ihre Übertragbarkeit auf den Aufsichtsrat überprüft.

1. Konzernanstellungsverträge mit dem Vorstand

Das Vorstandsmandat gliedert sich in das Organverhältnis und das Anstellungsverhältnis.⁷⁰ Das Organverhältnis beginnt mit dem körperschaftlichen Organisationsakt der Bestellung. Daneben tritt das schuldrechtliche Verhältnis aufgrund des Anstellungsvertrags.⁷¹ Umstritten ist, ob der Mandatsträger den Anstellungsvertrag nur mit der betreffenden Gesellschaft oder auch mit einem Dritten (insbesondere mit einem verbundenen Unternehmen) abschließen kann. Es ist denkbar, dass die Obergesellschaft

⁷⁰ *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 44; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 84 Rn. 7; *HdbVorstR/Thüsing*, § 4 Rn. 1.

⁷¹ *Hölters/Weber*, § 84 Rn. 2; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 581.

mit ihrem Vorstandsmitglied einen Anstellungsvertrag abschließt, der auch das Anstellungsverhältnis mit Beteiligungsgesellschaften erfasst (sog. Konzernanstellungsvertrag).

Gegen die Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen wird vorgebracht, dass sie die Unabhängigkeit des Mandatsträgers gefährdeten.⁷² Dies gelte auch, wenn der eigenverantwortlichen Mandatsausübung ein Vorrang vor den Weisungen aus dem Anstellungsvertrag eingeräumt werde, weil Einfluss auch anders als durch Weisung ausgeübt werden könne.⁷³ Die Bedenken gegen Konzernanstellungsverträge speisen sich hauptsächlich aus der Befürchtung, dass schuldrechtliche Pflichten mit dem Organverhältnis kollidieren können. Teilweise wird die Pflicht zur Befolgung arbeitsvertraglicher Weisungen der Mutter für unproblematisch gehalten, wenn ein Beherrschungsvertrag besteht und sich daher nach § 308 II AktG ohnehin eine Folgepflicht ergibt.⁷⁴ Nach einer strengeren Ansicht wird selbst für den Vertragskonzern eine Drittanstellung des Tochtervorstands abgelehnt, weil dieser daran gehindert werde, die Rechte der abhängigen AG durchzusetzen, die ihr auch bei einem Beherrschungsvertrag zustehen (nämlich die Nichtbefolgung unzulässiger Weisungen oder die Kündigung des Beherrschungsvertrags).⁷⁵

Zugunsten der grundsätzlichen Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen wird eingewandt, dass im Falle eines Interessenwiderspruchs die organchaftlichen Pflichten stets Vorrang vor dem Anstellungsvertrag hätten.⁷⁶ Der aktienrechtliche Grundsatz der autonomen Erfüllung organchaftlicher Pflichten könne nur durch entgegenstehende aktienrechtliche Regelungen, nicht aber über Arbeitsverträge beeinträchtigt werden.⁷⁷ Es wird als zulässig erachtet, dem Vorstand Anleitungen und Vorgaben für seine Tätigkeit in der Tochtergesellschaft zu machen, soweit sie sich ohnehin

⁷² MüKoAktG/*Spindler*, § 84 Rn. 66; Hölters/*Weber*, § 84 Rn. 41.

⁷³ KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 84 Rn. 56.

⁷⁴ Heidel/*Oltmanns*, § 84 Rn. 13; Hüffer/*Koch*, § 84 Rn. 18; GroßkommAktG/*Kort*, § 84 Rn. 329.

⁷⁵ KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 84 Rn. 56; Bürgers/*Körper/Bürgers/Israel*, § 84 Rn. 20.

⁷⁶ MHdbGesR/*Wiesner*, Bd. IV, § 21 Rn. 3.

⁷⁷ Vgl. MHdbGesR/*Wiesner*, Bd. IV, § 21 Rn. 3.

im Rahmen seiner Konzernleitungs- und Konzernkoordinierungspflicht bewegen.⁷⁸ Bejaht man eine Pflicht des Vorstands zur Konzernleitung, würde eine entsprechende vertragliche Weisung nur die gesetzliche Pflicht abbilden.⁷⁹ Gegen Konzernanstellungsverträge mit Vorständen bestehen daher keine Bedenken, solange sie deklaratorischen Charakter haben und aktienrechtlichen Grundsätzen nicht widersprechen.

2. Konzernanstellungsverträge mit dem Aufsichtsrat

a) Konzernanstellungsverträge für die reine Aufsichtsratsstätigkeit

Sofern ein Doppelmandatar in Mutter- und Tochtergesellschaft jeweils einen Aufsichtsratsposten erhalten soll, ist denkbar, dass darüber mit der Muttergesellschaft ein Anstellungsvertrag geschlossen wird. Das setzt voraus, dass auch beim Aufsichtsratsmandat zwischen dem Organverhältnis und dem Anstellungsverhältnis unterschieden wird. Eine Übertragung dieses Trennungsprinzips vom Vorstand auf den Aufsichtsrat wird vielfach abgelehnt.⁸⁰ Diese Ablehnung stützt sich zunächst auf den Vergleich des Wortlauts von § 84 und § 101 AktG. Während § 84 AktG ausdrücklich zwischen der Bestellung des Vorstandsmitglieds (§ 84 I 1 AktG) und dem mit ihm zu schließenden Anstellungsvertrag (§ 84 I 5 AktG) unterscheidet, äußert sich § 101 AktG nicht dazu, ob neben die korporationsrechtliche Bestellung eine schuldrechtliche Anstellung tritt.⁸¹ Ein gesonderter Anstellungsvertrag sei unnötig, weil die Rechte und Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds bereits durch Gesetz, Satzung und Hauptversammlungsbeschlüsse umfassend bestimmt würden.⁸² Es gebe keinen Raum für

⁷⁸ *Kalss*, Der Konzern 2013, 299, 304; *Bürgers/Körper/Bürgers/Israel*, § 84 Rn. 20 bringen Konzernanstellungsverträgen zwar Bedenken entgegen, halten sie aber mit dem Argument für zulässig, dass auch die für Interessenkonflikte anfälligen Vorstandsdoppelmandate erlaubt sind.

⁷⁹ *Kalss*, Der Konzern 2013, 299, 304.

⁸⁰ *Bürgers/Körper/Bürgers/Israel*, § 101 Rn. 2; *MüKoAktG/Habersack*, § 101 Rn. 67; *Spindler/Stilz*, § 101 Rn. 8 f; *Henssler/Strohn*, AktG, § 101 Rn. 1; *Hölter/Simons*, § 101 Rn. 7; *Hüffer/Koch*, § 101 Rn. 2.

⁸¹ Aus diesem Grunde ablehnend *Bürgers/Körper/Bürgers/Israel*, § 101 Rn. 2.

⁸² *Hölter/Simons*, § 101 Rn. 7.

ein Aushandeln der Mandatsbedingungen im Einzelfall.⁸³ Außerdem fehle ein Organ, das für die Gesellschaft einen Anstellungsvertrag mit dem Aufsichtsratsmitglied abschließt.⁸⁴ Die schuldrechtlichen Elemente der Beziehung von Aufsichtsrat und Gesellschaft werden demgemäß nicht in einem eigenen Vertragsverhältnis verortet; stattdessen wird ein „Verhältnis mit korporationsrechtlicher und schuldrechtlicher Doppelnatur“⁸⁵ angenommen. Wird dennoch ein gesonderter Anstellungsvertrag mit dem Aufsichtsratsmitglied geschlossen, so ist dieser wegen Überschreitung der Vertretungsmacht des Vorstands unzulässig.⁸⁶ Ein Konzernanstellungsvertrag mit dem Aufsichtsratsmitglied kommt daher nicht als Instrument zur Einflussssicherung in Betracht.

b) Regelung des Aufsichtsratsamts durch eine Konzernmandatsklausel

Anstellungsverträge von Vorständen mit der Obergesellschaft können die Verpflichtung enthalten, Mandate in verbundenen Unternehmen ohne zusätzliche Vergütung wahrzunehmen und diese Posten auf Verlangen der Anstellungsgesellschaft wieder aufzugeben.⁸⁷ Eine solche Konzernmandatsklausel kann sich auch auf ein Mandat im Tochteraufsichtsrat beziehen. Der Anstellungsvertrag könnte daher ein Einfallstor dafür sein, im Verhältnis vom Doppelmandatar zur Obergesellschaft nähere Anweisungen für die Ausführung des Aufsichtsmandats in der Tochtergesellschaft festzulegen. Dies entspricht der Problematik schuldrechtlicher Vereinbarungen zwischen dem gem. § 101 II AktG Entsendungsberechtigten und dem von ihm entsandten Mandatsträger: Ebenso wie der Gesetzgeber

⁸³ MüKoAktG/Habersack, § 101 Rn. 67.

⁸⁴ MüKoAktG/Habersack, § 101 Rn. 67; KölnKommAktG/Mertens/Cahn, § 101 Rn. 5; Spindler/Stilz, § 101 Rn. 9.

⁸⁵ Heidel/Breuer/Fraune, § 101 Rn. 2; Hüffer/Koch, § 101 Rn. 2; ebenso für das österreichische Recht Kalss, Der Konzern, 299, 301.

⁸⁶ Spindler/Stilz, § 101 Rn. 9; laut KölnKommAktG/Mertens/Cahn, § 101 Rn. 6 ist der Anstellungsvertrag unschädlich, wenn er nur deklaratorisch die bereits bestehende Rechtslage wiedergibt.

⁸⁷ GroßkommAktG/Kort, § 84 Rn. 432; KölnKommAktG/Mertens/Cahn, § 84 Rn. 97; Reuter, AG 2011, 274, 281.

durch die Zulassung von Entsendungsrechten in § 101 II AktG ein Einflussnahmebedürfnis des Entsenders anerkannt hat, ist dem Konzernprivileg aus § 100 II 2 AktG die Billigung von Konzernmandaten des Muttervorstands zu entnehmen. Die Obergesellschaft hat also ein berechtigtes Interesse daran, ihrem Vorstand im Anstellungsvertrag Vorgaben für die Aufsichtsrats Tätigkeit in untergeordneten Gesellschaften zu machen. Diese Vorgaben gestalten aber nur die Anstellung des Vorstands bei der Obergesellschaft und haben keine Bindungswirkung im Verhältnis des Doppelmandatars zu der Gesellschaft, in der er das Aufsichtsratsmandat wahrnimmt.

IV. Vertragliche Absicherung durch Freistellungsvereinbarung?

1. Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Freistellungsvereinbarungen

Als Instrument zur Sicherung des Einflusses der Muttergesellschaft oder eines Großaktionärs auf den von ihr bzw. ihm vermittelten Organwalter kommt auch eine Freistellungsvereinbarung in Betracht. Mit der Freistellungsvereinbarung verpflichtet sich der Freistellende (typischerweise die Muttergesellschaft bzw. der Großaktionär), Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Organwalter im Innenverhältnis auszugleichen. Ein Beispiel stellt § 113 VI GO NRW dar, demzufolge die Gemeinde den Schaden trägt, wenn sich ein Aufsichtsratsmitglied durch die Befolgung einer Weisung der Gemeinde haftbar gemacht hat. Gegenüber *Directors'-and-Officers'* (D&O)-Versicherungen hat die Freistellungsvereinbarung eigenständige Bedeutung, da D&O-Versicherungen häufig einen Selbstbehalt oder Haftungshöchstgrenzen festlegen.⁸⁸ Die Wirksamkeit der Freistellungsvereinbarung mit Organmitgliedern ist umstritten.⁸⁹ Angesichts

⁸⁸ Habersack, FS Ulmer, S. 151, 155.

⁸⁹ Befürwortend GroßkommAktG/Hopt/Roth, § 101 Rn. 163; Spindler/Stilz, § 116 Rn. 158; Hüffer/Koch, § 116 Rn. 13; ablehnend Habersack, FS Ulmer, S. 151, 164; Westermann, FS Beusch, S. 871, 887; offenlassend Hölter/Simons, § 101 Rn. 32; Schmidt/Lutter/Drygala, § 101 Rn. 25.

der möglichen Kollision mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen sollte jedoch bei der Wirksamkeitsprüfung nach der inhaltlichen Ausgestaltung der Freistellungsvereinbarung differenziert werden.

Zunächst ist denkbar, dass die Freistellungsvereinbarung nur für solche Haftungsfälle gilt, die auf einer im Einverständnis mit dem Freistellungsschuldner getroffenen Maßnahme beruhen. Die Freistellungsvereinbarung wird erst dann relevant, wenn der Haftungsfall des Organmitglieds gem. § 93 II 1 bzw. §§ 93 II 1 i.V.m. 116 S. 1 AktG bereits eingetreten ist. Dafür reicht es nicht allein aus, dass das Organmitglied bei seiner Entscheidung neben den Interessen der Gesellschaft auch die des Freistellenden berücksichtigt hat, denn dies kann noch von dem Ermessen eines vernünftigen Geschäftsmannes i.S.v. § 93 I 2 AktG gedeckt sein. Für den Haftungsfall muss das Organmitglied vielmehr das Wohl der Tochtergesellschaft außer Acht gelassen haben. Das Organmitglied würde durch die Freistellungsvereinbarung dazu animiert, seine gesellschaftsrechtliche Pflicht zu missachten und zugleich vor den haftungsrechtlichen Konsequenzen, die die Einhaltung der Pflicht gewährleisten sollen, geschützt.⁹⁰ Damit fragt sich, ob sich die organschaftliche Pflichtverletzung des Mandatsträgers gegenüber der Gesellschaft angesichts des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse überhaupt auf die Wirksamkeit der Freistellungsvereinbarung auswirken kann. Diesbezüglich wird angenommen, dass das allgemeine Zivilrecht durch zwingendes Aktienrecht überlagert werde.⁹¹ So bewirke das Prinzip der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats die Unwirksamkeit von abhängigkeitsbegründenden Vereinbarungen, die das Aufsichtsratsmitglied mit einem Dritten schließt.⁹² Freistellungsvereinbarungen, die zu gebundenen Entscheidungen des Mandatsträgers führen, seien mithin unzulässig.⁹³

⁹⁰ *Westermann*, FS Beusch, S. 871, 883.

⁹¹ *Habersack*, FS Ulmer, S. 151, 164.

⁹² *Habersack*, FS Ulmer, S. 151, 164; *Westermann*, FS Beusch, S. 871, 887.

⁹³ *MüKoAktG/Habersack*, § 116 Rn. 74; *Habersack*, FS Ulmer, S. 151, 164; *Westermann*, FS Beusch, S. 871, 887.

2. Freistellungsvereinbarung mit der Obergesellschaft

a) Einverständnis zur Maßnahme erforderlich

Zu klären bleibt die konzernrechtliche Dimension von Freistellungsvereinbarungen. *Habersack* vertritt, es sei ohne weiteres möglich, dass die Muttergesellschaft eine Freistellungsvereinbarung mit dem Vorstand der abhängigen AG schließt, die sich nur auf im Einvernehmen mit der Muttergesellschaft getroffene Maßnahmen beschränkt.⁹⁴ Diese Ansicht wird für den Vertrags- und den Eingliederungskonzern darauf gestützt, dass der Vorstand bei dieser Art der Konzernierung zur einseitigen Berücksichtigung von Partikularinteressen berechtigt sei.⁹⁵ Das ist überzeugend, weil im Vertragskonzern die eigenverantwortliche Geschäftsleitung des Tochtervorstands gem. § 76 I durch die Folgepflicht aus § 308 II 1 AktG eingeschränkt wird. Allerdings nimmt *Habersack* die Zulässigkeit einer solchen Freistellungsvereinbarung, die nur Maßnahmen im Einvernehmen mit der Muttergesellschaft abdeckt, selbst für den faktischen Konzern an, so dass der Vorstand der abhängigen AG bei einem Verstoß gegen § 311 AktG im Innenverhältnis von der Haftung befreit werden könne.⁹⁶

Dabei wird außer Acht gelassen, dass dieselben Gründe, die der Wirksamkeit einer vom Einverständnis des Freistellungsschuldners abhängigen Vereinbarung mit dem Organ einer unabhängigen Gesellschaft entgegenstehen, auch bei einer faktisch abhängigen Gesellschaft greifen. Der Vorstand der faktisch abhängigen Tochtergesellschaft ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, Weisungen der Obergesellschaft Folge zu leisten. Der Vorstand leitet die Geschäfte der abhängigen Gesellschaft weiterhin eigenverantwortlich und ist dem Wohl seiner Gesellschaft verpflichtet. Der Gesetzgeber hat mit § 311 AktG ausdrücklich nur solche Nachteilszufügungen durch die Muttergesellschaft erlaubt, die ausgeglichen werden. Freistellungsvereinbarungen, die den konzernrechtlichen Minderheits-

⁹⁴ *Habersack*, FS Ulmer, S. 151, 172.

⁹⁵ *Habersack*, FS Ulmer, S. 151, 170.

⁹⁶ *Habersack*, FS Ulmer, S. 151, 170.

schutz nach § 311 AktG aushebeln sollen, sind daher als unzulässige Einflussnahme in die Entscheidungsfindung der Organwalter anzusehen.

b) Einverständnis zur Maßnahme nicht erforderlich

Unproblematisch sind Freistellungsvereinbarungen, die unabhängig vom Einverständnis des Freistellenden mit der Maßnahme sind. Man mag vorbringen, dass sich der Mandatsträger als Begünstigter einer in jedem Fall greifenden Freistellungsvereinbarung den Fortbestand der Vereinbarung sichern möchte. Aber auch wenn das Aufsichtsratsmitglied von einem Hauptaktionär gewählt wurde, besteht der Anreiz, gewissermaßen „Klientelpolitik“ zu betreiben und Entscheidungen im Sinne des Hauptaktionärs zu treffen, um die Wiederwahl zu bewirken.⁹⁷

V. Finanzielle Anreize

1. Bezugsrechte im Unternehmensverbund

Eine Möglichkeit, die Verfolgung eigener Interessen eines Organwalters an das Unternehmenswohl eines verbundenen Unternehmens zu koppeln, besteht in der Gewährung einer erfolgsorientierten Vergütung. Als Beispiel dient eine Aktienoptionsgewährung nach § 192 II Nr. 3 AktG. Im Referentenentwurf zum KonTraG war von Bezugsrechten an Organmitglieder der Gesellschaft und verbundener Unternehmen die Rede, so dass auch die Begünstigung von Aufsichtsratsmitgliedern möglich gewesen wäre. Der Regierungsentwurf fasste den Kreis der Bezugsberechtigten jedoch enger, indem er ihn auf Mitglieder der Geschäftsführung begrenzte.⁹⁸ Dies wurde mit der zu erwartenden Befangenheit begründet, wenn der Aufsichtsrat selbst über die Bedingungen des ihn begünstigenden Bezugsrechts zu befinden hätte.⁹⁹ Im Vorfeld der Gesetzesänderung wurde ferner vorgebracht, dass der Aufsichtsrat Maßnahmen des Vorstands zur

⁹⁷ Habersack, FS Ulmer, S. 151, 167.

⁹⁸ BGHZ 158, 122.

⁹⁹ BT-Drs. 13/9712, S. 11, 24.

Steigerung des Unternehmenswerts auch dann überwachen könne, wenn er selbst kein eigenes finanzielles Interesse an dem Unternehmenswert habe.¹⁰⁰ Aktienoptionsprogramme, die sich auf Aktien eines verbundenen Unternehmens und damit auch auf Aktien der Konzernobergesellschaft beziehen, werden also nach der Wertung des AktG Vorstandsmitgliedern zugestanden, Aufsichtsratsmitgliedern hingegen verwehrt.¹⁰¹ § 221 IV 2 i.V.m. § 193 II Nr. 4 AktG stellt klar, dass Aufsichtsratsmitglieder generell nicht Begünstigte von Aktienoptionen durch Wandel- oder Optionsanleihen sein können.

2. Am wirtschaftlichen Erfolg der Obergesellschaft orientierte Vergütungselemente

Wenn zumindest die Ausgabe von Aktienoptionen an Aufsichtsräte verboten ist, stellt sich die Frage, ob dieses Verbot für sämtliche Vergütungsbestandteile gilt, die an den wirtschaftlichen Erfolg der Obergesellschaft gekoppelt sind. Anstelle des Börsenkurses kann sich die variable Vergütung an betriebswirtschaftlichen Kennziffern wie EBIT oder EBITDA orientieren.¹⁰² Teilweise wird eine erfolgsbezogene Vergütung, die sich am Börsenkurs orientiert, als zulässig angesehen, wenn der Börsenkurs nur eine Bemessungsgrundlage von vielen ist.¹⁰³ Nach Ansicht *Hüffers* können Ergebniskennzahlen des Konzerns als Bemessungsgrundlage einer variablen Vergütung dienen.¹⁰⁴ *Spindler* sieht einen am Erfolg der Obergesellschaft orientierten Vergütungsbestandteil als zulässig an, solange er nicht den von der abhängigen Tochter gewährten Vergütungsbestandteil überwiegt.¹⁰⁵ Das überzeugt: Die Konzerneinbindung der Gesellschaft muss von den Gesellschaftsorganen bei ihren Entscheidungen berücksichtigt werden und darf sich damit auch in der Vergütung widerspiegeln. Allerdings darf der konzernbezogene Vergütungsanteil nicht so groß sein, dass

¹⁰⁰ Stellungnahme des *DAV* zum RefE, ZIP 1997, 163, 173.

¹⁰¹ *Habersack*, NZG 2008, 634.

¹⁰² *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 113 Rn. 19; *Spindler/Stilz*, § 113 Rn. 57.

¹⁰³ *Hüffer/Koch*, § 113 Rn. 12.

¹⁰⁴ *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 113 Rn. 19; *Hüffer/Koch*, § 113 Rn. 11.

¹⁰⁵ *Spindler*, FS K. Schmidt, S. 1529, 1549.

Fehlanreize zur einseitigen Interessenwahrung gesetzt werden. Solange der konzernunabhängige Vergütungsanteil überwiegt, besteht ein solcher Fehlanreiz nicht.

3. Drittvergütung durch Muttergesellschaft oder Hauptaktionär

Ein Aufsichtsratsmitglied kann neben seiner Gesellschaft auch von anderer Seite vergütet werden. Diese Drittvergütung bezieht sich auf die Aufsichtsrats Tätigkeit selbst und ist dadurch von den Beratungsverträgen i.S.v. § 114 AktG abzugrenzen. Ein klassischer Fall der Drittvergütung liegt vor, wenn ein Vorstandsmitglied der Obergesellschaft zugleich Aufsichtsratsmitglied der Tochtergesellschaft ist und für beide Tätigkeiten von der Obergesellschaft entlohnt wird.¹⁰⁶ Die Zulässigkeit von Drittvergütungen für Vorstandsmitglieder ergibt sich aus §§ 285 Nr. 9 lit. a S. 7, 314 I Nr. 6 a S. 7 HGB. Als Zulässigkeitsvoraussetzung liegt nahe, dass an die Zahlung keine ausdrücklichen oder stillschweigenden, dem Unternehmen-sinteresse zuwiderlaufenden Erwartungen oder Forderungen geknüpft sind.¹⁰⁷ Erhält der Vorstand der Tochtergesellschaft im Vertragskonzern eine Drittvergütung durch die Muttergesellschaft mit dem Ziel, Maßnahmen im Sinne der Muttergesellschaft zu treffen, so ist dies unbedenklich, weil die Muttergesellschaft auch eine entsprechende Weisung an den Vorstand der Tochtergesellschaft erteilen könnte.¹⁰⁸ Im faktischen Konzern ist die Gewährung einer Drittvergütung als Anreiz für ein Handeln zum Wohle der Muttergesellschaft dann zulässig, wenn Nachteile, die hierdurch der Tochtergesellschaft entstehen, ausgeglichen werden.¹⁰⁹

Fraglich ist die Zulässigkeit der Drittvergütung für Aufsichtsratsmitglieder. Laut Umfrage der Zeitschrift „Der Aufsichtsrat“ in Zusammenarbeit mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO AG sprachen sich 84,2% der Befragten gegen die ergänzende Vergütung einzelner Aufsichtsrats-

¹⁰⁶ *Neuhaus/Gellißen*, NZG 2011, 1361; *Spindler/Stilz*, § 113 Rn. 66.

¹⁰⁷ *Neuhaus/Gellißen*, NZG 2011, 1361, 1364.

¹⁰⁸ *Diekmann*, FS Maier-Reimer, S. 75, 79.

¹⁰⁹ *Diekmann*, FS Maier-Reimer, S. 75, 79.

mitglieder durch Großaktionäre oder die Muttergesellschaft aus.¹¹⁰ Als Hauptargument wurde der eintretende Interessenkonflikt vorgetragen.¹¹¹ Dies lässt außer Betracht, dass es in der Konzeption des Aufsichtsratsmandats als Nebenamt schon strukturell angelegt ist, dass der Mandatsträger von mehreren Seiten vergütet wird.¹¹² Es wird dem Aufsichtsrat grundsätzlich zugetraut, sich hiervon nicht an seiner Organtätigkeit beeinträchtigen zu lassen, ansonsten wäre das Aufsichtsratsamt als Hauptamt ausgelegt.

Ebenso wie Drittvergütungen an den Vorstand können Drittvergütungen an den Aufsichtsrat im Vertragskonzern unter der Prämisse erlaubt werden, dass die Zahlung weder ausdrücklich noch stillschweigend zum Handeln wider das Tochterinteresse verpflichtet.¹¹³ Im faktischen Konzern ist eine solche nachteilige Einflussnahme auf den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft sogar erlaubt, solange der dadurch entstehende Nachteil ausgeglichen wird.¹¹⁴

VI. Ergebnis

Der Konzernmandatsträger ist in erster Linie Aufsichtsratsmitglied und unterliegt den Pflichten des jeweiligen Organverhältnisses. Die Wertung des § 311 AktG modifiziert die Treuepflicht des Konzernmandatsträgers gegenüber der Tochtergesellschaft insofern, als er Maßnahmen zu deren Nachteil treffen darf, wenn der Nachteil später ausgeglichen wird. Davon abgesehen kann weder die Obergesellschaft noch ein sonstiger Dritter auf vertraglichem Wege das Organverhältnis des Mandatars verändern. Konzernanstellungsverträge, vertragliche Weisungsrechte oder Freistellungsvereinbarungen dienen zwar dazu, die Erwartungen des Vertragspartners an den Mandatsträger zu klären, entfalten aber keine Wirkung im Organ-

¹¹⁰ *Probst/Theisen*, Der Aufsichtsrat 2012, 66, 68.

¹¹¹ *Probst/Theisen*, Der Aufsichtsrat 2012, 66, 68.

¹¹² *Neuhaus/Gellißen*, NZG 2011, 1361, 1362.

¹¹³ *Neuhaus/Gellißen*, NZG 2011, 1361, 1364.

¹¹⁴ Adressat der Veranlassung i.S.v. § 311 I AktG kann auch der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft sein, *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 27; *Hölters/Leuering/Goertz*, § 311 Rn. 42; *Spindler/Stilz/Müller*, § 311 Rn. 18.

verhältnis zu der Gesellschaft. Konzernmandate sind damit nur in dem Rahmen Einfallstor für die Interessen der Obergesellschaft, wie dies konzernrechtlich erlaubt und mit der Garantie eines Nachteilsausgleichs verbunden ist. Dass die Besetzung von Organen der Tochtergesellschaft mit Vertrauenspersonen der Obergesellschaft trotz ausdrücklicher Billigung des AktG Anlass zu Misstrauen gibt, zeigen die Empfehlungen der EU-Kommission und des DCGK, die im Folgenden vorgestellt werden.

C. Der Unabhängigkeitsbegriff in Konzernlagen

Der deutsche Aktienkonzern steht auf dem Prüfstand aktueller Reformbestrebungen im AktG, DCGK und europäischen Sekundärrecht. Im Zuge der Finanzkrise wird das Rollenverständnis der Gesellschaftsorgane überprüft. Es werden verschiedene Vorschläge diskutiert, wie die organisatorischen Rahmenbedingungen zum Vorteil der Unternehmensführung geändert werden können. Schlagwortartig lassen sich die vorteilhaften Eigenschaften des Aufsichtsrats als Qualifikation, Heterogenität und Unabhängigkeit zusammenfassen.¹¹⁵

Die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern ist die zentrale Forderung der Corporate-Governance-Erwägungen der EU-Kommission und des DCGK. Das Ideal eines unabhängigen Aufsichtsrats entstammt der ökonomischen Prinzipal-Agent-Theorie und soll eine optimale Kontrolle der Geschäftsleitung gewährleisten.¹¹⁶ Gerade institutionelle Anleger aus dem anglo-amerikanischen Raum betrachten eine große Zahl an unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern als Standard guter Unternehmensführung.¹¹⁷ Damit ist der Begriff der Unabhängigkeit zwar allgegenwärtig, dafür aber auch in seiner Bedeutung etwas beliebig. Deswegen soll im Folgenden geklärt werden, von welcher Definition die verschiedenen Rechtsquellen eines Unabhängigkeitspostulats ausgehen. In historischer Reihenfolge wird zunächst die Unabhängigkeitsdefinition der EU-

¹¹⁵ *Langenbucher*, ZGR 2012, 314, 321.

¹¹⁶ *Johanson/Østergren*, CG: An International Review 2010, 527, 528; *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, Rn. 1007.

¹¹⁷ *Johanson/Østergren*, CG: An International Review 2010, 527, 529.

Kommission aus dem Jahr 2005 vorgestellt. Daraufhin wird untersucht, wie die seit 2009 in § 100 V AktG verankerte Forderung nach einem unabhängigen Finanzexperten im Aufsichtsrat zu deuten ist. Anschließend wird Ziff. 5.4.2 DCGK beleuchtet, die seit 2012 die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds vom Mehrheitsaktionär als Grundsatz guter Corporate Governance deklariert. In der Zusammenschau wird herausgearbeitet, inwiefern sich die einzelnen Unabhängigkeitsverständnisse unterscheiden und wie sie sich gegenseitig beeinflussen. Dabei stellt sich vor allem die Frage, welches Unabhängigkeitsverständnis mit dem Konzernrecht des AktG vereinbar ist.

I. Das Unabhängigkeitsverständnis der EU-Kommission

1. Empfehlung der EU-Kommission vom 15.02.2005

Eine normative Forderung nach Unabhängigkeit enthielt zunächst die Empfehlung der EU-Kommission aus dem Jahr 2005¹¹⁸, die sich an die Mitgliedstaaten und nicht an die Unternehmen selbst richtet. Ziff. 4 empfiehlt, dass dem Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat „eine ausreichende Zahl nicht geschäftsführender Mitglieder angehören“ sollte. Ziff. 5 S. 1 führt dazu weiter aus, dass „eine ausreichende Anzahl unabhängiger nicht geschäftsführender Direktoren/Aufsichtsratsmitglieder in Schlüsselbereichen, in denen das Potenzial für Interessenkonflikte besonders hoch ist, konkret Einfluss nehmen“ sollen. Laut Ziff. 5 S. 2 sollen daher Nominierungs-, Vergütungs- und Prüfungsausschüsse eingerichtet werden. Den unbestimmten Begriff einer „ausreichenden“ Anzahl gestaltet die Kommissionsempfehlung also insofern aus, dass genügend unabhängige Aufsichtsratsmitglieder vorhanden sein müssen, um die Entscheidungsmehrheit in Nominierungs-, Vergütungs- und Prüfungsausschüssen herstellen zu können.

Laut Ziff. 13.1 gilt ein Mitglied der Unternehmensleitung als unabhängig, „wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung

¹¹⁸ Empfehlung der Kommission (2005/162/EG), (s.o. § 1 Fn. 6).

zu der Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte“. Anhang II der Empfehlung listet Fallgruppen der Abhängigkeit auf. Insbesondere darf das Aufsichtsratsmitglied gem. Ziff. 1 lit. a nicht Vorstandsmitglied der Gesellschaft oder einer verbundenen Gesellschaft sein. Laut Ziff. 1 lit. d darf ein Aufsichtsratsmitglied „keinesfalls ein Anteilseigner mit einer Kontrollbeteiligung sein oder einen solchen vertreten“. Die damit einhergehende Erschwerung der Konzernsteuerung verträgt sich nicht mit zuvor getroffenen Äußerungen der EU-Kommission zum Konzernrecht: In Nr. 3.3 des Aktionsplans der EU-Kommission vom 21.05.2003¹¹⁹ hieß es noch, die Mitgliedstaaten sollten es der Obergesellschaft eines Konzerns ermöglichen, eine abgestimmte Konzernpolitik festzulegen und umzusetzen, sofern die Interessen der Gläubiger wirkungsvoll geschützt werden und die Vor- und Nachteile im Lauf der Zeit gerecht auf die Aktionäre verteilt werden.

Nach Ziff. 1 lit. i der Kommissionsempfehlung steht es der Unabhängigkeit auch entgegen, wenn das Aufsichtsratsmitglied enger Familienangehöriger eines Vorstandsmitglieds oder einer der in Ziff. 1 lit. a-h genannten Personen (wie z.B. des Mehrheitsaktionärs) ist. Wie in Erwägungsgrund 7 niedergelegt, ist es erklärtes Ziel der Kommissionsempfehlung, durch die Stärkung des Unabhängigkeitserfordernisses den Interessen der Minderheitsaktionäre gegenüber den Mehrheitsaktionären zu angemessener Berücksichtigung zu verhelfen.

Empfehlungen und sonstige Stellungnahmen der EU-Kommission sind gem. Art. 288 V EUV für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich. Die Empfehlung von 2005 versteht sich ausdrücklich selbst nicht als zwingende Vorgabe. Dies äußert sich zunächst in Erwägungsgrund 18 und Ziff. 13.2 S. 2 gleichermaßen: „Was unter Unabhängigkeit zu verstehen ist, sollt ein erster Linie der Verwaltungs-/Aufsichtsrat selbst festlegen.“ Laut Ziff. 13.2. S. 3 sei insbesondere möglich, dass ein Amtsträger trotz Erfüllung sämtlicher formaler Kriterien nicht unabhängig sei oder aber als un-

¹¹⁹ Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, KOM(2003) 284 endgültig.

abhängig einzustufen sei, obwohl er die Kriterien der Kommissionsempfehlung nicht einhält. Dies greift die Gesetzesbegründung zum BilMoG auf und betont, dass es sich bei der Kommissionsempfehlung „weder um abschließende noch um zwingende abstrakte Vorgaben handelt, sondern nur um Hinweise auf Beziehungen und Umstände, die für die Beurteilung der Unabhängigkeit relevant sein können“.¹²⁰

Doch auch wenn eine formale Bindungswirkung fehlt: Es ergibt sich ein gewisser Harmonisierungsdruck daraus, dass der Inhalt erfolgloser Empfehlungen regelmäßig im nächsten Schritt als Richtlinie verbindliche Form erhält.¹²¹ Außerdem sind bereits Empfehlungen zur Auslegung solcher nationaler Normen heranzuziehen, die der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht dienen.¹²² Schon im Vorfeld der Einfügung von § 100 V AktG durch das BilMoG sah *Habersack* voraus, dass der in Ziff. 1 lit. d der Kommissionsempfehlung verwendete Unabhängigkeitsbegriff „Gefahr für das deutsche Konzernrecht“ bedeute, wenn er auch für sonstige Ausschüsse oder Funktionen des Aufsichtsrats gelten sollte.¹²³ *Habersack* empfahl daher, den Unabhängigkeitsbegriff in § 100 V AktG zu konkretisieren und damit einer Auslegung im Sinne der Kommissionsempfehlung zuvorzukommen.¹²⁴

2. Grünbuch „Europäischer Corporate Governance-Rahmen“ 2011

Im Jahr 2011 veröffentlichte die EU-Kommission ein Grünbuch (d.h. ein Diskussionspapier mit ersten Überlegungen zu geplanten Reformen) mit dem Titel „Europäischer Corporate Governance-Rahmen“.¹²⁵ Vornehmliches Anliegen des Grünbuchs ist die Förderung von Diversität im Verwaltungsrat,¹²⁶ d.h. einer Gremienbesetzung mit Vertretern mit unterschiedli-

¹²⁰ BT-Drs. 16/10067, S. 102.

¹²¹ *Spindler*, ZIP 2005, 2033 f.

¹²² EuGH NZA 1991, 283, 285 (Rn. 18).

¹²³ *Habersack*, AG 2008, 98, 106.

¹²⁴ *Habersack*, AG 2008, 98, 106.

¹²⁵ KOM(2011) 164/3.

¹²⁶ KOM(2011) 164/3, S. 6, Abschnitt 1.1.

cher Nationalität, beruflichem Hintergrund und Geschlecht. Außerdem sollen die Aktionäre zu mehr Mitwirkung angehalten werden.¹²⁷ Allerdings äußert sich das Grünbuch nicht zur Unabhängigkeitsdebatte. Auch der am 12.12.2012 von der EU-Kommission vorgelegte Aktionsplan spart debattierungswürdige Themen wie die Unabhängigkeit von Arbeitnehmervertretern aus.

II. Das Unabhängigkeitsverständnis des AktG

1. Entstehungsgeschichte des § 100 V AktG

Unabhängigkeit für Aufsichtsratsmitglieder wurde zunächst in § 6 IIa InvG gefordert. Demnach muss eine Kapitalanlagegesellschaft in Form der AG über mindestens ein Aufsichtsratsmitglied verfügen, das von den Aktionären, den mit ihnen verbunden Unternehmen und den Geschäftspartner der Kapitalanlagegesellschaft unabhängig ist. Unabhängigkeit i.S.v. § 6 IIa InvG meint primär die wirtschaftliche Unabhängigkeit.¹²⁸ Mit dem BilMoG fand die Forderung nach unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern auch Eingang in das AktG. Das BilMoG diente der Umsetzung der Abschlussprüferrichtlinie¹²⁹. In Art. 41 I 2 der Richtlinie heißt es: „Mindestens ein Mitglied des Prüfungsausschusses muss unabhängig sein und über Sachverstand in Rechnungslegung und/oder Abschlussprüfung verfügen“. Der im Zuge des BilMoG eingefügte § 100 V AktG sieht der EU-Richtlinie entsprechend vor, dass in kapitalmarktorientierten Gesellschaften mindestens ein unabhängiges Mitglied über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen muss. Richtet der Aufsichtsrat einer kapitalmarktorientierten Gesellschaft einen Prüfungsausschuss nach § 107 III 2 AktG ein, muss das Unabhängigkeitserfordernis des § 100 V AktG von mindestens einem Mitglied des Prüfungsausschusses erfüllt werden, § 107 IV AktG. Der Gesetzestext bleibt

¹²⁷ KOM(2011) 164/3, S. 3 f.

¹²⁸ Reg. Begr. zum InvÄndG, BT-Drs. 16/5576, S. 60.

¹²⁹ RL 2006/43/EG v. 17.5.2006, ABl. EG 2006 Nr. L 157, 87, 103.

eine Definition der Unabhängigkeit schuldig, so dass es dem Aufsichtsrat selbst obliegt, den Begriff der Unabhängigkeit zu konkretisieren.¹³⁰

2. Auslegung von § 100 V AktG im Licht der Kommissionsempfehlung

Laut Gesetzesbegründung des BilMoG soll die Kommissionsempfehlung zur Konkretisierung des Unabhängigkeitsbegriffs in § 100 V AktG herangezogen werden.¹³¹ Hierbei ergeben sich gerade durch die in Anhang II Ziff. 1 der Kommissionsempfehlung genannten Fallgruppen Spannungen zur bisherigen Praxis der Besetzung deutscher Aufsichtsräte.

Laut Anhang II Ziff. 1 lit. d der Kommissionsempfehlung soll schon die bloße Eigenschaft als Kontrollaktionär bzw. als dessen Vertreter ohne das zusätzliche Erfordernis eines konkreten oder abstrakten Interessenkonflikts ausreichen, um die Person für das Amt zu disqualifizieren. Damit wird dem Anteilseigner mit einer Kontrollbeteiligung unterstellt, dass seine Interessen per se mit denen der Gesellschaft konfligieren.

Nach § 100 V AktG muss zumindest ein Mitglied des Aufsichtsrats unabhängig sein und zwar dasjenige mit Sachverstand in Rechnungslegung oder Abschlussprüfung. Für den Finanzexperten wird die Unabhängigkeit somit als gesetzliche Eignungsvoraussetzung statuiert und wenn der verwendete Unabhängigkeitsbegriff im Sinne der Kommissionsempfehlung zu verstehen ist, wird durch § 100 V AktG wenigstens ein Aufsichtsratsmandat dem Einfluss des Mehrheitsaktionärs entzogen. Damit wird in § 100 V AktG auf der Anteilseignerseite ein Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat etabliert.¹³²

¹³⁰ BT-Drs. 16/10067, S. 102; Hüffer/Koch, § 100 Rn. 24; Bürgers/Körper/Bürgers/Israel, § 100 Rn. 11b.

¹³¹ BT-Drs. 16/10067, S. 101 f.

¹³² So auch Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 107 Rn. 110.

3. Auslegung von § 100 V AktG im Einklang mit aktienrechtlichen Grundsätzen

Hinter der Beschränkung des Einflusses des Mehrheitsaktionärs wie die Kommissionsempfehlung es verlangt kann nur das Ziel des Minderheitsschutzes stehen. Gerade außenstehende Aktionäre und Gläubiger haben ein Interesse daran, dass Ansprüche der Tochtergesellschaft gegen die Obergesellschaft geprüft und durchgesetzt werden. Die EU-Kommission verfolgt den Minderheitsschutz, indem sie den Einfluss von Großaktionären auf die Aufsichtsratsbesetzung blockiert. Dieser Ansatz sollte nicht unreflektiert für eine Auslegung des Unabhängigkeitsbegriffs in § 100 V AktG herangezogen werden. Stattdessen sollte erst geprüft werden, ob das Aktiengesetz selbst ein ausreichendes und in sich stimmiges Schutzkonzept bietet. Für den Fall, dass das Schutzniveau des AktG hinter dem der Kommissionsempfehlung zurückbleibt, ist außerdem zu klären, ob das AktG die Grenzen des Minderheitsschutzes bewusst enger zieht, weil es Mehrheitsmacht als legitimiert ansieht. Deswegen soll zunächst ein systematischer Überblick über die bereits bestehenden aktienrechtlichen Regelungen zum Minderheitsschutz gegeben werden. Daraufhin wird der Frage nachgegangen, ob ein Minderheitsvertreter als zusätzliches Schutzinstrument daneben treten soll. Hierbei sind auch Lehren aus der etwa hundertjährigen Diskussion über die Einführung eines obligatorischen Minderheitsvertreters zu ziehen. Auf diese Weise soll vermieden werden, dass es durch eine unreflektierte Auslegung des § 100 V AktG zu Wertungswidersprüchen innerhalb des AktG kommt.

a) Bestehende Regelung des Minderheitenschutzes im AktG

Minderheitsaktionäre werden bereits de lege lata durch das AktG mit besonderen Rechten ausgestattet (auch wenn für deren Wahrnehmung bestimmte Stimmrechtsschwellenwerte erreicht werden müssen): Die Minderheit kann z.B. unter den Voraussetzungen des § 120 I 2 AktG verlangen, dass über die Entlastung eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds gesondert abgestimmt wird. Sie kann nach Maßgabe von § 122 I

AktG verlangen, dass die Hauptversammlung einberufen wird und dass bestimmte Gegenstände auf die Tagesordnung gesetzt werden, § 122 II AktG. Aktionärsvorschlägen zur Aufsichtsratswahl kann gem. § 137 AktG Nachdruck verliehen werden. Außerdem können Minderheitsaktionäre nach § 142 II AktG die gerichtliche Bestellung von Sonderprüfern durchsetzen.

§§ 311 ff. AktG bieten ein spezielles Schutzsystem für Minderheitsaktionäre einer faktisch beherrschten Aktiengesellschaft. Diesen Regelungen wird von einigen entgegen gehalten, dass ihr Schutz zwar in der Theorie weit reiche, aber in der Praxis keine wirksame Kompensation biete, insbesondere, weil die Einflussnahme der Obergesellschaft oft so subtil erfolge, dass sie nicht als ausgleichspflichtig erkennbar sei.¹³³ *Drygala/Staake/Szalai* bewerten die Regelungen der §§ 311 ff. AktG als „weitgehend totes Recht“, wollen aber am Konzernprivileg in § 311 AktG festhalten.¹³⁴ *Sonnenschein* sieht in den Vorgaben zum konzernrechtlichen Minderheitenschutz „punktuelle Regelungen, die in ihrem Zusammenwirken einen zwar recht breiten, aber keinen umfassenden Schutz bieten“.¹³⁵ Das ist nicht unbillig, zumal eine Minderheitsbeteiligung auch keinen umfassenden Eigentumsschutz aus Art. 14 GG vermittelt. Deswegen bewerten andere Stimmen den bereits bestehenden Minderheitenschutz des deutschen Konzernrechts als ausreichend,¹³⁶ wenn nicht sogar „sehr stark ausgeprägt“¹³⁷. Daher soll ein kurzer Überblick über bestehende Schutzmechanismen zugunsten der Minderheitsaktionäre gegeben werden. Beleuchtet werden die Schutzregelungen zugunsten der Minderheitsaktionäre im faktischen Konzern, da die nachteilige Einflussnahme durch die

¹³³ *Hasselbach/Jakobs*, BB 2013, 643, 648; *Bayer*, NZG 2013, 1, 11.

¹³⁴ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 31 Rn. 47 f.

¹³⁵ *Sonnenschein*, in: Mestmäcker/Behrens, Gesellschaftsrecht der Konzerne, S. 49, 90.

¹³⁶ *Diekmann/Bidmon*, NZG 2009, 1087, 1090; *Lieder*, NZG 2005, 569, 571; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 53; *Martinek*, WRP 2008, 51, 66; *Wilsing/Wilsing*, DCGK, Ziff. 5.4.2 Rn. 11; *Wilsing/von der Linden*, DStR 2012, 1391, 1392; *Hommelhoff*, ZIP 2013, 1645, 1646 zufolge ist die Wirksamkeit dieses Schutzsystems noch nicht überzeugend widerlegt worden.

¹³⁷ So noch *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, 4. Aufl. 2010, Rn. 1038.

Obergesellschaft im Vertragskonzern durch den Vertrag ihre Berechtigung erhält.

aa) Gebot des Nachteilsausgleichs, § 311 I AktG

§ 311 AktG ordnet an, dass in der faktisch abhängigen Tochter Konzerninteressen nur dann zum Nachteil der Tochter durchgesetzt werden dürfen, wenn der Nachteil wirtschaftlich ausgeglichen wird. Der Nachteilsbegriff setzt dabei zunächst eine Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft voraus.¹³⁸ Da § 311 AktG kein generelles Schädigungsprivileg schaffen, sondern die Konzernleitung ermöglichen soll, muss die nachteilige Maßnahme im Interesse der Obergesellschaft oder einer anderen konzernverbundenen Gesellschaft liegen.¹³⁹ Die wirtschaftlichen Einbußen müssen aus der Abhängigkeit folgen, es sind also keine Nachteile auszugleichen, die ebenso im Zuge der unternehmerischen Entscheidung eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer unabhängigen Gesellschaft eingetreten wären.¹⁴⁰ Für die Beurteilung kommt es auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder der Maßnahme an.¹⁴¹ Art und Höhe der Ausgleichszahlung können einseitig vom herrschenden Unternehmen bestimmt werden.¹⁴² Da der Vorstand der Tochtergesellschaft zu beurteilen hat, ob die von der herrschenden Gesellschaft vorgeschlagene Ausgleichsleistung tatsächlich die Nachteile aufwiegt, kann er Gegenvorstellungen erheben, die allerdings für die Obergesellschaft nicht verbindlich sind.¹⁴³

Dem Ausgleichssystem der §§ 311 ff. AktG insgesamt wird vorgehalten, zu versagen, wenn die Nachteilszufügung nicht im Einzelnen isoliert und

¹³⁸ BGHZ 141, 79, 84; Hölters/*Leuring/Goertz*, § 311 Rn. 51; Hüffer/*Koch*, § 311 Rn. 24; Spindler/*Stilz/Müller*, § 311 Rn. 27.

¹³⁹ Hölters/*Leuring/Goertz*, § 311 Rn. 92; Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 60.

¹⁴⁰ Spindler/*Stilz/Müller*, § 311 Rn. 28; *E. Vetter*, ZHR 171 (2007), 342, 353.

¹⁴¹ Spindler/*Stilz/Müller*, § 311 Rn. 29; *E. Vetter*, ZHR 171 (2007), 342, 353.

¹⁴² Hüffer/*Koch*, § 311 Rn. 41; Spindler/*Stilz/Müller*, § 311 Rn. 56; Hölters/*Leuring/Goertz*, § 311 Rn. 89; a.A. MüKoAktG/*Altmeyden*, § 311 Rn. 357 ff.; *E. Vetter*, ZHR 171 (2007), 342, 362.

¹⁴³ Hüffer/*Koch*, § 311 Rn. 41; Hölters/*Leuring/Goertz*, § 311 Rn. 90.

ihre Ausgleichsfähigkeit nicht beziffert werden kann. Dies ist der Grundansatz der Lehre vom qualifiziert faktischen Konzern.

bb) Kontrolle durch den Abhängigkeitsbericht, § 312 AktG

Der Vorstand einer faktisch abhängigen Tochtergesellschaft hat gem. § 312 AktG in einem Abhängigkeitsbericht alle Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen sowie andere Maßnahmen, die die Gesellschaft auf Veranlassung oder im Interesse der genannten Unternehmen vorgenommen oder unterlassen hat, anzugeben. Für die Rechtsgeschäfte sind Leistung und Gegenleistung und für die Maßnahmen sind ihre Vorteile und Nachteile darzulegen. Außerdem muss angegeben werden, ob ein Nachteilsausgleich tatsächlich erfolgt ist. Der Abhängigkeitsbericht wird durch den Abschlussprüfer (§ 313 AktG) und durch den Aufsichtsrat (§ 314 AktG) geprüft. Der Bericht dient dazu, den außenstehenden Aktionären und Gläubigern die notwendigen Informationen zukommen zu lassen, um Ansprüche der abhängigen Gesellschaft gem. §§ 317 IV, 318 IV i.V.m. § 309 IV AktG verfolgen zu können.¹⁴⁴

Gerade weil der Abhängigkeitsbericht nicht der Publizität unterliegt, wird die Schutzwirkung des § 312 AktG angezweifelt.¹⁴⁵ Es müssen nur die Schlusserklärung des Vorstands und die Ergebnisse der Prüfung von Aufsichtsrat und Abschlussprüfer offengelegt werden.¹⁴⁶ Ergeben sich hieraus Unstimmigkeiten, bleibt den Aktionären der Antrag auf eine Sonderprüfung gem. § 315 AktG. So mag man zwar dem Abhängigkeitsbericht aufgrund seiner eingeschränkten Publizität eine nur geringe „Abschre-

¹⁴⁴ Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 312 Rn. 2; MüKoAktG/*Altmeppen*, § 312 Rn. 5; Spindler/*Stilz/Müller*, § 311 Rn. 2.

¹⁴⁵ *Nowak*, Unabhängigkeit, S. 179; *Sonnenschein*, in: Mestmäcker/Behrens, Gesellschaftsrecht der Konzerne, S. 49, 86; Emmerich/*Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 312 Rn. 3 spricht sich zwar für die Einführung einer Offenlegungspflicht aus, spricht dem Abhängigkeitsbericht aber auch ohne eine solche eine „Schlüsselrolle innerhalb des Systems der §§ 311 ff.“ zu.

¹⁴⁶ Spindler/*Stilz/Müller*, § 312 Rn. 2; Hölters/*Leuring/Goertz*, § 312 Rn. 3.

ckungswirkung“ gegenüber der herrschenden Gesellschaft beimessen,¹⁴⁷ die Aktionäre erhalten aber immerhin einen ausreichenden Hinweis auf etwaige klärungsbedürftige Maßnahmen, um weitere Nachforschungen anstoßen zu können.

Zum Teil wird der Prüfung durch den Aufsichtsrat in der Praxis wenig Glaubwürdigkeit zugesprochen, weil dieser üblicherweise mit Vertretern verbundener Unternehmen besetzt sei.¹⁴⁸ Es ist aber auch gerade ein Anliegen von § 314 AktG, den Aufsichtsrat – und damit insbesondere die Vertreter des herrschenden Unternehmens – für die Richtigkeit des Abhängigkeitsberichts ebenfalls zur Verantwortung zu ziehen.¹⁴⁹ § 312 AktG entfaltet eine präventive Schutzwirkung, indem der Vorstand der Tochtergesellschaft schon im Vorhinein des Berichts darauf achtet, dass die Grenzen des § 311 AktG eingehalten werden¹⁵⁰ und sich auch der Vorstand der Obergesellschaft in Hinblick auf den drohenden Nachteilsausgleich mit nachteiligen Maßnahmen zurückhält¹⁵¹. Außerdem wird die Beteiligung von Vorstand, Abschlussprüfer und Aufsichtsrat mit einer drohenden Schadensersatzpflicht abgesichert.¹⁵² Davon abgesehen ist der Abhängigkeitsbericht schon deshalb nicht unnötig, weil eine solche Dokumentation für die Durchsetzung etwaiger Ausgleichsansprüche ohnehin unerlässlich ist.¹⁵³ Darüber hinaus wird eine Eigenständigkeit des Vorstands der Tochtergesellschaft gegenüber der Obergesellschaft durch die Berichtspflicht gefördert.¹⁵⁴

¹⁴⁷ *Sonnenschein*, in: Mestmäcker/Behrens, Gesellschaftsrecht der Konzerne, S. 49, 86; ebenso *Schlieper*, Leitungsintensität, S. 153.

¹⁴⁸ *MüKoAktG/Altmeyen*, § 314 Rn. 3; *Böttcher*, FS Maier-Reimer, S. 29, 34.

¹⁴⁹ *Spindler/Stilz/Müller*, § 314 Rn. 2; *Hüffer/Koch*, § 314 Rn. 1.

¹⁵⁰ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 312 Rn. 3; *Hölters/Leuering/Goertz*, § 312 Rn. 3; *Spindler/Stilz/Müller*, § 312 Rn. 3.

¹⁵¹ *E. Vetter*, ZHR 171 (2007), 342, 363.

¹⁵² *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 312 Rn. 3 m.w.N.

¹⁵³ *Böttcher*, FS Maier-Reimer, S. 29, 37.

¹⁵⁴ *Hüffer/Koch*, § 312 Rn. 1.

cc) Sonderprüfung nach § 315 AktG

Gem. § 315 S. 1 AktG hat jeder Aktionär das Recht, die Bestellung eines Sonderprüfers zur Prüfung der geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Gesellschaften zu beantragen, wenn Abschlussprüfer oder Aufsichtsrat nicht bestätigen können, dass der Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen fehlerfrei ist, oder wenn der Vorstand selbst erklärt, dass die Tochtergesellschaft benachteiligt worden ist, ohne dass ein Ausgleich erfolgt wäre. Der Sonderprüfungsbericht wird gem. § 145 VI 3 AktG zum Handelsregister eingereicht und somit auch für Gläubiger zugänglich gemacht.

Nach § 315 S. 2 AktG kann der Antrag auch gestellt werden, wenn sonstige Tatsachen den Verdacht rechtfertigen, dass ein Nachteil nicht ausgeglichen worden ist. Für den Antrag müssen sich mehrere Aktionäre zusammenschließen, um den Schwellenwert des § 142 II AktG zu erreichen, und glaubhaft machen, dass sie seit mindestens drei Monaten vor Antragstellung Aktionäre sind. Teilweise wird diesem Antragsrecht auf eine Sonderprüfung eine mangelnde Schutzwirkung entgegengehalten, weil außenstehenden Aktionären das Insiderwissen fehle, um der Darlegungslast zu genügen.¹⁵⁵ Allerdings ist weder Beweisführung noch Glaubhaftmachung erforderlich, es genügt, wenn das Gericht durch eine Tatsachenbehauptung vom Bestehen hinreichender Verdachtsmomente überzeugt ist.¹⁵⁶ Es ist davon auszugehen, dass das Gericht in Kenntnis, dass die Antragsteller als Minderheitsaktionäre weniger Einblick in die Gesellschaftsinterna haben, keine zu hohen Maßstäbe ansetzt.

dd) Schutz gegen „Aushungerung“ durch die Mehrheit, § 254 AktG

Die Hauptversammlung kann nach § 58 III AktG beschließen, über § 58 I und II AktG hinausgehende Gewinnrücklagen aus dem Bilanzgewinn zu bilden. Diese Regelung kann für eine „Aushungerungspolitik“¹⁵⁷ der

¹⁵⁵ P. D. Beyer, Minderheitsvertreter, S. 355.

¹⁵⁶ Hüffer/Koch, § 315 Rn. 3c; Spindler/Stilz/Müller, § 315 Rn. 7.

¹⁵⁷ RegBegr. bei Kropff, AktG 1965, S. 340.

Mehrheitsgesellschafter missbraucht werden. Daher eröffnet § 254 AktG ein Anfechtungsrecht für die Minderheitsgesellschaft, wenn deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500.000 Euro erreichen (§ 254 II 3 AktG).

ee) Entsendungsrecht, § 101 II AktG

Minderheitsaktionären kann kraft Satzung ein Entsendungsrecht für Aufsichtsratsmitglieder zugestanden werden, § 101 II AktG.

ff) Schadensersatzansprüche, §§ 117, 317 und 318 AktG

Die Obergesellschaft muss der faktisch abhängigen Tochtergesellschaft nach § 317 AktG den Schaden ersetzen, der aus einer Verletzung der Nachteilsausgleichspflicht entstanden ist. Die Kompensationspflicht aus § 311 I AktG verleiht der abhängigen Gesellschaft keinen durchsetzbaren Anspruch gegen die herrschende Gesellschaft.¹⁵⁸ Stattdessen ahndet § 317 AktG Verstöße gegen § 311 AktG mit einer Schadensersatzpflicht und macht damit den Schutz der abhängigen Gesellschaft, der außenstehenden Aktionäre und der Gläubiger wehrfähig.¹⁵⁹ Die Schadensersatzpflicht kann insbesondere von Minderheitsaktionären und Gläubigern geltend gemacht werden, §§ 317 IV, 309 IV AktG. Allerdings geht von dem Kostenrisiko eine abschreckende Wirkung aus.¹⁶⁰

Eine Schadensersatzpflicht für die nachteilige Einflussnahme auf eine Gesellschaft ist auch in § 117 AktG geregelt. Somit sind die Geltungsbereiche von § 317 AktG und § 117 AktG abzugrenzen. § 317 AktG ist insofern strenger als § 117 AktG, als dass kein Vorsatz verlangt wird und der Anspruch auch von einem Aktionär geltend gemacht werden kann.¹⁶¹ § 117 AktG ist dahingehend strikter, dass auch der Begünstigte der Veran-

¹⁵⁸ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 75; Hölters/Leuering/Goertz, § 311 Rn. 81; MüKoAktG/Altmeppen, § 311 Rn. 374.

¹⁵⁹ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 317 Rn. 2; Hüffer/Koch, § 317 Rn. 1; Spindler/Stilz/Müller, § 317 Rn. 1.

¹⁶⁰ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 312 Rn. 3.

¹⁶¹ Strohn, Verfassung der AG, S. 32.

lassung haftet (§ 117 III AktG) und als Rechtsfolge eine sofort fällige Schadensersatzpflicht eintritt, die grundsätzlich auf Naturalrestitution nach § 249 BGB gerichtet ist. § 317 AktG wirkt privilegierend, indem die Schadensersatzpflicht erst eingreift, wenn der Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahres nicht ausgeglichen wurde. Aufgrund dieser Privilegierung wird § 117 AktG im Anwendungsbereich von § 311 AktG verdrängt, sobald es aber zur Haftungsfall nach § 317 AktG kommt, ist § 117 AktG daneben anwendbar.¹⁶² Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte der Obergesellschaft haften zwar nicht nach § 317 AktG, werden aber von § 117 AktG erfasst.¹⁶³

Neben die Haftung der Obergesellschaft aus § 317 AktG tritt mit § 318 AktG gesamtschuldnerisch die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft selbst. Die Haftung knüpft an die Verletzung von Berichts- und Prüfungspflichten aus §§ 312 und 314 AktG. Auch § 318 AktG dient der Untermauerung des Schutzes von abhängiger Gesellschaft, ihren Minderheitsaktionären und Gläubigern, allerdings hätte sich die Schadensersatzpflicht schon aus §§ 93, 116 S. 1 AktG ergeben.¹⁶⁴

gg) Treubindung der Obergesellschaft kraft Aktionärsstellung

§ 133 I AktG sieht vor, dass Hauptversammlungsbeschlüsse grundsätzlich mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden. Damit wird das Mehrheitsprinzip im Aktienrecht verankert. Im Gegensatz zum Einstimmigkeitsprinzip gewährleistet das Mehrheitsprinzip die Handlungsfähigkeit des Verbandes.¹⁶⁵ Die Treuepflicht verlangt von dem kontrollierenden Aktionär, dass er seinen durch das Mehrheitsprinzip eröffneten Einfluss „schonend und interessengerecht“ einsetzt.¹⁶⁶ Dies entspricht der Grundwertung in § 311 AktG, dass der beherrschende Einfluss nicht auf

¹⁶² Spindler/Stilz/Schall, § 117 Rn. 18; Hölter/Leuering/Goertz, § 317 Rn. 5.

¹⁶³ Spindler/Stilz/Schall, § 117 Rn. 18; MüKoAktG/Spindler, § 117 Rn. 92.

¹⁶⁴ Hüffer/Koch, § 318 Rn. 1; Hölter/Leuering/Goertz, § 318 Rn. 3; Spindler/Stilz/Müller, § 318 Rn. 13.

¹⁶⁵ Hofmann, Minderheitenschutz, S. 9.

¹⁶⁶ Hofmann, Minderheitenschutz, S. 9; ebenso Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 320; Beck, Der Konzern 2012, 301, 305.

Kosten der abhängigen Gesellschaft ausgeübt werden darf, sondern Nachteile ausgeglichen werden müssen.

Der Verstoß des Kontrollaktionärs gegen die Treuepflicht kann eine Schadensersatzpflicht nach sich ziehen.¹⁶⁷ Diesbezüglich ist das Konkurrenzverhältnis zwischen der Treuepflicht und § 311 AktG zu klären. Nach einer Ansicht tritt die Treuepflicht im Anwendungsbereich von § 311 AktG zurück, lebt aber auf, wenn ein Nachteil nicht ausgeglichen wurde, und tritt dann neben die Haftung aus § 317 AktG.¹⁶⁸ Die Gegenposition will eine Spezialität von § 311 AktG nicht anerkennen.¹⁶⁹ Dem ist mit *Emmerich/Habersack* entgegenzuhalten, dass die Privilegierung durch § 311 II AktG, die Vereinbarung über den Nachteilsausgleich bis zum Ende des Geschäftsjahres aufschieben zu können, keinen Sinn hätte, wenn sofort nach der nachteiligen Einflussnahme ein Schadensersatz wegen Treuepflichtverletzung gefordert werden könnte.¹⁷⁰ Die Treuepflicht wird daher durch die Privilegierung eines zeitlichen Aufschubs in § 311 AktG modifiziert und führt im Falle des unterbliebenen Nachteilsausgleichs zu einer Schadensersatzpflicht neben §§ 317 und 117 AktG.

b) Historische Entwicklung des Minderheitsschutzes im Aktienrecht

Angesichts des Vorwurfs, konzernrechtliche Grundsätze des Minderheitsschutzes seien nicht mehr zeitgemäß,¹⁷¹ ist zu überprüfen, ob Argumente, die schon in den letzten Jahrzehnten gegen eine Minderheitsvertretung angeführt wurden – und sich bislang auch gegen etwaige Gesetzesänderungen standhaft behaupten konnten – immer noch überzeugen.

¹⁶⁷ Hüffer, FS Goette, S. 191, 201; Sonnenschein, in: Mestmäcker/Behrens, Gesellschaftsrecht der Konzerne, S. 49, 84; Zöllner, ZHR 162 (1998), 235, 237 ff.

¹⁶⁸ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 24 Rn. 28 f., wohl auch *Sonnenschein*, in: Mestmäcker/Behrens, Gesellschaftsrecht der Konzerne, S. 49, 84, demzufolge für die Bejahung einer Treuepflichtverletzung zu beachten ist, was das Aktienrecht noch als zulässige Konzernleitungsmaßnahme einordnet.

¹⁶⁹ Zöllner, ZHR 162 (1998), 235, 241.

¹⁷⁰ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 24 Rn. 28.

¹⁷¹ So etwa *Bayer*, NZG 2013, 1, 12, der von der „überkommenen Vorstellung des deutschen Aktiengesetzes“ spricht.

aa) Minderheitsschutz: Ein Jahrhundertthema

Schon das Reichsgericht hat sich in seiner „Hibernia“-Entscheidung¹⁷² mit der Frage befasst, welche Rechte die Aktionärsminorität hat. Dem Reichsgericht zufolge ist im Gesetz der Grundsatz zur Anerkennung gelangt, „dass die Mehrheit des Aktienbesitzes über die Verwaltung der Gesellschaft und darüber entscheidet, was im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre zu tun und zu lassen ist“.¹⁷³ Damit müsse sich jeder abfinden, der Aktien erwerbe; seinen Willen könne er nur dann als den maßgeblichen durchsetzen, wenn er in der Hauptversammlung mit der Mehrheit der Stimmen auftreten könne.¹⁷⁴ Es sei hingegen rechtsirrig, eine Verpflichtung der Mehrheit anzunehmen, „die Interessen der Gesellschaft in dem Sinne zu wahren, in welchem die Minorität diese Interessen auffasst“.¹⁷⁵ Das Zurückstehen von Minoritätsinteressen, auch in Bezug auf beherrschte Gesellschaften, wurde im Schrifttum weiter begründet und die Grenze für den Einfluss der Mehrheit bei der Sittenwidrigkeit gezogen. *Haussmann* mahnte in seinem 1923 erschienenen Werk „Die Tochtergesellschaft“, dass die Bestimmung des nötigen aktienrechtlichen Schutzes gegenüber dem Mehrheitswillen die wirtschaftliche Interessenlage berücksichtigen müsse: „Eine von vernünftigen wirtschaftlichen Erwägungen getragene Geschäftspolitik einer Gesellschaft, wenn sie über die begrenzte eigene Interessensphäre hinaus blickt und weiterliegende Ziele erstrebt, oder bei der Verfolgung dieser Ziele mitwirkt, kann in der Regel nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Form das Einzelinteresse des Mindestaktionärs schädigen.“¹⁷⁶ *Haussmann* bewertete es als „unvermeidliche Begleiterscheinung und Folge der Konzernbildung“, dass das Interesse einzelner Aktionäre „hinter dem Interesse einer weiter ausblickenden, die Interessen der Untergesellschaft unter anderen Gesichtspunkten berücksichtigenden Mehrheit zurücktreten muss“.¹⁷⁷ Auch *Fried-*

¹⁷² RGZ 68, 235.

¹⁷³ RGZ 68, 235, 246.

¹⁷⁴ RGZ 68, 235, 246.

¹⁷⁵ RGZ 68, 235, 246.

¹⁷⁶ *Haussmann*, Die Tochtergesellschaft, S. 61.

¹⁷⁷ *Haussmann*, Die Tochtergesellschaft, S. 58.

länder lehnte es in seiner Monographie „Konzernrecht“ aus dem Jahr 1927 ab, über die Satzung Präsentations- und Minderheitsrechte bei der Aufsichtsratswahl zu gewähren.¹⁷⁸ *Friedländer* betont, dass „Einfluss verpflichtet“¹⁷⁹ und meint damit, dass mit zunehmendem Einfluss des Mehrheitsaktionärs die Vermögensrechte der Kleinaktionäre gesichert werden müssen. Der Ausgleich soll sich nach seinem Verständnis also nicht auf eine Einflussssicherung der Minderheitsaktionäre auf die Willensbildung der Gesellschaft, sondern allein auf Vermögensschutz beziehen. Bezogen auf das durch die Aktie vermittelte Eigentumsrecht und die damit verbundenen Einflussmöglichkeiten auf die Unternehmensführung äußerte sich *Suhr*: „Erst wenn der Aktionär seine typische Stellung verlässt und als einflussreicher Groß- oder Alleinaktionär die an sich aktienrechtlich von ihm isolierten Freiheiten faktisch oder konzernrechtlich zum Teil wieder an sich zieht, dringt er wieder in den eigentumsunmittelbaren Bereich des unternehmerischen Eigentums vor.“¹⁸⁰ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass ein Minderheitsaktionär seine Forderung nach stärkeren Einflussrechten nicht auf sein Eigentumsrecht aus Art. 14 GG stützen kann.

bb) Ablehnung eines Minderheitsvertreters durch die Aktienreform 1965

Der AktG-Gesetzgeber von 1965 hat eine bewusste Entscheidung gegen eine obligatorische Minderheitsvertretung getroffen und sich hierbei laut Regierungsentwurf auf die Einhaltung des Mehrheitsprinzips gestützt: Im paritätisch besetzten Aufsichtsrat hätte der Minderheitsvertreter eine ausschlaggebende Stellung.¹⁸¹ Diese Bedenken griff auch das BVerfG¹⁸² auf, als es die Vereinbarkeit der Arbeitnehmermitbestimmung mit Art. 14 GG prüfte. Es kam zu dem Ergebnis, dass die Möglichkeit, „dass die Mehrheit der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat bei Zusammengehen einer

¹⁷⁸ *Friedländer*, Konzernrecht, S. 280.

¹⁷⁹ *Friedländer*, Konzernrecht, S. 294.

¹⁸⁰ *Suhr*, Eigentumsinstitut und Aktieneigentum, S. 93.

¹⁸¹ RegE bei *Kropff*, AktG 1965, S. 138.

¹⁸² BVerfGE 50, 290.

Minderheit mit den Arbeitnehmervertretern überstimmt werden kann [...], zu keiner qualitativen Veränderung des Anteilseigentums“ führt.¹⁸³ *Beyer* folgert daraus, dass verfassungsrechtliche Bedenken nur dann nicht bestehen, wenn die Anteilseignervertreter komplett von der Aktionärsmehrheit bestimmt werden können, denn hier könnten die Aktionäre ihr Einflusspotenzial zumindest bei der Aufsichtsratsbesetzung frei ausschöpfen.¹⁸⁴ Durch einen obligatorischen Minderheitsvertreter werde der Einfluss der Anteilseignermehrheit jedoch institutionell eingeschränkt und damit qualitativ verändert.¹⁸⁵ Eine solche Entmachtung des Mehrheitsaktionärs bzw. des herrschenden Unternehmens stelle einen „Bruch mit dem geltenden gesellschaftsrechtlichen System“ dar.¹⁸⁶ Zu diesem Ergebnis käme man auch durch die Deutung des § 100 V AktG als Etablierung eines Minderheitsvertreters, indem der Finanzexperte zwar nicht zwangsläufig Belange der Aktionärsminderheit durchsetzen soll, jedenfalls aber unabhängig vom Mehrheitsaktionär sein soll. Gegen Bedenken in Hinblick auf eine Kräfteverschiebung im mitbestimmten Aufsichtsrat wendet *Lüer* ein, dass der unabhängige Finanzexperte nach § 100 V AktG nicht von der Hauptversammlung gewählt, sondern durch die Beschlussfassung des Aufsichtsrats über die Selbstorganisation bestimmt werde.¹⁸⁷ Da möglicherweise auch ein Arbeitnehmervertreter die Voraussetzungen eines unabhängigen Finanzexperten erfüllen kann, bewirke § 100 V AktG keine institutionelle Machtverschiebung.¹⁸⁸ Selbstverständlich ist nicht vorgeschrieben, dass der Finanzexperte ein Anteilseignervertreter sein muss, in den meisten Fällen wird sich aber die für das Amt erforderliche Sachkunde eher dort als unter den Arbeitnehmervertretern finden.

Manche Befürworter einer Minderheitsvertretung erkennen die genannten Einwände an und versuchen, ein Modell der Minderheitsvertretung zu konstruieren, das mit der Personalhoheit des Mehrheitsaktionärs vereinbar

¹⁸³ BVerfGE 50, 290, 345.

¹⁸⁴ *P. D. Beyer*, Minderheitsvertreter, S. 375 f.

¹⁸⁵ *P. D. Beyer*, Minderheitsvertreter, S. 376.

¹⁸⁶ *P. D. Beyer*, Minderheitsvertreter, S. 374.

¹⁸⁷ *Lüer*, FS Maier-Reimer, S. 385, 398.

¹⁸⁸ *Lüer*, FS Maier-Reimer, S. 385, 398.

ist. Gerade dem für den Gesetzgeber ausschlaggebenden Gegenargument des „Zünglein-an-der-Waage“-Problems (ein Minderheitsvertreter könnte im mitbestimmten Aufsichtsrat die entscheidende Stimme abgeben) soll mit einem Kompromiss begegnet werden. *Hommelhoff* schlägt vor, Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat zu etablieren, aber ihnen bei Personalbesetzungsfragen, an denen auch Arbeitnehmervertreter beteiligt sind, das Stimmrecht zu verwehren.¹⁸⁹ Stattdessen sollen ihre Stimmrechte dem Mehrheitsaktionär zuwachsen.¹⁹⁰ *Beyer* modifiziert diesen Vorschlag dahingehend, dass die Minderheitsvertreter einer gesetzlichen Stimmbindung im Sinne des Mehrheitsaktionärs unterliegen sollen.¹⁹¹ Sie weist allerdings selbst darauf hin, dass diese Kompromissvorschläge zwar die Wertentscheidung des Gesetzgebers für eine legitime Konzernleitungsmacht der Obergesellschaft respektieren, aber dafür gegen die Grundsätze der Gleichheit und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern verstoßen wird.¹⁹²

cc) Die Lehre vom qualifiziert faktischen Konzern

Das OLG Hamm hat 1986 in dem sog. „Banning“-Beschluss gefordert, dass dem Aufsichtsrat einer beherrschten Aktiengesellschaft mindestens ein Mitglied angehören müsse, das dem herrschenden Unternehmen „relativ neutral“ gegenüber stehe.¹⁹³ Mit dieser Entscheidung wurde die für das GmbH-Recht geschaffene Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns auf das Aktienrecht übertragen. Zunächst soll die Rechtsfigur an sich näher erläutert werden.

¹⁸⁹ *Hommelhoff*, in: Druey, Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, S. 107, 123.

¹⁹⁰ *Hommelhoff*, in: Druey, Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, S. 107, 123.

¹⁹¹ *P. D. Beyer*, Minderheitsvertreter, S. 379.

¹⁹² *P. D. Beyer*, Minderheitsvertreter, S. 379.

¹⁹³ OLG Hamm NJW 1987, 1030.

(1) Der Ursprung des qualifiziert faktischen Konzerns im GmbH-Recht

Von grundlegender Bedeutung für die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns im GmbH-Recht ist die 1985 ergangene „Autokran“-Entscheidung¹⁹⁴ des BGH. Der BGH ordnete im Falle der Vermögenslosigkeit einer abhängigen GmbH eine Ausfallhaftung der herrschenden Gesellschaft analog §§ 303, 322 II und III AktG an. Voraussetzung war ein qualifiziert faktischer Konzern, d.h. dass die Obergesellschaft die Geschäfte der abhängigen GmbH dauernd und umfassend selbst geführt hat und nicht dartun kann, dass der pflichtgemäß handelnde Geschäftsführer einer selbständigen GmbH die Geschäfte ebenso geführt hätte.¹⁹⁵ Das Urteil griff damit auf Thesen des Arbeitskreises GmbH-Reform aus dem Jahr 1972¹⁹⁶ zurück, indem es eine Zustands- bzw. Strukturhaftung als Ausgangspunkt nahm und diese mit einer tatsächlichen Vermutung für die Missachtung der Eigeninteressen der abhängigen GmbH unterstützte¹⁹⁷. Das Verständnis der qualifizierten Nachteilszufügung erfuhr mit dem „TBB“-Urteil¹⁹⁸ eine Änderung hin zu einer Verhaltenshaftung wegen objektiven Missbrauchs der Leitungsmacht durch die Obergesellschaft. Die tatsächliche Vermutung für die Außerachtlassung der Eigeninteressen der Tochtergesellschaft wurde aufgegeben. Für den Missbrauch der Leitungsmacht sei erforderlich, dass die Obergesellschaft die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübe, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen GmbH nimmt, ohne dass sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe.¹⁹⁹ Diese zunächst für Konzernlagen entwickelte Formel hat der BGH 2001 in der „Bremer Vulkan“-Entscheidung²⁰⁰ allgemeiner gefasst und als Haftung des Alleingeschafters für existenzvernichtende

¹⁹⁴ BGH NJW 1986, 188.

¹⁹⁵ BGH NJW 1986, 188.

¹⁹⁶ *Arbeitskreis GmbH-Reform*, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. II, S. 59 f.

¹⁹⁷ Hüffer, FS Goette, S. 191, 193.

¹⁹⁸ BGH NJW 1993, 1200.

¹⁹⁹ BGH NJW 1993, 1200.

²⁰⁰ BGH NJW 2001, 3622.

Eingriffe ausgestaltet. 2007 folgte die „Trihotel“-Entscheidung²⁰¹, mit der der BGH die Existenzvernichtungshaftung (oder treffender: „Insolvenzverursachungshaftung“) als eine besondere Fallgruppe sittenwidriger Schädigung in § 826 BGB verankerte. Seit der „Trihotel“-Entscheidung handelt es sich bei der Insolvenzverursachungshaftung um eine Innenhaftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, die in Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zu den Kapitalerhaltungsvorschriften §§ 30, 31 GmbHG tritt.²⁰²

(2) Die Übertragung des qualifiziert faktischen Konzerns auf das Aktienrecht

Die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns wurde im „Banning“-Beschluss des OLG Hamm²⁰³ auf die Aktiengesellschaft übertragen. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass in einer abhängigen AG sowohl eines der beiden Vorstandsmitglieder als auch sämtliche vier Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat aus der Sphäre der herrschenden AG stammten. Nach Ansicht des OLG führte dieser Grad an personeller Verflechtung zu einem unzulässigen qualifiziert faktischen Konzern. Darunter sei zu verstehen, dass das herrschende Unternehmen seine Einflussnahme derart dauernd und umfassend intensiviere, dass auf das eigene Interesse der abhängigen AG keine Rücksicht mehr genommen werde und somit das Ausgleichssystem der §§ 311 ff. AktG außer Funktion gesetzt werde.²⁰⁴ Das OLG Hamm verurteilte damit intensive personelle Verflechtungen als Instrument unzulässiger Einflussnahme.

Dieser Gedanke ist im Schrifttum aufgegriffen worden. Laut *Säcker*²⁰⁵ führen Vorstandsdoublemandate ohne weitere Umstände zu einem qualifiziert faktischen Konzern und sind daher unzulässig. Damit geht er deutlich weiter als das OLG Hamm, das einräumte, es könne nicht allein dar-

²⁰¹ BGH NJW 2007, 2689.

²⁰² MüKoBGB/Wagner, § 826 Rn. 135.

²⁰³ OLG Hamm NJW 1987, 1030.

²⁰⁴ OLG Hamm NJW 1987, 1030.

²⁰⁵ Säcker, ZHR 151 (1987), 59, 65 ff.

aus, dass der Aufsichtsrat „ganz überwiegend“ mit Repräsentanten der Obergesellschaft besetzt sei, auf einen qualifiziert faktischen Konzern geschlossen werden.²⁰⁶ *Säcker* unterstellt, dass es im Falle eines Vorstandsdoppelmandats zu einer völligen Informationsweitergabe und Entscheidungsidentität komme.²⁰⁷ Der Doppelmandatar könne nicht mehr objektiv beurteilen, ob Rechte der Tochtergesellschaft verletzt seien und diese gegenüber der Obergesellschaft verteidigen.²⁰⁸ Durch die Personenidentität seien nicht einmal mehr Weisungen der Obergesellschaft für die einheitliche Leitung erforderlich, so dass §§ 311 ff. AktG außer Kraft gesetzt würden.²⁰⁹ Zum Beispiel laufe die Berichtspflicht nach § 312 AktG leer, weil es formell keine Weisungen gebe, die man im Abhängigkeitsbericht festhalten könnte.²¹⁰

Die Argumentation sowohl des OLG Hamm als auch *Säckers* zog umfassende Kritik nach sich. Insbesondere *Timm* wandte ein, dass das Aktien-gesetz keinen Konzernpräventivschutz vorsehe und dass „die Wahrung eines gesetzlich anerkannten Eigeninteresses [...] keine missbräuchliche Ausnutzung der Stimmrechtsmacht“ darstelle.²¹¹ Außerdem könne Konzernleitungsmacht im faktischen Konzern eben nur über die Personalpolitik in der Tochtergesellschaft ausgeübt werden.²¹² *Timm* verweist darauf, dass auch der Gesetzgeber diesem praktischen Bedürfnis der Konzernleitung mit dem Konzernprivileg in § 100 II 2 AktG Rechnung getragen hat.²¹³ Das OLG Hamm habe sich damit in offenen Widerspruch zu § 23 V AktG begeben.²¹⁴ *Eversberg* räumt der Organisationsautonomie des Unternehmens Vorrang vor einem ausgedehnten Außenseiterschutz ein, da außenstehenden Aktionären und Gläubigern Haftungsinstrumente

²⁰⁶ OLG Hamm NJW 1987, 1030, 1031.

²⁰⁷ *Säcker*, ZHR 151 (1987), 59, 65.

²⁰⁸ *Säcker*, ZHR 151 (1987), 59, 68.

²⁰⁹ *Säcker*, ZHR 151 (1987), 59, 66.

²¹⁰ *Säcker*, ZHR 151 (1987), 59, 67.

²¹¹ *Timm*, NJW 1987, 977, 980; zustimmend *Martinek*, WRP 2008, 51, 65.

²¹² *Timm*, NJW 1987, 977, 980.

²¹³ *Timm*, NJW 1987, 977, 986.

²¹⁴ *Timm*, NJW 1987, 977, 986; *Altmeppen*, Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, S. 7; *Eversberg*, Doppelvorgänge im Konzern, S. 124 spricht von einer „gerichtlichen Rechtsfortbildung contra legem“.

zur Verfügung stünden.²¹⁵ Auch aus der Rechtsprechung erfuhr das OLG Hamm Kritik, denn das LG Mannheim schloss sich *Timms* Argumentation an und verwies darauf, dass das AktG keinen konzernrechtlichen Präventivschutz kenne und stattdessen schädliche Maßnahmen der Obergesellschaft jeweils einzeln rechtlich überprüft werden müssten.²¹⁶

Säckers These, dass Doppelmandate zu einer unzulässigen qualifiziert faktischen Konzernierung führen, wurde insbesondere von *Lindermann*²¹⁷ kritisch gewürdigt. Anstatt Doppelmandate pauschal zu verurteilen, bewertet *Lindermann* sie zunächst als neutral.²¹⁸ Es sei im Einzelfall zu überprüfen, ob dem gesetzlichen Leitbild des jeweiligen Organs noch entsprochen wird. Für die Vorstandsfunktion des Doppelmandatars stelle sich also die Frage, ob er an der Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung i.S.v. § 76 AktG gehindert war.²¹⁹ Für das Aufsichtsratsamt sei maßgeblich, ob das Doppelmandat eine Überwachung der Geschäftsführung vereitelt hat oder ob die Trennung zwischen Geschäftsführung und Überwachung verwischt worden ist.²²⁰

(3) Aktuelle Bedeutung der Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns

Wie gesehen konnte sich die Lehre vom qualifiziert faktischen Konzern im GmbH-Recht nicht halten und wurde dort durch die Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB abgelöst. Damit stellt sich die Frage, ob diese Rechtsfigur auch für das Aktienrecht obsolet geworden ist.²²¹ Die Antwort darauf hängt von der

²¹⁵ *Eversberg*, Doppelvorstände im Konzern, S. 126.

²¹⁶ LG Mannheim AG 1991, 29, 30.

²¹⁷ *Lindermann*, AG 1987, 225.

²¹⁸ *Lindermann*, AG 1987, 225, 234; ähnlich *Semler*, FS Stiefel, S. 719, 754.

²¹⁹ *Lindermann*, AG 1987, 225, 227.

²²⁰ *Lindermann*, AG 1987, 225, 227.

²²¹ Befürworter der Lehre vom qualifiziert faktischen Konzern sind u.a. *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 317 Anh. Rn. 5 ff.; *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 31 Rn. 55 ff.; *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 79; *Lieb*, FS Lutter, S. 1151, 1153; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 53 Rn. 54; *Schlieper*, Leitungsentensität, S. 129 ff.; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 965.

Überlegung ab, welchen Zweck diese Rechtsfigur im Aktienrecht erfüllen soll, der nicht bereits durch das Gesetz erfüllt wird. Befürworter der Fortgeltung der Lehre vom qualifiziert faktischen Aktienkonzern wenden sich nicht gegen die Konzernierung als solche, sondern dagegen, dass die der Obergesellschaft gezogene Grenze von ausgleichspflichtigen Einzelmaßnahmen überschritten wird.²²² Gerade weil nach §§ 311 ff. AktG Nachteilszufügungen erlaubt seien, müssten Vorkehrungen gegen das Versagen dieses Einzelausgleichssystems geschaffen werden.²²³ Außerdem widerspreche es dem Gesellschaftszweck der abhängigen Gesellschaft, wenn sie durch ihren Vorstand der Obergesellschaft „dienstbar“ gemacht werde.²²⁴ Wendet man also die Rechtsfigur an, ist zunächst zu entscheiden, welche der im Laufe der Zeit vertretenen Rechtsfolgen eintreten sollen.

In der „Autokran“-Entscheidung urteilte der BGH, dass die Obergesellschaft bei Vermögenslosigkeit einer von ihr abhängigen GmbH eine Ausfallhaftung analog §§ 303, 322 II und III AktG treffe. Diese laut AktG für den Vertrags- bzw. Eingliederungskonzern geltenden Normen auf den faktischen Konzern anzuwenden, fällt nicht mehr unter die Analogiebildung, da das AktG bewusst zwischen faktischem, Vertrags- und Eingliederungskonzern unterscheidet und somit schon keine Regelungslücke vorliegt.²²⁵ Stattdessen käme es zu einer Rechtsfortbildung, deren Notwendigkeit fraglich ist.²²⁶ Wird die abhängige Gesellschaft geschädigt, greifen die Schadensersatzpflichten aus §§ 117 und 317 AktG ein. Wird die Nachteilsausgleichspflicht aus § 311 AktG verletzt, muss der dadurch entstandene Schaden gem. § 317 AktG ersetzt werden. Sobald es zur Haftung nach § 317 AktG kommt, kann auch ein Schadensersatz aus § 117 AktG verlangt werden.²²⁷

²²² *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 31 Rn. 55 ff.; *Lieb*, FS Lutter, S. 1151, 1153.

²²³ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 79.

²²⁴ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 79.

²²⁵ *Strohn*, Verfassung der AG, S. 12. Eine Analogie konstruiert dagegen *Schlieper*, Leitungsentensität, S. 184 ff.

²²⁶ *Hüffer*, FS Goette, S. 191, 201.

²²⁷ *Hüffer/Koch*, § 117 Rn. 14; *Spindler/Stilz/Schall*, § 117 Rn. 18; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 134.

Orientiert man sich hingegen an der „Trihotel“-Entscheidung und nimmt im Aktienrecht unter der Voraussetzung eines qualifiziert faktischen Konzerns eine Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB an, muss man auch hier zu dem Schluss kommen, dass der bereits durch §§ 117, 317 AktG bestehende Schutz durch eine daneben einschlägige Haftung gem. § 826 BGB nicht maßgeblich erweitert wird.²²⁸ Obgleich § 117 AktG seiner Entstehungsgeschichte nach als *lex specialis* zu § 826 BGB zu verstehen ist, sind beide Normen nebeneinander anwendbar.²²⁹

Die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns war auf das Aktienrecht übertragen worden, um sowohl im GmbH- als auch im Aktienrecht dasselbe Schutzniveau für abhängige Gesellschaften zu etablieren. Angesichts der Schadensersatzpflichten aus §§ 117 und 317 AktG zeigt sich, dass ein ausreichender aktienrechtlicher Schutz der Tochtergesellschaft gegeben ist. Die Lehre vom qualifiziert faktischen Konzern wird somit nicht gebraucht.²³⁰

c) Die institutionalisierte Minderheitsvertretung aus konzernrechtlicher Sicht

Der Standpunkt, dass ein Vertreter des Mehrheitsaktionärs kein unabhängiges Aufsichtsratsmitglied sei, schränkt die verbreitete Konzernsteuerung über Aufsichtsratsmandate ein. Teilweise wird diese Abkehr von „der überkommenen Vorstellung des deutschen Aktiengesetzes“²³¹ aufgrund rechtspolitischer Erwägungen begrüßt: Die Einschränkung des Einflusses von Konzernmüttern sei Ausdruck der Annäherung deutscher Aktiengesellschaften an europäische und internationale Standards und stärke das Vertrauen ausländischer Investoren in den deutschen Kapitalmarkt.²³² Der konzernrechtliche Minderheitenschutz nach §§ 311 ff. AktG sei unzu-

²²⁸ Hüffer, FS Goette, S. 191, 202.

²²⁹ Hölter/Leuring/Goertz, § 117 Rn. 18; Hüffer/Koch, § 117 Rn. 14; Spindler/Stilz/Schall, § 117 Rn. 12.

²³⁰ Ebenso Altmeyen, Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, S. 17 ff.; Hüffer, FS Goette, S. 191, 200 ff.; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 391 ff.

²³¹ Bayer, NZG 2013, 1, 12.

²³² Bayer, NZG 2013, 1, 12.

reichend und werde durch das Unabhängigkeitsverständnis der EU-Empfehlung und des DCGK gestärkt.²³³ Kommissionsempfehlung und DCGK hätten neben der Zielrichtung der Unabhängigkeit vom Vorstand nun auch das Ziel der „Entschärfung des Konzernkonflikts“ aufgenommen.²³⁴ *Bayer* schlägt daher vor, umzudenken und dem Minderheitenschutz in der börsennotierten Aktiengesellschaft Vorrang vor dem Konzernleitungsanspruch der Obergesellschaft einzuräumen.²³⁵

In dogmatischer Hinsicht steht jedoch einer Minderheitsvertretung zunächst einmal der konzernrechtliche Grundsatz entgegen, dass es dem Mehrheitsaktionär möglich sein muss, *alle* Aufsichtsratsmitglieder zu stellen. Das Aktiengesetz kennt keinen obligatorischen Vertreter der Minderheitsaktionäre im Aufsichtsrat.²³⁶ Der Gesetzgeber trägt der Praxis der Konzernleitung über Aufsichtsratsmandate von Konzernvorständen mit dem Konzernprivileg gem. § 100 II 2 AktG Geltung. Aus diesem folgt, dass auf die gesetzliche Höchstzahl von Aufsichtsratsmandaten bis zu fünf Aufsichtsratssitze nicht angerechnet werden, die der gesetzliche Vertreter eines herrschenden Unternehmens in den Konzerngesellschaften innehat. In der Regierungsbegründung zum KonTraG wird die Bekleidung von Aufsichtsratsämtern beherrschter Gesellschaften ausdrücklich als „typische Vorstandstätigkeit“ deklariert.²³⁷ Insbesondere wenn man eine Konzernleitungsbefugnis des Vorstands der Obergesellschaft anerkennt, wird diese durch Vorgaben für die Personalentscheidungen eingeschränkt.²³⁸ § 17 I AktG definiert ein abhängiges Unternehmen als ein solches, auf das ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Steht ein Unternehmen im Mehrheitsbesitz eines anderen Unternehmens, wird die Abhängigkeit gem. § 17 II AktG vermutet. Man muss sich vor Augen führen, auf welcher Grundannahme

²³³ *Bayer*, NZG 2013, 1, 11.

²³⁴ *Bayer*, NZG 2013, 1, 11.

²³⁵ *Bayer*, NZG 2013, 1, 12.

²³⁶ *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221, 226 f.; *GroßkommAktG/Hopt/Roth*, § 101 Rn. 57; *P. D. Beyer*, Minderheitsvertreter, S. 17 ff.; *Timm*, NJW 1987, 977, 979 f.; *Wind/Klie*, NZG 2010, 1413, 1415.

²³⁷ *Begr. RegE KonTraG*, BT-Drs. 13/9712, S. 16.

²³⁸ *Timm*, NJW 1987, 977, 980; *Habersack*, ZHR 168 (2004), 373, 377.

diese Vermutung fußt. Die Mehrheitsbeteiligung als solche vermittelt noch keinen beherrschenden Einfluss, denn der Hauptversammlung stehen keine Instrumente zur Durchsetzung konkreter Maßnahmen der Geschäftsleitung zur Verfügung.²³⁹ Sie bestellt den Aufsichtsrat, der wiederum den Vorstand wählt, aber der Vorstand selbst handelt gem. § 76 I AktG weisungsfrei, also auch ohne Vorgaben der Hauptversammlung. Die Abhängigkeitsvermutung des § 17 II AktG beruht auf der Annahme, dass die herrschende Gesellschaft ihre Mehrheitsbeteiligung dazu nutzt, über die Hauptversammlung gem. 101 I 1 AktG eine Besetzung des Aufsichtsrats zu erwirken, die gem. § 84 I 1 AktG eine für die Obergesellschaft günstige Personalentscheidung für den Vorstand trifft.²⁴⁰ Wird diese Vermutungskette durch eine Einschränkung der Besetzungsmöglichkeiten der Obergesellschaft unterbrochen, wird der Abhängigkeitsvermutung des § 17 II AktG der Boden entzogen.²⁴¹ Dies kommt einer Konzerneingangskontrolle gleich,²⁴² die sich im Aktienrecht aber auf die Warnfunktion der Mitteilungspflichten nach §§ 20-22 AktG beschränkt.²⁴³

Wollte man eine Konzerneingangskontrolle schaffen und daneben das Nachteilsausgleichssystem der §§ 311 ff. AktG bestehen lassen, erhielte man eine doppelte Sicherung und damit eine zunehmende Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit von Unternehmensgruppen. Es spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des Konzernrechts „bestehende wirtschaftliche Verflechtungen organisationsrechtlich kanalisieren“, nicht aber „schutzrechtlich pönalisieren“ wollte.²⁴⁴

²³⁹ *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221, 226.

²⁴⁰ *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221, 226; *Beck*, Der Konzern 301, 306; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 Rn. 5; *MüKoAktG/Bayer*, § 17 Rn. 26 f.; *Wilsing/von der Linden*, DStR 2012, 1391, 1393.

²⁴¹ *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221, 226.

²⁴² *GroßkommAktG/Hopt/Roth*, § 101 Rn. 59; *Martinek*, WRP 2008, 51, 65 f.; *Timm*, NJW 1987, 977, 979 f.; ähnlich *Wind/Klie*, NZG 2010, 1413, 1415.

²⁴³ *Timm*, NJW 1987, 977, 978; siehe auch *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Vor § 311 Rn. 1; ausführlich zu §§ 20-22 AktG *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 52 Rn. 1 ff.

²⁴⁴ *Mülbert*, ZHR 163 (1999), 1, 30; ablehnend auch *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 53 Rn. 54; *Wind/Klie*, NZG 2010, 1413, 1415.

Außerdem ist ein Abhängigkeitsstigma für Vertreter von Mehrheitsaktionären angesichts der „traditionell wichtigen Rolle“ von Großaktionären in der wirtschaftlichen Realität „kaum angemessen“.²⁴⁵ Nähme man an, dass die Aktionärsminderheit ein Anrecht auf einen Repräsentanten im Aufsichtsrat erhalten soll, käme dies einem Entsendungsrecht gleich. Ein solches soll aber gem. § 101 II AktG nur einem begrenzten Personenkreis, nämlich bestimmten Aktionären oder dem Inhaber bestimmter Aktien, zustehen.²⁴⁶

d) Sinn und Zweck einer Minderheitsvertretung

aa) Lösung eines psychologischen Problems

Das Konzernrecht als Schutzrecht für konzernfremde Aktionäre und Gläubiger der Tochtergesellschaft zu begreifen, ist der Regulierungsansatz der Schutzzwecklehre. Deren Anliegen ist der Schutz des Interesses der Tochtergesellschaft, das sich im Sinne einer Stellvertreterfunktion aus den wirtschaftlichen Einzelinteressen aller Kapitalgeber und damit auch der Minderheitsaktionäre und Gläubiger zusammensetzt.²⁴⁷ Dieser Ansatz darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass Minderheitsaktionäre und Gläubiger keine homogene Interessengruppe darstellen.²⁴⁸ Außerdem ist der Schutz dieser Personengruppen zwar ein „erwünschter Reflex“ der §§ 311 ff. AktG, dass das Hauptanliegen dieser Normen aber der Schutz der abhängigen Gesellschaft selbst ist, zeigt sich daran, dass das Nachteilsausgleichssystem der §§ 311 ff. AktG auch greift, wenn es keine Minderheitsgesellschafter gibt.²⁴⁹

Ein Vorstand der Tochtergesellschaft, der durch einen mit „Vertretern“ der Obergesellschaft besetzten Aufsichtsrat gewählt wurde, steht im Ver-

²⁴⁵ Ringleb/*Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, 4. Aufl. 2010, Rn. 1038 (allerdings widersprüchlich zu Rn. 1041); *Wilsing/Wilsing*, DCGK, Ziff. 5.4.2 Rn. 11; ähnlich *Hüffer*, ZIP 2006, 637, 642.

²⁴⁶ *GroßkommAktG/Hopt/Roth*, § 101 Rn. 60.

²⁴⁷ *Ekkenga*, AG 2013, 181, 182.

²⁴⁸ *Ekkenga*, AG 2013, 181, 182.

²⁴⁹ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 69.

dacht, Ansprüche gegenüber der Obergesellschaft nicht pflichtgemäß zu verfolgen.²⁵⁰ Durch die Einteilung in abhängig und unabhängig klingt die Unterstellung an, dass abhängige Aufsichtsratsmitglieder weniger gut für das Aufsichtsamt geeignet seien, so dass die Mitglieder desselben Gremiums in Gruppen unterschiedlicher Überwachungsqualität eingeteilt werden.²⁵¹ Dieses Misstrauen lässt sich auch als „psychologisches Problem“²⁵² beschreiben. *Flume* spricht von dem „juristischen Urerlebnis, daß eine faktische Abhängigkeit, die rechtlich nicht verfaßt ist, dem Juristen unheimlich ist“.²⁵³ Zur Lösung des psychologischen Problems ist zum einen die Institutionalisierung eines Minderheitsvertreters im Aufsichtsrat gefordert worden.²⁵⁴ Der Minderheitsvertreter soll durch die ihm als Aufsichtsrat zustehenden Informationsrechte ein Informationsdefizit der Minderheitsaktionäre ausgleichen und im Rahmen der präventiven Kontrolle des Vorstands im Sinne der Aktionärsminorität Einfluss auf die Unternehmensführung nehmen.²⁵⁵

Der Grundannahme, dass die vom Mehrheitsaktionär abhängigen Aufsichtsratsmitglieder nur dessen Interessen verträten, lässt sich mit der *Stewardship*-Theorie entgegen, dass sich auch solche Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft besonders verpflichtet fühlen können und man nicht von vornherein ausschließen kann, dass sie das Gesellschaftswohl zu ihrer Handlungsmaxime machen.²⁵⁶

bb) Praktische Bedenken gegen einen obligatorischen Minderheitsvertreter

Aus rein praktischer Sicht stellt sich das Problem, einen geeigneten Minderheitsvertreter zu finden. Die Minderheitsaktionäre stellen keine homo-

²⁵⁰ *Altmeppen*, Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, S. 8 f.

²⁵¹ KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 100 Rn. 58.

²⁵² *Altmeppen*, Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, S. 13.

²⁵³ *Flume*, Gesammelte Schriften, Bd. 2, S. 169, 170.

²⁵⁴ OLG Hamm NJW 1987, 1030.

²⁵⁵ *P. D. Beyer*, Minderheitsvertreter, S. 303.

²⁵⁶ Zur *Stewardship*-Theorie siehe § 2 B.II.2.

gene Gruppe mit gleichgerichteten Interessen dar.²⁵⁷ Das gilt umso mehr für Publikumsgesellschaften.²⁵⁸ Selbst wenn man sich auf einen Vertreter einigen kann, schließt sich die Frage an, was ein Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat überhaupt ausrichten soll.²⁵⁹ So tritt unter anderem *Hommelhoff* für die ausdrückliche Einstufung der von der Obergesellschaft unabhängigen Mitglieder als „Minderheitsvertreter“ ein,²⁶⁰ geht aber gleichzeitig davon aus, dass *sämtliche* Anteilseignervertreter, und damit auch die Minderheitsvertreter, die Aufgabe hätten, die Konzerneinbindung der Tochtergesellschaft sicherzustellen²⁶¹. Wenn sich tatsächlich die Mehrheit der Anteilseignervertreter en bloc für eine Entscheidung einsetzt, könnte ein einziger Minderheitsvertreter das Blatt nicht wenden.²⁶² Schnell wird vergessen, dass ohnehin sämtliche Aufsichtsratsmitglieder bei ihrer Entscheidungsfindung dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind.²⁶³ Wird dagegen eingewandt, dass diese Verpflichtung nur auf dem Papier bestehe und damit noch nichts über die tatsächliche Befolgung aussage, so ist zu bedenken, dass auch der Minderheitsvertreter theoretisch seine Position einseitig zugunsten der Kleinaktionäre ausnutzen könnte. Darüber hinaus bestimmt sich das Ausmaß einer konzerngetreuen Führung der Tochtergesellschaft nach dem Vorstand und nur nachrangig nach der Besetzung des Aufsichtsrats.²⁶⁴

Letztlich lässt sich der Sorge, dass ein Doppelmandatsträger als Organwahrer in der Tochtergesellschaft Nachteilszufügungen durch die Obergesellschaft vertuschen wolle, entgegenhalten, dass gerade ein Doppelmandatsträger, der verantwortungsvolle Positionen in beiden Gesellschaften ausfüllt, die Auswirkungen von Maßnahmen der Obergesellschaft auf die Tochtergesellschaft besonders gut einschätzen und den Ausgleich von

²⁵⁷ *Flume*, Gesammelte Schriften, Bd. 2, S. 169, 176.

²⁵⁸ Die Publikumsgesellschaft stellt die typische Erscheinungsform der AG dar, *Saenger*, Gesellschaftsrecht, Rn. 524; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 4 Rn. 12.

²⁵⁹ GroßkommAktG/*Hopt/Roth*, § 101 Rn. 59.

²⁶⁰ *Hommelhoff*, ZIP 2013, 1645, 1650.

²⁶¹ *Hommelhoff*, ZIP 2013, 1645, 1648.

²⁶² *Altmeppen*, Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, S. 7.

²⁶³ *Diekmann/Bidmon*, NZG 2009, 1087, 1090.

²⁶⁴ *Timm*, NJW 1987, 977, 980.

Benachteiligungen gezielt einfordern kann.²⁶⁵ Außerdem ist die Obergesellschaft grundsätzlich nicht an einer wirtschaftlichen Schwächung der Tochtergesellschaft interessiert, weil dies zugleich einen Wertverlust ihres Anteilsvermögens bedeuten würde.²⁶⁶

cc) Der Finanzexperte als Adressat des Unabhängigkeitspostulats

§ 100 V AktG statuiert das Unabhängigkeitserfordernis nur für dasjenige Aufsichtsratsmitglied, das über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt. Dass gerade der so genannte Finanzexperte in Anlehnung an die Kommissionsempfehlung weder dem Mehrheitsaktionär nahestehen soll noch in den letzten fünf Jahren Vorstand gewesen sein darf, ist rechtspolitisch fragwürdig, zumal ein solcher Amtsträger größere Kenntnisse über das Unternehmen haben wird und eine größere Motivation haben kann, die Rechnungslegung besonders sorgfältig zu prüfen.²⁶⁷

4. Fazit

Der Begriff der Unabhängigkeit fand erst durch die Schaffung von § 100 V im Zuge des BilMoG Eingang in das AktG. Das AktG definiert den Begriff der Unabhängigkeit nicht, laut Gesetzesbegründung zu § 100 V AktG soll jedoch die Kommissionsempfehlung zur Konkretisierung herangezogen werden. Das ist problematisch, zumal laut Anhang II Ziff. 1 lit. d der Kommissionsempfehlung die Unabhängigkeit verneint wird, wenn es sich bei dem Aufsichtsratsmitglied um einen Kontrollaktionär oder dessen Vertreter handelt. § 100 V AktG erhebt Unabhängigkeit zu einer gesetzlichen Eignungsvoraussetzung des Finanzexperten. Durch die Übertragung der Grundsätze der Kommissionsempfehlung läuft dies auf die Etablierung eines Minderheitsvertreters im Aufsichtsrat hinaus.

²⁶⁵ *Altmeppen*, Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, S. 17. Der Hinweis auf die Möglichkeit, dass der Doppelmandatsträger seine Kenntnisse eher zum Nutzen beider Gesellschaften einbringen wird, entspricht der Grundannahme der *Stewardship*-Theorie.

²⁶⁶ So auch *Ekkenga*, AG 2013, 181, 182.

²⁶⁷ *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 100 Rn. 65; ähnlich *Hölters/Simons*, § 100 Rn. 9.

Die Frage, ob ein obligatorischer Minderheitsvertreter geschaffen werden sollte, um dem psychologischen Problem des Misstrauens gegenüber „Vertretern“ des Mehrheitsaktionärs im Aufsichtsrat zu begegnen, ist über die Jahrzehnte hinweg mehrfach diskutiert worden. Dogmatische Form erhielt diese Idee mit der Lehre vom qualifiziert faktischen Aktienkonzern.

Die Etablierung eines obligatorischen Minderheitsvertreters stellt jedoch eine Abkehr von aktienrechtlichen Grundsätzen dar. Das deutsche Konzernrecht basiert auf der Annahme, dass der Mehrheitsaktionär theoretisch alle Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat bestimmen kann. Diese Vermutung liegt § 17 AktG ebenso zugrunde wie das austarierte Kräfteverhältnis im paritätisch besetzten Aufsichtsrat. Außerdem ist die Aktionärsminderheit keineswegs schutzlos gestellt: Ihr stehen zahlreiche Instrumente zur Wahrung ihrer Interessen zur Verfügung, allen voran der Schadensersatzanspruch aus § 317 AktG. Daneben ist die Lehre vom qualifiziert faktischen Konzern obsolet geworden und für das Aktienrecht nicht mehr zu vertreten.

Dass die Gesetzesbegründung zum BilMoG für die Klärung des Unabhängigkeitsbegriffs in § 100 V AktG pauschal auf die Kommissionsempfehlung verweist, begegnet systematischen Bedenken. In Anbetracht insbesondere der konzernrechtlichen Wertungen fügt sich eine Auslegung des § 100 V AktG, die auf die Etablierung eines Minderheitsvertreters hinausläuft, nicht in das AktG ein.

III. Das Unabhängigkeitsverständnis des DCGK

Bevor auf die konkrete Forderung des DCGK nach Unabhängigkeit des Aufsichtsrats eingegangen wird, soll die Rolle des DCGK in der Corporate-Governance-Diskussion kurz skizziert werden.

1. Der DCGK als Dokumentation der Corporate-Governance-Diskussion

Der DCGK wurde von einer Regierungskommission ausgearbeitet und 2002 erstmalig veröffentlicht. Es handelt sich um ein grundsätzlich unverbindliches Regelwerk, dessen Empfehlungen durch die Entsprechenserklärung gem. § 161 I 1 AktG Bindungswirkung entfalten können. Laut § 161 I 1 AktG müssen Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft jährlich erklären, dass sie den Empfehlungen des DCGK entsprechen haben und weiterhin entsprechen oder im Falle von Abweichungen diese begründen (sog. *comply-or-explain*-Prinzip). Fehlerhafte und unterbliebene Entsprechenserklärungen stellen eine Pflichtverletzung des Vorstands bzw. des Aufsichtsrats dar und können zur Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen führen.²⁶⁸ Der DCGK erfährt hierdurch eine gewisse Justiziabilität.

Der Kodex versteht sich laut seiner Präambel als Sammelwerk international und national anerkannter Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung. Seit 2012 gesteht die Präambel des DCGK zu, dass eine gut begründete Abweichung im Interesse einer guten Unternehmensführung liegen kann. Angesichts der Regelungsdichte des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit des DCGK. Hierbei ist zu beachten, dass die anglo-amerikanische Rechts-tradition mit gesetzlichen Regelungen zurückhaltender ist und Kodizes als verlässliche Standards von Investoren geschätzt werden. So macht es sich auch der DCGK laut Präambel zur Aufgabe, das deutsche Corporate Governance System transparent und nachvollziehbar zu machen und das Vertrauen internationaler und nationaler Anleger in die Unternehmensführung zu fördern. Dieses Anliegen ist besonders relevant, da bereits 55% der Aktien deutscher DAX-Unternehmen von ausländischen Investoren gehalten werden.²⁶⁹ Eine Untersuchung der Beteiligungsstruktur der „100 größten Unternehmen“ Deutschlands durch die Monopolkommission

²⁶⁸ So z.B. im Fall *Kirch/Deutsche Bank*, BGHZ 180, 9.

²⁶⁹ *Ernst&Young*, Wem gehört der DAX? Analyse der Aktionärsstruktur der Dax-Unternehmen, Stand 09.05.2013, S. 2.

ergab, dass sich im Jahr 2010 bei einem Viertel dieser Unternehmen die Mehrheit der Aktien in ausländischem Einzelbesitz befand.²⁷⁰ Der DCGK wird teilweise als ein Projekt betrachtet, das internationale Standards und das deutsche Rechtssystem miteinander in Einklang bringen kann und zugleich die Flexibilität bietet, um nationalen Gepflogenheiten gerecht zu werden.²⁷¹

Der DCGK sieht sich vielfacher Kritik ausgesetzt, insbesondere hinsichtlich seiner Verfassungsmäßigkeit und seiner Effizienz. Teilweise wird eine Vereinbarkeit von § 161 I 1 AktG mit dem Demokratieprinzip bezweifelt. Ein Vorwurf lautet, dass § 161 I 1 AktG Empfehlungen, die weisungsfrei von der Kommission ausgearbeitet werden, ohne dass das Parlament Einfluss auf den Inhalt nehmen könne, zu verbindlichen Normen mache.²⁷² Die drohende Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen stellt ein schwer kalkulierbares Risiko für Unternehmen dar. Daher mehren sich Stimmen, die die Anfechtbarkeit wegen eines Verstoßes gegen die Entsprechenserklärung ausschließen wollen.²⁷³ Die Verunsicherung der Anwender wurzelt aus der für den DCGK typischen Verwendung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe. Die mit § 161 I 1 AktG eröffnete gerichtliche Überprüfbarkeit dient damit auch der Konkretisierung der offenen Tatbestände des DCGK durch Fallgruppenbildung in der Rechtsprechung.²⁷⁴

Natürlich kann der Erklärungspflicht gem. § 161 I 1 AktG auch genüge getan werden, indem die Ablehnung eines kodexkonformen Verhaltens bekanntgegeben wird. Der Befolgungsdruck hinsichtlich des Kodex ist somit eher faktischer Natur,²⁷⁵ da ein Unternehmen mit seiner Weigerung den Kodex zu befolgen bei Anlegern den abschreckenden Eindruck erwe-

²⁷⁰ *Monopolkommission*, 19. Hauptgutachten 2010/2011, BT-Drs. 17/10365, S. 166.

²⁷¹ *Florstedt*, ZIP 2013, 337, 344.

²⁷² *Wernsmann/Gatzka*, NZG 2011, 1001, 1007.

²⁷³ *Bachmann*, FS Hoffmann-Becking, S. 75, 87 m.w.N.

²⁷⁴ *Binder*, Regulierungsinstrumente, S. 266.

²⁷⁵ *Wernsmann/Gatzka*, NZG 2011, 1001, 1006.

cken könnte, nicht an guter Corporate Governance interessiert zu sein²⁷⁶. Insofern ist der DCGK darauf ausgelegt, sich den Mechanismus der Marktkontrolle zu eigen zu machen. Ob der Markt Verstöße gegen den DCGK sanktioniert, ist aber bislang noch nicht an Studien belegt worden.²⁷⁷

Anlass zu Kritik bieten auch die jährlichen Reformen des Kodex. Die permanente Überarbeitung des Regelwerks birgt die Gefahr, es zum Instrument gesellschaftspolitischer Bestrebungen (wie z.B. bei den Themen „Vorstandsvergütung“ und „Frauenquote“) zu machen. Der Kodex erhält damit eine gewisse Beliebigkeit und weckt den Verdacht, persönliche Zweckmäßigkeitserwägungen der Regierungskommission in Form von Kodex-Empfehlungen zu präsentieren.²⁷⁸ Die ständigen Änderungen und der wachsende Umfang des Regelwerks könnten den Zweck, eine verständliche Vertrauensgrundlage für Investoren zu schaffen und anerkannte Standards festzuhalten, gerade vereiteln. Außerdem begründet die Regierungskommission ihre Empfehlungen und Anregungen nicht, was jedoch für die Vorstände und Aufsichtsräte, die eine Abweichungserklärung nach § 161 I 1 AktG abgeben müssen, hilfreich wäre.

2. „Unabhängigkeit“ i.S.v. Ziff. 5.4.2 DCGK

Im Gegensatz zu § 100 V AktG begnügt sich der DCGK nicht mit der Forderung nach einem einzigen unabhängigen Finanzexperten: Nach Ziff. 5.3.2 S. 3 DCGK soll der Vorsitzende des Prüfungsausschusses unabhängig sein (wohingegen § 107 IV AktG freistellt, welches Mitglied des Prüfungsausschusses unabhängig ist). Ziff. 5.4.2 S 1 DCGK verlangt, dass dem Aufsichtsrat eine nach seiner Einschätzung angemessene Zahl unabhängiger Mitglieder angehören soll. Nach Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK ist ein Aufsichtsratsmitglied insbesondere dann nicht als unabhängig einzustu-

²⁷⁶ *Binder*, Regulierungsinstrumente, S. 143 f., der aber darauf verweist, dass es noch nicht empirisch erwiesen ist, ob die Entsprechenserklärung tatsächlich eine solche Anreizwirkung hat.

²⁷⁷ *Binder*, Regulierungsinstrumente, S. 223.

²⁷⁸ *Spindler*, NZG 2011, 1007 f.

fen, wenn es in einer persönlichen oder einer geschäftlichen Beziehung zu der Gesellschaft, deren Organen, einem kontrollierenden Aktionär oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen steht, die einen wesentlichen und nicht nur vorübergehenden Interessenkonflikt begründen kann. Hervorzuheben ist zunächst, dass es sich bei dieser Auflistung um Regelbeispiele handelt. Ferner sollen nicht nur tatsächliche, sondern schon potentielle Interessenkonflikte („begründen kann“) der Unabhängigkeit entgegenstehen. Beziehungen zur Aktionärsseite und zur Gesellschaft werden ausdrücklich als abhängigkeitsbegründend eingestuft. Als einschränkendes Kriterium müssen die zu erwartenden Interessenkonflikte jedoch „wesentlich und nicht nur vorübergehend“ sein. „Wesentlich“ soll ein Interessenkonflikt sein, wenn er bei typisierender Betrachtung die ernsthafte Gefahr begründet, sich auf die Entscheidungsfindung des Aufsichtsratsmitglieds auszuwirken.²⁷⁹ Dass schon ein potentieller anstelle eines tatsächlichen Interessenkonflikts ausreichen soll, wird damit begründet, dass das Vorliegen eines tatsächlichen Konflikts für den Kapitalmarkt, dessen Schutz der DCGK gerade dient, oft nicht erkennbar sei.²⁸⁰ Außerdem sei es schwer nachweisbar, dass eine geschäftliche oder persönliche Beziehung im konkreten Fall den Anreiz zu einer Pflichtverletzung bietet.²⁸¹ Eine weite Auslegung des Begriffs des Interessenkonflikts fördere – auch, wenn sie nicht jedem Einzelfall gerecht werde – die Rechtssicherheit und das Ziel, Interessenkonflikte möglichst weitgehend zu erfassen.²⁸² Mitunter wird dem Kodex ein engerer Regelungszweck unterstellt: Der Unabhängigkeitsbegriff des DCGK meine nicht die Freiheit von jeglichen signifikanten Interessenkonflikten und solle die Gesellschaft nicht vor jedem Missbrauch des Aufsichtsratsmandats zur Verfolgung eigener oder fremder Einzelinteressen bewahren, sondern nur vor der Gefahr eines Kontrolldefizits durch Abhängigkeiten vom Vorstand und kontrollierenden Aktionär.²⁸³ Ein derart begrenzter Schutzzweck lässt sich dem DCGK je-

²⁷⁹ *Hasselbach/Jakobs*, BB 2013, 643, 646.

²⁸⁰ *Florstedt*, ZIP 2013, 337, 339.

²⁸¹ *Hasselbach/Jakobs*, BB 2013, 643, 645.

²⁸² *Hasselbach/Jakobs*, BB 2013, 643, 645.

²⁸³ *Stephanblome*, NZG 2013, 445, 446.

doch nicht klar entnehmen, zumal Ziff. 5.4.2 S. 2 nur Regelbeispiele enthält.

An den Begriff der „Wesentlichkeit“ ist nicht nur die Bestimmung der Unabhängigkeit geknüpft, sondern auch die Empfehlung zur Mandatsniederlegung. Laut Ziff. 5.5.3 S. 2 DCGK sollen wesentliche und nicht nur vorübergehende Interessenkonflikte in der Person eines Aufsichtsratsmitglieds zur Beendigung des Mandats führen. Der BGH setzt für einen im Sinne von Ziff. 5.5.3 S. 2 DCGK wesentlichen Interessenkonflikt voraus, dass es zu „breitflächigen Auswirkungen auf weite Teile der Organtätigkeit“ kommt.²⁸⁴

Der DCGK legt zwar fest, wann eine Unabhängigkeit zu verneinen ist, überlässt es aber dem Aufsichtsrat selbst einzuschätzen, welcher Anzahl an unabhängigen Mitgliedern er bedarf.

3. „Angemessene Anzahl“ i.S.v. Ziff. 5.4.2 DCGK

Gem. Ziff. 5.4.2 S. 1 DCGK soll dem Aufsichtsrat eine „nach seiner Einschätzung angemessene“ Zahl unabhängiger Mitglieder angehören. Während die Unabhängigkeitskriterien des DCGK keinen Ermessensspielraum eröffnen, kann den individuellen Bedürfnissen der jeweiligen Gesellschaft über die Bestimmung der angemessenen Anzahl Rechnung getragen werden. Kriterien für die Einschätzung können die Gesamtzahl der Aufsichtsratsmitglieder, die mitbestimmungsrechtlichen Erfordernisse, das Vorhandensein eines Mehrheitsaktionärs sowie die Größe des Streubesitzes und der Börsenindex sein.²⁸⁵ Bei konzernfreundlicher Betrachtung nimmt man großzügig in Kauf, dass börsennotierte abhängige Gesellschaften deutlich weniger unabhängige Aufsichtsratsmitglieder haben, weil typischerweise Vertreter des kontrollierenden Unternehmens Aufsichtsratsmandate wahrnehmen.²⁸⁶ Rollenkonflikte würden in diesen Konstellationen über das Konzernrecht geregelt.²⁸⁷

²⁸⁴ BGH NJW 2009, 2207, 2210.

²⁸⁵ *Stephanblome*, ZIP 2013, 1411, 1412.

²⁸⁶ *Kremer/v. Werder*, AG 2013, 340, 346.

²⁸⁷ *Kremer/v. Werder*, AG 2013, 340, 346.

Wenngleich Ziff. 5.4.2 S 1 DCGK dem Aufsichtsrat Ermessen darüber einräumt, wie viele unabhängige Mandatsträger angemessen sein sollen, werden dennoch objektive Kriterien vorgeschlagen, um das Ermessen zu reduzieren. Bis zur Kodex-Novelle von 2012 sprach der DCGK nicht von einer „angemessenen“, sondern von einer „ausreichenden“ Anzahl unabhängiger Mitglieder. Hierzu wurde vertreten, der Aufsichtsrat sei ausreichend unabhängig, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende, die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder und der Vorsitzende des Prüfungsausschusses unabhängig seien.²⁸⁸ Nach Einschätzung von *Hasselbach/Jakobs* soll in einem Unternehmen, in dem mindestens 20% des Grundkapitals von Minderheitsaktionären gehalten werden, mindestens die Hälfte der Anteilseignervertreter unabhängig sein.²⁸⁹ Für Familienunternehmen und andere Gesellschaften mit geringem Streubesitz wird es als in der Regel angemessen betrachtet, wenn ein Drittel der Anteilseignerseite mit unabhängigen Mandatsträgern besetzt ist.²⁹⁰

Ziff. 5.3.2 S. 3 DCGK sieht zwar vor, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses unabhängig sein soll, und macht insofern eine ermessenslenkende Vorgabe. Die weitere Umsetzung des Unabhängigkeitserfordernisses bleibt jedoch ausdrücklich dem Aufsichtsratsgremium selbst überlassen. Diesen Spielraum wiederum objektiv eindämmen zu wollen widerspricht dem Ansatz des Kodex, auf der einen Seite strikte Vorgaben zur Unabhängigkeitsdefinition zu machen, dies aber auf der anderen Seite durch die Möglichkeit zur Einzelfallentscheidung darüber, wie viele unabhängige Mitglieder das jeweilige Gremium braucht, abzuschwächen. Eine Objektivierung dessen, was angemessen i.S.v. Ziff. 5.4.2 S. 1 DCGK ist, ist daher abzulehnen. Stattdessen muss es dem Aufsichtsrat unbenommen bleiben, flexibel auf die jeweiligen Umstände in der Gesellschaft eingehen zu können und für sich selbst festzulegen, was angemessen ist.

²⁸⁸ *Kehler*, Unabhängigkeit, S. 175.

²⁸⁹ *Hasselbach/Jakobs*, BB 2013, 643, 650; im Ergebnis ebenso *Roth*, WM 2012, 1985, 1988.

²⁹⁰ *Hasselbach/Jakobs*, BB 2013, 643, 650; *Roth*, WM 2012, 1985, 1988.

4. Einfluss des anglo-amerikanischen Corporate-Governance-Verständnisses auf den DCGK

a) Die Struktur des anglo-amerikanischen Boards

Das ausufernde Unabhängigkeitsverständnis des DCGK erklärt sich aus dem Einfluss des anglo-amerikanischen Board-Systems, in dem das Merkmal der Unabhängigkeit als Lösung von Corporate-Governance-Problemen propagiert wird.²⁹¹ Im Gegensatz zum dualen System des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts, in dem Unternehmensleitung und ihre Kontrolle durch zwei unterschiedliche Organe (Vorstand und Aufsichtsrat) wahrgenommen werden, ist das anglo-amerikanische Gesellschaftsrecht durch das monistische *Board*-System geprägt. Rechtsquellen für das US-amerikanische *Board of Directors* enthalten das einzelstaatliche Gesellschaftsrecht, vereinzelte Bundesgesetze wie der *Sarbanes-Oxley Act* von 2002 und das Kapitalmarktrecht.²⁹²

Das *Board of Directors* nimmt als zentrales Verwaltungsorgan zugleich die Funktion von Aufsichtsrat und Vorstand wahr und setzt sich aus geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Direktoren zusammen.²⁹³ Insofern lässt sich das *Board* in das geschäftsführende *Executive Board* und das mit der Kontrolle betraute *Supervisory Board* unterteilen.²⁹⁴ Während § 105 I AktG für die deutsche Aktiengesellschaft die Inkompatibilität von Vorstands- und Aufsichtsratsmandat anordnet, ist es im monistischen *Board* möglich und in 80% großer US-Unternehmen sogar üblich, dass der dem Vorstandsvorsitzenden vergleichbare *Chief Executive Officer* (*CEO*) zugleich das dem Aufsichtsratsvorsitzenden entsprechende Amt des *Chairman of the Board* ausübt.²⁹⁵ Damit kann der *CEO* Einfluss auf

²⁹¹ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1002; Bürgers/Schilha, AG 2010, 221, 229; Wind/Klie, NZG 2010, 1413, 1415; Wilsing/von der Linden, DStR 2012, 1391, 1392; Wilsing/Wilsing, DCGK, Ziff. 5.4.2 Rn. 2.

²⁹² Rieder/Holzmann, AG 2010, 570, 571.

²⁹³ Balsmeier/Buchwald/Peters, JBNST, Bd. 230/5, 547, 554.

²⁹⁴ Cromme, FS Hoffmann-Becking, S. 283, 285.

²⁹⁵ Balsmeier/Buchwald/Peters, JBNST, Bd. 230/5, 547, 554; Adams/Hermalin/Weisbach, Journal of Economic Literature 2010, 58, 81.

seine Wiederwahl nehmen. Dem *Board* eines börsennotierten US-Unternehmens müssen mindestens drei Personen angehören.²⁹⁶ Eine Untersuchung der *Boards* der 500 größten börsennotierten US-Unternehmens ergab, dass diesem Organ im Jahr 2012 durchschnittlich 10,7 Personen angehörten, die 8,3 Sitzungen im Jahr abhielten.²⁹⁷ Zum Zweck empirischer Erhebungen werden die Mandatsträger mitunter in *inside* und *outside directors* unterteilt, je nachdem, ob sie hauptberuflich im jeweiligen Unternehmen arbeiten oder schwerpunktmäßig außerhalb des Unternehmens beruflich tätig sind.²⁹⁸ Obgleich alle *directors* zu demselben Organ gehören, finden sich Anlehnungen an das dualistische Unternehmensmodell: So werden Aufsichtsratsausschüssen ähnliche *audit committees* eingerichtet, die mit konkreten Überwachungsaufgaben betraut sind.²⁹⁹

In den USA werden keine gesetzlichen Qualifikationsanforderungen an Mandatsträger gestellt.³⁰⁰ Eine Durchführungsverordnung der *Securities and Exchange Commission* (SEC) zu Sec. 407 *Sarbanes-Oxley Act* sieht vor, dass börsennotierte Unternehmen offenlegen müssen, ob ihrem Prüfungsausschuss mindestens ein Finanzexperte angehört.³⁰¹ Ein Kernthema der Corporate-Governance-Diskussion in den USA ist die Forderung nach unabhängigen *Board*-Mitgliedern. Unabhängigkeitskriterien werden z.B. durch die *SEC Rules* und das *NYSE Listed Company Manual* aufgestellt. Laut Section 303A.01 des *NYSE Listed Company Manual* muss die Mehrheit der *Board*-Mitglieder unabhängig sein.³⁰² Insgesamt ist festzustellen, dass die angloamerikanischen Corporate Governance Kodizes vornehmlich Unabhängigkeitskriterien anhand von Regelbeispielen niederlegen, während der DCGK eher unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet.³⁰³ Ne-

²⁹⁶ Mizruchi, *Annu. Rev. Sociol.* 1996, 271, 272.

²⁹⁷ Spencer Stuart Board Index 2012, S. 62, abrufbar unter http://content.spencerstuart.com/sswebsite/pdf/lib/Spencer-Stuart-US-Board-Index-2012_06Nov2012.pdf (Stand: 20.08.2014).

²⁹⁸ Adams/Hermalin/Weisbach, *Journal of Economic Literature* 2010, 58, 80.

²⁹⁹ Lieder, *Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit*, S. 641.

³⁰⁰ Rieder/Holzmann, *AG* 2010, 570, 574.

³⁰¹ Rieder/Holzmann, *AG* 2010, 570, 574.

³⁰² Abrufbar unter: http://nysemanual.nyse.com/LCMTTools/PlatformViewer.asp?selectednode=chp_1_4_3&manual=%2Fflcm%2Fsections%2Fflcm-sections%2F (Stand: 20.08.2014).

³⁰³ S. Beyer, *Unabhängigkeit*, S. 80 f.; Binder, *Regulierungsinstrumente*, S. 265.

ben der mangelnden Unabhängigkeit in Boards wird auch die Personalunion von *CEO* und *Chairman of the Board* zunehmend kritisiert.³⁰⁴ Nach anglo-amerikanischem Verständnis verbessern unabhängige *Board*-Mitglieder die Unternehmensführung. Dies erklärt sich aus der von deutschen Unternehmen abweichenden Anteilseignerstruktur. Im Vereinigten Königreich verfügen weniger als 15% der börsennotierten Gesellschaften über einen Aktionär, der mind. 25% der Stimmrechte hält.³⁰⁵ Ein solcher Aktionär hätte jedoch genug Anreiz dazu, die Geschäftsleitung zu kontrollieren. Die Aufgabe, Aktionärsinteressen zu verteidigen, kommt in Ermangelung eines Großaktionärs, der selbst Druck ausüben kann, im anglo-amerikanischen System den von der Geschäftsleitung unabhängigen *Board*-Mitgliedern zu.³⁰⁶ Eine Untersuchung des Personalberatungsunternehmens *Spencer Stuart* ergab, dass im Jahr 2012 84% der *Board*-Mitglieder in den 500 größten börsennotierten US-Unternehmen unabhängig waren.³⁰⁷

Ob unabhängige *Board*-Mitglieder tatsächlich die Unternehmensführung verbessern, ist empirisch jedoch nicht erwiesen.³⁰⁸ Dass zahlreiche Studien keinen positiven Zusammenhang zwischen der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern und dem Unternehmenserfolg feststellen konnten, beeindruckt Förderer des Unabhängigkeitspostulats wenig: die Wertsteigerung von Aktien sei nicht das einzige Ziel der Unabhängigkeit; wichtiges Anliegen sei insbesondere die Verhinderung von Unternehmensskandalen.³⁰⁹ Die Forderung nach mehr Unabhängigkeit von Aufsichtsräten lässt sich vom monistischen System nicht unbesehen auf das dualistische übertragen, zumal der Aufsichtsrat im dualistischen System strukturell schon recht weit von den unternehmerischen Entscheidungsprozessen und Abläufen entfernt ist und insofern die Beurteilungsfähig-

³⁰⁴ Rieder/Holzmann, AG 2010, 570, 576 m.w.N.

³⁰⁵ Johanson/Østergren, CG: An International Review 2010, 527, 532 m.w.N.

³⁰⁶ Vgl. Johanson/Østergren, CG: An International Review 2010, 527, 529.

³⁰⁷ Spencer Stuart Board Index 2012, S. 8 (s.o. § 9 Fn. 297).

³⁰⁸ Johanson/Østergren, CG: An International Review 2010, 527, 529 m.w.N.; S. Beyer, Unabhängigkeit, S. 88 f.

³⁰⁹ S. Beyer, Unabhängigkeit, S. 90.

keit des Aufsichtsrats erhalten bleiben muss.³¹⁰ Außerdem werden Arbeitnehmer nach anglo-amerikanischem Verständnis grundsätzlich als abhängig bezeichnet. Auch hieran zeigt sich, dass eine Orientierung an internationalen Corporate-Governance-Vorgaben in Deutschland umsichtig erfolgen muss, zumal die Gewichtung der Unabhängigkeit im Aufsichtsrat das Mitbestimmungsrecht berücksichtigen muss.

b) Exkurs: Das monistische Modell als Alternative in der SE

In der Geschichte des deutschen Aktienrechts ist mehrfach die Frage aufgeworfen worden, ob ein die Trennung von Aufsichtsrat in Vorstand beibehalten werden soll. Der Gesetzgeber des ADHGB von 1884 sah in der Verschmelzung der beiden Organe eine wesentliche Gefahr für das Gesellschaftsinteresse, da es dem zugleich mit der Geschäftsführung betrauten Kontrollorgan an der nötigen Unparteilichkeit und Selbständigkeit mangle, um die Rechte der Gesellschaft zu wahren.³¹¹ Im Jahr 1924 diskutierte der Deutsche Juristentag, ob das monistische Führungsmodell übernommen werden solle. Diese Idee wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die Verantwortlichkeit im *Board* nicht klar verteilt sei und dass die Kollegialität der *Board*-Mitglieder diesen erschwere, sich gegenseitig zu überwachen.³¹² Mit der Einführung der Rechtsform der SE steht es deutschen Unternehmen heute frei, in der Satzung vom dualistischen System abzuweichen und einen Verwaltungsrat gem. §§ 20 ff. SEAG zu etablieren. Gem. § 22 I 1 SEAG leitet der Verwaltungsrat die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung. Ab einem Grundkapital von mehr als 3 Millionen Euro muss der Verwaltungsrat aus mindestens drei Personen bestehen (§ 23 I SEAG). Der Verwaltungsrat setzt sich aus geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Direktoren zusammen, wobei die letztgenannte Gruppe die

³¹⁰ Börsig/Löbke, FS Hoffmann-Becking, S. 125, 135; Bürgers/Schilha, AG 2010, 221, 229; Wind/Klie, NZG 2010, 1413, 1415.

³¹¹ Allgemeine Begründung des Entwurfs zum ADHGB 1884, abgedruckt in: Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 460.

³¹² Lutter, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 398 f. m.w.N.

Mehrheit stellen muss (§ 40 I SEAG). Wie ihre Bezeichnung schon sagt, sind allein die geschäftsführenden Direktoren zur Geschäftsführung berechtigt (§ 40 II 1 SEAG) und vertreten die Gesellschaft (§ 41 SEAG). In dieser Spaltung zwischen geschäftsführenden Direktoren und restlichem Verwaltungsrat zeigt sich, dass eine gewisse duale Führungsstruktur auch bei der Wahl des monistischen Modells erhalten bleibt.

Obwohl inzwischen die Rechtsform der SE zur Verfügung steht, werden rechtspolitische Vorschläge gemacht, die deutsche Aktiengesellschaft neu zu konzipieren. *Baums* zweifelt an der Wettbewerbsfähigkeit der AG und vertritt, dass sie an praktische Bedürfnisse angepasst werden müsse.³¹³

Strukturelle Änderungen der deutschen AG hätten den Vorteil, dass sie anders als bei der Ausgestaltung der SE keine EU-Vorgaben umsetzen müssten. Insbesondere sollte auf die im Falle der SE noch vorhandenen zwingenden dualistischen Elemente in dem monistischen Aufbau verzichtet werden. Stattdessen sollte auch das unitarische monistische Modell zur Wahl stehen, das sich dadurch auszeichnet, dass sämtliche Leitungs-, Überwachungs- und Geschäftsführungsaufgaben dem Verwaltungsrat als Gesamtorgan obliegen.³¹⁴

Der engagierte Vorschlag, das Konzept der Aktiengesellschaft grundlegend zu ändern, dürfte sich in absehbarer Zeit nicht umsetzen lassen. Das AktG ist traditionell gewachsen und recht unflexibel. Revolutionäre Ideen finden zwar im Soft Law (wie dem DCGK) Gehör, im AktG jedoch nur leisen Widerhall. Das zeigt sich z.B. an dem Unabhängigkeitsbegriff, der zu den wichtigsten Forderungen des DCGK gehört, im AktG allerdings nur äußerst zurückhaltend in § 100 V verwendet wird.

5. Kritik am Unabhängigkeitsverständnis des DCGK

a) Abhängigkeit auf Aktionärsseite

Die Empfehlungen des DCGK reiben sich vielfach mit Prinzipien des Ak-

³¹³ *Baums*, GS Gruson, S. 1, 6.

³¹⁴ Zur Erläuterung des unitarischen monistischen Modells *Baums*, GS Gruson, S. 1, 21 ff.

tenrechts. Bemerkenswert an Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK ist die erst seit 2012 erfasste Abhängigkeit auf Aktionärsseite. Damit greift der Kodex den Konflikt zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären auf. In der Corporate-Governance-Forschung wird dieses Spannungsverhältnis als *principal-principal agency conflict* bezeichnet.³¹⁵ Da in europäischen Unternehmen die Konzentration von Anteilseigentum üblich ist, soll der Konflikt zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären in Europa ein praktisch viel bedeutsameres Problem als der Prinzipal-Agent-Konflikt zwischen Vorstand und Anteilseignern darstellen.³¹⁶

aa) Vor der DCGK-Regelung: Der Fall „Continental/Schaeffler“

Bevor Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK sich klar zur Abhängigkeit auf Aktionärsseite äußerte, setzte die Rechtsprechung sich mit dieser Problematik auseinander. In der Entscheidung „Continental/Schaeffler“³¹⁷ befasste sich das LG Hannover mit der Frage, ob Beziehungen in Betracht kommender Aufsichtsratsmitglieder zum Mehrheitsaktionär einen für das Gesellschaftswohl schädlichen Interessenkonflikt begründen. Konkret handelte es sich um einen Aufsichtsratskandidaten der Continental AG, der zugleich als Rechtsberater für deren Mehrheitsaktionär, die Schaeffler Gruppe, tätig war. Das LG Hannover stellte fest, dass „der Konzernkonflikt für sich genommen eine Pflicht zur Mandatsniederlegung nicht zu begründen“ vermag.³¹⁸ Wenn daher die Entsendung des gesetzlichen Vertreters des herrschenden Unternehmens in den Tochteraufsichtsrat grundsätzlich zulässig sei, gelte dies auch für den Berater des herrschenden Unternehmens.³¹⁹ Das LG Hannover bejahte zwar die Gefahr einer gravierenden Pflichtenkollision, ging aber davon aus, dass sich diese mithilfe der bestehenden Investorenvereinbarung auflösen lasse.³²⁰ Ein Jahr später bestätigte das LG Hannover dennoch die Anfechtungsklage des Hauptversammlungsbeschlusses, mit dem die Aufsichts-

³¹⁵ Vgl. *Renders/Gaeremynck*, CG: An International Review 2012, 125.

³¹⁶ *Renders/Gaeremynck*, CG: An International Review 2012, 125, 126.

³¹⁷ LG Hannover ZIP 2009, 761.

³¹⁸ LG Hannover ZIP 2009, 761, 763.

³¹⁹ LG Hannover ZIP 2009, 761, 763.

³²⁰ LG Hannover ZIP 2009, 761, 763.

ratsmitglieder gewählt worden waren.³²¹ Der Grund hierfür war die fehlerhafte Entsprechenserklärung nach § 161 AktG, da keine Abweichung von Ziff. 5.4.1 S. 2 (der Beachtung von „potenziellen Interessenkonflikten“ bei Vorschlägen zur Aufsichtsratswahl) erklärt worden sei.

bb) Mangelnde Bestimmtheit des Kontrollbegriffs

Der Kodex verneint inzwischen in Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds im Falle einer persönlichen oder einer geschäftlichen Beziehung zu einem kontrollierenden Aktionär oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen. Hieran stört zunächst die mangelnde Bestimmtheit. Der DCGK legt nicht fest, ab wann ein Aktionär als „kontrollierend“ einzustufen ist. Der DCGK unterscheidet zwischen einer „wesentlichen“ und einer „kontrollierenden“ Beteiligung. Eine wesentliche Beteiligung wird laut Ziff. 5.4.1 Abs. 6 DCGK mit dem direkten oder indirekten Besitz von 10% der stimmberechtigten Anteile erlangt. Eine kontrollierende Beteiligung i.S.v. Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK muss demgemäß darüber liegen. Um die Einordnung als kontrollierende Beteiligung zu erleichtern, werden verschiedene Modelle angeboten. Ein Vorschlag empfiehlt die Übertragung des in § 29 II WpÜG niedergelegten Schwellenwerts i.H.v. 30%. Gegen diese Übertragung spricht aber, dass WpÜG und DCGK unterschiedliche Regelungsziele haben: Der DCGK will sicherstellen, dass der einflussreiche Aktionär sein Stimmgewicht nicht dazu benutzt, Aufsichtsräte an der gewissenhaften und unabhängigen Ausübung ihrer Kontrollaufgabe zu hindern. Das WpÜG wurde geschaffen, um Unternehmensübernahmen zu regulieren und die Aktionäre der Zielgesellschaft vor einer Benachteiligung durch den Bieter, beispielsweise durch Zeit- und Entscheidungsdruck, zu schützen.³²² Außerdem muss die für den DCGK bedeutsame faktische Einwirkungsmöglichkeit nicht mit dem Erreichen eines starren Schwellenwerts der Stimmrechte zusammenfallen.³²³ Ist die Hauptversammlungspräsenz generell niedrig, kann ein

³²¹ LG Hannover NZG 2010, 744.

kontrollierender Einfluss auch mit einem Stimmanteil von deutlich unter 50% ausgeübt werden.³²⁴

Einem anderen Vorschlag zufolge soll der kontrollierende Aktionär anhand der Definition in Anhang II Ziff. 1d) der EU-Empfehlung bestimmt werden.³²⁵ Dort wird auf Art. 1 I der Siebten Richtlinie 83/349/EWG des Rates verwiesen. Nach Art. 1 I d) aa) der Richtlinie gilt ein Aktionär auch dann als kontrollierend, wenn er im letzten Geschäftsjahr allein durch die Ausübung seiner Stimmrechte die Mehrheit des Aufsichtsrats besetzt hat.

cc) Repräsentationsfunktion des Aufsichtsrats

Angesichts der „historischen Funktion des Aufsichtsrats als Aktionärsausschuss“³²⁶ überzeugt das Bestreben des DCGK nicht, Anteilseignervertreter als abhängig zu stigmatisieren und ihren Anteil an Mandatsträgern zu drücken. Der Aufsichtsrat soll als Agent der Aktionäre gerade sicherstellen, dass der Vorstand im Sinne der Aktionäre handelt. Neben der Überwachungsfunktion hat der Aufsichtsrat also auch eine Repräsentationsfunktion³²⁷ sowie eine Beratungsfunktion³²⁸ inne. Die Repräsentationsfunktion wird durch das neue Unabhängigkeitsverständnis ausgehöhlt. Insbesondere ist das Kontrollbedürfnis der Anteilseigner als wirtschaftlicher Risikoträger anzuerkennen und wird als Eigentumsposition grundrechtlich von Art. 14 GG geschützt.³²⁹ Zur eigentumsrechtlichen Dimen-

³²² Geibel/Süßmann/Zehetmeier-Müller/Zirngibl, WpÜG, Einl Rn. 24.

³²³ Hasselbach/Jakobs, BB 2013, 643, 648; Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1013.

³²⁴ Kremer/v. Werder, AG 2013, 340, 344; Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1013; ebenso Nowak, Unabhängigkeit, S. 176.

³²⁵ Hasselbach/Jakobs, BB 2013, 643, 648.

³²⁶ Rubner/Fischer, NJW-Spezial 2012, 399; Bürgers/Schilha, AG 2010, 221, 225; Habersack, ZHR 168 (2004), 373, 378; Lieder, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, S. 808; Diekmann/Bidmon, NZG 2009, 1087, 1090.

³²⁷ Dreher, JZ 1990, 896, 899; Raiser, ZGR 1978, 391, 401; Nowak, Unabhängigkeit, S. 71 f.

³²⁸ Saenger, Gesellschaftsrecht, Rn. 595; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 15 Rn. 2; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 20; Gofferje, Unabhängigkeit, S. 244.

³²⁹ v. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer, GG, Art. 14 Rn. 142; Diekmann/Bidmon, NZG 2009, 1087, 1090; Bürgers/Schilha, AG 2010, 221, 226; Habersack, ZHR 168 (2004), 373, 378; Lieder, NZG 2005, 569, 571 f.; Martens, ZHR 159 (1995), 567, 587; Marti-

sion der Aufsichtsratsbesetzung äußerte sich das BVerfG³³⁰ in seiner Entscheidung zum Mitbestimmungsrecht. Laut BVerfG ist unternehmerische Mitbestimmung nur soweit verfassungsmäßig, sofern sie „nicht dazu führt, dass über das im Unternehmen investierte Kapital gegen den Willen aller Anteilseigner entschieden werden kann, wenn diese nicht auf Grund der Mitbestimmung die Kontrolle über die Führungsauswahl im Unternehmen verlieren und wenn ihnen das Letztentscheidungsrecht belassen wird“³³¹. Auch der Kontrollverlust der Anteilseigner aufgrund eines rigiden Unabhängigkeitsverständnisses muss daran zu messen sein.³³² Außerdem kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass Minderheitsaktionäre sich mit dem Erwerb einer kleineren Kapitalbeteiligung bewusst in die Möglichkeit fügen, dass die Geschicke der Gesellschaft von dem Mehrheitsinteresse gelenkt werden.³³³ Selbiges gilt für Aktionäre einer bislang unabhängigen AG, über die ein Aktionär übernahmerechtlich die Kontrolle übernimmt. Bleiben die Aktionäre trotz Pflichtangebot in der Gesellschaft, ist ihnen die baldige faktische Konzernierung bewusst.³³⁴

dd) Entschärfung des Prinzipal-Agent-Konflikts

Dass der Kontrolleigentümer durch „eigene Leute“ überwachen kann, wie der Vorstand mit seinem Anteilseigentum umgeht, entschärft den Prinzipal-Agent-Konflikt deutlich und wirkt einem Überwachungsdefizit (das die Unabhängigkeitsforderung verhindern soll) doch gerade entgegen.³³⁵ Deshalb wird auch vorgetragen, mit „Unabhängigkeit“ könne nur die Unabhängigkeit vom Vorstand gemeint sein.³³⁶ Wenn man überhaupt von

nek, WRP 2008, 51, 66; Auf die wirtschaftliche Risikotragung verweist auch *Kehler*, Unabhängigkeit, S. 122.

³³⁰ BVerfGE 50, 290.

³³¹ BVerfGE 50, 290, 350.

³³² So auch *Gofferje*, Unabhängigkeit, S. 249 f.

³³³ *P. D. Beyer*, Minderheitsvertreter, S. 374.

³³⁴ *Hommelhoff*, ZIP 2013, 1645, 1648.

³³⁵ *Kehler*, Unabhängigkeit, S. 122; ebenso *Renders/Gaeremynck*, CG: An International Review 2012, 125, 126; *Li/Harrison*, Corporate Governance 2008, 607, 610.

³³⁶ *Seibert*, FS Hommelhoff, S. 1111, 1116; *Lutter*, EuZW 2009, 799, 804; *Gofferje*, Unabhängigkeit, S. 247 f.

Abhängigkeit sprechen will, ist der Vorstand vom Großaktionär abhängig, nicht umgekehrt.³³⁷

ee) Praktischer Bedarf und realistischer Mehrwert

Schon die praktische Notwendigkeit der Institutionalisierung von unabhängigen Vertretern lässt sich bezweifeln, zumal sich in der Praxis prominente Beispiele für die freiwillige Besetzung der Anteilseignerbank mit unabhängigen Mitgliedern finden.³³⁸ Bei realistischer Betrachtung muss man sich bewusst machen, wie „unabhängig“ Anteilseignervertreter überhaupt sein können: Auch wenn ein kontrollierender Aktionär unabhängige Aufsichtsratsmitglieder i.S.d. DCGK wählt, handelt es sich immer noch um seine Wahlentscheidung und er kann (bei entsprechend abgesenktem Mehrheitserfordernis nach § 103 I AktG) für die Abberufung der gewählten Mitglieder sorgen.³³⁹ Das beliebte Argument, Vertreter des kontrollierenden Aufsichtsrats verhielten sich in dessen Sinne, um nicht abberufen zu werden, kann damit auch gegen die i.S.d. DCGK „unabhängigen“ Mandatsträger geltend gemacht werden.³⁴⁰

ff) Ein „weltweit etablierter Mindeststandard“?

Florstedt behauptet, eine Beschränkung des Einflusses des Mehrheitsaktionärs entspreche dem „weltweit etablierten Mindeststandard“.³⁴¹ Zur Unterstützung dieser These kann man den schwedischen Corporate Governance Code heranziehen, demzufolge mindestens zwei der vom Vorstand unabhängigen *Board*-Mitglieder auch vom Mehrheitsaktionär unabhängig sein müssen.³⁴² Als Mehrheitsaktionär gelten in diesem Sinne Anteilseig-

³³⁷ *Lutter*, EuZW 2009, 799, 804.

³³⁸ *Stephanblome*, NZG 2013, 445, 448 verweist auf Beiersdorf AG, Henkel AG & Co. KGaA, Metro AG und Wacker Chemie AG.

³³⁹ *Stephanblome*, NZG 2013, 445, 448.

³⁴⁰ *Stephanblome*, NZG 2013, 445, 448.

³⁴¹ *Florstedt*, ZIP 2013, 337, 338.

³⁴² Schwedischer Corporate Governance Code Ziff. 4.5 S. 1; abrufbar unter: http://www.corporategovernanceboard.se/media/45322/svenskkodbolagsstyrn_2010_eng_korrigerad20110321.pdf (Stand: 20.08.2014).

ner, die direkt oder indirekt mindestens 10% der Anteile oder Stimmrechte in der Gesellschaft halten.³⁴³ Gegen die Einordnung als „weltweit etablierten Mindeststandard“ spricht, dass sich das Unabhängigkeitspostulat hierzulande als angelsächsischer Exportschlager darstellt, in jener Rechtsordnung aber dem Mehrheitsaktionär gerade kein so ausgeprägtes Misstrauen entgegengebracht wird wie in der deutschen Corporate-Governance-Diskussion. Beispielsweise sehen die *NYSE listing standards* von der Forderung nach einer überwiegenden Besetzung des *Boards* mit unabhängigen Mitgliedern ab, wenn es sich um eine Gesellschaft mit einem Mehrheitsaktionär, der über 50% der Anteile hält, handelt.³⁴⁴ Die *NASDAQ listing rules* stellen ausdrücklich klar, dass Aktienbesitz an sich nach Auffassung der *NASDAQ* nicht der Unabhängigkeit entgegensteht.³⁴⁵ Dem lässt sich die Wertung entnehmen, dass keine Unabhängigkeit vom Mehrheitsaktionär, sondern vom Vorstand anvisiert wird. *Florstedt* selbst gesteht ein, dass der als Reaktion auf die Finanzmarktkrise geschaffene US-amerikanische *Dodd-Frank Act* inzwischen den Aktionärs Einfluss stärken und auch der britische *Stewardship-Code* die aktivere Einflussnahme institutioneller Anleger fördern will.³⁴⁶ Die Begrenzung des Einflusses von Großaktionären ist daher keineswegs weltweit etabliert.

gg) Auswirkungen auf das Konzernrecht

(1) Entwertung des Hauptinstruments der Konzernsteuerung

Besonders folgenreich ist die Eindämmung des Einflusses kontrollierender Aktionäre für das Konzernrecht. Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK spricht zwar von persönlichen oder geschäftlichen Beziehungen zu der „Gesellschaft“ und nicht „zum Unternehmen“. Eine Konzerndimension erhält der Unabhängigkeitsbegriff aber über die Eigenschaft der Obergesellschaft als kon-

³⁴³ Schwedischer Corporate Governance Code Ziff. 4.5 S. 4 (s.o. § 9 Fn. 342).

³⁴⁴ *S. Beyer*, Unabhängigkeit, S. 84.

³⁴⁵ Rule 5605(a)(2), abrufbar unter: http://nasdaq.cchwallstreet.com/NASDAQTools/PlatformViewer.asp?selectednode=chp_1_1_4_3&manual=%2Fnasdaq%2Fmain%2Ffnasdaq-equityrules%2F (Stand: 20.08.2014).

³⁴⁶ *Florstedt*, ZIP 2013, 337, 339 m.w.N.

trollierende Aktionärin i.S.v. Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK. Der Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) warnte bereits im Vorfeld der DCGK-Änderung, dass das faktische Konzernrecht durch eine Qualifizierung des Großaktionärs und seiner Vertreter als abhängig „aus den Angeln (gehoben)“³⁴⁷ würde. Die Konzernsteuerung erfolgt im faktischen Konzern gerade über die Aufsichtsratsbesetzung. Dieses Steuerungsinstrument wird aber wirkungslos, wenn die Zahl der „Vertreter“ der Obergesellschaft geringer ist als die der von der Obergesellschaft unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder.³⁴⁸ Dieser Effekt wird noch verstärkt, wenn es sich um einen mitbestimmten Aufsichtsrat handelt, da die Arbeitnehmervertreter ohnehin nicht das Ziel der Konzernsteuerung verfolgen.³⁴⁹ Die Unabhängigkeit auf Aktionärsseite wandelt daher die feste Konzerneinbindung der Tochtergesellschaft in eine „weitgehend fragile Verbindung“ zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft um.³⁵⁰

Problematisch sind die Vorgaben des DCGK immerhin „nur“ für kapitalmarktorientierte Gesellschaften. Laut seiner Präambel richtet sich der DCGK in erster Linie an börsennotierte Gesellschaften. Die Beachtung des Kodex wird zwar auch nicht kapitalmarktorientierten Gesellschaften empfohlen, für diese besteht aber keine Pflicht zur Abgabe einer Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. Für eine nicht börsenfähige faktische Tochtergesellschaft (wie z.B. eine reine Vertriebs- und Servicetochter, die nur für die Vermarktung der Produkte der Obergesellschaft zuständig ist) stellen die Vorgaben des DCGK also kein Problem dar.³⁵¹

(2) Widerspruch zu Wertungen des Aktiengesetzes

In einem Urteil zur Kodexfassung von 2009 äußerte sich das OLG Düsseldorf³⁵² ablehnend zu der Frage, ob die Beziehung zum Mehrheitsaktionär einen unabhängigkeitschädlichen Interessenkonflikt im Sinne des

³⁴⁷ *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2012, 335, 338.

³⁴⁸ *Hommelhoff*, ZIP 2013, 1645, 1647.

³⁴⁹ *Hommelhoff*, ZIP 2013, 1645, 1647.

³⁵⁰ *Hommelhoff*, ZIP 2013, 1645, 1647.

³⁵¹ *Hommelhoff*, ZIP 2013, 1645, 1648.

³⁵² OLG Düsseldorf NZG 2013, 178.

DCGK begründet. Das OLG Düsseldorf argumentierte damit, dass der DCGK im Zweifel im Einklang mit dem Aktiengesetz auszulegen sei und dass eine derartige Einordnung der Beziehung zum Mehrheitsaktionär der Systematik des Aktiengesetzes widerspreche.³⁵³ Das Gericht wies darauf hin, dass der Gesetzgeber im Wissen darum, dass Aufsichtsräte der Tochtergesellschaft mit „Repräsentanten“ der Obergesellschaft besetzt werden, die Pflicht zur Prüfung des Abhängigkeitsberichts nach § 314 AktG gerade dem Tochteraufsichtsrat auferlegt hat.³⁵⁴ Die Entscheidung des OLG Düsseldorf zur Auslegung des DCGK in der Fassung von 2009 wurde jedoch 2012 durch die Kodexänderung überholt, derzufolge Beziehungen zum Mehrheitsaktionär der Unabhängigkeit entgegenstehen. Teilweise wird es in Hinblick auf den Konzern gerade für gute Corporate Governance befunden, den kontrollierenden Aktionär ausreichend im Aufsichtsrat zu repräsentieren.³⁵⁵ Zu bedenken ist auch, dass der Gesetzgeber schon vor der Aktienrechtsreform von 1965 Konzernmehrfachmandate kannte und dennoch nur partielle Inkompatibilitätsvorschriften geschaffen hat. Die generelle Ablehnung von Konzernmandaten liegt damit jedenfalls nicht im Sinne des Gesetzgebers.³⁵⁶ Wenn der DCGK seinem Selbstverständnis nach die national anerkannten Standards guter Unternehmensführung wiedergeben möchte, passt dies nicht mit der Leugnung gesetzgeberischer Wertungen zusammen.

(3) Die Regierungskommission: Wandel „vom Saulus zum Paulus“?

Interessanterweise hat die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex selbst vor wenigen Jahren noch die Argumente der Gegenseite vertreten. So lautet ein Auszug aus einer Rede von *Gerhard*

³⁵³ OLG Düsseldorf NZG 2013, 178, 180.

³⁵⁴ OLG Düsseldorf NZG 2013, 178, 181.

³⁵⁵ *Kremer/v. Werder*, AG 2013, 340, 343; *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, Rn. 1004; *Wilsing/von der Linden*, DStR 2012, 1391, 1392.

³⁵⁶ *Ebke/Geiger*, ZVglRWiss 93 (1994), 38, 64; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2012, 335, 338; *Hommelhoff*, ZIP 2013, 1645, 1647; *Rubner/Fischer*, NJW-Spezial 2012, 399; auch *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § 25 Rn. 8 zufolge läuft Ziff. 5.4.2 DCGK den Wertungen des Aktienkonzernrechts zuwider.

Cromme, damaliger Vorsitzender der Regierungskommission, aus dem Jahr 2006: „Aber vor dem Hintergrund unseres dualen Verwaltungssystems, des in Deutschland sehr stark ausgeprägten konzernrechtlichen Minderheitenschutzes und einer traditionell wichtigen Rolle, die Großaktionäre in deutschen Aktiengesellschaften einnehmen, hält es die Regierungskommission nicht für angemessen, Vertreter eines wesentlichen oder gar des Mehrheitsaktionärs im Aufsichtsrat per se als nicht unabhängig einzustufen. Wir fühlen uns in dieser Ansicht nicht zuletzt durch die OECD bestärkt, die Unabhängigkeit als Unabhängigkeit vom Vorstand definiert und nicht auch als Unabhängigkeit vom Mehrheitsaktionär.“³⁵⁷

(4) Rat zum praktischen Umgang mit der Kodexbestimmung

Stehen börsennotierte Gesellschaften also vor der Frage, wie sie mit Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK in der Praxis umgehen sollen, fällt der Rat konträr aus. So stellt *Bayer* Konzernobergesellschaften fast zynisch vor die Wahl, bei ihrer Konzernleitungsmacht im faktischen Konzern starke Abstriche hinzunehmen oder aber die Börsennotierung der Tochtergesellschaft zu widerrufen.³⁵⁸ Dagegen betont *Hüffer* den Vorrang des Prinzips der Eigentümerkontrolle: Wo dieses mit den Unabhängigkeitsanforderungen des DCGK unvereinbar sei, solle die Gesellschaft ihre Abweichung vom DCGK gem. § 161 AktG bekanntgeben.³⁵⁹ Wie man es auch bewerten mag: Der DCGK kehrt das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis um und macht aus der gängigen Besetzungspraxis eine erklärungsspflichtige Ausnahme.³⁶⁰

³⁵⁷ *Cromme*, Corporate Governance – Stand und Entwicklungen in Deutschland und Europa, Rede anlässlich der 5. Konferenz Deutscher Corporate Governance Kodex am 23. Juni 2006 in Berlin, S. 8 f., abrufbar unter: www.corporate-governance-code.de (Stand: 20.08.2014).

³⁵⁸ *Bayer*, NZG 2013, 1, 12.

³⁵⁹ *Hüffer*, ZIP 2006, 637, 642.

³⁶⁰ *Drygala*, AG 2013, 198, 200.

b) Potentielle Interessenkonflikte

Der DCGK lässt nunmehr schon potentielle Interessenkonflikte ausreichen, um einem Mandatsträger die Unabhängigkeit abzuerkennen. Das überzeugt nicht: Das Merkmal der Unabhängigkeit meint die unbeeinflusste Entscheidungsfindung des Mandatsträgers. Sofern der Mandatsträger noch keiner konkreten Konfliktlage ausgesetzt ist, ist er auch als Entscheidungsträger noch unabhängig.³⁶¹ Der DCGK verneint die Unabhängigkeit eines Organträgers also schon dann, wenn die Unabhängigkeit abstrakt gefährdet ist. Dieser vorausseilende Gehorsam gegenüber Corporate-Governance-Forderungen wird immerhin dadurch abgemildert, dass der DCGK dem Aufsichtsrat einen subjektiven Maßstab zubilligt und ihn selbst festlegen lässt, wie viele seiner Mitglieder unabhängig sein sollen.

c) Unabhängigkeit und Teilnahmslosigkeit

Eine allzu ausufernde Reglementierung der Unabhängigkeitsvoraussetzungen könnte der Qualität der Aufsichtsratsarbeit auch abträglich sein. Ein Aufsichtsratsmitglied mag zwar unabhängig, dafür aber desinteressiert, apathisch und schlecht informiert sein.³⁶² In diesem Sinne mahnt *Druey*: „Der Gegenbegriff zu Unabhängigkeit ist im Grund eben nicht nur Abhängigkeit, sondern *Verbindung*. Und Verbindung ist das Wesen von Organisation.“³⁶³ Man kann es auch gerade als „strukturelle Schwäche“³⁶⁴ des dualistischen Systems ansehen, dass der Aufsichtsrat durch die Trennung von Geschäftsführung und Überwachung das Tagesgeschäft des Unternehmens nicht aus erster Hand kennt – Unabhängigkeit im Sinne des DCGK verstärkt diese Distanz nur. Der eindeutig vom Misstrauen der Prinzipal-Agent-Theorie gefärbten Sichtweise des DCGK lassen sich auch

³⁶¹ So auch *Ihrig/Meder*, ZIP 2012, 1210, 1214; *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 144; a.A. *Bachmann*, AG 2012, 565, 573 und *Scholderer*, NZG 168, 172, demzufolge bereits die abstrakte Gefahr eines Interessenkonflikts der Unabhängigkeit entgegensteht.

³⁶² *Thümmel*, Der Aufsichtsrat 2012, 65; *Bachmann*, FS Hopt, S. 337, 345; *Strenger*, Der Konzern 2012, 10, 11.

³⁶³ *Druey*, FS Doralt, S. 151, 169.

³⁶⁴ *Börsig/Löbbe*, FS Hoffmann-Becking, S. 125, 135.

Erwägungen der *Stewardship*-Theorie entgegenhalten: Ein vernetzter Aufsichtsrat kann (und *will* möglicherweise) seine Kenntnisse zum Vorteil der Gesellschaft einbringen.

d) Familienunternehmen

Ziff. 5.4.2 DCGK wertet persönliche Beziehungen zur Gesellschaft als Einfallstor für Interessenkonflikte. Mindestens 60% aller Unternehmen³⁶⁵ und insbesondere fast die Hälfte aller börsennotierten Unternehmen³⁶⁶ in Deutschland sind Familienunternehmen. Ein Familienunternehmen zeichnet sich dadurch aus, dass eine oder mehrere Familien die Mehrheitsbeteiligung an der Gesellschaft halten.³⁶⁷ Prominente Beispiele sind Aldi, Bertelsmann, Fielmann, Haniel, Sixt oder DAX-Größen wie Beiersdorf, BMW, Merck, Metro oder VW.

Die Einschränkungen, die sich aus Ziff. 5.4.2 DCGK für Familienunternehmen ergeben, lassen sich nicht einfach mit dem Hinweis abtun, dass es sich bei den Vorgaben des DCGK lediglich um „soft law“ handle.³⁶⁸ Schließlich werden Familienunternehmen auch nach dem Unabhängigkeitsverständnis der EU-Kommission strukturell benachteiligt: Laut Anhang II Ziff. 1 lit. i) darf ein Aufsichtsratsmitglied, wenn es als unabhängig gelten will, „kein enger Familienangehöriger eines geschäftsführenden Direktors bzw. Vorstandsmitglieds oder von Personen sein, die sich in einer der unter Buchstaben a) bis h) beschriebenen Position [damit sind unter anderem Aktionäre mit Kontrollbeteiligung gemeint] befinden“. Da diese Empfehlung zur Bestimmung der inhaltlichen Anforderungen an das unabhängige Aufsichtsratsmitglied i.S.v. § 100 V AktG herangezogen werden soll, wird dieser Familienunternehmen eher feindlich gegenüberstehende Ansatz zumindest indirekt im AktG verankert. Aus den genann-

³⁶⁵ Woywode/Keese/Tänzler, ZGR 2012, 418, 421.

³⁶⁶ *Stiftung Familienunternehmen*, Börsennotierte Familienunternehmen in Deutschland, S. 36, abrufbar unter: http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Boersennotierte_Familienunternehmen.pdf (Stand: 20.08.2014).

³⁶⁷ Woywode/Keese/Tänzler, ZGR 2012, 418, 421.

³⁶⁸ Westermann, FS Hommelhoff, S. 1319, 1323.

ten Vorschriften ergibt sich, dass die Stelle des unabhängigen Finanzexperten i.S.v. § 100 V AktG sowie eine angemessene Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder nicht mit Familienvertretern besetzt werden darf. Der Ermessensspielraum bei der Bestimmung einer „angemessenen“ Zahl unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder ermöglicht es, Familienvertretern dennoch die Mehrheit der Mandate zu sichern. Problematisch wird die Mandatsverteilung für große börsennotierte Familienunternehmen mit über 2000 Arbeitnehmern, die der paritätischen Mitbestimmung unterliegen.³⁶⁹ In einem zwölfköpfigen Aufsichtsrat befinden sich die Familienvertreter angesichts von sechs Arbeitnehmervertretern und dem unabhängigen Finanzexperten selbst dann in der Minderzahl, wenn alle verbliebenen Anteilseignermandate mit Familienvertretern besetzt werden.³⁷⁰ *Hommelhoff* weist darauf hin, dass das unabhängige Aufsichtsratsmitglied sein Amt nicht so verstehen dürfe, dass es allein „dem Unternehmen an sich“ diene, sondern dass es neben den Interessen der familienfremden Anteilseigner auch die Interessen der Eigentümerfamilie berücksichtigen müsse, um den Charakter des Unternehmens als Familienunternehmen zu wahren.³⁷¹

Familiengeprägte Unternehmen sind in Deutschland nicht nur faktisch weit verbreitet, sondern auch aus mehreren Gründen schützenswert: Aus Familienbeteiligungen erwachsen langfristige Kapitalgeber und engagierte Gremienmitglieder.³⁷² Außerdem wächst mit dem Umfang eines Familienunternehmens auch die Tendenz, Fremd-Geschäftsführer zu berufen, so dass ein mit Familienvertretern besetztes Aufsichtsgremium als Gegengewicht hilfreich sein kann, um die Verfolgung von Unternehmenswerten und -tradition zu gewährleisten.³⁷³ Das Anliegen des DCGK, den Einfluss

³⁶⁹ Zu dieser Gruppe zählen laut *Hommelhoff*, ZIP 2013, 953, 957 VW, BMW, Henkel, Fresenius, Celesio, Wacker Chemie, Metro, Beiersdorf, Merck und Springer.

³⁷⁰ *Hommelhoff*, ZIP 2013, 953, 956.

³⁷¹ *Hommelhoff*, ZIP 2013, 953, 958, 960.

³⁷² *Hennerkes/Probst*, FAZ v. 14.05.2012, Nr. 112, S. 14, die auch darauf hinweisen, dass Aktionäre im Aufsichtsrat zu einem „Gleichlauf zwischen Eigentum/Risiko und Verantwortung/Kontrolle“ führe, der „volkswirtschaftlich sinnvoll[...] und politisch gewollt[...]“ sei.

³⁷³ *Koerberle-Schmid*, in: *Koerberle-Schmid/Fahrion/Witt*, Family Business Governance, S. 120, 137.

der Eigentümerfamilien einzudämmen, könnte Familienunternehmen von dem Börsengang abschrecken.³⁷⁴

Seit 2004 gibt es einen Governance Kodex für Familienunternehmen (GKFU). Dieser soll gerade keine rechtliche Verbindlichkeit entfalten, sondern ist als bloße Empfehlungssammlung gedacht. Das Bedürfnis für einen vom DCGK verschiedenen Kodex ergibt sich aus den unterschiedlichen Grundannahmen der Kodizes: Während der DCGK auf der Prinzipal-Agent-Theorie basiert, erscheint in Familienunternehmen die *Stewardship*-Theorie sachnäher, um das Verhalten und die Interessenrichtungen der Akteure zu erklären. Grundannahme der Prinzipal-Agent-Theorie ist Misstrauen im Unternehmen. Die Stewardship-Theorie nimmt hingegen an, dass insbesondere in Familienunternehmen das Verhältnis von Geschäftsführung und Eigentümern durch Vertrauen und weitgehend gleich gerichtete Interessen geprägt ist.³⁷⁵ Vornehmliches Anliegen des GKFU ist nicht der Schutz von Anlegern, sondern der Inhaberfamilie.

e) Geltung für Arbeitnehmervertreter

Es ist unklar, ob die Vorgaben des DCGK zur Unabhängigkeit auch für Arbeitnehmervertreter gelten.³⁷⁶ Ein Ansatz besteht darin, auf systematische Argumente zurückzuführen, dass sich das Unabhängigkeitserfordernis von vornherein nur an Anteilseignervertreter richte. Der Unabhängigkeitsbegriff in Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK folgt auf Ziff. 5.4.1 DCGK, die sich mit Vorschlägen der Hauptversammlung zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern befasst. Daraus wird gefolgert, dass der gesamte Abschnitt 5.4 DCGK sich auf die von der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitglieder und damit nur auf die Anteilseignervertreter beziehe.³⁷⁷ Dieser Schluss ist keineswegs zwingend. Zwar widmet sich Ziff. 5.4.1 der Aufsichtsratswahl. Ziff. 5.4.2 bezieht sich dagegen nicht auf die Aufsichts-

³⁷⁴ Hommelhoff, ZIP 2013, 953, 958.

³⁷⁵ Woywode/Keese/Tänzler, ZGR 2012, 418, 443 m.w.N.

³⁷⁶ Ablehnend Kehler, Unabhängigkeit, S. 161; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 107 Rn. 110; Hüffer/Koch, § 100 Rn. 5.

³⁷⁷ Kehler, Unabhängigkeit, S. 161.

ratswahl, sondern auf die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans, ohne dabei zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern zu unterscheiden. Damit scheint der Blick auf dem Aufsichtsrat als komplettem Gremium zu liegen. Eine eindeutige Aussage darüber, ob das Unabhängigkeitsanfordernis auch für Arbeitnehmer gelten soll, trifft der DCGK nicht.³⁷⁸

6. Ausblick

Die an ein internationales Corporate-Governance-Verständnis angelegenen Lösungsansätze des DCGK berücksichtigen teilweise nicht hinreichend die Besonderheiten des dualistischen Unternehmensleitungssystems in Deutschland, die Bedeutung von Familienunternehmen und das Konzernrecht.

Es ist ein Vorteil des DCGK, dass er im Vergleich zum Aktiengesetz flexibler an neue Erkenntnisse der Corporate-Governance-Diskussion angepasst werden kann. Die Kritikpunkte am DCGK sind bekannt und werden in der Fachöffentlichkeit diskutiert. Unter anderem standen die Teilnehmer des 69. Deutschen Juristentages 2012 der Abhängigkeitsvermutung für Konzernvertreter skeptisch gegenüber. Der Vorschlag, „bei Anforderungen an unabhängige Aufsichtsratsmitglieder [...] zu beachten, dass in mitbestimmten Gesellschaften das Gleichgewicht zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern nicht aus den Fugen gerät“ wurde mit deutlicher Mehrheit (74:10:9) angenommen.³⁷⁹ Die Forderung, der Kodex solle empfehlen, „dass dem Aufsichtsrat einer abhängigen Gesellschaft eine angemessene Anzahl von nicht dem Lager der des herrschenden Unternehmens zuzurechnenden Anteilseignervertretern angehören soll“, scheiterte allerdings nur knapp (36:39:8).³⁸⁰ Allgemein wird auf eine deutliche Auseinandersetzung mit konzernrechtlichen Besonderheiten gedrängt. So

³⁷⁸ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1017 folgert daraus, dass jeder Aufsichtsrat selbst darüber entscheiden soll, ob er Arbeitnehmervertreter für unabhängig hält.

³⁷⁹ Beschluss 69. DJT, Nr. 12a, abrufbar unter: www.djt-net.de/beschluesse/beschluesse.pdf (Stand: 20.08.2014).

³⁸⁰ Beschluss 69. DJT, Nr. 12b, abrufbar unter: www.djt-net.de/beschluesse/beschluesse.pdf (Stand: 20.08.2014).

wurde der Vorschlag, der Kodex solle sich „in Zukunft intensiver mit spezifischen Regelungen für konzernangehörige Unternehmen befassen“, angenommen (47:20:11).³⁸¹ Es bleibt also zu hoffen, dass die konzernfeindliche Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK nachgebessert wird. Bis dahin kann systemwidrigen Kodex-Vorschriften dadurch begegnet werden, dass die Nichtbefolgung des DCGK erklärt wird. Hierfür genügt eine „knappe Angabe der wesentlichen, die Abweichung tragenden Erwägungen“.³⁸² Um aber befürchteten Sanktionen des Kapitalmarkts zu entgehen, empfiehlt sich eine sorgfältige Begründung, um institutionelle Anleger von der unternehmerischen Gebotenheit der Abweichung zu überzeugen.³⁸³ Immerhin ist der Kodex als „Instrument der Selbstregulierung“³⁸⁴ konzipiert, was eher für eine kritische Prüfung der einzelnen Empfehlungen auf ihre Tauglichkeit für das jeweilige Unternehmen spricht und nicht für einen blinden Gehorsam.

IV. Zusammenfassender Vergleich der Unabhängigkeitsverständnisse

1. Quantitative Unabhängigkeitsvorgaben

AktG, DCGK und EU-Kommission machen unterschiedliche Vorgaben dazu, wie viele Aufsichtsratsmitglieder unabhängig sein sollen. Die zahlenmäßig geringste Vorgabe trifft § 100 V AktG. Demnach genügt die Unabhängigkeit nur eines Mitglieds, nämlich des Finanzexperten. Auf der nächsten Intensitätsstufe folgt der DCGK. Gem. Ziff. 5.4.2 S. 1 DCGK soll dem Aufsichtsrat eine „nach seiner Einschätzung angemessene“ Zahl unabhängiger Mitglieder angehören, so dass der subjektive Beurteilungsmaßstab des Aufsichtsratsgremiums selbst gilt. Eine konkrete Vorgabe in Ziff. 5.3.2 S. 3 DCGK bezieht sich allein auf die Besetzung des Vorsitzes

³⁸¹ Beschluss 69. DJT, Nr. 14, abrufbar unter: www.djt-net.de/beschluesse/beschluesse.pdf (Stand: 20.08.2014).

³⁸² Hüffer/Koch, § 161 Rn. 17a.

³⁸³ Börsig/Löbke, FS Hoffmann-Becking, S. 125, 142.

³⁸⁴ Börsig/Löbke, FS Hoffmann-Becking, S. 125, 143.

des Prüfungsausschusses. Die Kommissionsempfehlung empfiehlt in Ziff. 4 „eine ausreichende Zahl“ unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder, was laut Ziff. 5 bedeutet, dass ihnen in Nominierungs-, Vergütungs- und Prüfungsausschüssen eine konkrete Einflussnahme möglich ist. Das lässt darauf schließen, dass den unabhängigen Anteilseignervertretern gemeinsam mit den Arbeitnehmervertretern in den Ausschüssen die Entscheidungsmehrheit zukommen muss. Damit macht die Kommission zahlenmäßig die umfangreichsten Vorgaben.

2. Inhaltliche Vorgaben

Inhaltliche Vorgaben zum Unabhängigkeitsbegriff enthalten Kommissionsempfehlung und DCGK, nicht aber das AktG.

Eine Annäherung des DCGK an die Kommissionsempfehlung ist insofern zu verzeichnen, als Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK seit Mai 2012 auch Beziehungen zum kontrollierenden Aktionär für unabhängigkeitschädlich erklärt und damit die Wertung der Kommissionsempfehlung aus Anhang II Ziff. 1 lit. d übernommen hat.³⁸⁵ Allerdings gibt es auch deutliche Unterschiede: Nach Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK ist die Unabhängigkeit schon bei einem bloß potentiellen Interessenkonflikt zu verneinen, während Ziff. 13.1 der Kommissionsempfehlung einen tatsächlichen Interessenkonflikt voraussetzt.

Unterschiedliche Auffassungen bestehen außerdem hinsichtlich der *Cooling-off*-Periode beim Wechsel eines ehemaligen Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat: Die Kommissionsempfehlung geht in Anhang II Ziff. 1a) von einer *Cooling-off*-Periode von fünf Jahren für ehemalige Vorstandsmitglieder aus, während nach Ziff. 5.4.4 DCGK ein ehemaliges Vorstandsmitglied schon nach zwei Jahren ein Aufsichtsratsmandat wahrnehmen darf. Erfolgsbezogene Vergütungskomponenten beeinträchtigen nach Auffassung der Kommission die Unabhängigkeit, wohingegen Ziff. 5.4.6 S. 4 DCGK ihnen neutral gegenübersteht.

³⁸⁵ Dazu auch KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 100 Rn. 60.

3. Verhältnis der Unabhängigkeitsverständnisse zueinander

a) Verhältnis von DCGK und Kommissionsempfehlung

Teilweise wird vertreten, dass dem DCGK die EU-Empfehlung zugrunde liege und dass deshalb der Unabhängigkeitsbegriff des DCGK im Lichte der Empfehlung auszulegen sei.³⁸⁶

Ein Begründungsansatz wendet dafür die Grundsätze des „Grimaldi“-Urteils des EuGH entsprechend an. Nach dem EuGH sind Empfehlungen der EU-Kommission dann zur Auslegung heranzuziehen, „wenn sie Aufschluss über die Auslegung von zu ihrer Durchführung erlassenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen“³⁸⁷. Nun handelt es sich bei dem DCGK nicht um eine innerstaatliche Rechtsvorschrift, die entsprechende Anwendung wird jedoch als „sachgerecht“ empfunden.³⁸⁸

Ein weiterer Ansatz stützt sich auf die Aussage in der Präambel, der DCGK enthalte „international und national anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“, so dass die Kommissionsempfehlung als Ausdruck europäischer Standards berücksichtigt werden müsse.³⁸⁹ Eine Auslegung im Sinne der EU-Empfehlung komme nur dort nicht in Betracht, wo Besonderheiten des dualistischen Systems entgegenstehen.³⁹⁰

Dem an die Bundesregierung gerichteten Bericht der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex ist zu entnehmen, dass die Regierungskommission sich in ihrer Einstellung zum Thema Unabhängigkeit von der EU-Kommission hat inspirieren lassen.³⁹¹ Kodexänderungen im Jahr 2005 erfolgten als Reaktion auf die Kommissionsempfehlung,

³⁸⁶ Kehler, *Unabhängigkeit*, S. 85; Huttner, *Auslegung des DCGK*, S. 91; Stephanblome, *NZG* 2013, 445, 451.

³⁸⁷ EuGH NZA 1991, 283, 285 (Rn. 18).

³⁸⁸ Huttner, *Auslegung des DCGK*, S. 91.

³⁸⁹ Huttner, *Auslegung des DCGK*, S. 91.

³⁹⁰ Huttner, *Auslegung des DCGK*, S. 91.

³⁹¹ Bericht der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex an die Bundesregierung, November 2010, S. 28, abrufbar unter: <http://www.dcgk.de/de/presse/deteilansicht/pressemitteilung-22.html> (Stand: 20.08.2014).

um Entwicklungen des europäischen Corporate-Governance-Verständnisses mit einzubeziehen.³⁹² Damit zeigt die Regierungskommission aber noch nicht den Willen, sich an das Begriffsverständnis der EU-Kommission binden zu wollen. Schließlich finden sich, wie bereits genannt, beim Vergleich von Kommissionsempfehlung und DCGK auch zahlreiche Beispiele für unterschiedliche Auffassungen. So heißt es im Bericht der Regierungskommission: „Der Kodex greift den Ansatz der EU-Kommission auf, ist aber einerseits enger, andererseits aber auch weiter als die EU-Empfehlung“.³⁹³ Im Ergebnis vertreten der DCGK und die Kommissionsempfehlung eigenständige Definitionen für die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern.³⁹⁴ Da sich diese in manchen Punkten widersprechen, ist es als wenig durchdachte Schwachstelle zu bewerten, wenn die Gesetzesbegründung zum BilMoG³⁹⁵ zur Auslegung des Unabhängigkeitsbegriffs in § 100 V AktG gleichermaßen auf den DCGK *und* auf die Kommissionsempfehlung verweist.

b) Verhältnis von § 100 V AktG und Kommissionsempfehlung

Indem § 100 V AktG der Umsetzung der Abschlussprüferrichtlinie diene, welche ihrerseits auf die Kommissionsempfehlung verweist, lässt sich § 100 V AktG auf die europarechtlichen Forderungen nach Unabhängigkeit von Aufsichtsräten zurückführen.³⁹⁶ Daraus wird teilweise gefolgert, die Einordnung des kontrollierenden Aktionärs als abhängig gelte in Übereinstimmung mit der Kommissionsempfehlung auch für § 100 V AktG.³⁹⁷ Auf der anderen Seite heißt es in der Kommissionsempfehlung

³⁹² *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, Rn. 166.

³⁹³ Bericht der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex an die Bundesregierung, November 2010, S. 37, abrufbar unter: <http://www.dcgk.de/de/presse/deteilansicht/pressemitteilung-22.html> (Stand: 20.08.2014).

³⁹⁴ Ebenso *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, Rn. 1006; *Wilsing/Wilsing*, DCGK, Ziff. 5.4.2 Rn. 11.

³⁹⁵ BT-Drs. 16/10067, S. 101 f.

³⁹⁶ *Stephanblome*, NZG 2013, 445, 451.

³⁹⁷ *Stephanblome*, NZG 2013, 445, 452; vor einer solchen Auslegung von § 100 V AktG warnt *Habersack*, AG 2008, 98, 106 wegen der Gefährdung des deutschen Konzernrechts.

in Erwägungsgrund 18 und Ziff. 13.2 S. 2, dass der Aufsichtsrat in erster Linie selbst den Unabhängigkeitsbegriff konkretisieren soll. Und auch die Gesetzesbegründung zum BilMoG³⁹⁸ äußert sich zurückhaltend: Ziff. 13.1 und Anhang II der Kommissionsempfehlung enthielten Hinweise auf Aspekte, die bei der Beurteilung der Unabhängigkeit „eine Rolle spielen können“ und hierbei sei zu berücksichtigen, dass es sich „weder um abschließende noch um zwingende abstrakte Vorgaben handelt“. In Anhang II Ziff. 1 der Kommissionsempfehlung wird sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich kein EU-weiter Kriterienkatalog für die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern aufstellen lasse. Die Kriterien sollten „den einzelstaatlichen Gegebenheiten entsprechen“, wobei allerdings die von der Kommission benannten Fallgruppen in Ziff. 1 lit. a-i sorgfältig geprüft werden sollten.³⁹⁹

Neben der faktischen Einführung einer Minderheitsvertretung weisen auch andere Empfehlungen der EU-Kommission darauf hin, dass die hergebrachte deutsche Aufsichtsratsbesetzungspraxis als einzelstaatliche Gegebenheit den Corporate-Governance-Vorstellungen der EU-Kommission widerspricht. So darf ein Aufsichtsratsmitglied nach Anhang II Ziff. 1 lit. a „kein geschäftsführendes Verwaltungsrats- bzw. Vorstandsmitglied der Gesellschaft oder einer verbundenen Gesellschaft sein, und [...] darf in den vergangenen fünf Jahren kein solches Amt ausgeübt haben“⁴⁰⁰. Laut Regierungsbegründung zum KonTraG ist es jedoch gerade eine „typische Vorstandstätigkeit“, dass der Vorstand einer herrschenden Gesellschaft ein Aufsichtsratsmandat in der beherrschten Gesellschaft ausübt.⁴⁰¹ Das zeigt sich auch an der Privilegierung von Konzernmandaten in § 100 II 2 AktG. Die misstrauische Einstellung der Kommission gegenüber Verflechtungen in Unternehmensverbänden ist damit zu erklären, dass die meisten EU-Mitgliedsstaaten kein Konzernrecht haben, das die

³⁹⁸ BT-Drs. 16/10067, S. 102.

³⁹⁹ Anhang II Ziff. 1 der Empfehlung der Kommission (2005/162/EG), (s.o. § 1 Fn. 6).

⁴⁰⁰ Empfehlung der Kommission (2005/162/EG), (s.o. § 1 Fn. 6).

⁴⁰¹ Begr. RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 16.

Einflussnahme im Unternehmensverbund reguliert.⁴⁰² Für Deutschland ist daher eine Abweichung von der Kommissionsempfehlung vertretbar, da es schon nationale Schutzvorschriften gibt.⁴⁰³

Ein weiterer Widerspruch zu den in Deutschland herrschenden „einzelstaatlichen Gegebenheiten“ zeigt sich in Bezug auf Familienunternehmen. Zur Wahrung der Unabhängigkeit darf ein Aufsichtsratsmitglied gem. Anhang II Ziff. 1 lit. i) „kein enger Familienangehöriger eines geschäftsführenden Direktors bzw. Vorstandsmitglieds oder von Personen sein, die sich in einer der unter Buchstaben a) bis h) beschriebenen Position befinden“. Durch den Verweis auf lit. a-h sind enge familiäre Beziehungen zu einem weiten Personenkreis schädlich, darunter z.B. der Vorstand eines verbundenen Unternehmens, der Mehrheitsaktionär, der Abschlussprüfer oder sogar der Angestellte eines früheren externen Abschlussprüfers. Angesichts der Bedeutung von Familienunternehmen für die deutsche Wirtschaft lässt sich eine so weitgehende Pönalisierung familiärer Bande nicht durchhalten.

Die zahlreichen Widersprüche zwischen dem Unabhängigkeitsverständnis der EU-Kommission und dem austarierten Kräfteverhältnis in der deutschen AG zeigen, dass die Beurteilungskriterien der Kommissionsempfehlung nicht unbesehen auf das AktG übertragen werden dürfen. Im Übrigen verstehen weder die Gesetzesbegründung zum BilMoG noch die Kommissionsempfehlung selbst die Empfehlungen als verbindliche Vorgaben. Die Beurteilungskriterien für die Unabhängigkeit i.S.v. § 100 V AktG fußen damit ursprünglich auf den Vorschlägen der Kommissionsempfehlung, müssen allerdings an die einzelstaatlichen Gegebenheiten angepasst werden. Das bedeutet für den Finanzexperten i.S.v. § 100 V AktG vorbehaltlich seiner fachlichen Eignung im Einzelnen folgendes: Liegen die in Anhang II der Kommissionsempfehlung aufgelisteten Fall-

⁴⁰² *Kehler*, Unabhängigkeit, S. 131; dem deutschen Konzernrechtsmodell folgen Portugal, Ungarn, die Tschechische Republik und Slowenien, vgl. Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law vom 05.04.2011, S. 59, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf (Stand: 20.08.2014).

⁴⁰³ Ebenso *Bürgers/Schilha*, AG 2010, 221, 229; *Wind/Klie*, NZG 2010, 1413, 1415.

gruppen vor, d.h. insbesondere geschäftliche oder familiäre Beziehungen zum Mehrheitsaktionär, handelt es sich zunächst um einen neutralen Befund. In Übereinstimmung mit Ziff. 13.1 der Kommissionsempfehlung schließt erst das Hinzutreten eines tatsächlichen Interessenkonflikts die Eignung des Finanzexperten aus. Die in Anhang II Nr. 1 lit. a) genannte *Cooling-off*-Periode von fünf Jahren ist in Übereinstimmung mit § 100 II 1 Nr. 4 AktG durch zwei Jahre zu ersetzen.

V. Zielkonflikt zwischen Unabhängigkeit und Professionalisierung

1. Professionalisierung des Aufsichtsrats

Das AktG hält sich mit Anforderungen an die fachliche Qualifikation von Aufsichtsräten zurück. Es gibt keine gesetzliche Vorgabe für die Fachkompetenz des Gesamtgremiums. Ausdrücklich normiert ist die Anforderung der Sachkunde in § 100 V AktG. Demnach muss in einer kapitalmarktorientierten Gesellschaft mindestens ein unabhängiges Aufsichtsratsmitglied über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen. In der sog. „Hertie“-Entscheidung von 1982⁴⁰⁴ wurden Fachkenntnisse als persönliche Mindestvoraussetzung für alle Aufsichtsratsmitglieder aufgestellt. Der BGH betonte später, dass ein Mandatsträger mit besonderen Fachkenntnissen gegenüber der Gesellschaft verpflichtet sei, diese einzusetzen und „nicht selten wegen dieser speziellen Kenntnisse in den Aufsichtsrat gewählt“ werde.⁴⁰⁵ Laut Ziff. 5.4.1 S. 1 DCGK ist der Aufsichtsrat „so zusammenzusetzen, dass seine Mitglieder insgesamt über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen“.

Um eine umfassende Kontrolle des Vorstands zu gewährleisten, wird teilweise vertreten, dass *alle* Mitglieder des Überwachungsorgans die er-

⁴⁰⁴ BGHZ 85, 293, 295 f.

⁴⁰⁵ BGH NZG 2011, 1271, 1274.

forderlichen Eigenschaften besitzen müssen.⁴⁰⁶ Ein weiterer Vorschlag besteht darin, dem Vorstand den Aufsichtsrat als ein ähnlich strukturiertes Gremium mit vergleichbaren Fähigkeiten und Ressortverteilungen gegenüberzustellen.⁴⁰⁷ Den Vorstand im Aufsichtsrat zu „spiegeln“, so dass jedes Vorstandsmitglied 1:1 von einem Aufsichtsratsmitglied überwacht würde, wäre sicherlich eine intensive Möglichkeit der Kontrolle. Damit würde aber jedem Aufsichtsratsmitglied auch ein dem Vorstandsamt vergleichbares Arbeitspensum aufgebürdet. Da es sich beim Aufsichtsratsamt um ein Nebenamt handelt, muss es ausreichen, dass der Aufsichtsrat als Gesamtgremium den Überwachungsauftrag erfüllt, um dabei das Arbeitspensum für das einzelne Organmitglied reduzieren zu können. Deswegen ist Ziff. 5.4.1 S. 1 DCGK darin beizupflichten, dass es ausreicht, der Aufsichtsrat als Gesamtgremium über die erforderlichen Kompetenzen verfügt.

2. Aufsichtsratswahl als Bestenauslese?

Die geforderte Sachkunde muss inhaltlich näher bestimmt werden. Hierbei kommt in Betracht, die Intensität der Anforderungen an das Gesamtorgan Aufsichtsrat nach Art der Gesellschaft abzustufen. Strengere Maßstäbe für kapitalmarktorientierte Gesellschaften sind sinnvoll, weil das Aufsichtsorgan dort die Verantwortung für große Vermögensmassen und die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte trägt⁴⁰⁸ und Fehlentscheidungen den Bestand von Arbeitsplätzen gefährden können⁴⁰⁹.

Der DCGK gibt keine konkreten inhaltlichen Vorschläge, sondern legt den Fokus darauf, eine unsachliche Beeinflussung des Aufsichtsratsmitglieds zu verhindern. Deshalb legt Ziff. 5.4.1 S. 2 DCGK nahe, „potentielle Interessenkonflikte, die Anzahl der unabhängigen Aufsichtsratsmitglie-

⁴⁰⁶ *Semler*, FS K. Schmidt, S. 1489, 1498.

⁴⁰⁷ Vgl. *Wirth*, ZGR 2005, 327, 338; *Ehren/Gros*, Der Konzern 2011, 277, 280; *Jung*, WM 2013, 2110, 2118.

⁴⁰⁸ *Bihr/Philippsen*, DStR 2011, 1133, 1135.

⁴⁰⁹ *Bihr/Blättchen*, BB 2007, 1285, 1289.

der (...), eine festzulegende Altersgrenze (...) und Vielfalt (Diversity)“ bei der Aufsichtsratsbesetzung zu berücksichtigen.

Lutter fasst unter den Begriff der Sachkunde je nach Tätigkeitsumfang der Gesellschaft Kenntnisse und Erfahrung in nationaler und internationaler strategischer Unternehmensführung, Rechnungslegung, Bilanzkunde und Controlling, beim Abschluss von Verträgen mit Vorstandsmitgliedern und über Verträge mit Abschlussprüfern.⁴¹⁰

Ähnliche Anregungen finden sich in dem „Vorschlag für eine Richtlinie zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen“⁴¹¹ (auch bezeichnet als Vorschlag zur Frauenquote-RL), den die Europäische Kommission am 14.11.2012 veröffentlicht hat. In Erwägungsgrund 26 wird das Prinzip der Bestenauslese für die Aufsichtsratsbesetzung vorgeschlagen: Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass die Aufsichtsratsbesetzung „auf der Grundlage eines Vergleichs der Qualifikation der Kandidaten nach vorab festgelegten, klaren, neutral formulierten und eindeutigen Kriterien“ erfolge. In Betracht kommende Auswahlkriterien seien „Erfahrung mit Management- und/oder Aufsichtsaufgaben, einschlägige Kenntnisse, beispielsweise im Bereich Finanzen, Controlling oder Personalverwaltung, Führungsqualitäten und Kommunikationsfähigkeit sowie Fähigkeit zur Netzwerkarbeit“.

Sofern künftig dem Vorschlag der EU-Kommission gefolgt wird und eine Verpflichtung zur Bestenauslese in den aktienrechtlichen Bestimmungen zur Aufsichtsratswahl verankert werden soll, ist zu beachten, dass das Wahlrecht der Aktionäre nicht beschnitten werden darf.⁴¹² Die Hauptversammlung ist bei der Wahl der Aktionärsvertreter nicht an Wahlvorschläge gebunden, § 101 I 2 AktG. Anknüpfungspunkt für eine Bestenauslese könnte stattdessen das Vorschlagsrecht des Aufsichtsrats sein, da sich der

⁴¹⁰ *Lutter*, ZIP 2003, 417, 418.

⁴¹¹ COM(2012) 614 final.

⁴¹² *Jung*, WM 2013, 2110, 2113.

Aufsichtsrat bei der Entscheidung über seine Wahlvorschläge ohnehin am Gesellschaftswohl orientieren muss.⁴¹³

Die Forderung nach Sachkunde muss für Arbeitnehmervertreter eingeschränkt werden, da diese nur in seltenen Fällen einschlägige Vorkenntnisse haben werden.⁴¹⁴

3. Zielkonflikt

Wenn auf der einen Seite die Forderung nach Fachkenntnissen steigt, die auch gerade aus unternehmerischer Erfahrung wachsen, auf der anderen Seite hingegen ein ausuferndes Unabhängigkeitsverständnis wie es Ziff. 5.4.2 S. 2 DCK zugrunde liegt, nur von beruflich isolierten Mandatsträgern erfüllt werden kann, entsteht, wie *Scholderer*⁴¹⁵ es ausdrückt, ein „Zielkonflikt zwischen Unabhängigkeit und Qualifikation“. *Kremer* warnt vor einer Überhöhung des Unabhängigkeitserfordernisses, da für eine gute Aufsichtsratsarbeit ebenso Unternehmenskenntnis und Branchenerfahrung wichtig seien.⁴¹⁶

Auch die Corporate-Governance-Vorgaben auf europäischer Ebene widersprechen sich stellenweise: Die Kommissionsempfehlung aus dem Jahr 2005 möchte den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat durch eine lange *Cooling-off*-Phase von fünf Jahren blockieren, in der Frauenquote-RL wird jedoch die „Erfahrung mit Management- und/oder Aufsichtsaufgaben“ als Qualitätsmerkmal für angehende Aufsichtsräte dargestellt. Außerdem soll laut Frauenquote-RL die „Fähigkeit zur Netzwerkarbeit“ ein positives Attribut eines Aufsichtsratskandidaten sein, die Kommissionsempfehlung erschwert jedoch die Ausübung von Mehrfachmandaten in Konzernen, die eine klassische Rahmenbedingung wäre, um sich die „Fähigkeit zur Netzwerkarbeit“ anzueignen.

Der Zielkonflikt dürfte praktisch schwer aufzulösen sein. Schließlich besteht nur ein begrenzter Markt für sachverständige und erfahrene Füh-

⁴¹³ *Jung*, WM 2013, 2110, 2113.

⁴¹⁴ *Jung*, WM 2013, 2110, 2116.

⁴¹⁵ *Scholderer*, NZG 2012, 168.

⁴¹⁶ *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, Rn. 1003.

rungskräfte.⁴¹⁷ Außerdem stellt sich die Frage, ob ein gut ausgebildeter und erfahrener Aufsichtsratskandidat sich auch für einen weniger lukrativen Aufsichtsratsposten bei einer Gesellschaft entscheidet, wenn er dadurch gezwungen ist, auf ein weiteres, eventuell besser bezahltes Mandat bei deren Mehrheitsaktionär bzw. Muttergesellschaft zu verzichten. Der Zielkonflikt zeigt, dass Aufsichtsräte die passenden Rahmenbedingungen benötigen, um sich Expertenwissen anzueignen. Hierauf ist bei der Ausgestaltung von Corporate-Governance-Prinzipien zu achten.

VI. Auswirkungen des Unabhängigkeitspostulats auf die Aufsichtsratswahl

Um Interessenkonflikten vorzubeugen, gibt es Transparenzvorschriften für die Wahl des Aufsichtsrats.

1. Wahlvorschlag nach AktG

Der Aufsichtsrat bestimmt intern durch Beschluss (§ 108 AktG), welche Vorschläge zur Aufsichtsratswahl er der Hauptversammlung gem. § 124 III 1 AktG unterbreiten will. Gem. § 124 III 4 AktG muss der Wahlvorschlag Namen, ausgeübten Beruf und Wohnort des Kandidaten angeben. Hierdurch soll Aufschluss über die individuelle Belastungssituation der Aufsichtsratsmitglieder und möglicherweise aus Fremdtätigkeiten herührende Interessenkonflikte gegeben werden.⁴¹⁸ Als ausgeübter Beruf ist daher die konkrete berufliche Haupttätigkeit unter Angabe des jeweiligen Unternehmens zu nennen (z.B. „Finanzvorstand bei der X-Aktiengesellschaft, Rechtsanwalt in der Partnerschaft Y“).⁴¹⁹ Wird gegen die Vorschriften in § 124 I bis III AktG verstoßen, liegt gem. § 124 IV 1 AktG eine nicht ordnungsgemäße Bekanntmachung der Beschlüsse über Gegenstände der Tagesordnung vor, die zur Anfechtbarkeit gleichwohl gefasster Beschlüsse nach § 243 I AktG führt.

⁴¹⁷ *Balsmeier/Buchwald/Peters*, JBNST, Bd. 230/5, 547, 548.

⁴¹⁸ RegBegr. BT-Drs. 13/9712, S. 17.

⁴¹⁹ RegBegr. BT-Drs. 13/9712, S. 17.

2. Wahlvorschlag nach DCGK

Nach der weiterreichenden Vorschrift des Ziff. 5.4.1 Abs. 4 DCGK soll der Aufsichtsrat bei Wahlvorschlägen an die Hauptversammlung die persönlichen und geschäftlichen Beziehungen jedes Kandidaten zum Unternehmen, den Organen der Gesellschaft und zu einem wesentlich an der Gesellschaft beteiligten Aktionär offenlegen. Wesentlich beteiligt sind laut Ziff. 5.4.1 Abs. 6 DCGK solche Aktionäre, die mehr als 10% der stimmberechtigten Aktien halten. Beziehungen zu einem nur wesentlich beteiligten Aktionär führen laut Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK noch nicht zur Abhängigkeit des Mandatsträgers, da dort von einer „kontrollierenden Beteiligung“ die Rede ist. Allerdings werden durch Ziff. 5.4.1 Abs. 4 DCGK im Wahlverfahren schon solche Beziehungen zu Aktionären transparent gemacht, die künftig im Falle eines weiteren Anteilserwerbs die Abhängigkeit des Mandatsträgers gefährden werden.

Für Rechtsunsicherheit sorgen die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe der „persönlichen und geschäftlichen Beziehungen“. Von „persönlichen und geschäftlichen Beziehungen“ ist auch in Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK die Rede, allerdings ohne nähere Erläuterung. Diese Ziffer zeichnet die Unabhängigkeitskriterien nach, die die EU-Kommission in Ziff. 13 ihrer Empfehlung aus dem Jahr 2005 aufgestellt hat. Dort ist jedoch nur von einer kritischen „geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zu der Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung“ die Rede und nicht von einer „persönlichen Beziehung“.⁴²⁰ Es findet sich zwar der Begriff der „geschäftlichen Beziehung“ wieder, eine nähere Konkretisierung bleibt aber auch die EU-Empfehlung schuldig.

Nach Ziff. 5.4.1 Abs. 5 DCGK sind nur diejenigen Umstände offenzulegen, die nach der Einschätzung des Aufsichtsrats ein objektiv urteilender Aktionär für seine Wahlentscheidung als maßgebend ansehen würde. „Maßgebend“ soll ein Umstand sein, der geeignet wäre, einen noch unentschiedenen Aktionär gegen die Wahl des Kandidaten stimmen zu lassen.⁴²¹ Legt man also den Begriff der „persönlichen Beziehung“ im Lichte

⁴²⁰ *de Raet*, AG 2013, 488, 491.

⁴²¹ *Stephanblome*, ZIP 2013, 1411, 1416.

des Zwecks, eine unbeeinflusste Wahlentscheidung zu gewährleisten, aus, ist darunter wohl eine enge Familienangehörigkeit und starke freundschaftliche Bindung zu verstehen.⁴²²

Ziff. 5.4.1 Abs. 5 DCGK eröffnet dem Aufsichtsrat einen Beurteilungsspielraum für den Umfang der Offenlegung. Damit ist die Entscheidung des Aufsichtsrats zum Wahlvorschlag nur eingeschränkt überprüfbar, der Aufsichtsrat sollte aber im Ernstfall nachweisen können, dass er die Auswahl sorgfältig und auf ausreichender Informationsgrundlage getroffen hat.⁴²³ Zu Beginn des Auswahlprozesses sind daher umfassende Informationen über die potenziellen Kandidaten einzuholen. Hierfür bietet sich an, diese mittels eines Fragebogens direkt zu befragen.⁴²⁴ Die vom Nominierungsausschuss vorgelegten Empfehlungen müssen vom Gesamtaufsichtsrat anhand der gesammelten Informationen über die Kandidaten sorgfältig geprüft werden, damit von einer ordnungsgemäßen Ausübung des Beurteilungsspielraums gesprochen werden kann.⁴²⁵

3. Wahlvorschlag laut Kommissionsempfehlung

Laut Erwägungsgrund 15 der Kommissionsempfehlung aus dem Jahr 2005 soll die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder aufgrund hinreichender Informationen über die Kompetenzen und Unabhängigkeit der Kandidaten erfolgen. Ziff. 13.3.1 der Empfehlung verlangt, dass schon im Wahlvorschlag an die Hauptversammlung aufzulisten sei, wen die Gesellschaft als unabhängigen Kandidaten einordnet. Aus dem AktG lässt sich eine solche Pflicht hingegen nicht herleiten.⁴²⁶

⁴²² *de Raet*, AG 2013, 488, 491; *Lieder*, NZG 2005, 59, 572 spricht in diesem Zusammenhang von einem persönlich-emotionalen Näheverhältnis.

⁴²³ *de Raet*, AG 2013, 488, 496.

⁴²⁴ *Zilles/Deutsch*, ZCG 2013, 69, 70.

⁴²⁵ *Zilles/Deutsch*, ZCG 2013, 69, 71.

⁴²⁶ *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, S. 795, 808.

4. Die Missachtung von § 100 V AktG in den einzelnen Stadien der Aufsichtsratswahl

a) Die Missachtung von § 100 V AktG beim Wahlvorschlag

Wenn der Wahlvorschlag gegen § 100 V AktG verstößt, stellt sich die Frage nach der Anfechtbarkeit des Beschlusses über den Wahlvorschlag nach § 251 I 1 AktG. Aus einem Umkehrschluss zu § 251 I 2 AktG ergibt sich, dass die Anfechtung nur bei solchen Wahlvorschlägen auf ein gesetzeswidriges Zustandekommen gestützt werden kann, die für die Hauptversammlung verbindlich sind. An die Wahlvorschläge zur Aufsichtsratswahl ist die Hauptversammlung gerade nicht gebunden. Dennoch vertritt *Nowak*, dass auch gesetzeswidrig zustande gekommene Wahlvorschläge nach § 251 I 1 AktG anfechtbar sein sollen, weil sie die Aktionäre in ihrer Entscheidung beeinträchtigten⁴²⁷, zumal es sich bei dem Wahlvorschlag um das „zentrale Informationselement der Hauptversammlung“⁴²⁸ handle. Damit wird verkannt, dass der Finanzexperte nicht zwangsläufig ein Anteilseignervertreter sein muss. Der Posten kann auch mit einem Arbeitnehmervertreter besetzt werden. Auch wenn die Hauptversammlung sich in der Praxis meistens an den Wahlvorschlägen des Aufsichtsrats orientiert, bleibt es den Aktionären rechtlich und tatsächlich unbenommen, andere Kandidaten zu wählen. Das AktG sieht keine zwingende Vorauswahl des unabhängigen Finanzexperten durch den Aufsichtsrat vor. Nimmt der Wahlvorschlag gem. § 251 I 1 AktG keine Rücksicht auf § 100 V AktG, wird der Beschluss über den Wahlvorschlag dadurch nicht anfechtbar.

Von Verstößen gegen § 100 V AktG abgesehen, wird in der Rechtsprechung vertreten, dass der Verstoß eines Wahlvorschlags gegen Bestimmungen des DCGK zur Anfechtbarkeit des Wahlbeschlusses führe. Begründet wird dies damit, dass bei einem Verstoß gegen den DCGK die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG unrichtig werde.⁴²⁹ Vor dem Hintergrund, dass die Empfehlungen des DCGK zum Wahlvorschlag

⁴²⁷ *Nowak*, Unabhängigkeit, S. 227.

⁴²⁸ *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, S. 795, 807.

⁴²⁹ OLG München AG 2009, 294; LG Hannover AG 2010, 459.

zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten (wie z.B. die „persönlichen und geschäftlichen Beziehungen eines jeden Kandidaten zum Unternehmen“), geht diese harsche Fehlerfolge mit einer gewissen Rechtsunsicherheit einher.

b) Die Missachtung von § 100 V AktG beim Wahlbeschluss

aa) Nichtigkeit

Wenn ein Wahlbeschluss gegen § 100 V AktG verstößt, indem der Aufsichtsrat über kein unabhängiges Mitglied verfügt, stellt sich die Frage, ob dies analog § 250 I Nr. 4 AktG zur Nichtigkeit des Wahlbeschlusses führt. § 250 I Nr. 4 AktG wird auf die Inkompatibilitätsvorschrift § 105 AktG analog angewendet, da die Nichterwähnung von § 105 AktG ein redaktionelles Versehen gewesen sei.⁴³⁰ Gegen eine analoge Anwendung auch auf § 100 V AktG spricht, dass es der Rechtssicherheit entgegenstünde, eine so rigide Folge an die Wahrung eines unbestimmten Rechtsbegriffs zu knüpfen.⁴³¹ Eine Nichtigkeit, die sich auf die Wahl aller Aufsichtsratsmitglieder beziehen kann, wird als zu weitgehend und damit unbillig empfunden.⁴³² Außerdem spricht nichts für eine planwidrige Regelungslücke in § 250 I Nr. 4 AktG.⁴³³

Insgesamt wirken sich Fehler bei der Aufsichtsratswahl seit dem Urteil des BGH vom 19.02.2013⁴³⁴ besonders fatal aus: Demnach ist ein Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl nichtig ist oder für nichtig erklärt wird, für die Stimmabgabe und Beschlussfassung ex tunc wie ein Nichtmitglied zu behandeln. Der BGH hat damit abgelehnt, die „Lehre vom fehlerhaften Organ“, derzufolge die mangelnde Organstellung für zurückliegende Beschlussfassung unschädlich ist, auf Aufsichtsratsbeschlüsse anzuwenden.

⁴³⁰ Spindler/*Stilz*, § 250 Rn. 18; Hüffer/*Koch*, § 250 Rn. 2; Hölters/*Simons*, § 250 Rn. 19.

⁴³¹ *Nowak*, Unabhängigkeit, S. 225 f.

⁴³² *Diekmann/Bidmon*, NZG 2009, 1087, 1091.

⁴³³ *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, S. 795, 811; Hölters/*Simons*, § 100 Rn. 56; *Nordhues*, Corporate Finance Law 2010, 327, 334; ebenfalls ablehnend im Ergebnis *Habersack*, AG 2008, 98, 106.

⁴³⁴ BGH AG 2013, 287.

bb) Anfechtbarkeit

Wählt die Hauptversammlung kein einziges Aufsichtsratsmitglied, das die Voraussetzungen des § 100 V AktG erfüllt, ist möglicherweise der Wahlbeschluss anfechtbar.⁴³⁵ Dagegen wird eingewandt, dass die gesetzwidrige Zusammensetzung des Aufsichtsrats nicht auf einen konkreten Wahlbeschluss rückführbar ist.⁴³⁶ Befürworter der Anfechtbarkeit folgern daraus, dass nicht nur die Wahl des Finanzexperten anfechtbar ist, sondern alle Einzelwahlen der Hauptversammlung, da sämtliche Einzelwahlen das Ziel hätten, das Gesamtgremium Aufsichtsrat gesetzmäßig zu besetzen.⁴³⁷

⁴³⁵ Bejahend *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, S. 795, 811; *Habersack*, AG 2008, 98, 106; *Jaspers*, AG 2009, 607, 612; *Spindler/Stilz*, § 100 Rn. 44.

⁴³⁶ *Hölter/Simons*, § 251 Rn. 6; *Hüffer/Koch*, § 100 Rn. 28.

⁴³⁷ *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, S. 795, 811; *Diekmann/Bidmon*, NZG 2009, 1087, 1091; dagegen betrachtet *Nordhues*, Corporate Finance Law 2010, 327, 334 nur den letzten Wahlbeschluss als anfechtbar, da die Tatsache, dass kein Mitglied mit den Anforderungen des § 100 V AktG gewählt wurde, erst mit dem letzten Wahlbeschluss feststehe.

§ 10 Konzernfragen im Kontext europäischer Corporate-Governance-Strömungen

Ein gemeinsames europäisches Konzernrecht besteht nicht. Selbst auf einzelstaatlicher Ebene haben nur wenige Gesetzgeber ein Konzernrecht geschaffen (dem deutschen Konzernrechtsmodell folgen Portugal, Ungarn, die Tschechische Republik und Slowenien).¹ Das Ziel, ein EU-weites Konzernrecht zu verwirklichen, war mit dem Entwurf einer neunten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie² in Angriff genommen worden, die allerdings nie verabschiedet wurde.

Das Fehlen einer EU-weiten Konzernregelung hat einen gravierenden Nachteil für deutsche Obergesellschaften mit ausländischen Tochtergesellschaften, da unklar ist, ob sie die ausländische Tochtergesellschaft im Interesse des Gesamtkonzerns führen und dabei deren Eigeninteressen zurückstellen dürfen.³ Die Rechtsunsicherheit führt zu einem erhöhten Beratungsbedarf und damit verursacht die Grenzüberschreitung höhere Kosten.⁴ *Teichmann* sieht die große konzernrechtliche Aufgabe des europäischen Gesetzgebers nicht im Schutz von Minderheitsaktionären und Gläubigern (dieses Anliegen werde durch die Mitgliedstaaten abgedeckt), sondern darin, Rechtsklarheit für Führungsprinzipien grenzüberschreitender Unternehmensgruppen zu schaffen.⁵ Als Instrument bietet sich dafür die Einführung einer konzerndimensionalen Business Judgment Rule an mit dem Ziel, dass der Vorstand/Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft nicht für Nachteilszufügungen gegenüber der Tochtergesellschaft haftet, wenn die Maßnahme dem Konzerninteresse dient. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass sich – vorbehaltlich der Existenzgefährdung der Tochtergesellschaft – keine allgemeingültige Aussage darüber treffen lässt, wie weit das Eigeninteresse der Gesellschaft dem Konzerninteresse unterge-

¹ Vgl. Report of the Reflection Group, S. 59 (s.o. § 9 Fn. 402).

² Abgedruckt in ZGR 1985, 444, 446 ff.

³ *Teichmann*, AG 2013, 184, 185; *Drygala*, AG 2013, 198, 202.

⁴ *Teichmann*, AG 2013, 184, 185; zum finanziellen Vorteil einer einheitlichen Regelung auch Report of the Reflection Group, S. 61 (s.o. § 9 Fn. 402).

⁵ *Teichmann*, AG 2013, 184, 197.

ordnet werden darf.⁶ Die Business Judgment Rule erlaubt es, die unternehmerische Ermessensentscheidung im Einzelfall zu berücksichtigen.⁷ In jüngerer Vergangenheit wurde das Ziel einer Harmonisierung des Konzernrechts auf europäischer Ebene wieder aufgegriffen: Zunächst widmete sich die *Reflection Group on the Future of EC Company Law* (im Folgenden: *Reflection Group*) in ihrem Bericht vom 05.04.2011⁸ dem Thema.⁹ Wird auch auf EU-Ebene Problembewusstsein für die rechtliche Handhabung von Unternehmensgruppen gezeigt, ist dies als positiver Vorbildeffekt für die Mitgliedstaaten, die bisher kein Konzernrecht besitzen, zu begrüßen.¹⁰ Ist allerdings schon auf nationaler Ebene der Begriff des Konzerninteresses hoch umstritten, stellt sich die Frage, was EU-weit als Gruppeninteresse anzusehen ist. Die *Reflection Group* verfolgt den Ansatz, der Obergesellschaft das Recht und zugleich die Pflicht zuzusprechen, das Unternehmen im Sinne eines Gesamtinteresses aller verbundenen Unternehmen zu leiten.¹¹ Manche Mitglieder der *Reflection Group* sprechen sich gegen den Pflichtcharakter aus.¹² Die Diskussion erinnert daher an die zu der umstrittenen „Konzernleitungspflicht“ vertretenen Positionen. Die *Reflection Group* geht allerdings nicht darauf ein, ob und, wenn ja, welchen inhaltlichen Maßstäben ein anerkanntes Konzerninteresse genügen muss.¹³ Am 12.12.2012 folgte ein Aktionsplan der Kommission.¹⁴ Der Aktionsplan verfolgt keine ganzheitliche Regelung des Konzernrechts, sondern die Klärung von Einzelfragen. Unter anderem hat es sich die Kommission zum Ziel gesetzt, bis 2014 eine Initiative für verbesserte Informationen über Gruppen und eine bessere Anerkennung des Begriffs

⁶ Teichmann, AG 2013, 184, 196.

⁷ Teichmann, AG 2013, 184, 196.

⁸ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflection_group_report_en.pdf (Stand: 20.08.2014).

⁹ KOM(2012), 740/2, Ziff. 4.6.

¹⁰ Drygala, AG 2013, 198, 204.

¹¹ Report of the Reflection Group, S. 60 (s.o. § 9 Fn. 402).

¹² Report of the Reflection Group, S. 60 (s.o. § 9 Fn. 402).

¹³ Kritisch dazu Drygala, AG 2013, 198, 204, der eine beliebige Nachteilszufügung als Konsequenz befürchtet, wenn man allein die Gruppenzugehörigkeit für die Nachteilszufügung ausreichen lässt.

¹⁴ KOM(2012) 740/2.

des Gruppeninteresses vorzulegen. Die Kommission deutet in ihrem Aktionsplan an, Schritte zur Regelung der „Transaktionen mit nahe stehenden Unternehmen und Personen“ zu unternehmen, die verheerende Konsequenzen für das deutsche Konzernrecht haben könnten. Die Kommission hatte sich zum Ziel gesetzt, im Jahr 2013 eine Initiative vorzuschlagen, die die Kontrolle der Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen verbessern soll.¹⁵ Zwar stellt die Kommission nicht ausdrücklich den Regelungsansatz der geplanten Verbesserung dar, sie nimmt aber Bezug auf die Verbesserungsvorschläge des Europäischen Corporate-Governance-Forums¹⁶. Laut Vorschlag des Forums soll eine Transaktion mit einem nahe stehenden Unternehmen, die den Schwellenwert von 5% des Unternehmensvermögens erreicht, der Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen, wobei das nahe stehende Unternehmen von der Abstimmung ausgeschlossen sei. Als nahe stehende Unternehmen gelten insbesondere auch verbundene Unternehmen. Sollte sich die Kommission den Ansatz des Forums aneignen, würden Rechtsgeschäfte mit verbundenen Unternehmen ab der Schwelle von 5% des Unternehmenswerts der Kontrolle der Hauptversammlung unterstellt. Das Nachteilsausgleichssystem der §§ 311 ff. AktG würde damit durch eine Vorabkontrolle durch die Hauptversammlung ersetzt.¹⁷ Ob die Kommission diesen Ansatz tatsächlich verfolgen wird, bleibt abzuwarten.

Konzernrechtliche Empfehlungen der EU-Kommission könnten zwar eine Antriebswirkung auf zögerliche nationale Änderungsprozesse haben,¹⁸ es stellen sich aber Bedenken hinsichtlich der Kompetenz. In einer Stellungnahme zum Grünbuch von 2011 betont der Rechtsausschuss des Bundestages, dass Maßnahmen auf europäischer Ebene das Subsidiaritätsprinzip wahren müssten.¹⁹ Auch der Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins verweist auf die begrenzte Zuständigkeit der EU für das Ge-

¹⁵ KOM(2012), 740/2, Ziff. 3.2.

¹⁶ Statement of the European Corporate Governance Forum on Related Party Transactions for Listed Entities v. 10.03.2011, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf_related_party_transactions_en.pdf (Stand: 20.08.2014).

¹⁷ *Drygala*, AG 2013, 198, 206.

¹⁸ Vgl. *Bayer*, NZG 2013, 1, 16.

¹⁹ BT-Drs. 17/6506, S. 4.

4. Teil Der Aufsichtsrat im Konzern

sellschaftsrecht und warnt davor, dass etwa ein einheitlicher Corporate Governance Kodex auf EU-Ebene den gravierenden Unterschieden der nationalen Rechtssysteme nicht gerecht würde.²⁰ Gerade deshalb sollte die EU den konzernrechtlichen Regelungsgegenstand auf die für die Verwirklichung des Binnenmarktes elementar notwendigen Punkte beschränken.²¹

²⁰ *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2011, 936, 937.

²¹ So auch *Bachmann*, WM 2011, 1301, 1310; *Bayer*, NZG 2013, 1, 15.

§ 11 Der Informationsfluss im Konzern

Die einheitliche Leitung verbundener Gesellschaft setzt einen Informationsaustausch voraus. Inhaltliche Grenzen für den Informationsfluss können sich aus der Verschwiegenheitspflicht nach § 93 I 3 AktG für den Vorstand, § 116 S. 2 AktG bzw. § 93 I 3 i.V.m. § 116 S. 1 AktG für den Aufsichtsrat sowie dem Verbot der Weitergabe von Insiderinformationen nach § 14 I 2 WpHG ergeben. Außerdem ist die Organkompetenz für die Erteilung und den Erhalt von Informationen zu klären, d.h. wer auf Seiten der Obergesellschaft Informationen einfordern und wer auf Seiten der Tochtergesellschaft Informationen herausgeben darf. Diese Fragen treffen zusammen, wenn Mehrfachmandatsträger in Aufsichtsräten verschiedener Konzernstufen tätig sind.

A. Gesetzlich normierte Berichtspflichten mit Konzernbezug

I. Berichtspflicht des Vorstands an den Aufsichtsrat

Der Vorstand der Obergesellschaft muss in seinen Berichten für den Aufsichtsrat auch auf die Tochterunternehmen eingehen, § 90 I 2 AktG. Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft kann jederzeit einen Bericht über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Obergesellschaft zu verbundenen Unternehmen und auch über geschäftliche Vorgänge bei den verbundenen Unternehmen, die erheblichen Einfluss auf die Lage der Obergesellschaft haben können, verlangen, § 90 III 1 AktG. Von erheblichem Einfluss sind Vorgänge dann, wenn sie sich auf die Rentabilität oder Liquidität auswirken können.¹ Um der Berichtspflicht zu genügen, muss der Vorstand die „notwendigen Informationen von sich aus im Rahmen des nach den gesetzlichen Bestimmungen Zulässigen, des ihm faktisch Möglichen und konkret Zumutbaren“² beschaffen.

¹ Semler, Leitung und Überwachung, Rn. 387.

² BT-Drs. 14/8769, S. 14.

II. Informationen für den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht

Informationsansprüche der Muttergesellschaft gegenüber den Tochtergesellschaften enthält § 294 III HGB. Nach § 294 III 1 HGB müssen die Tochterunternehmen ihre Jahresabschlüsse, Einzelabschlüsse nach § 325 IIa HGB, Lageberichte, Konzernabschlüsse, Konzernlageberichte und etwaige Prüfungsberichte und Zwischenabschlüsse der Muttergesellschaft mitteilen. Gem. § 294 III 2 HGB darf die Muttergesellschaft von dem Tochterunternehmen alle Aufklärungen und Nachweise verlangen, die die Aufstellung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts erfordert.

III. Auskunftsrechte kraft Aktionärsstellung

Die Obergesellschaft kann gegenüber der Tochtergesellschaft ihr mitgliedschaftliches Auskunftsrecht aus § 131 I AktG geltend machen. Allerdings kann ein Aktionär kraft § 131 I 1 AktG Informationen nur in der Hauptversammlung einfordern und ist weiterhin auf diejenigen Informationen beschränkt, die zur sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunkts notwendig sind. Einen Anspruch auf von der Tagesordnung unabhängige Informationen erhält der Aktionär über § 131 IV AktG: Sofern einem Aktionär aufgrund seiner Aktionärsenschaft außerhalb der Hauptversammlung eine Auskunft erteilt worden ist, dürfen die anderen Aktionäre nach § 131 IV AktG verlangen, in der Hauptversammlung ebenfalls informiert zu werden. Die Auskunftsrechte des § 131 AktG bieten jedoch nur einen beschränkten Nutzen: Entweder sind sie auf Informationen in Bezug zur Tagesordnung begrenzt (Absatz 1) oder auf solche Informationen, die bereits anderen gewährt worden sind (Absatz 4).³ Ferner ist die Informationserteilung nur für die selten stattfindende Hauptversammlung vorgesehen.⁴

³ *Fabritius*, FS Huber, S. 705, 708.

⁴ *Fabritius*, FS Huber, S. 705, 708.

B. Befugnis des Aufsichtsrats der Obergesellschaft zur Informationsgewinnung?

Um Maßnahmen der Konzernleitung beurteilen zu können, muss der Aufsichtsrat wissen, welche Tatsachen dem Vorstand als Entscheidungsgrundlage dienen.⁵ Wie bereits dargestellt, erhält der Aufsichtsrat in der unabhängigen AG die für ihn notwendigen Informationen über den Vorstand. Parallel stellt sich im Konzern die Frage nach den Zugriffsmöglichkeiten des Mutteraufsichtsrats auf das Informationsmaterial, wenn er die für die Überwachung des Konzernvorstands nötigen Informationen selbst beschaffen will. Sind die erforderlichen Unterlagen im Besitz der konzernabhängigen Gesellschaft, hat der Mutteraufsichtsrat grundsätzlich kein eigenständiges Informationsrecht, sondern muss seinen Vorstand dazu bewegen, von seinen Einsichts- und Prüfungsmöglichkeiten bei der Tochtergesellschaft Gebrauch zu machen.⁶

I. Eigenes Informationsbeschaffungsrecht des Aufsichtsrats?

Der Vorstand kann gewissermaßen die Zufuhr derjenigen Informationen kontrollieren, anhand deren der Aufsichtsrat seine Handlungen beurteilt. Deshalb sprechen manche Autoren dem Aufsichtsrat der Obergesellschaft das Recht zu, Informationen direkt von Organen der Tochtergesellschaft einzufordern, wenn er Zweifel an der korrekten Berichterstattung des von ihm zu überwachenden Vorstands hat.⁷ Die Möglichkeit, autonom Befragungen durchzuführen, verbessere die Kontrollmöglichkeiten des Aufsichtsrats.⁸ Für diese Aufweichung der Aufgabentrennung von Vorstand und Aufsichtsrat findet sich aber im Gesetz keine Stütze. § 111 II AktG

⁵ *Witte*, Prüfungsbericht, S. 6.

⁶ *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 420; *S. H. Schneider*, Informationspflichten, S. 160; *MHdbGesR/Hoffmann-Becking*, Bd. IV, § 29 Rn. 36; *Götz*, ZGR 1998, 524, 542.

⁷ *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 178; *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 117; *Martens*, ZHR 159 (1995), 567, 586, der allerdings dieses Vorgehen auf vertraglich beherrschte Gesellschaften oder Gesellschaften im 100%igen Anteilseigentum beschränkt.

⁸ *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 177.

beschränkt sich auf die Prüfung von Büchern, Schriften und der Vermögensgegenstände der Gesellschaft. Ohne Ermächtigung in der Informationsordnung darf der Aufsichtsrat nicht einmal Mitarbeiter der eigenen Gesellschaft befragen; die Befragung von Mitarbeitern und Organen verbundener Gesellschaften muss daher erst recht ausscheiden.

II. Informationsbeschaffungsrecht kraft Ermächtigung?

Neben einer direkten Informationsgewinnung des Aufsichtsrats aus eigenem Recht wird auch die Informationseinholung kraft Ermächtigung durch den Vorstand vorgeschlagen: Der Vorstand müsse nicht zwingend die Informationen der Tochtergesellschaft selbst einholen, sondern könne in diesem Fall den Aufsichtsrat dazu ermächtigen. Der Vorstand sei aufgrund seiner Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit sogar gezwungen, seine Zustimmung zu diesem Vorgang zu erteilen, wenn es für den Aufsichtsrat zur Erfüllung seiner Überwachungsaufgabe erforderlich sei.⁹ Das setze einen auf konkreten Indizien beruhenden Verdacht des Aufsichtsrats voraus, dass der Vorstand Informationen über die Tochtergesellschaft unvollständig oder falsch weitergibt.¹⁰

Indem der Aufsichtsrat nur kraft Ermächtigung durch den Vorstand Informationen einholen darf, wird die Zuständigkeitsordnung gewahrt. Durch die Pflicht zur Ermächtigung, wenn die Information für die Aufgabenerfüllung des Aufsichtsrats zwingend notwendig ist, wird verhindert, dass der Vorstand seine Informationszuständigkeit dazu missbraucht, den Aufsichtsrat an der Kontrolle zu hindern. Deshalb überzeugt diese Ansicht.

III. Gemeinsame Aufsichtsratssitzungen

Es bleibt die Möglichkeit zu prüfen, ob der Aufsichtsrat konzernweite Informationen erster Hand erfahren kann und darf, indem gemeinsame Auf-

⁹ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 125.

¹⁰ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 125.

sichtsratssitzungen eingeführt werden.¹¹ Allerdings verbietet § 109 I 1 AktG Personen, die weder dem Aufsichtsrat noch dem Vorstand der Gesellschaft angehören, die Sitzungsteilnahme. § 109 I 2 AktG sieht eine Ausnahme für die Teilnahme von Sachverständigen und Auskunftspersonen für einzelne Sitzungen vor. Da also das AktG Ausnahmen von dem Grundsatz des § 109 I 1 AktG zulässt, ist es erwägenswert, ob auch eine Ausnahme für gemeinsame Sitzungen von Aufsichtsräten im Konzern möglich ist.¹² In diesem Sinne ist zunächst zu untersuchen, ob eine Ausnahme von § 109 I 1 AktG für die *dauerhafte* Zusammenlegung der Aufsichtsratssitzungen zulässig wäre.

Der dauerhaften Einführung gemeinsamer Sitzungen könnte die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder entgegenstehen. Diese dürfen Aufsichtsratsmitglieder aber dann einschränken, wenn die Person, an die Informationen weitergegeben werden, berechtigt ist, die Information in ihre Arbeit einzubeziehen und sichergestellt ist, dass sie ihrerseits zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.¹³ Zu befürchten ist hingegen, dass die Belange der beherrschten Gesellschaften bei dauerhaft gemeinsamen Sitzungen untergehen, indem die Aufsichtsratsmitglieder der Obergesellschaft die Diskussion in der Sitzung an sich ziehen.¹⁴ Insofern würde die Dominanz der Sitzung durch Dritte nicht der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit der eigentlichen Mandatsträger gerecht.

Anderes könnte für die Zusammenlegung von einzelnen Sitzungen gelten. Im Einzelfall können Organmitglieder verbundener Unternehmen als Sachverständige i.S.v. § 109 I 2 AktG in Betracht kommen.¹⁵

Im Ergebnis widerspricht die dauerhafte Zusammenlegung der Aufsichtsratssitzungen im Konzern § 109 I 1 AktG, die begrenzte Teilnahme von Mandatsträgern verbundener Unternehmen an einzelnen Sitzungen kann jedoch nach § 109 I 2 AktG gerechtfertigt sein.

¹¹ Schnorbus/Ganzer, AG 2013, 445.

¹² Schnorbus/Ganzer, AG 2013, 445, 446.

¹³ Schnorbus/Ganzer, AG 2013, 445, 446 m.w.N.

¹⁴ Schnorbus/Ganzer, AG 2013, 445, 447.

¹⁵ Schnorbus/Ganzer, AG 2013, 445, 448.

C. Möglichkeiten umfassender Informationsweitergabe

Die Obergesellschaft wird Interesse daran haben, möglichst umfassende Informationen von den abhängigen Gesellschaften einzufordern. Im Folgenden soll untersucht werden, ob in den einzelnen Konzernarten eine Möglichkeit dazu gegeben ist.

I. Eingliederungskonzern

Im Eingliederungskonzern hat die herrschende Gesellschaft einen vollumfänglichen Informationsanspruch gegenüber der eingegliederten Gesellschaft.¹⁶ Grund hierfür ist der Leitungsanspruch des herrschenden Unternehmens aus §§ 308 I, 323 I AktG und dessen Übernahme des wirtschaftlichen Risikos.¹⁷

II. Vertragskonzern

Ein umfassender Informationsanspruch der Obergesellschaft wird im Vertragskonzern aus der Weisungsbefugnis des § 308 AktG abgeleitet.¹⁸ Es wird argumentiert, das Weisungsrecht gem. § 308 AktG beruhe auf einer sachgerechten Informationsversorgung, die die Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht erfordere.¹⁹ Letztlich wird ein Recht der Obergesellschaft auf die Offenlegung von Informationen i.S.v. § 93 I 3 AktG über § 309 I AktG konstruiert.²⁰ Gem. § 309 I AktG muss bei der Erteilung von Weisungen im Vertragskonzern die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters an den Tag gelegt werden. Um diesem Sorgfaltsmaßstab gerecht zu werden, bedürfe der Vorstand der Obergesellschaft gegebenenfalls auch vertraulicher Informationen über die

¹⁶ Ausführlich *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, S. 30 ff.; *Singhof*, ZGR 2001, 146, 158.

¹⁷ *Singhof*, ZGR 2001, 146, 158; *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 48.

¹⁸ *Fabritius*, FS Huber, S. 705, 709; *Decher*, ZHR 158 (1994), 473, 480.

¹⁹ *Fleischer*, DB 2005, 759, 765; *S. H. Schneider*, Informationspflichten, S. 152; *Rothweiler*, Informationsfluss, S. 40.

²⁰ *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, S. 65.

Tochtergesellschaft.²¹ Aus diesen Gründen kann auf § 308 AktG auch eine Weisung zur Informationsherausgabe gestützt werden.

III. Faktischer Konzern

1. Pflicht der abhängigen Gesellschaft zur Informationserteilung

Teilweise wird aus § 294 III HGB eine allgemeine Informationspflicht zur Ermöglichung der Konzernführung abgeleitet.²² *Semler* sieht das Nachteilsausgleichssystem der §§ 311 ff. AktG als Indiz für die Zulässigkeit der Informationsweitergabe an die Obergesellschaft an, mit der Begründung, dass der Vorstand der Obergesellschaft die Nachteile einer Maßnahme nur erfassen könne, wenn er eine ausreichende Informationsgrundlage habe.²³

Im faktischen Konzern ist zunächst zu klären, ob schutzwürdige Interessen betroffen sind. Dies ist möglich, wenn Minderheitsaktionäre vorhanden sind.²⁴ *Semler* lehnt daher eine Erhebung vertraulicher Informationen ab, sobald die Tochtergesellschaft über Minderheitsgesellschafter verfügt.²⁵ Es ergibt sich jedenfalls kein Anspruch auf Information aus § 311 AktG, zumal diese Norm ein Weisungsrecht näher umschreibt, dem die beherrschte Gesellschaft nicht zwingend Folge leisten muss.²⁶ Die eigenverantwortliche Leitungsbefugnis des Vorstands der Tochtergesellschaft bleibt bei faktischer Konzernierung bestehen und lässt für einen umfassenden Informationsanspruch der Obergesellschaft keinen Raum.²⁷ Schließlich hat der Gesetzgeber in Kenntnis der faktischen Konzernierung keine weitergehenden Informationsrechte für die Obergesellschaft vorge-

²¹ *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, S. 65.

²² *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 300 f.; *Burgard*, ZHR 162 (1998), 51, 96.

²³ *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 302; in diesem Sinne auch *Scheffler*, DB 1994, 793, 797.

²⁴ *Potthoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 768; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 235.

²⁵ *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 424.

²⁶ *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, S. 86.

²⁷ *Fabritius*, FS Huber, S. 705, 710.

sehen.²⁸ Eine Verpflichtung zur Weitergabe geschützter Informationen trifft den Vorstand der faktisch abhängigen AG nicht.²⁹ Die Obergesellschaft hat damit keine weiterreichenden Informationsrechte als sonstige Aktionäre.³⁰ Die Bestimmung des § 294 III 2 HGB, dass das Mutterunternehmen von dem Tochterunternehmen alle Aufklärungen und Nachweise verlangen könne, die die Aufstellung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts erfordert, ist thematisch auf die Ermöglichung der handelsrechtlichen Rechnungslegung beschränkt und in diesem Sinne eng auszulegen.³¹

2. Berechtigung der abhängigen Gesellschaft zur Informationserteilung

a) Herleitung der Berechtigung

Von der Verpflichtung zur Information ist die Frage zu unterscheiden, ob die Organe der abhängigen Gesellschaft berechtigt sind, der Konzernmutter umfassende Informationen zu gewähren. Man könnte daran denken, dass die Verschwiegenheitspflicht gem. § 93 I 3 AktG grundsätzlich der Weitergabe von Informationen an verbundene Unternehmen entgegenstehe. Allerdings zielt die Verschwiegenheitspflicht mit dem Schutz sensibler Daten letztlich auf den Schutz des Unternehmensinteresses ab. Es bietet sich daher an, eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht dort zu machen, wo dem Unternehmensinteresse im Einzelfall durch eine Informationsweitergabe besser gedient ist.³² Eine Rechtfertigung für Auskünfte an die Obergesellschaft könnte sich insbesondere aus der Ermögli-

²⁸ Schäfer, Diskussionsbericht, ZHR 159 (1995), 346, 348.

²⁹ Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 769.

³⁰ Schäfer, Diskussionsbericht, ZHR 159 (1995), 346, 348.

³¹ Elsner, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 134 f; Wittmann, Informationsfluss im Konzern, S. 94.

³² S. H. Schneider, Informationspflichten, S. 54; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 169; Hölters/Hölters, § 93 Rn. 142.

chung einer einheitlichen Leitung des Konzerns ergeben.³³ Der Aufsichtsrat der Obergesellschaft muss die Konzernleitung des Vorstands der Obergesellschaft auch in Bezug auf faktisch abhängige Tochtergesellschaften überwachen. Daher hat der Konzernvorstand über Lage und Entwicklung der faktischen Tochtergesellschaft zu berichten, jedenfalls soweit die Informationen für die Überwachung seiner Einflussnahme erforderlich sind.³⁴ Somit ist der Vorstand der abhängigen Gesellschaft berechtigt, Informationen preiszugeben, sofern diese der Konzernleitung dienen, die Informationsweitergabe für die Tochtergesellschaft nicht nachteilig ist oder aber dieser Nachteil ausgeglichen wird.³⁵ Die Verschwiegenheitspflicht aus § 93 I 3 AktG wird damit im faktischen Konzern durch das Nachteilsausgleichssystem der § 311 ff. AktG überlagert.³⁶ Die Auskunftserteilung an die Konzernleitung löst auch nicht den Auskunftsanspruch anderer Aktionäre aus § 131 IV 1 AktG aus, weil die Konzernspitze aufgrund des Konzernverhältnisses und nicht aufgrund der Aktionärsseigenschaft informiert wird.³⁷ *Schneider* gibt zwar zu bedenken, dass die Konzernierung bei faktischer Abhängigkeit gerade auf der Aktionärsstellung der Obergesellschaft beruhe.³⁸ Das in §§ 311 ff. AktG geregelte Beherrschungsverhältnis reicht hingegen über die Aktionärsstellung hinaus und bietet einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung gegenüber anderen Aktionären.³⁹

³³ So z.B. *Singhof*, ZGR 2001, 146, 160; *Kalss*, Der Konzern 2013, 299, 305, die den Konzern als „Informationseinheit“ betrachtet.

³⁴ *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 394.

³⁵ *Menke*, NZG 2004, 697, 699; *S. H. Schneider*, Informationspflichten, S. 182; MüKoAktG/*Spindler*, § 93 AktG Rn. 125.

³⁶ *Fabritius*, FS Huber, S. 705, 711; vgl. auch *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 108; *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 147; MHdbGesR/*Krieger*, Bd. IV, § 69 Rn. 26.

³⁷ *Decher*, ZHR 158 (1994), 473, 483; *S. H. Schneider*, Informationspflichten, S. 134; *Fabritius*, FS Huber, S. 705, 711 m.w.N.

³⁸ *Schneider*, FS Lutter, S. 1193, 1201. Allerdings soll die Weitergabe von Informationen, die durch konzerninterne Doppelmandate erlangt wurden, auch nach *Schneider* nicht unter § 131 IV AktG fallen.

³⁹ Hüffer/*Koch*, § 131 Rn. 38; MüKoAktG/*Kubis*, § 131 Rn. 157; *Spindler/Stilz/Siems*, § 131 Rn. 78.

b) Organkompetenz zur Informationsweitergabe

Besteht keine Pflicht zur Weitergabe von Informationen, so ist dennoch eine freiwillige Preisgabe denkbar. Es ist umstritten, ob nur der Vorstand oder auch der Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft zur Erteilung von Auskünften berechtigt ist. Dies ist an der aktienrechtlichen Kompetenzordnung und der Reichweite der Verschwiegenheitspflicht aus §§ 116 S. 2 sowie 93 I 3 i.V.m. 116 S. 1 AktG zu messen.

aa) Kompetenz des Gremiums Aufsichtsrat

Zunächst muss geklärt werden, ob der Gesamtaufichtsrat als Organ berechtigt ist, Informationen an die Obergesellschaft weiterzugeben.

(1) 1. Ansicht: Keine Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Obergesellschaft

Einer Ansicht zufolge besteht keine Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft gegenüber dem Vorstand der Obergesellschaft.⁴⁰ Demnach dürfe der Aufsichtsrat genauso wie der Vorstand Auskünfte erteilen.⁴¹

(2) 2. Ansicht: Unbeschränkte Geltung der Verschwiegenheitspflicht

Eine andere Ansicht lehnt eine Befugnis des Aufsichtsrats zur Informationsweitergabe ab: Informationen über die abhängige Gesellschaft zu erteilen obliege deren Vorstand, nicht deren Aufsichtsrat.⁴² Für einen unmittelbaren Informationsaustausch zwischen Tochteraufichtsrat und Mutteraufichtsrat fehle die rechtliche Grundlage.⁴³

⁴⁰ *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 282.

⁴¹ *Kalss*, Der Konzern 2013, 299, 305.

⁴² *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 276; *MüKo-AktG/Habersack*, § 116 Rn. 57; *Singhof*, ZGR 2001, 146, 160 f.

⁴³ *Hommelhoff*, ZGR 1996, 144, 160 f.

(3) 3. Ansicht: Wertneutrale Informationen dürfe der Aufsichtsrat weitergeben

Ein gemäßigter Ansatz sieht vor, dass der Aufsichtsrat zumindest wertneutrale Informationen von sich aus an die Obergesellschaft weitergeben dürfe, weil aus deren Verwertung kein Nachteil für die Tochtergesellschaft erwachsen könne.⁴⁴ Dies wird damit begründet, dass der Aufsichtsrat zur Beurteilung, ob eine Information wertneutral sei, genauso fähig sei wie der Vorstand, so dass dessen Einschätzung im Vorhinein nicht nötig sei.⁴⁵

(4) Stellungnahme

Befürworter eines Informationsweitergaberechts betonen, dass der Aufsichtsrat in manchen Bereichen unternehmerisch tätig wird (so bei Beratung des Vorstandes und bei Zustimmungsvorbehalten) und in diesen Fällen dem Geschäftsleitungsorgan gleichgestellt werden müsse.⁴⁶ Ferner sei es für die Obergesellschaft vorteilhaft, in direkter Kommunikation mit dem Tochteraufsichtsrat dessen Einschätzung hinsichtlich geplanter Konzernleitungsmaßnahmen zu erfahren.⁴⁷

Gegen eine freiwillige Auskunftserteilung durch den Aufsichtsrat spricht, dass dadurch Nachteile entstehen können, deren Ausgleich nicht verlangt werden kann: Die Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht wird beim Eingliederungskonzern und beim Vertragskonzern durch das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens und die Folgepflicht des beherrschten Unternehmens sowie die Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos auf die Obergesellschaft gerechtfertigt. Etwaige Nachteile, die der Untergesellschaft aus einer Informationsweitergabe erwachsen, wären jedoch nur dann gem. § 311 I AktG durch die Obergesellschaft auszugleichen, wenn die Informationsweitergabe aufgrund einer Weisung der Obergesellschaft

⁴⁴ *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 130.

⁴⁵ *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 130.

⁴⁶ *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, S. 24.

⁴⁷ *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, S. 25.

erfolgt wäre. Eine solche Weisung fehlt, wenn der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft von sich aus Auskünfte erteilt.⁴⁸

Eine eigenmächtige Informationsweitergabe durch den Aufsichtsrat würde zudem die Kompetenzordnung untergraben: Die Einordnung einer Information als vertraulich fällt in das Ermessen des Vorstands.⁴⁹ Auch wenn der Aufsichtsrat vielfach selbst in der Lage ist, die Vertraulichkeit einzuschätzen, hat er die Entscheidung des Vorstands darüber zu respektieren, solange sie vertretbar ist.⁵⁰ Der Vorstand der Tochtergesellschaft muss über die Weitergabe vertraulicher Informationen an die Obergesellschaft entscheiden und selbst prüfen, ob sich hieraus ausgleichspflichtige Nachteile ergeben.⁵¹ Dieser Pflicht kann der Vorstand nicht nachkommen, wenn er nicht in die Informationsbeziehung von Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft und der Obergesellschaft einbezogen wird.⁵² Der Aufsichtsrat ist damit nicht berechtigt, eine nachteilige Maßnahme i.S.v. § 311 AktG ohne Billigung durch den Vorstand zu vollziehen.⁵³ § 311 AktG macht deutlich, dass die freiwillige Erteilung von Auskünften bestimmte Voraussetzungen erfüllen muss und fungiert bei Fehlen dieser Voraussetzungen als Informationsweitergabeverbot.⁵⁴ Das Organ Aufsichtsrat ist grundsätzlich nicht zur freiwilligen nachteiligen Preisgabe von Informationen berechtigt.

⁴⁸ Götz, ZGR 1998, 524, 536.

⁴⁹ U. Torggler, FS Torggler, S. 1215, 1217.

⁵⁰ U. Torggler, FS Torggler, S. 1215, 1217 f.

⁵¹ S. H. Schneider, Informationspflichten, S. 178.

⁵² Götz, ZGR 1998, 524, 536; Singhof, ZGR 2001, 146, 161.

⁵³ S. H. Schneider, Informationspflichten, S. 180.

⁵⁴ S. H. Schneider, Informationspflichten, S. 196.

bb) Doppelmandatsträger im Tochteraufsichtsrat

Wenn auch der Gesamtaufsichtsrat nicht zur Weitergabe von Informationen berechtigt ist, ergibt sich für Doppelmandatsträger im Konzern eventuell eine Ausnahme. In der Praxis ist der Fall verbreitet, dass eine Person zugleich dem Tochteraufsichtsrat und entweder dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat der Muttergesellschaft angehört.

(1) 1. Ansicht: Keine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht

Einer Ansicht nach gilt die Schweigepflicht einschränkungslos zwischen den verbundenen Gesellschaften und damit auch für Aufsichtsratsmitglieder, die von der Obergesellschaft in den Aufsichtsrat gewählt wurden.⁵⁵ In der parallelen Problematik von Entsendungsfällen schränke das Informationsinteresse der Entsendungsberechtigten nicht die Verschwiegenheitspflicht ihrer Vertreter im Aufsichtsrat ein.⁵⁶

(2) 2. Ansicht: Ausnahme von der Kompetenzverteilung für Konzernmandatsträger

Nach einer anderen Meinung bleibt es auch im Konzern grundsätzlich bei der Kompetenztrennung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand. Demnach hat in der Regel nur der Vorstand das Recht, Informationen weiterzugeben. Erlangen Doppelmandatsträger jedoch durch ihre Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft Informationen, so sollen diese für die Konzernleitung genutzt werden dürfen.⁵⁷ *Löbbe* verlangt dafür aber, dass sich die Obergesellschaft dazu verpflichtet, die auf diesem Wege erhaltenen Informationen nicht zum Nachteil der Tochtergesellschaft zu verwenden.

⁵⁵ *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 101.

⁵⁶ *MüKoAktG/Habersack*, § 116 Rn. 55.

⁵⁷ *Lutter/K. Schmidt/Drygala*, § 116 Rn. 31; *MüKoAktG/Habersack*, § 116 Rn. 57; *Heidel/Breuer/Fraune*, § 116 Rn. 12; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 116 Rn. 44a; *MHdbGesR/Hoffmann-Becking*, Bd. IV, § 33 Rn. 48; *Gofferje*, Unabhängigkeit, S. 104; *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S. 140; für die Verwertung persönlichen Wissens aufgrund von Doppelmandaten auch *Kropff*, FS Semler, S. 225, 232.

den oder aber diesen Nachteil auszugleichen.⁵⁸ Diese Selbstverpflichtung könne auch durch eine abstrakt generelle Vereinbarung zwischen Ober- und Untergesellschaft geschehen.⁵⁹

(3) 3. Ansicht: Einbeziehung des Tochtervorstands

Eine vermittelnde Ansicht billigt zwar die Informationsweitergabe durch Doppelmandatare, verlangt aber, dass der Vorstand der Tochtergesellschaft einbezogen wird.⁶⁰ Zur Wahrung der Informationsherrschaft des Tochtervorstands wird teilweise dessen Beschlussfassung über die Zulässigkeit der Informationsweitergabe durch Mehrfachmandatsträger verlangt.⁶¹ Andere lassen die – auch konkludent erteilte – Zustimmung des Tochtervorstands ausreichen, die angesichts der Vorteile eines zügigen, direkten Informationsflusses schnell vermutet wird.⁶²

(4) Stellungnahme

Gegen eine Berechtigung des Konzernmandatsträgers zur Informationsweitergabe spricht, dass das AktG bei der Regelung der Verschwiegenheitspflicht nicht nach dem Besetzungsgrund differenziert. Die Verwaltung von Informationen ist außerdem grundsätzlich Aufgabe des Vorstands.

Auf der anderen Seite scheint es wenig praktikabel und lebensfremd, bei Konzernmandaten an einem alleinigen Recht des Vorstands zur Informationsweitergabe festzuhalten.⁶³ Dürfe der Doppelmandatar selbst die In-

⁵⁸ *Löbke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 146.

⁵⁹ *Löbke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 435.

⁶⁰ *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S. 148; *Löbke*, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 436; *Rothweiler*, Informationsfluss, S. 106.

⁶¹ *Bank*, NZG 2013, 801, 805.

⁶² MüKoAktG/*Altmeyden*, § 311 Rn. 425; GroßkommAktG/*Hopt/Roth*, § 116 Rn. 274; *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 77; so auch *Rothweiler*, Informationsfluss, S. 106, der aber auf die haftungsrechtlichen Folgen hinweist, die dem Vorstand für das Tolerieren eines solchen Informationsflusses drohen können.

⁶³ *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, S. 22; GroßkommAktG/*Hopt/Roth*, § 116 Rn. 274.

formationen weitergeben, werde der Informationsfluss vereinfacht.⁶⁴ Außerdem erhalte die Obergesellschaft hierdurch nicht weitergehende Informationen als durch den Vorstand, sondern denselben Umfang an Informationen auf direktem (und damit auch seitens des Tochtervorstands unbeeinflusstem) Wege.⁶⁵ Auch der Aufsichtsrat der faktisch abhängigen AG dürfe bei seiner Prüfung des Abhängigkeitsberichts gem. § 312 AktG auf Vollständigkeit solches Wissen berücksichtigen, das er durch Doppelmandate in der Obergesellschaft erworben hat.⁶⁶

Durch das Konzernprivileg des § 100 II 2 AktG hat der Gesetzgeber gerade ermöglicht, dass der gesetzliche Vertreter des herrschenden Unternehmens mehrere Aufsichtsratsämter in den Tochtergesellschaften bekleidet. Dabei wird dem Gesetzgeber klar geworden sein, dass der Muttervorstand dadurch sensible Informationen über die Tochtergesellschaft erhält. Da das Konzernprivileg gerade die Leitung des Konzerns vereinfachen soll, wäre es sinnwidrig, dem Vorstand als Doppelmandatar die bewusst eröffneten Vorteile zu verwehren.

Aus den vorgenannten Gründen überzeugt es, Konzernmandatsträgern das Recht zur Informationsweitergabe zuzusprechen. Voraussetzungen und Ausübung des Weitergaberechts müssen allerdings konfligierende gesellschaftsrechtliche Grundsätze berücksichtigen. Daher ist ein schonender Ausgleich anzustreben zwischen dem privilegierten Informationsinteresse der Konzernobergesellschaft, der Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsrats und der grundsätzlichen Informationszuständigkeit des Vorstands.

Nach Art der Information sollen nur solche Informationen weitergegeben werden, die für die Konzernleitung erforderlich sind. Bei der Abwägung mit dem Verschwiegenheitsgrundsatz ist zu beachten, dass auf die Vertraulichkeit von Beratungen in § 116 S. 2 AktG besonderes Augenmerk gelegt wird. Über das Abstimmungsverhalten und den Verlauf der Bera-

⁶⁴ *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, S. 23; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, Rn. 479; für den Vertragskonzern ebenso *Rothweiler*, Informationsfluss, S. 101.

⁶⁵ *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, S. 23; *GroßkommAktG/Hopt/Roth*, § 116 Rn. 274.

⁶⁶ *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 463.

tungen darf auch der Mehrfachmandatsträger nicht Bericht erstatten.⁶⁷ Diese Informationen sind überdies nicht zur Konzernleitung erforderlich, denn hierfür dürfte nur die Letztentscheidung des abhängigen Aufsichtsrats von Belang sein.⁶⁸

Die Informationskompetenz des Tochtervorstands führt dazu, dass er in den Informationsweitergabeprozess einzubinden ist. Die bloße Fiktion eines generellen Einverständnisses stellt auch eine Umgehung der Zuständigkeit des Tochtervorstands dar. Zur Einbindung des Vorstands gibt es zwei Möglichkeiten: Zum einen könnte man fordern, dass der Tochtervorstand zu jeder Informationserteilung aufs Neue seine Zustimmung erteilen muss. Ein solcher Zwischenschritt für jede Informationsweitergabe führt allerdings dazu, dass der Informationsfluss wieder verlangsamt und ein deutlicher Vorteil der direkten Kommunikation zwischen Obergesellschaft und Doppelmandatar damit aufgehoben wird. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass der Tochtervorstand den Konzernmandatsträgern ausdrücklich eine Generalermächtigung zur Informationsweitergabe erteilt, unter der Voraussetzung, dass die Information zur Konzernleitung erforderlich ist. Die Entscheidung über dieses Kriterium obliegt dabei dem Konzernmandatar, der aufgrund seiner Tätigkeit in der Obergesellschaft einen entsprechenden Überblick haben wird.

Damit ist die Informationsweitergabe durch Konzernmandatsträger zulässig, wenn der Tochtervorstand eine Ermächtigung ausgesprochen hat, die Information zur Konzernleitung erforderlich ist und keine Aufsichtsratsinterna offenbart werden. Damit wird sowohl die Informationszuständigkeit des Tochtervorstands respektiert als auch der Verschwiegenheitsgrundsatz des Aufsichtsrats in seinem Kern gewahrt.

3. Informationserlangung durch Mitarbeiter von Aufsichtsratsmitgliedern

Die Ausübung des Aufsichtsratsmandats als Nebenamt und/oder die parallele Ausübung mehrerer Aufsichtsratsmandate können dazu führen, dass

⁶⁷ *Dittmar*, AG 2013, 498, 504; *U. Torggler*, FS Torggler, S. 1215, 1225.

⁶⁸ *Dittmar*, AG 2013, 498, 504.

der Mandatsträger zur Bewältigung dieser Aufgabe auf die Hilfe von Mitarbeitern aus anderen Beschäftigungsverhältnissen zurückgreift. Dieses Vorgehen ist in Hinblick auf die Pflicht zur Verschwiegenheit (§§ 93 I 3 i.V.m. 116 S. 1 sowie § 116 S. 2 AktG) und zur höchstpersönlichen Amtsausübung (§ 111 V AktG) durchaus problematisch.⁶⁹ Der BGH ist in der „Hertie“-Entscheidung zu dem Schluss gekommen, dass ein Aufsichtsratsmitglied gegen § 111 V AktG verstößt, wenn es seine Aufgabe oder einen wesentlichen Teil davon laufend einem Außenstehenden zur selbständigen Erledigung überträgt oder aber als ständigen Berater einbezieht.⁷⁰ Bei Mitarbeitern aus dem Hauptamt oder anderen Nebenämtern des Aufsichtsratsmitglieds handelt es sich in Bezug auf das in Frage stehende Aufsichtsratsmandat um „Außenstehende“. Ist das Ziel von § 111 V AktG die Gewährleistung einer unbeeinflussten Mandatswahrnehmung, so wird es zulässig sein, Bürotätigkeiten zu delegieren, nicht aber Aufgaben, die bereits zur Entscheidungsfindung gehören.⁷¹

Um dem Mandatsträger die Arbeit erleichtern zu können, erlangen dessen Mitarbeiter notwendigerweise Kenntnis von mandatsbezogenen Informationen. Die Hilfskräfte der Mandatsträger sind „notwendige Elemente in einem – vom Gesetz anerkannten – arbeitsteiligen System“⁷².

Die Informationsweitergabe des Mandatsträgers an seine Mitarbeiter ist an seiner Verschwiegenheitspflicht gegenüber der von ihm zu überwachenden AG zu messen. Es gilt der Grundsatz, dass die Verschwiegenheitspflicht dort durchbrochen wird, wo die Informationsweitergabe das Interesse der Gesellschaft besser fördert. Im vorliegenden Fall ist abzuwägen, ob es für die Gesellschaft das geringere Übel darstellt, wenn Außenstehende Informationen erlangen, dafür aber dem Aufsichtsratsmitglied die Unterstützung bieten können, die es benötigt, um die Gesellschaft wie geschuldet überwachen zu können.⁷³ Es wird vorgebracht, dass angesichts der unkalkulierbaren Folgen der Informationsweitergabe nicht

⁶⁹ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 90.

⁷⁰ BGHZ 85, 293, 296.

⁷¹ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 92; *Diekmann/Wurst*, NZG 2014, 121, 124 f.

⁷² *Kalss*, Der Konzern 2013, 299, 305.

⁷³ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 98.

4. Teil Der Aufsichtsrat im Konzern

pauschal unterstellt werden könne, dass die Gesellschaft die Arbeitsfähigkeit des Mandatsträgers höher bewerten werde.⁷⁴ Wenn also die Mitarbeiter nicht bereits einer berufsrechtlichen Schweigepflicht unterliegen, muss der Mandatsträger mit ihnen eine Verschwiegenheitspflicht vereinbaren.⁷⁵

⁷⁴ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 99.

⁷⁵ *Bürgers/Körper/Bürgers/Israel*, § 116 Rn. 21; *Deckert*, DZWir 1996, 406, 411; *Diekmann/Wurst*, NZG 2014, 121, 127.

D. Der Informationsfluss im Konzern und Insiderhandel

Beim Informationsfluss im Konzern ist auch § 14 I 2 WpHG zu beachten. Demnach ist es verboten, einem anderen eine Insiderinformation unbefugt mitzuteilen oder zugänglich zu machen. Gem. § 13 I 1 WpHG ist eine Insiderinformation eine konkrete Information über nicht öffentlich bekannte Umstände, die sich auf einen oder mehrere Emittenten von Insiderpapieren oder auf die Insiderpapiere selbst beziehen und die geeignet sind, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens den Börsen- oder Marktpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen. Im Gegensatz zu Geheimnissen i.S.v. § 93 I 3 AktG erfassen Insiderinformationen nicht nur Tatsachen, sondern auch Werturteile, Prognosen oder Gerüchte.⁷⁶ Geheimnisse i.S.v. § 93 I 3 AktG werden regelmäßig auch Insiderinformationen gem. § 13 I 1 WpHG darstellen.⁷⁷ Das tatbestandseinschränkende Merkmal der „unbefugten“ Informationsweitergabe in § 14 I 2 WpHG bedarf näherer Präzision. Bei der Auslegung erfolgt eine Abwägung zwischen dem Ziel, die informationelle Chancengleichheit der Marktteilnehmer sicherzustellen, und dem aner kennenswerten Interesse eines flüssigen Informationsaustauschs.⁷⁸ Es wird argumentiert, dass die Informationsweitergabe im Konzern dann nicht unbefugt sei, wenn sie der Konzernleitung, d.h. auch der Konzernstrategie, der Konzernkontrolle und der konzerninternen Arbeitsteilung, dient.⁷⁹

Die Bestimmungen des WpHG gehen auf Richtlinien der EU zurück und sind daher richtlinienkonform auszulegen.⁸⁰ In einer Entscheidung über die Auslegung der sog. Insiderrichtlinie⁸¹ betonte der EuGH, dass Ausnahmen vom Verbot der Weitergabe von Insiderinformationen eng auszulegen seien.⁸² Die Weitergabe von Insiderinformationen sei nur dann ge-

⁷⁶ Dittmar, AG 2013, 498, 502.

⁷⁷ Dittmar, AG 2013, 498, 503.

⁷⁸ Park/Hilgendorf, § 14 WpHG, Rn. 165.

⁷⁹ Rothweiler, Informationsfluss, S. 152 f.; Singhof, ZGR 2001, 146, 162; Fabritius, FS Huber, S. 705, 715; Menke, NZG 2004, 697, 701.

⁸⁰ Assmann/Schneider, WpHG, Einl. Rn. 75.

⁸¹ Richtlinie 89/592/EWG des Rates vom 13. November 1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte, ABl. EG Nr. L 334, S. 30.

⁸² EuGH NZG 2006, 60, 61.

rechtfertigt, „wenn sie für die Ausübung einer Arbeit oder eines Berufes oder für die Erfüllung einer Aufgabe unerlässlich ist und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet“⁸³. In der Abwägung müsse zunächst berücksichtigt werden, dass jede Weitergabe die Gefährdung des insiderrechtlichen Schutzzwecks vergrößern kann.⁸⁴ Ferner müsse die Sensibilität (zu verstehen als Kursbeeinflussungspotenzial)⁸⁵ der jeweiligen Information Eingang in die Erforderlichkeitsprüfung finden.⁸⁶ Übertragen auf Mehrfachmandate im faktischen Konzern bedeutet das folgendes: Die Befugnis zur Weitergabe von Insiderinformationen an die Obergesellschaft bemisst sich nach dem Aufgabenkreis des Doppelmandatsträgers. Wird es, wie oben angenommen, gerade als Aufgabe des Doppelmandatsträgers angesehen, sein Aufsichtsratsamt dafür zu nutzen, um die für die Obergesellschaft zur Konzernleitung benötigten Informationen erster Hand zu gewinnen, so ist die Weitergabe dieser Informationen als befugt zu bewerten.⁸⁷ Allerdings muss die Information auch tatsächlich der Konzernleitung und nicht etwa als Wissensvorsprung für Kapitalanlagen dienen.⁸⁸

⁸³ EuGH NZG 2006, 60, 61.

⁸⁴ EuGH NZG 2006, 60, 61.

⁸⁵ Park/*Hilgendorf*, § 14 WpHG, Rn. 169.

⁸⁶ EuGH NZG 2006, 60, 61.

⁸⁷ *Dittmar*, AG 2013, 498, 503.

⁸⁸ *Dittmar*, AG 2013, 498, 503.

5. Teil Der Umgang mit Interessenkonflikten

Bislang wurden einzelne Konstellationen vorgestellt, in denen entweder die Eigeninteressen des Mandatsträgers mit seinen organschaftlichen Pflichten kollidieren oder aber ein Konflikt zwischen den Interessen zweier Gesellschaften besteht, in denen der Mandatsträger zugleich tätig ist. Nachfolgend wird geklärt, wie mit Interessenkonflikten im Aufsichtsrat umzugehen ist. Dabei wird zwischen der Konfliktlösung in der unabhängigen AG und in der konzerneingebundenen AG unterschieden. Zuletzt werden die Rechtsfolgen eines fehlerhaften Umgangs mit Interessenkonflikten behandelt.

§ 12 Repressionen in der unabhängigen AG

A. Typisierung von Interessenkonflikten

Bislang diente der „Interessenkonflikt“ als zentraler Begriff. Konfliktlagen widerstreitender Interessen lassen sich einzelnen Typen zuordnen, um passende Lösungsansätze zu entwickeln. Gängig ist dabei die Unterscheidung zwischen Interessenkollisionen, bei denen die Interessen der Gesellschaft und die Privatinteressen des Amtsträgers aufeinandertreffen, und Pflichtenkollisionen, bei denen sich aus verschiedenen Rollen herrührende Rechtspflichten in der Person des Organmitglieds widersprechen.¹ Kollidieren in der Person des Aufsichtsratsmitglieds zwar Interessen, aber keine Rechtspflichten, muss es die Interessen derjenigen Rolle wahren, die es gerade ausfüllt.² In der Rolle als Aufsichtsratsmitglied muss es also dem Unternehmensinteresse seiner Gesellschaft folgen. Der BGH urteilte bereits 1978: „Interessenkollisionen sind, wenn ein Aufsichtsratsmitglied zwei Gesellschaften angehört, auch grundsätzlich nicht in dem Sinne ent-

¹ *Deckert*, DZWir 1996, 406, 408; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 904 ff.; *U. H. Schneider*, FS Goette, S. 475, 476; *Seibt*, FS Hopt, S. 1363, 1364 f.; *MüKoAktG/Habersack*, § 100 Rn. 85.

² *Dreher*, JZ 1990, 896, 900; *Deckert*, DZWir 1996, 406, 409.

lastend, dass die Pflichterfüllung gegenüber der einen die Pflichtverletzung gegenüber der anderen Gesellschaft rechtfertigen könnte.“³ Die Auflösung eines Interessenkonflikts ist daher nicht der Willkür des Betroffenen überlassen. Stattdessen müssen für den Umgang mit Konflikten Regeln gefunden werden.

B. Handlungsanweisung aufgrund der Treuepflicht

§ 116 S. 1 AktG regelt Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder und ordnet diesbezüglich die sinngemäße Anwendung des für den Vorstand geltenden § 93 AktG an.⁴ Den Aufsichtsrat trifft damit auch eine allgemeine organschaftliche Treuepflicht. Wird die Pflichtenlage in einem konkreten Fall nicht durch das Gesetz geklärt (wie z.B. in §§ 114, 115 AktG), ist auf die Treuepflicht zurückzugreifen.⁵ Sie verlangt, dass das Organmitglied Interessenkonflikte zum Wohl der Gesellschaft auflöst.⁶ Ist ein Aufsichtsratsmitglied einem vorübergehenden Interessenkonflikt ausgesetzt, kann dem Konflikt mit seiner Offenlegung, einem Stimmrechtsausschluss oder einem Sitzungs- und Informationsausschluss begegnet werden. Welche Maßnahme notwendig ist, bestimmt sich nach der Intensität des Interessenkonflikts. Kritik wird an diesem Repressionssystem dahingehend geäußert, dass es für Aktionäre nicht transparent sei und von der Durchsetzungsfreude der nicht betroffenen Aufsichtsratsmitglieder abhängt.⁷

³ BGH NJW 1980, 1629, 1630.

⁴ Hölter/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 116 Rn. 1; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 43; laut Hüffer/Koch, § 116 Rn. 1 ist bei der sinngemäßen Übertragung der Pflichten darauf zu achten, dass das Aufsichtsratsmandat im Gegensatz zur Vorstandstätigkeit als Nebenamt ausgestaltet ist.

⁵ MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 46; Deckert, DZWir 1996, 406, 407; Beispiele bei Hölter/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 116 Rn. 33 ff. und bei Spindler/Stilz, § 116 Rn. 60 ff.

⁶ Diekmann/Fleischmann, AG 2013, 141, 145; Deckert, DZWir 1996, 406, 407; Hüffer/Koch, § 116 Rn. 8; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 62; Spindler/Stilz, § 116 Rn. 69.

⁷ Langenbucher, ZGR 2007, 571, 586.

I. Offenlegung

Um seiner Treuepflicht zu genügen, muss das betroffene Aufsichtsratsmitglied einen bestehenden Interessenkonflikt zunächst gegenüber dem Gesamtaufsichtsrat offenlegen.⁸ Die Offenlegung ist Grundvoraussetzung für einen angemessenen Umgang mit der Entscheidungsbeeinträchtigung des Organmitglieds. Die Treuepflicht verpflichtet erst bei konkreten Interessenkonflikten zur Offenlegung, da das Unternehmensinteresse durch bloß potentielle Interessenkonflikte noch nicht gefährdet ist.⁹ Die Offenlegung kann als Reaktion auf vorübergehende Interessenkonflikte von schwacher Intensität bereits ausreichen, da das informierte Gesamtgremium die Voreingenommenheit einer Person berücksichtigen und bei der Entscheidungsfindung ausgleichen kann.¹⁰

II. Einteilung in Interessensphären und Rangzuweisung

Nach der Offenlegung folgt die Abgrenzung und Gewichtung der kollidierenden Interessenlagen. Zum Umgang mit Konfliktsituationen wird dem Mehrfachmandatsträger eine Rollentrennung nahegelegt. Dies bedeutet, dass er sich jeweils nur in der Funktion verstehen soll, in der er gerade tätig ist, ohne andere parallel ausgeübte Mandate zu berücksichtigen.¹¹

III. Stimmrechtsausschluss

Um mit einem Interessenkonflikt umzugehen, ist auch ein Stimmrechtsausschluss denkbar. Als normative Grundlage wird meist § 34 BGB herangezogen. § 34 BGB erklärt ein Vereinsmitglied für nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Verein betrifft. Über § 28 BGB gilt § 34 BGB direkt für den Vereinsvorstand (er-

⁸ KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 100 Rn. 18; MüKoAktG/*Habersack*, § 100 Rn. 93; *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 145; *Martinek*, WRP 2008, 51, 63.

⁹ *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 145.

¹⁰ *Seibt*, FS Hopt, S. 1363, 1374.

¹¹ *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 897.

fasst sind auch Handelsvereine).¹² Entsprechend gilt § 34 BGB für die Beschlussfassung im Aufsichtsrat, die die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit dem jeweiligen Aufsichtsratsmitglied oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen diesem und der Gesellschaft betrifft.¹³ Zur Behandlung eines Interessenkonflikts in der Aktiengesellschaft könnte sich vorrangig eine Analogie zum aktienrechtlichen und damit rechtssystematisch näherliegenden Stimmrechtsausschluss nach § 136 I AktG anbieten.¹⁴ Nach § 136 AktG kann ein Aktionär weder für sich noch für einen anderen das Stimmrecht auf der Hauptversammlung ausüben, wenn darüber Beschluss gefasst wird, ob er zu entlasten oder von einer Verbindlichkeit zu befreien ist oder ob die Gesellschaft gegen ihn einen Anspruch geltend machen soll. Der Stimmrechtsausschluss nach § 136 AktG gilt also nur für drei Fallgruppen. Indem § 34 BGB für Abstimmungen über Rechtsgeschäfte gilt, ist diese Vorschrift aufgrund der ähnlichen Interessenlage für eine Analogie tauglicher als § 181 BGB oder § 136 AktG.¹⁵ Über die ausdrücklich geregelten Fälle hinaus soll § 34 BGB auch die ungeschriebene Fallgruppe des Richtens in eigener Sache erfassen.¹⁶ Ein Richten in eigener Sache liegt bei Entscheidungen über die Entlastung, Abberufung, Kündigung, den Ausschluss oder eine Vereinsstrafe gegenüber dem Abstimmenden vor.¹⁷ § 34 BGB enthält kein darüber hinausgehendes allgemeines Stimmrechtsverbot bei Interessenkollisionen¹⁸ und ein solches darf auch nicht über eine ausgedehnte Analogie eingeführt werden¹⁹.

¹² MüKoBGB/Reuter, § 34 Rn. 4; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 34 Rn. 2.

¹³ MüKoAktG/Habersack, § 108 Rn. 29; Spindler/Stilz, § 108 Rn. 28; Hüffer/Koch, § 108 Rn. 9.

¹⁴ Krebs, Interessenkonflikte, S. 137; Matthießen, Stimmrecht und Interessenkollision, S. 13.

¹⁵ Spindler/Stilz, § 108 Rn. 26.

¹⁶ Staudinger/Weick, BGB, § 34 Rn. 4; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 34 Rn. 3.

¹⁷ BeckOK-BGB/Schöpflin, § 34 Rn. 8.

¹⁸ BGHZ 56, 47, 53; Palandt/Ellenberger, BGB, § 34 Rn. 3; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 34 Rn. 3.

¹⁹ Krebs, Interessenkonflikte, S. 140.

Ein Stimmverbot bedeutet nicht zwangsläufig auch ein Sitzungsverbot.²⁰ Wäre die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats ohne das beeinträchtigte Aufsichtsratsmitglied nicht gegeben, muss das betroffene Aufsichtsratsmitglied an der Abstimmung teilnehmen, sich aber der Stimme enthalten.²¹

IV. Sitzungs- und Informationsausschluss

Umstritten ist, ob als eine über das Stimmrechtsverbot hinausgehende Maßnahme ein Sitzungsverbot analog § 34 BGB zulässig ist. Ein solches kommt zunächst in Betracht, wenn zu befürchten ist, dass das dem Interessenkonflikt unterliegende Aufsichtsratsmitglied seine Kollegen bei der Entscheidungsfindung beeinflussen könnte.²² Hiergegen lässt sich aber einwenden, dass die übrigen Mitglieder aufgrund der Offenlegung um den Konflikt wissen und daher auf Manipulationsversuche gefasst sind.²³ Außerdem könne die befürchtete Beeinflussung auch außerhalb der Sitzungen erfolgen.²⁴ Ein Sitzungsverbot scheint aber vor allem dann sinnvoll, wenn die Weitergabe vertraulicher Informationen durch das entsprechende Aufsichtsratsmitglied konkret zu befürchten ist.²⁵ In diesem Fall ist es denkbar, dem Aufsichtsratsmitglied bereits die Sitzungsunterlagen vorzuhalten und damit vom Informationsfluss abzuschneiden.²⁶

Sitzungsverbot und ggf. ein Informationsausschluss stellen sich zunächst als taugliche Maßnahme dar, um der Gefahr von unbefugter Informationsweitergabe zu begegnen. Zweifel an der Zulässigkeit ergeben sich aber

²⁰ *Matthießen*, Stimmrecht und Interessenkollision, S. 16; *MüKoAktG/Habersack*, § 109 Rn. 10; *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 109 Rn. 14; a.A. *Gofferje*, Unabhängigkeit, S. 143.

²¹ *GroßKommAktG/Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 64; *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 100 Rn. 20; *Spindler/Stilz*, § 108 Rn. 33.

²² Dies befürchtet *Bunz*, NZG 2011, 1294, 1296.

²³ *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 100 Rn. 21; *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 147; *Kindl*, Aufsichtsratsitzung, S. 118.

²⁴ *Hölter/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 116 Rn. 54; *Kindl*, Aufsichtsratsitzung, S. 156.

²⁵ *Gofferje*, Unabhängigkeit, S. 142; *MüKoAktG/Habersack*, § 109 Rn. 10; *Hölter/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 109 Rn. 3; *Hüffer/Koch*, § 109 AktG Rn. 2.

²⁶ *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 100 Rn. 21.

aus dem Grundsatz der Gesamtverantwortung des Aufsichtsratsgremiums.²⁷ Ein Aufsichtsratsmitglied, das von der Beschlussfassung ausgeschlossen war, muss gleichwohl für etwaige gesellschaftsschädliche Konsequenzen haften.²⁸ *Kindl* fordert dagegen, das befangene Aufsichtsratsmitglied, dem die Sitzungsteilnahme verwehrt wurde, von der Haftung für den gefassten Beschluss freizustellen.²⁹ Außerdem könnte das befangene Aufsichtsratsmitglied, indem es zu seinem Interessenkonflikt Stellung nimmt, auch sinnvolle Erläuterungen in die Gruppendiskussion einbringen.³⁰ *Kindl* verweist darauf, dass es gerade der Sinn der Aufsichtsratsbesetzung mit „Trägern von konfligierenden Rollen“ sei, das Unternehmensinteresse durch die Teilnahme an der Willensbildung des Aufsichtsgremiums mit auszugestalten.³¹ Für *Kindl* vermag eine Interessenkollision in keinem Fall, einen Sitzungsausschluss zu rechtfertigen.³² Nach dieser Ansicht soll das Aufsichtsratsmitglied entweder an der Sitzung teilnehmen und seine Interessenkollision ausgleichen, indem es sich rechtmäßig und in Einklang mit seiner Treuepflicht verhält, oder es muss, wenn ein Ausgleich nicht möglich ist, das Amt ganz niederlegen.³³

Der Schutz sensibler Informationen einerseits und der Schutz des Teilnahmerechts des Aufsichtsrats andererseits müssen zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden. Deshalb erscheint es sachgerecht, zwischen abstrakten und konkreten Interessenkollisionen zu unterscheiden. Für einen Sitzungsausschluss ist daher zu verlangen, dass das Gesellschaftswohl konkret gefährdet ist.³⁴ Problematische Mandate zu Wettbewerbsunternehmen oder in Fällen einer geplanten Übernahme sollen nur dann einen Sitzungsausschluss rechtfertigen, wenn konkret zu erwarten ist, dass das Aufsichtsratsmitglied seinen Interessenkonflikt zulasten der Gesellschaft

²⁷ *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 146.

²⁸ *Dreher*, JZ 1990, 896, 901.

²⁹ *Kindl*, Aufsichtsratssitzung, S. 117 f.

³⁰ *Kindl*, Aufsichtsratssitzung, S. 118; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 116 Rn. 54; *Spindler/Stilz*, § 103 Rn. 62.

³¹ *Kindl*, Aufsichtsratssitzung, S. 135.

³² Vgl. *Kindl*, Aufsichtsratssitzung, S. 135.

³³ *Kindl*, Aufsichtsratssitzung, S. 147.

³⁴ *Gofferje*, Unabhängigkeit, S. 142; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 109 Rn. 3; *Hüffer/Koch*, § 109 AktG Rn. 2; *MüKoAktG/Habersack*, § 109 Rn. 10.

lösen wird.³⁵ Auch für die Befürchtung einer Weitergabe sensibler Informationen müssen konkrete Anhaltspunkte bestehen.³⁶ Für den Sitzungsausschluss ist ein Beschluss des Gesamtremiums zu verlangen.³⁷

V. Mandatsniederlegung

Tritt eine dauerhafte Pflichtenkollision für das Aufsichtsratsmitglied ein, kann dies zu der Verpflichtung führen, das Mandat niederzulegen.³⁸ Die Amtsniederlegung als solche ist gesetzlich nicht geregelt. Sie darf aber nicht zur Unzeit erfolgen,³⁹ was insbesondere dann der Fall wäre, wenn die Amtsniederlegung zur Beschlussunfähigkeit des Organs führt und ein neues Aufsichtsratsmitglied nicht rechtzeitig bestellt werden kann⁴⁰. Legt das Aufsichtsratsmitglied das Mandat nicht von selbst nieder, kann es nach § 103 III AktG abberufen werden. Ein schwerer und dauerhafter Interessenkonflikt kann wegen der Unfähigkeit des Mandatsträgers zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben die Unzumutbarkeit der weiteren Duldung im Amt bedeuten und daher einen wichtigen Grund zur Abberufung i.S.v. § 103 III AktG darstellen.⁴¹ Lag schon bei der Wahl des Aufsichtsratsmitglieds ein schwerer Interessenkonflikt vor, ist der Wahlbeschluss als solcher wirksam und nicht anfechtbar. Interessenkonflikte stellen schließlich kein Bestellungshindernis dar.⁴² Schon vor der Wahl trifft den Aufsichtsratskandidaten allerdings die Treuepflicht, schwere Interessenkonflikte offenzulegen.⁴³ Nach der Wahl kann der Interessenkonflikt dadurch gelöst werden, dass der gewählte Aufsichtsratskandidat das

³⁵ MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 10.

³⁶ MüKoAktG/Habersack, § 109 Rn. 10.

³⁷ Seibt, FS Hopt, S. 1363, 1386 f.

³⁸ Hölter/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 108 Rn. 31; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 927; MüKoAktG/Habersack, § 100 Rn. 72; Spindler/Stilz, § 116 Rn. 67.

³⁹ Spindler/Stilz, § 103 Rn. 63.

⁴⁰ MüKoAktG/Habersack, § 103 Rn. 60.

⁴¹ Hüffer/Koch, § 103 Rn. 11; MüKoAktG/Habersack, § 103 Rn. 42; Spindler/Stilz, § 103 Rn. 36.

⁴² Hölter/Simons, § 100 Rn. 35; Hüffer/Koch, § 103 Rn. 13b; MüKoAktG/Habersack, § 100 Rn. 82.

⁴³ Matthießen, Stimmrecht und Interessenkollision, S. 203.

Amt nicht annimmt oder dass die übrigen Aufsichtsratsmitglieder auf eine Abberufung des neu gewählten Mitglieds nach § 103 AktG hinwirken.⁴⁴

C. Handlungsanweisung aufgrund DCGK

I. Offenlegung

Laut Ziff. 5.5.2 DCGK soll jedes Aufsichtsratsmitglied Interessenkonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber offenlegen und zwar insbesondere solche, die auf Grund einer Beratung oder Organfunktion bei Kunden, Lieferanten, Kreditgebern oder sonstigen Dritten entstehen „können“. Die Offenlegungspflicht verfolgt eine präventive Wirkung.⁴⁵ Der Wortlaut „können“ legt nahe, dass auch potentielle Interessenkonflikte offenzulegen seien, dem wird aber entgegengehalten, dass sich potenzielle Konflikte noch nicht auf die konkrete Aufsichtsratsarbeit auswirken und deshalb nicht offenzulegen sind.⁴⁶ Die Offenlegung erfolgt gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden, der die übrigen Organmitglieder informiert.⁴⁷ Die Offenlegungspflicht betrifft jeden Interessenkonflikt, sei er einzelfallbezogen oder dauerhaft.⁴⁸ Der Umfang der Offenlegung muss dabei dafür ausreichen, dass die übrigen Aufsichtsratsmitglieder den Kern des Konflikts nachvollziehen können.⁴⁹

II. Bericht an die Hauptversammlung

Nach Ziff. 5.5.3 S. 1 DCGK soll der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Be-

⁴⁴ Bürgers/Körper/Bürgers/Israel, § 100 Rn. 7; MüKoAktG/Habersack, § 100 Rn. 96; Wilsing/Wilsing, DCGK, Ziff. 5.5.3 Rn. 1.

⁴⁵ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1097 f.

⁴⁶ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1101; Wilsing/Wilsing, DCGK, Ziff. 5.5.2 Rn. 5.

⁴⁷ Nordhues, Corporate Finance Law 2010, 327, 328; Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1104; Wilsing/Wilsing, DCGK, Ziff. 5.5.2 Rn. 20.

⁴⁸ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1101.

⁴⁹ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1102; Wilsing/Wilsing, DCGK, Ziff. 5.5.2 Rn. 20.

handlung informieren. Damit soll die Hauptversammlung eine bessere Informationsgrundlage für die Entscheidung über die Entlastung des Aufsichtsrats erhalten.⁵⁰ Der Kodex spezifiziert aber nicht, wie ausführlich die Berichterstattung an die Hauptversammlung sein muss. In der Entscheidung *Kirch/Deutsche Bank* urteilte der BGH, dass der Entlastungsbeschluss bei unrichtiger Entsprechenserklärung zum DCGK anfechtbar ist.⁵¹ Im konkreten Fall hatte der Aufsichtsrat die Hauptversammlung nicht über den Interessenkonflikt, der sich aus Schadensersatzforderungen von *Kirch* gegen den Aufsichtsratsvorsitzenden *Breuer* ergab, informiert. Der BGH erklärte, dass der Bericht nicht etwa dadurch entbehrlich wird, dass die Medien über die Vorwürfe von Interessenkonflikten berichtet haben⁵² oder aber dass die Hauptversammlung in einem Redebeitrag auf den Interessenkonflikt hingewiesen worden ist⁵³. Das OLG Frankfurt am Main⁵⁴ hat sich mit der Ausführlichkeit der Erörterung des Interessenkonflikts vor der Hauptversammlung befasst. Der Bericht des Aufsichtsrats hatte in dem zugrunde liegenden Sachverhalt nur den Hinweis enthalten, dass der Aufsichtsratsvorsitzende an den Beschlussfassungen nicht teilgenommen habe, da sie ihn persönlich betrafen. Dies ließ das OLG Frankfurt nicht ausreichen: Das Thema der Beschlüsse und der Grund für die persönliche Betroffenheit hätten angegeben werden müssen.⁵⁵ Das OLG argumentiert damit, dass eine genauere Bezeichnung des Interessenkonflikts dazu dienen solle, dass die Aktionäre bei der nächsten Wahl ihrer Vertreter für den Aufsichtsrat die aufgetretenen Interessenkonflikte kennen und berücksichtigen können.⁵⁶ Einem derart extensiven Verständnis von Ziff. 5.5.3 DCGK werden Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der Verschwiegenheitspflicht über vertrauliche Beratungen aus

⁵⁰ *Nordhues*, Corporate Finance Law 2010, 327, 329; *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, Rn. 1113; *Wilsing/Wilsing*, DCGK, Ziff. 5.5.3 Rn. 3.

⁵¹ BGH NJW 2009, 2207, 2209.

⁵² BGH NJW 2009, 2207, 2210.

⁵³ BGH NJW 2009, 2207, 2211.

⁵⁴ OLG FFM NZG 2011, 1029.

⁵⁵ OLG FFM NZG 2011, 1029, 1030.

⁵⁶ OLG FFM NZG 2011, 1029, 1030.

§ 116 S. 2 AktG entgegengebracht.⁵⁷ Die Verschwiegenheitspflicht soll eine Rahmenbedingung für den vertraulichen Austausch innerhalb des Aufsichtsrats schaffen.⁵⁸ Der Interessenkonflikt kann sich aus privaten Umständen ergeben, die der Betroffene diskret behandelt wissen möchte. Die spätere ausführliche Berichterstattung bedürfe daher der Zustimmung des betroffenen Mitglieds.⁵⁹ Da die detaillierte Erläuterung der Behandlung des Interessenkonflikts auch Rückschlüsse auf das Verhalten der anderen Aufsichtsratsmitglieder zulasse, sei ferner ein Beschluss des Gesamtremiums nötig, um die Verschwiegenheitspflicht zugunsten der Berichterstattung i.S.v. Ziff. 5.5.3 DCGK aufzuheben.⁶⁰ Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit sollte die Berichtspflicht nach Ziff. 5.5.3 S. 1 DCGK außerdem so ausgelegt werden, dass nur Interessenkonflikte von erheblichem Gewicht eine Einschränkung der Vertraulichkeit rechtfertigen.⁶¹ Da der offene Wortlaut von Ziff. 5.5.3 S. 1 DCGK auch eine andere Interpretation der Berichtstiefe als die des OLG Frankfurt am Main zulässt, kann mit dem Sinn und Zweck der Regelung auch im Sinne geringerer Anforderungen argumentiert werden. Die Berichterstattung soll der Hauptversammlung als Entscheidungsgrundlage für den Entlastungsbeschluss beweisen, dass der Aufsichtsrat die notwendigen Maßnahmen getroffen hat, um die Gremienarbeit professionell und unbeeinflusst von Interessenkonflikten fortsetzen zu können.⁶² Diesen Zweck erfüllt aber auch eine zusammenfassende Berichterstattung, in der die betroffenen Aufsichtsratsmitglieder und die konkreten Interessenkonflikte nicht benannt werden, dafür aber die Konfliktlösung aufgeführt wird.⁶³

⁵⁷ Butzke, FS Hoffmann-Becking, S. 229, 239 f.; Priester, ZIP 2011, 2081, 2084; Wilsing/Wilsing, DCGK, Ziff. 5.5.3 Rn. 6.

⁵⁸ Butzke, FS Hoffmann-Becking, S. 229, 242 f.; MüKoAktG/Habersack, § 116 Rn. 54; Spindler/Stilz, § 116 Rn. 92.

⁵⁹ Butzke, FS Hoffmann-Becking, S. 229, 240.

⁶⁰ Butzke, FS Hoffmann-Becking, S. 229, 240.

⁶¹ Priester, ZIP 2011, 2081, 2085.

⁶² Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1113; Wilsing/Wilsing, DCGK, Ziff. 5.5.3 Rn. 6.

⁶³ Butzke, FS Hoffmann-Becking, S. 229, 243; Priester, ZIP 2011, 2081, 2084; Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 1113; Wilsing/Wilsing, DCGK, Ziff. 5.5.3 Rn. 6; ähnlich Nordhues, Corporate Finance Law 2010, 327, 329.

III. Mandatsbeendigung

Laut Ziff. 5.5.3 S. 2 DCGK sollen wesentliche und nicht nur vorübergehende Interessenkonflikte zur Beendigung des Aufsichtsratsmandats führen.

D. Konfliktprävention durch Ausschussbildung

Gerade wenn mehrere Organmitglieder zu einer in bestimmten Sachzusammenhängen befangenen Gruppe gehören, bietet sich eine Konfliktlösung durch Ausschussbildung an. Dafür werden für bestimmte Sachthemen Ausschüsse gebildet, denen die befangenen Aufsichtsratsmitglieder nicht angehören.⁶⁴ Hierbei handelt es sich um einen institutionellen Lösungsmechanismus, um Interessenkonflikten präventiv zu begegnen.⁶⁵ Ausschüsse können die Aufsichtsratsarbeit intensivieren, indem in zusätzlichen Sitzungen mehr Informationen zu dem Beschlussgegenstand eingeholt und besprochen werden können.⁶⁶ Ausschüssen dürfen aber nur solche Angelegenheiten zugewiesen werden, die nicht – wie etwa die allgemeine Überwachungsaufgabe – dem Gesamtgremium zugewiesen sind.⁶⁷

⁶⁴ MüKoAktG/Habersack, § 100 Rn. 98; Nordhues, Corporate Finance Law 2010, 327, 329; Roth, ZGR 2012, 343, 353; Seibt, FS Hopt, S. 1363, 1389.

⁶⁵ Seibt, FS Hopt, S. 1363, 1389.

⁶⁶ Roth, ZGR 2012, 343, 356.

⁶⁷ MüKoAktG/Habersack, § 100 Rn. 98; Nordhues, Corporate Finance Law 2010, 327, 329.

§ 13 Repressionen bei Konzernmandaten

Es kann als eine konzerntypische Gefahr betrachtet werden, dass „entsandte“ Aufsichtsratsmitglieder im Interesse des „entsendenden“ Unternehmens handeln oder Informationen an dieses weitergeben. Der mit Mehrfachmandaten einhergehende Loyalitätskonflikt erfährt „im Konzernverbund eine besondere Zuspitzung“.¹ Der Dauerkonflikt, dem Mehrfachmandatsträger im Konzern unterliegen, wirft die Frage auf, ob auch in dieser Konstellation die gängigen Repressionsmittel für Interessenkonflikte Anwendung finden.²

A. Rollentrennung

Gerade bei der Wahrnehmung verschiedener Mandate muss das Aufsichtsratsmitglied die verschiedenen Pflichtenkreise voneinander trennen.³ Je nachdem, in welcher Funktion es gerade tätig ist, muss es daher derjenigen Interessenlage den Vorrang geben, die mit der ausgeübten Rolle einhergeht.

Dieser Ratschlag stößt bei konzerninternen Mehrfachmandaten an seine Grenzen: *Bokelmann* hält es nicht für überzeugend, Handlungen eines Mandatsträgers nur einem Amt zuzuordnen zu wollen, um dessen Funktionen zu trennen, wenn die Funktionsvermischung innerhalb einer Person durch mehrere Konzernmandate gezielt herbeigeführt wurde.⁴ Auch nach der Ansicht von *Raiser* ginge eine Rollentrennung an der Realität vorbei, weil der Doppelmandatar sein Amt in der Tochtergesellschaft gerade zu dem Zweck bekleide, die Konzernpolitik durchzusetzen.⁵ Ebenso gehen

¹ BGHZ 180, 105, 111.

² Befürwortend *Mense*, Interessenkonflikte bei Mehrfachmandaten, S. 177; für den Rückgriff auf Stimmrechtsausschlüsse in Einzelfällen *U. H. Schneider*, FS Goette, S. 475, 484; ablehnend *Anders*, Vorstandsdoppelmandate, S. 122; *Nordhues*, Corporate Finance Law 2010, 327, 332; *Martinek*, WRP 2008, 51, 65 f.

³ *Wirth*, FS Bauer, S. 1147, 1157.

⁴ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 39 f.

⁵ *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 53 Rn. 12.

*Diekmann/Fleischmann*⁶ klar davon aus, dass ein Organmitglied, das aufgrund seines Mandats in der Obergesellschaft zugleich ein Aufsichtsratsamt in einer Tochtergesellschaft bekleidet, „in erster Linie der Konzerngesellschaft verpflichtet“ sei. Ein Konflikt stelle sich nicht in der Organfunktion für die Obergesellschaft, sondern in der Tochtergesellschaft. In beiden Organverhältnissen werde der Konflikt gleichermaßen relevant, wenn es sich um Aufsichtstätigkeiten in miteinander in Wettbewerb stehenden Gesellschaften handele.⁷ *Diekmann/Fleischmann* weisen darauf hin, dass ein Aufsichtsratsmitglied auch selbst einem Interessenkreis den Vorrang gewähren könne.⁸ Zu diesem Zweck wird das Konzept der „organisatorischen Abtrennung“ vorgestellt, demzufolge der Doppelmandatsträger sich vorübergehend aus einem Mandat ausklinkt (und weder an Beratungen teilnimmt, noch das entsprechende Informationsmaterial studiert), um unbeeinflusst das andere Mandat wahrnehmen zu können.⁹ Der Vorschlag der organisatorischen Abtrennung kann für Konzernmandate nicht überzeugen. Zunächst einmal wirkt er untauglich zur Einflussvermeidung: Der Doppelmandatar wird die Konzernpolitik der Obergesellschaft in der Regel so gut kennen, dass er selbst dann einschätzen kann, welche Entscheidung auf der Ebene der Tochtergesellschaft den Wünschen der Obergesellschaft entspricht, wenn er vorübergehend an Aufsichtsratssitzungen in der Obergesellschaft nicht teilnehmen darf. Außerdem wird durch die zeitweise Beschränkung auf nur ein Mandat der Nutzen von Doppelmandaten in Hinblick auf die direkte Informationsgewinnung durch den Mandatsträger und die Möglichkeit zur Interessenintegration beseitigt.

Die organisatorische Abtrennung kommt daher allenfalls für parallele Mandate in nicht miteinander verbundenen Unternehmen in Betracht. Vor dem Hintergrund, dass den Aufsichtsrat auch eine *Pflicht* zur Mandatsausübung trifft, ist dieses Mittel außerdem zeitlich nur begrenzt zur Konfliktbehandlung tauglich.

⁶ *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 143.

⁷ *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 143.

⁸ *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 143.

⁹ *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 143.

Eine Rollentrennung in dem Sinne, dass der Konzernmandatar sich von sämtlichen Einflüssen der parallel ausgeübten Mandate freispricht, wird wohl tatsächlich nicht möglich sein. Der Konzernmandatar wird allein schon durch die Kenntnisse und Erfahrungen, die er in verschiedenen Mandaten erworben hat, in seiner Entscheidungsfindung geprägt sein. Das ist aber nicht als Problem, sondern als Vorteil zu verstehen, da der Mandatsträger auf diese Weise auch Expertenwissen und Geschäftserfahrung mit in die Mandatsausübung einbringen kann. Die Rollentrennung bei Interessenwidersprüchen ist vielmehr so zu verstehen, dass dem Konzernmandatar weiterhin die Unterscheidung zwischen den voneinander getrennten Pflichtenkreisen verschiedener Mandate möglich ist. Diese Unterscheidung stellt den Doppelmandatar vor keine besondere Herausforderung.

B. Beschlussfassung über die Entlastung

Doppelmandate können im faktischen Konzern zur Anwendung von § 136 AktG führen. Steht in der Hauptversammlung der Tochtergesellschaft ein Beschluss über die Entlastung von Vorstand oder Aufsichtsrat an, wird vorher im Vorstand der Obergesellschaft darüber beschlossen werden müssen, wie die Obergesellschaft ihr Stimmrecht auf der Hauptversammlung ausüben wird. Findet sich im Vorstand der Obergesellschaft aber ein Doppelmandatar, der damit über das Abstimmungsverhalten der Obergesellschaft bezüglich seiner eigenen Entlastung als Angehöriger von Vorstand oder Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft beschließen würde, ist er analog § 136 I AktG von der Abstimmung ausgeschlossen.¹⁰

C. Stimmverbot analog § 34 BGB?

Es stellt sich die Frage, ob sich die entsprechende Anwendung des § 34 BGB nur auf Interessenkonflikte, die in einer persönlichen Betroffenheit wurzeln, erstreckt, oder auf alle Interessenkonflikte (also auch Konflikte

¹⁰ Wirth, FS Bauer, S. 1147, 1157.

mit Drittinteressen). Zu denken ist hierbei an einen Doppelmandatsträger, der in Organbeziehungen zu mindestens zwei verschiedenen Gesellschaften mit unterschiedlicher Interessenlage steht, ohne eine dieser Interessenlagen notwendigerweise persönlich zu teilen. Ferner muss bestimmt werden, worin das nach § 34 Var. 1 BGB geforderte Rechtsgeschäft im Falle eines Konzernmandats besteht.

I. Pro Stimmverbot

Nach einer Ansicht kann im Einzelfall ein Stimmrechtsausschluss für Konzernmandatsträger verhängt werden.¹¹ Der Stimmrechtsausschluss kommt nach dieser Auffassung als Instrument in Betracht, um die Leitungsmacht über personelle Verflechtungen im faktischen Konzern zu begrenzen und die Funktionsfähigkeit der §§ 311 ff. AktG zu gewährleisten.¹²

1. Mittelbarer Interessenkonflikt reiche aus

Zunächst muss herausgearbeitet werden, ob die Interessenlage des Mandatsträgers selbst oder die der von ihm repräsentierten Gesellschaft maßgeblich sein soll.

Befürworter der entsprechenden Anwendung von § 34 BGB auf Drittinteressen sehen in der Organstellung des Aufsichtsratsmitglieds zur anderen Gesellschaft eine solche Nähebeziehung, dass die Interessen jener Gesellschaft mit der des Mandatsträgers gleichzusetzen seien.¹³ Gerade wenn es sich um ein Vorstandsmandat bei der anderen Gesellschaft handelt, identifiziere sich der Mandatsträger mit der anderen Gesellschaft und wolle aus Loyalität das bestmögliche Ergebnis für diese Gesellschaft erzielen.¹⁴ Als Argument wird § 115 III AktG herangezogen: § 115 III 1 AktG verlangt

¹¹ *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 582; *Schlieper*, Leitungsintensität, S. 179; *U. H. Schneider*, FS Goette, S. 475, 484.

¹² *Schlieper*, Leitungsintensität, S. 179.

¹³ *Steinbeck*, Überwachungspflicht, S. 71.

¹⁴ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 60; *Gofferje*, Unabhängigkeit, S. 139; *Krebs*, Interessenkonflikte, S. 59; *Steinbeck*, Überwachungspflicht, S. 71.

die Zustimmung des Gesamtaufsichtsrats für die Fälle, in denen die Gesellschaft einen Kredit an eine juristische Person vergibt, deren gesetzlicher Vertreter zugleich Aufsichtsrat der Gesellschaft ist. Daraus wird die Wertung des Gesetzgebers entnommen, dass ein Aufsichtsratsmitglied sich zugunsten der Gesellschaft, deren gesetzlicher Vertreter es ist, genauso einsetzen wird wie für eigene Interessen.¹⁵ Abgesehen davon, dass § 115 III 1 AktG den Spezialfall der Kreditgewährung regelt und daher keine allgemeine Aussage daraus abgeleitet werden kann,¹⁶ ist der Fall der Konzernierung in § 115 III 2 AktG ausdrücklich geregelt. Demnach gilt das Zustimmungserfordernis des Gesamtaufsichtsrats nicht, wenn die juristische Person mit der Gesellschaft verbunden ist. Es wird dem verbundenen Unternehmen damit sogar erleichtert, Vorteile aus der personellen Verflechtung zu ziehen.

Wenn nach einer Ansicht die Betroffenheit einer repräsentierten Gesellschaft ausreicht, um ein Stimmverbot des jeweiligen Aufsichtsratsmitglieds zu begründen, soll dies aber nach differenzierteren Auffassungen nicht zu einem allgemeinen Stimmverbot bei Interessendifferenzen führen: Laut *Bokelmann* genügt es nicht, dass die Entscheidung irgendeine Konsequenz für die Obergesellschaft hat, stattdessen muss es sich um die ausdrücklich in § 34 BGB genannten Fälle der Abstimmung über ein Rechtsgeschäft oder die Einleitung bzw. Erledigung eines Rechtsstreits mit der Obergesellschaft handeln.¹⁷ Die Entscheidung über die Befolgung einer Veranlassung in der Tochtergesellschaft würde damit nicht ohne weiteres für ein Stimmrechtsverbot ausreichen.

Hopt/Roth begrenzen hingegen den Anwendungsbereich von Stimmrechtsverboten bei nur mittelbaren Interessenkonflikten, indem sie eine Einzelfallbetrachtung anstellen. Ein Stimmrechtsverbot greife, wenn im Falle einer schweren Interessenkollision „bei typisierender, abstrakter Betrachtung in der konkreten Situation das mit den Gesellschaftsinteressen konfligierende Interesse“ überwiege, so dass eine unbefangene Willens-

¹⁵ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 150; *Matthießen*, Stimmrecht und Interessenkollision, S. 335 ff.

¹⁶ *Krebs*, Interessenkonflikte, S. 142.

¹⁷ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 151.

bildung des Mandatsträger nicht mehr erwartet werden könne.¹⁸ Demnach muss für jede Entscheidung einzeln beleuchtet werden, welche Linie die Obergesellschaft dazu vertritt und ob diese dem Interesse der Tochtergesellschaft so vehement widerspricht, dass sich eine schwere Interessenkollision ergibt.

2. Rechtsgeschäft

Voraussetzung für die analoge Anwendung von § 34 Var. 1 BGB ist auch, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts in Konstellationen personeller Verflechtung weit gefasst wird. In unmittelbarer Anwendung des § 34 Var. 1 BGB ist ein Vereinsmitglied dann nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm betrifft. In entsprechender Anwendung soll ein Stimmverbot insbesondere dann eingreifen, wenn ein Aufsichtsratsmitglied der Tochtergesellschaft zugleich Vorstandsmitglied der Obergesellschaft ist und in der Tochtergesellschaft über die Umsetzung von Maßnahmen der Obergesellschaft Beschluss gefasst wird.¹⁹ Es ist aber an sich kein Rechtsgeschäft, wenn in der Tochtergesellschaft eine Führungsentscheidung getroffen wird. *Schlieper* zieht einen Erst-recht-Schluss, um die „doppelte“ Analogie zu § 34 BGB zu rechtfertigen.²⁰ Er geht davon aus, dass die Zustimmung zur Maßnahme in konzerninternen Rechtsgeschäften oder Rechtsgeschäften zwischen der Tochtergesellschaft und Dritten mündet, so dass man das Stimmverbot schon bei der maßgeblichen Vorfeldfrage der Zustimmung zur Veranlassung verorten könne.²¹

¹⁸ GroßkommAktG/*Hopt/Roth*, § 108 Rn. 60 f.

¹⁹ *Schlieper*, *Leitungsintensität*, S. 179; *U. H. Schneider*, FS Goette, S. 475, 484.

²⁰ *Schlieper*, *Leitungsintensität*, S. 180.

²¹ *Schlieper*, *Leitungsintensität*, S. 181; a.A. *Semler*, FS Stiefel, S. 719, 757 f., demzufolge § 34 Var. 1 BGB auf Rechtsgeschäfte begrenzt bleiben soll.

II. Contra Stimmverbot

1. Stimmverbot sei restriktiv anzuwenden

Gegner der Ausdehnung betonen, dass Stimmverbote das Stimmgleichgewicht zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern stören.²² Ein Stimmrechtsverbot müsse außerdem restriktiv angewendet werden, da es die Gesamtverantwortung des Aufsichtsrats relativiere.²³

2. Persönliche Interessenlage sei maßgeblich

Andere erkennen eine Erweiterung des Stimmverbots nur dort an, wo es dem Verbot des Richtens in *eigener* Sache dient.²⁴ Insbesondere gelte kein Stimmverbot für die in den Aufsichtsrat entsandten Mitglieder im Falle einer Betroffenheit ihres Entsenders.²⁵ Es bleibe bei dem Erfordernis der persönlichen Betroffenheit und die Interessen des Drittunternehmens würden nur mittelbar relevant, wenn eine nahezu vollständige Interessenidentität zwischen Organmitglied und Drittunternehmen besteht.²⁶ *Gofferje* bewertet die Voraussetzung der Interessenidentität als eine subjektive Frage, die sich von Außenstehenden nicht rechtssicher beantworten lasse.²⁷ Dagegen stellen *Habersack* und *Spindler* objektive Kriterien für die Annahme einer Interessenidentität auf: *Habersack* will das Stimmverbot aus § 34 Var. 1 BGB nur auf den Fall erweitern, dass das von der Beschlussfassung betroffene außenstehende Unternehmen von dem auszuschließenden Aufsichtsratsmitglied beherrscht wird.²⁸ Demgegenüber nimmt *Spindler* eine unmittelbare Betroffenheit des Aufsichtsratsmitglieds an, wenn derselbe Amtsträger Organfunktionen bei zwei Gesell-

²² KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 68; *Paefgen*, AG 2008, 761, 767.

²³ *Paefgen*, AG 2008, 761, 767.

²⁴ MüKoAktG/*Habersack*, § 108 Rn. 32. Allgemein zu diesem Grundsatz *Matthießen*, Stimmrecht und Interessenkollision, S. 123 ff.

²⁵ MüKoAktG/*Habersack*, § 108 Rn. 31.

²⁶ KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 68.

²⁷ *Gofferje*, Unabhängigkeit, S. 139.

²⁸ MüKoAktG/*Habersack*, § 108 Rn. 30.

schaften wahrnimmt.²⁹ Einschränkend verlangt *Spindler* aber dafür, dass der Amtsträger die juristische Person beherrscht oder eine wirtschaftliche Identität vorliegt, so dass von einer nahezu vollständigen Interessenübereinstimmung gesprochen werden könne.³⁰

3. Ermöglichung der Konzernleitung

Aus der Konzerntypik lässt sich schließen, dass widersprüchliche Interessen in einer Konzerngesellschaft stärker hinzunehmen seien als in einer unabhängigen Gesellschaft.³¹ Der analogen Anwendung des § 34 BGB auf Mehrfachfunktionsträger im Konzern wird entgegengehalten, dass damit Doppelmandate „ad absurdum geführt“ würden.³² Die Funktion personeller Verflechtungen als Instrument der Konzernsteuerung würde beseitigt. Es gehöre gerade auch zum Aufgabenkreis des Konzernmandatsträgers, in Problemfällen auf einen Interessenausgleich hinzuwirken.³³ Insgesamt fehle es schon an den Voraussetzungen einer Analogie zu § 34 BGB, da jedenfalls für den faktischen Konzern §§ 311 ff. AktG den Umgang mit unterschiedlichen Interessen im Unternehmensverbund regeln und es folglich keine Regelungslücke gebe.³⁴ Dementsprechend sollen sie weder einen Stimm- noch einen Sitzungsausschluss zur Folge haben, da konzernrechtliche Schutzmechanismen wie z.B. der Abhängigkeitsbericht oder die Nachteilsausgleichspflicht vorrangig eingriffen.³⁵

²⁹ *Spindler/Stilz*, § 108 Rn. 28; a.A. *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 108 Rn. 35.

³⁰ *Spindler/Stilz*, § 108 Rn. 28.

³¹ *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 100 Rn. 23; *Nordhues*, *Corporate Finance Law* 2010, 327, 332; *U. H. Schneider*, FS Goette, S. 475, 483 f.

³² *Eversberg*, *Doppelvorstände im Konzern*, S. 130 f.; ähnlich *Wirth*, FS Bauer, S. 1147, 1158; *Löbbe*, *Unternehmenskontrolle im Konzern*, S. 65 f.

³³ *Anders*, *Vorstandsdoppelmandate*, S. 120 f.

³⁴ *Anders*, *Vorstandsdoppelmandate*, S. 122; *Nordhues*, *Corporate Finance Law* 2010, 327, 332; *Martinek*, WRP 2008, 51, 65.

³⁵ *Kehler*, *Unabhängigkeit*, S. 127; *KölnKommAktG/Mertens/Cahn*, § 100 Rn. 23; *Martinek*, WRP 2008, 51, 65; *Nordhues*, *Corporate Finance Law* 2010, 327, 332.

4. Stimmverbot sei praktisch untauglich

Auch die praktische Tauglichkeit eines Stimmrechtsverbots ist zweifelhaft. *Schlieper* gibt zu bedenken, dass in der Praxis oftmals die Geschäftsverteilung vom Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung abweiche und keine Beschlussfassung im Gesamtvorstand vorsehe.³⁶ Der Doppelmandatsträger könne daher unbehelligt seine Ressorttätigkeit auf eine bestimmte Unternehmenspolitik ausrichten und selbst, wenn es zur Beschlussfassung im Gremium kommt, die Ausgangslage im Vorhinein gestalten.³⁷

III. Stellungnahme

1. Stimmverbot verhindert Vorteile zugunsten der Tochtergesellschaft

Für die Frage, ob Stimmverbote in Konzernsachverhalten sinnvoll sind, muss geklärt werden, auf welcher Ebene das Stimmverbot greifen soll. Soll es auf Ebene der Obergesellschaft wirken, wird dem Doppelmandatar damit die Möglichkeit genommen, bei der Entscheidungsfindung auf Ebene der Obergesellschaft die Belange der Tochtergesellschaft einfließen zu lassen und damit eine Mittlerfunktion wahrzunehmen. Konzernmandate dienen in beide Richtungen der Interessenintegration und bieten daher auch für die Tochtergesellschaft einen großen positiven Nutzen. Konzernmandate bieten zwar Potenzial für Interessenkonflikte, aber auch für die Interessenharmonisierung zwischen den verbundenen Unternehmen.³⁸ Geht man davon aus, dass das Stimmverbot in der Gesellschaft wirken soll, deren Schutz bezweckt wird,³⁹ treten auch hier Nachteile für die Tochtergesellschaft ein: Ein Stimmverbot auf Ebene der Tochtergesell-

³⁶ *Schlieper*, *Leitungsintensität*, S. 162.

³⁷ *Schlieper*, *Leitungsintensität*, S. 182.

³⁸ Ebenso *Anders*, *Vorstandsdoppelmandate*, S. 69; *Eversberg*, *Doppelvorstände im Konzern*, S. 69; *Löbke*, *Unternehmenskontrolle im Konzern*, S. 68; *Wirth*, *FS Bauer*, S. 1147, 1149.

³⁹ *Anders*, *Vorstandsdoppelmandate*, S. 120.

schaft nimmt dem Doppelmandatar von vornherein die Möglichkeit, seiner Pflicht nachzukommen und bei der Abstimmung dem Tochterinteresse den Vorrang zu geben. Es passt nicht zusammen, ein Aufsichtsratsmitglied einerseits auf das Gesellschaftsinteresse zu verpflichten, es andererseits aber daran zu hindern, sich dementsprechend zu verhalten.⁴⁰

2. Konzernrecht bietet vorrangige Regeln zur Konfliktlösung

Im faktischen Konzern darf eine unzulässige Veranlassung in der Tochtergesellschaft nicht befolgt werden. Bei zulässigen Veranlassungen besteht Ermessen. Problematisch ist der Fall, dass die Befolgung einer Veranlassung nachteilig für die Tochtergesellschaft ist. Der Doppelmandatar darf die Maßnahme dann fördern, wenn er sich vergewissert hat, dass der entstehende Nachteil von der Obergesellschaft ausgeglichen wird. Setzt er die Maßnahme durch, obwohl ihm bekannt ist, dass die Obergesellschaft einen Nachteilsausgleich nicht leisten können oder wollen wird, ist der Mandatar gegenüber der Tochtergesellschaft sowohl aus §§ 93 II, 116 S. 1 AktG als auch aus §§ 309, 317 III AktG schadensersatzpflichtig.

Das Konzernrecht bietet ein austariertes System der Interessenausrichtung verbundener Gesellschaften. Abhängig von der Konzernierungsform wird festgelegt, wie schutzwürdig die jeweiligen Eigeninteressen sind und nach welchen Regeln sie überlagert werden dürfen. Die schwächere Position der beherrschten Gesellschaft wird durch Schadensersatzansprüche abgesichert und damit wehrfähig gemacht. Konzernmandate sind vom Gesetzgeber in § 100 II 2 AktG privilegierte Instrumente zur Machtverteilung im Unternehmensverbund. Die Interessengegensätze, die der Konzernmandatar in seiner Person miteinander vereinbaren muss, entsprechen dabei den Interessengegensätzen der verschiedenen Konzerngesellschaften. Sie sind daher auch nach dem Konzernrecht zu behandeln. Die Übertragung von Konfliktlösungen aus unabhängigen Gesellschaften wäre nicht mit der Konzernleitungs- und Interessenintegrationsfunktion von Konzernmandaten vereinbar.

⁴⁰ Gofferje, Unabhängigkeit, S. 103; Krebs, Interessenkonflikte, S. 131.

D. Haftungsrechtliche Interdependenz verschiedener Konzernmandate

I. Haftung des Doppelmandatars gegenüber der Tochtergesellschaft

Gegenüber der Tochtergesellschaft haftet der Doppelmandatar zunächst als deren Aufsichtsratsmitglied gem. §§ 93 II 1 i.V.m. 116 S. 1 AktG. § 310 I 1 AktG bestätigt dies für den Fall einer unzulässigen Weisung im Vertragskonzern und ordnet zugleich ein Gesamtschuldverhältnis mit dem nach § 309 AktG haftenden Vertreter des herrschenden Unternehmens an. Auch in der faktisch abhängigen Tochtergesellschaft haftet der Doppelmandatar in seinem Aufsichtsratsamt aus §§ 93 II 1 i.V.m. 116 S. 1 AktG. Für den Fall, dass das Aufsichtsratsmitglied die Prüfung des Berichts nach § 314 AktG unterlassen hat, ordnet § 318 II AktG die gesamtschuldnerische Haftung neben den nach § 317 AktG Ersatzpflichtigen an.

II. Haftung der „entsendenden“ Gesellschaft

1. Haftung aufgrund konzernrechtlicher Regelungen

Neben der doppelten Inanspruchnahme des Doppelmandatsträgers stellt sich auch die Frage nach einer Haftung der entsendenden Gesellschaft für Pflichtverstöße des von ihr entsandten Mandatsträgers in der aufnehmenden Gesellschaft. Die geschädigte Gesellschaft wird Interesse daran haben, sich an die Obergesellschaft als solvente Schuldnerin wenden zu können. Möglicherweise kann der Obergesellschaft das Verhalten des Doppelmandatars analog § 31 BGB zugerechnet werden. Zuvor ist zu klären, ob für einen Rückgriff auf § 31 BGB angesichts der konzernrechtlichen Regelungen überhaupt Bedarf besteht.

a) Haftung im Vertragskonzern

Im Vertragskonzern unterliegt die Obergesellschaft wegen § 302 AktG der Verlustausgleichspflicht für Vermögensschäden als Folge einer zulässigen Weisung. Wird hingegen eine unzulässige Weisung erteilt (wenn also dem Nachteil für die Tochtergesellschaft kein Vorteil der konzernverbundenen Unternehmen gegenüber steht, § 308 I 2 AktG), soll die Obergesellschaft nach § 309 AktG gegenüber der Tochtergesellschaft für den entstandenen Schaden haften. Die Haftung der Obergesellschaft ist zwar nicht wörtlich in § 309 AktG niedergelegt, aber für den Fall, dass die Voraussetzungen der Haftung des gesetzlichen Vertreters nach § 309 I und II AktG vorliegen, allgemein anerkannt.⁴¹ Der Gesetzgeber sah eine ausdrückliche Regelung nicht als erforderlich an, da das herrschende Unternehmen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aufgrund des Vertrages haften.⁴²

Hat der Doppelmandatar die Tochtergesellschaft ohne Weisung und somit eigenverantwortlich geschädigt, wird dies unterschiedlich beurteilt. Manche Autoren lassen die bloße Personalunion ausreichen, um eine entsprechende Weisung der Obergesellschaft als haftungsrechtlichen Anknüpfungspunkt zu fingieren.⁴³ Es wird argumentiert, dass die Konstellation des Doppelmandats Weisungen entbehrlich mache und deshalb haftungsrechtlich nicht besser gestellt werden dürfe als eine pflichtwidrige Weisung.⁴⁴ Dagegen ist einzuwenden, dass die Obergesellschaft für das eigenmächtige Verhalten des Doppelmandatars nicht verantwortlich ist.⁴⁵ Wenn der Organwahrer nicht in Ausübung der Weisungsbefugnis der Obergesellschaft gehandelt hat, besteht kein ursächlicher Zusammenhang

⁴¹ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 309 Rn. 21; *Hüffer/Koch*, § 309 Rn. 26; *Hölters/Leuring/Goertz*, § 309 Rn. 55; *MüKoAktG/Altmeyen*, § 309 Rn. 136; *Spindler/Stilz/Veil*, § 309 Rn. 39.

⁴² Begr. RegE bei *Kropff*, AktG 1965, S. 404 f.

⁴³ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rn. 29a f.; *Heidel/Peres*, § 309 Rn. 6; *KölnKommAktG/Koppensteiner*, § 309 Rn. 41

⁴⁴ *Heidel/Peres*, § 309 Rn. 6; *KölnKommAktG/Koppensteiner*, § 309 Rn. 41.

⁴⁵ *Noack*, FS Hoffmann-Becking, S. 847, 851.

zwischen der schädigenden Handlung und dem Beherrschungsvertrag.⁴⁶ Im Ergebnis ist *Hüffer* darin zuzustimmen, dass die Anwendung von § 309 AktG bei Fehlen einer Weisung eine Rechtsfortbildung darstellt, die noch nicht ausreichend begründet ist.⁴⁷

b) Haftung im faktischen Konzern

Im faktischen Konzern ist § 317 AktG die normative Grundlage für die Haftung der Obergesellschaft. Lag eine Veranlassung durch die Obergesellschaft vor und wurde der Nachteil nicht ausgeglichen, haftet die Obergesellschaft der Untergesellschaft nach § 317 AktG. Grundvoraussetzung der Haftung ist also, dass eine Maßnahme durch die Obergesellschaft veranlasst wurde. Beim Einsatz von Doppelmandataren gibt es hierfür einen Anscheinsbeweis, der von der Obergesellschaft erschüttert werden kann.⁴⁸

c) Ergebnis

Das Konzernrecht bietet normative Anknüpfungspunkte für die Haftung der Obergesellschaft. Hierzu zählen auch die allgemein anerkannte Geltung des § 309 AktG für die Haftung der Obergesellschaft wegen unzulässiger Weisungen und die Haftung für unterlassenen Nachteilsausgleich nach § 317 AktG, die aufgrund des bei personellen Verflechtungen bestehenden Anscheinsbeweises für eine Veranlassung der Obergesellschaft erleichtert wird.

2. Zurechnung nach § 31 BGB

Wo konzernrechtliche Regelungen keine Haftung der Obergesellschaft vorsehen, kommt möglicherweise eine Haftung über § 31 BGB in Betracht.

⁴⁶ MüKoAktG/*Altmeyden*, § 309 Rn. 146, der die Haftung aus Zurechnung einer unerlaubten Handlung nach § 31 BGB dagegen für möglich hält.

⁴⁷ *Hüffer/Koch*, § 309 Rn. 29.

⁴⁸ Siehe oben § 9.B.I.2.c).

a) Persönlicher Anwendungsbereich

§ 31 BGB regelt die Zurechnung des Handelns von Organwaltern als Pflichtverletzung der juristischen Person.⁴⁹ Laut Normtext haftet ein Verein für die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung des Vorstandes, eines Mitglieds des Vorstandes oder eines anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreters. § 31 BGB gilt für sämtliche juristische Personen des Privatrechts und insbesondere auch für AG und GmbH.⁵⁰ Die Haftung der AG für ihren Vorstand gründet damit direkt auf § 31 BGB. Auf den Aufsichtsrat ist § 31 BGB analog anwendbar.⁵¹ Das begegnet zwar teilweise Bedenken, da der Aufsichtsrat ein reines Innenorgan sei,⁵² andererseits stellt § 31 BGB eine Organhaftung und keine Vertreterhaftung dar, so dass es auf eine etwaige Vertretungsmacht nicht ankommt⁵³. Im Übrigen kommt in dem Fall, dass ein Aufsichtsratsmitglied der Obergesellschaft ein Mandat in der Tochtergesellschaft zum Zweck der Konzernleitung wahrnimmt, seinem Verhalten jedenfalls Außenwirkung zu, die die Schädigung eines Dritten, nämlich der Tochtergesellschaft, zur Folge haben kann. Vorstand und Aufsichtsrat einer AG gehören daher zu dem von § 31 BGB erfassten Personenkreis.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Der Organwalter muss die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ begangen haben. Für die Zurechnung nach § 31 BGB muss also die Mandatstätigkeit in der Tochtergesellschaft zugleich eine Verrichtung für die Muttergesellschaft darstellen.

⁴⁹ BeckOK-BGB/Schöpflin, § 31 Rn. 1; MüKoBGB/Reuter, § 31 Rn. 31; Palandt/Ellenberger, BGB, § 31 Rn. 1.

⁵⁰ MüKoBGB/Reuter, § 31 Rn. 11; Palandt/Ellenberger, BGB, § 31 Rn. 3.

⁵¹ BeckOK-BGB/Schöpflin, § 31 Rn. 9; Palandt/Ellenberger, BGB, § 31 Rn. 5.

⁵² MüKoBGB/Reuter, § 31 Rn. 24.

⁵³ BeckOK-BGB/Schöpflin, § 31 Rn. 7; Staudinger/Weick, BGB, § 31 Rn. 38; Palandt/Ellenberger, BGB, § 31 Rn. 10.

aa) Contra

Der BGH hat die Anwendung von § 31 BGB auf Pflichtverletzungen von Doppelmandatsträgern abgelehnt, weil der Mandatsträger gegenüber der aufnehmenden Gesellschaft als eigenes Organ tätig und hierbei vorrangigeren Interessen verpflichtet sei.⁵⁴ In der Entscheidung heißt es: „Im Aufsichtsrat der aufnehmenden Gesellschaft kann diese Person nur in ihrer Eigenschaft als Organmitglied dieser Gesellschaft und nicht als Organmitglied der Entsendungskörperschaft tätig werden. Einer solchen Person können nur in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied Verpflichtungen obliegen, und sie kann nur solche Pflichten verletzen.“⁵⁵ Der Mandatsträger unterliegt wegen des Grundsatzes des weisungsfreien Mandats auch keiner Weisungsabhängigkeit gegenüber der entsendenden AG.⁵⁶ Ferner steht nach Ansicht des BGH die Ausgestaltung des Aufsichtsratsamts als persönliches Mandat der Haftung der entsendenden Gesellschaft entgegen.⁵⁷ Ein weiteres Argument bringt *Bokelmann* vor mit dem Hinweis, dass die Normierung des persönlichen Mandats in § 100 I AktG gerade auch das Ziel verfolgte, die persönliche Verantwortlichkeit des handelnden Aufsichtsratsmitglieds zu etablieren.⁵⁸ Die Haftung pauschal mit § 31 BGB auf die solvente Obergesellschaft umzuleiten, würde damit das Aufsichtsratsmandat in der Tochtergesellschaft von einer persönlichen Haftung spalten.⁵⁹

bb) Pro

Die Absage des BGH an eine Anwendung von § 31 BGB hat die Literatur insgesamt wenig beeindruckt: Dem Argument, dass der Doppelmandatar dem jeweiligen Gesellschaftsinteresse verpflichtet sei, wird eine Leugnung der Rechtswirklichkeit vorgeworfen: Mehrfachmandatsträger han-

⁵⁴ BGHZ 36, 296, 309 f.; ebenso Hölters/*Leuering/Goertz*, § 309 Rn. 58.

⁵⁵ BGHZ 36, 296, 310.

⁵⁶ Auf den fehlenden rechtlichen Einfluss verweist BGH NJW 1962, 864, 867.

⁵⁷ BGH NJW 1984, 1893, 1897.

⁵⁸ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 179.

⁵⁹ Vgl. *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 179.

delten im Konzern nicht als „gespaltene Persönlichkeiten“, sondern verfolgten auch in der Tochtergesellschaft allein Konzerninteressen.⁶⁰ *Koppensteiner* geht sogar so weit, zu unterstellen, dass jedenfalls im Vertragskonzern die wirtschaftliche Einheit zu einer gesellschaftsübergreifenden Geltung des Konzerninteresses führe, so dass der Mandatsträger, egal in welcher der konzernverbundenen Gesellschaften er gerade tätig werde, dem Konzerninteresse verpflichtet sei.⁶¹

Bokelmann betrachtet es als Argument für die Verhaltenszurechnung, dass die Besetzung von Aufsichtsratsmandaten in der Tochtergesellschaft übliches und anerkanntes Instrument zur Konzernleitung sei.⁶² Die Funktion des Tochteraufsichtsrats werde damit modifiziert, was auch zu einer Anpassung der Haftung führen müsse. Weil die Konzernleitung im Pflichtenkreis der Obergesellschaft liege, trete der Doppelmandatar dabei als ihr Vertreter auf.⁶³ *Bokelmann* bejaht damit zwar die Zurechnung nach § 31 BGB, will aber den Haftungsmaßstab der konzernrechtlichen Normen §§ 309, 311, 317, 323 AktG anwenden, weil dort die Grenzen der Ausübung von Leitungsmacht geregelt seien.⁶⁴

cc) Stellungnahme

Der Ansicht des BGH, die Pflichtenbindungen des Doppelmandatars aus seiner Beziehung zur Obergesellschaft leugnet, ist entgegenzuhalten, dass laut der Regierungsbegründung zum KonTraG eine „typische Vorstandstätigkeit“ darin besteht, dass der Vorstand einer herrschenden Gesellschaft ein Aufsichtsratsmandat in der beherrschten Gesellschaft wahrnimmt.⁶⁵ Konzernmandate hätten überhaupt keinen strategischen Nutzen, wenn sie es nicht zur Aufgabe Mandatsträgers machten, über die Organ-

⁶⁰ Bürgers/Körper/Fett, § 309 Rn. 29; ähnlich *Ulmer*, FS Stimpel, S. 705, 708 f.

⁶¹ KölnKommAktG/*Koppensteiner*, § 309 Rn. 41; ebenso *Ramm*, Aufsichtsrat im mehrstufigen Konzern, S. 34 f

⁶² *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 184.

⁶³ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 184.

⁶⁴ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 185.

⁶⁵ Begr. RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 16.

stellung in der Tochtergesellschaft Vorteile für Muttergesellschaft anzustreben.

Allerdings können auch die in der Literatur vorgebrachten Argumente nicht gänzlich überzeugen. *Koppensteiners* Meinung, dass durch die wirtschaftliche Einheit des Konzerns in sämtlichen verbundenen Gesellschaften das Konzerninteresse gelte,⁶⁶ ist einseitig wirtschaftswissenschaftlich geprägt⁶⁷ und leugnet die rechtliche Eigenständigkeit der Gesellschaften. Im Übrigen kommt es auch zu keiner Schädigung der Tochtergesellschaft und keiner Anwendung des § 31 BGB, wenn der Tochter ohnehin keine eigenen Interessen zugestanden werden, die hätten verletzt werden können.

Dem Argument des BGH, dass der Doppelmandatar in der Tochtergesellschaft nicht von Weisungen der Muttergesellschaft abhängig sei, begegnet *Ulmer* mit dem Hinweis, dass der Vorstand nach § 76 I AktG ebenfalls weisungsunabhängig sei und dennoch die Aktiengesellschaft für deren Fehlverhalten jedenfalls außerhalb des Konzernkontexts unstrittig über § 31 BGB hafte.⁶⁸ Das ist richtig, geht aber an der Frage vorbei, *welcher* Gesellschaft die Organtätigkeit von Dritten zugeordnet wird. Ein Vorstandsmitglied wird der von ihm geleiteten Gesellschaft zugeordnet und wenn ein Doppelmandatar ein Vorstandsamt für die Tochtergesellschaft wahrnimmt, so ist er nicht nur rechtlich, sondern auch für den Rechtsverkehr in erster Linie der Vertreter der Tochtergesellschaft. Deswegen sollten bei der Frage, ob die Mandatsausübung in der Tochtergesellschaft zugleich eine Verrichtung für die Muttergesellschaft ist, zwei Fälle unterschieden werden: Wenn es um eine Außenhaftung der Obergesellschaft für ein Fehlverhalten des Doppelmandatsträgers in der Tochtergesellschaft geht, ist darauf abzustellen, welcher Gesellschaft der Rechtsverkehr den Mandatsträger bei der konkreten Handlung zuordnet. Dies wird regelmäßig die Tochtergesellschaft sein, da der Mandatsträger nach außen hin als deren Organ tätig geworden ist. Eine Haftung der Obergesellschaft über

⁶⁶ KölnKommAktG/*Koppensteiner*, § 309 Rn. 41.

⁶⁷ In der ökonomischen Betrachtung wird der Konzern auf eine wirtschaftliche Einheit reduziert, siehe oben § 8.A.III.

⁶⁸ *Ulmer*, FS Stimpel, S. 705, 718.

§ 31 BGB kann in diesem Fall nicht begründet werden. Ein zweiter Anwendungsfall für die Frage, ob eine Handlung in der Tochtergesellschaft zugleich für die Obergesellschaft vorgenommen wurde, ist die Innenhaftung des Konzernmandatsträgers gegenüber der Obergesellschaft. Genauer gesagt geht es darum, ob durch eine bestimmte Mandatsausübung in der Tochtergesellschaft eine Pflichtverletzung gegenüber der Obergesellschaft begangen werden kann. Dies wird noch zu behandeln sein.

Eine Haftung der Obergesellschaft für den Einsatz eines Konzernmandatsträgers kann jedenfalls nicht über § 31 BGB konstruiert werden. Für eine solche Haftung besteht schon kein Bedürfnis, weil die Haftung der Obergesellschaft im Konzern bereits speziell in § 309 und § 317 AktG geregelt ist.⁶⁹ Das zeigt sich auch in *Bokelmanns* Vorschlag, die über § 31 BGB zuzurechnenden Handlungen auf solche der Konzernleitung zu beschränken. Wenn man dies tut, hat eine Haftung für Konzernmandatsträger über § 31 BGB gar keinen eigenständigen Anwendungsbereich und ist damit überflüssig.

Ein weiterer Beleg dafür, dass § 31 BGB hinter den spezielleren konzernrechtlichen Regelungen zurücktritt, ergibt sich aus den Voraussetzungen der Norm: § 31 BGB setzt einen engen objektiven sachlichen Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und der übertragenen Verrichtung voraus, wobei der generelle Rahmen der übertragenen Aufgaben aus Sicht eines Außenstehenden nicht überschritten sein darf.⁷⁰ Zu unterscheiden ist, ob der Organwahrer „in Ausübung“ oder „bei Gelegenheit“ der Verrichtung die schädliche Handlung begangen hat.⁷¹ Bei der Anwendung dieser Formel ist wie bereits geschildert darauf zu achten, dass eine Anwendung von § 31 BGB nur sinnvoll ist, wenn eine eigenständige Bedeutung neben den speziellen konzernrechtlichen Haftungsnormen bestehen bleibt. Eine konzernrechtliche Haftung tritt ein, wenn sich das Handeln des Doppelmandatars bei weitem Verständnis noch auf eine Weisung bzw. Veranlassung des herrschenden Unternehmens zurückführen lässt. Nach einer Ansicht soll zwar allein die Bestellung des Organwahrers als

⁶⁹ So auch *Ulmer*, FS Stimpel, S. 705, 713 und 723.

⁷⁰ *MüKoBGB/Reuter*, § 31 Rn. 33 f.; *Palandt/Ellenberger*, BGB, § 31 Rn. 10.

⁷¹ *BeckOK-BGB/Schöpflin*, § 31 Rn. 17; *MüKoBGB/Reuter*, § 31 Rn. 33.

Doppelmandatar ausreichen, um für sämtliche seiner Handlungen den nötigen Zusammenhang mit dem Hauptamt in der Obergesellschaft zu bejahen und als Handlungen innerhalb des übertragenen Wirkungskreises einzuordnen.⁷² Wenn aber nur die anfängliche Bestellung maßgeblich sein soll, kommt dies wieder dem Verständnis der Personalunion als Haftungsunion gleich. Konsequenz wäre eine Garantiehaftung der Obergesellschaft.⁷³ Es mag zwar sein, dass ein Organwalter ursprünglich nur aufgrund seines Mandats in der Obergesellschaft den Posten in der Tochtergesellschaft erhalten hat. Nutzt der Doppelmandatar jedoch seine Position in der Tochtergesellschaft für eine schädigende Maßnahme aus, ohne dass dies etwas mit seiner Aufgabe zur Konzernleitung zu tun hätte, hätte er dieselbe Maßnahme ebenso treffen können, wenn er auf anderem Wege Mandatsträger geworden wäre. In diesem Fall wirkt sich die Konzernleitungsfunktion nicht auf die schädigende Handlung aus. Der nötige Zurechnungszusammenhang fehlt. Eine pauschale Haftung der Obergesellschaft über § 31 BGB ist damit abzulehnen.

c) Ergebnis

Für Verfehlungen im Zusammenhang mit der Konzernleitungsaufgabe haftet die Obergesellschaft nach konzernrechtlichen Spezialgesetzen (§§ 309, 317 AktG). Eine Haftung über § 31 BGB ist daneben nicht anwendbar. Eine allgemeine Haftung der Obergesellschaft für Schädigungshandlungen des Konzernmandatars stünde im Widerspruch dazu, dass es sich bei der Aufsichtsratsstätigkeit um ein höchstpersönliches Amt handelt. Außerdem würde in Frage gestellt, dass der Konzernmandatar in seiner Aufsichtsratsstätigkeit bei der Tochtergesellschaft in erster Linie dieser Gesellschaft verpflichtet ist. Diese organschaftliche Pflicht wird durch ein eigenes Haftungsrisiko des Mandatars abgesichert. Dass konzernrechtliche Haftungsregeln ausreichen, zeigt sich darüber hinaus bei der Frage, ob

⁷² *Ulmer*, FS Stimpel, S. 705, 724; *Säcker*, ZHR 151 (1987), 59, 65 ff.; *Deilmann*, Die Entstehung des qualifiziert faktischen Konzerns, S. 72; für Vorstandsdoublemandate *Hüffer/Koch*, § 311 Rn. 21.

⁷³ Siehe oben § 9.B.I.2.c).

sich das Fehlverhalten „bei Gelegenheit“ oder „in Ausübung“ der Konzernleitungsaufgabe des Doppelmandatars ereignet hat. Handelte er „in Ausübung“ der Konzernleitung, so greift das konzernrechtliche Haftungsinstrumentarium ein. Handelte er nur „bei Gelegenheit“ der Konzernleitungsaufgabe, fehlt es an dem kausalen Zusammenhang, der eine Haftung der Obergesellschaft rechtfertigen könnte. Es bleibt dann bei der persönlichen Haftung des Mandatsträgers.

III. Haftung des Doppelmandatars gegenüber der Obergesellschaft für Pflichtverletzungen in der Tochtergesellschaft

Wird auch zur Bestimmung des Pflichtenkreises eines Doppelmandatars gern darauf verwiesen, dass die Interessen der Gesellschaft, für die er gerade unmittelbar handelt, maßgeblich seien, so werden hinsichtlich der Haftung für Pflichtverstöße die Grenzen zwischen den einzelnen Gesellschaften mitunter vermischt: Der BGH urteilte, dass ein bei der Muttergesellschaft begangener Pflichtverstoß einen wichtigen Kündigungsgrund bei der Tochtergesellschaft begründen könne.⁷⁴ Ferner stellt sich die Frage, ob ein Doppelmandatsträger gegenüber der Obergesellschaft für Pflichtverstöße haftet, die er in der Tochtergesellschaft begangen hat. Das setzt voraus, dass der Doppelmandatsträger zugleich eine Pflichtverletzung gegenüber der Obergesellschaft begangen hat und ihr ein kausaler Schaden entstanden ist. Ein Fehlverhalten des Doppelmandatars gegenüber der Tochtergesellschaft kann zugleich eine Pflichtverletzung gegenüber der Obergesellschaft bedeuten, da der Doppelmandatar auch gegenüber der ihn entsendenden Gesellschaft verpflichtet ist, seine Organpflichten in der aufnehmenden Gesellschaft zu erfüllen.⁷⁵ Das gilt insbesondere, wenn sich beide organschaftlichen Pflichten teilweise decken, z.B. wenn es zum Vorstandsamt in der Obergesellschaft gehört, die wirtschaftliche

⁷⁴ BGH NZG 2013, 615.

⁷⁵ Vgl. BGH NJW 1987, 1077, 1079; ebenso OLG Düsseldorf ZIP 1997, 27, 31 f.; Begr. RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 16; siehe ausführlich § 10.B.

Lage der Tochtergesellschaft zu überwachen.⁷⁶ Wenn der Gesetzgeber nicht gewollt hätte, dass Mandate in der abhängigen Gesellschaft auch zum Nutzen der Obergesellschaft ausgeübt werden, hätte er die Möglichkeit der Konzernsteuerung über Aufsichtsratsmandate nicht durch § 100 II AktG ermöglicht und erleichtert.

Davon abgesehen muss die Obergesellschaft einen eigenen Schaden erlitten haben.⁷⁷ Ein solcher Schaden kann dadurch entstehen, dass die Obergesellschaft den Schaden der Tochtergesellschaft ausgeglichen hat, sofern sie dafür „vernünftige und billigenswerte Gründe“ hatte.⁷⁸ Die Obergesellschaft kann außerdem mittelbar geschädigt sein, indem ein Schaden der Tochtergesellschaft zu einer Wertminderung der Anteile führt, die die Obergesellschaft an der Tochtergesellschaft hält. In diesem Fall soll die Obergesellschaft lediglich auf Leistung an die unmittelbar geschädigte Tochtergesellschaft klagen können.⁷⁹ Dieser Grundsatz gilt laut BGH insbesondere auch dann, wenn zugleich eine Pflichtverletzung gegenüber der entsendenden Obergesellschaft vorliegt.⁸⁰ *Wiedemann* teilt diese Ansicht und begründet sie zum einen damit, dass die entsendende Gesellschaft aufgrund ihrer Treupflicht als Dienstherrin den Doppelmandatar vor einer doppelten Inanspruchnahme schützen müsse.⁸¹ Zum anderen treffe die entsendende Gesellschaft gegenüber der aufnehmenden Gesellschaft eine Treupflicht als Mehrheitsaktionärin dahingehend, dass der Schaden in erster Linie bei der unmittelbar selbst geschädigten Gesellschaft ausgeglichen werden müsse.⁸²

In der Zusammenfassung haftet der Doppelmandatar für ein Fehlverhalten in der Tochtergesellschaft gegenüber zwei Gesellschaften, wenn eine deckungsgleich aus beiden Organverhältnissen herrührende Pflicht verletzt wurde. Schadensersatz hat der Doppelmandatar jedoch nur einmal zu leis-

⁷⁶ OLG Düsseldorf ZIP 1997, 27, 32; ähnlich *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 184.

⁷⁷ *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S. 123.

⁷⁸ OLG Düsseldorf ZIP 1997, 27, 33 f.

⁷⁹ BGH NJW 1987, 1077, 1079.

⁸⁰ BGH NJW 1987, 1077, 1079.

⁸¹ *Wiedemann*, JZ 1987, 784, 786.

⁸² *Wiedemann*, JZ 1987, 784, 786.

§ 13 Repressionen bei Konzernmandaten

ten und zwar vorrangig der Tochtergesellschaft, es sei denn, die Obergesellschaft hat deren Schaden bereits kompensiert. In letzterem Fall ist der Schaden der Obergesellschaft auszugleichen.

§ 14 Rechtsfolgen des fehlerhaften Umgangs mit Interessenkonflikten

A. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Handlungsanweisung nach dem DCGK

Wurde nicht entsprechend den Anleitungen des DCGK mit einem Interessenkonflikt umgegangen, führt dies zur Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. Der BGH zog in der Entscheidung *Kirch/Deutsche Bank* daraus die Konsequenz, dass der Entlastungsbeschluss anfechtbar sei.¹

B. Fehlerhafter Umgang mit Interessenkonflikten und Auswirkung auf die Business Judgment Rule

Die in § 93 I 2 AktG verankerte Business Judgment Rule (BJR) betrifft den Ermessensspielraum bei unternehmerischen Entscheidungen und gilt gem. § 116 S. 1 AktG auch für Aufsichtsratsmitglieder. Als unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats zählen laut *Strenger*: Personalentscheidungen, die Überprüfung unternehmensstrategischer Maßnahmen, die Auswahl der Geschäftsfelder und die Produktpolitik, die Erteilung der gem. § 114 IV 2 AktG erforderlichen Zustimmung zu bestimmten Geschäften (wenn es sich um Übernahmeangebote, Investitionen, Finanzierungen, Beteiligungen oder Akquisitionen handelt) sowie die Billigung des Jahresabschlusses gem. § 172 AktG und der Gewinnverwendung gem. § 58 II AktG und auch die Entscheidung über die Rücklagedotierung.²

Um in den Genuss der BJR zu kommen, muss der Aufsichtsrat zunächst die zur Entscheidung erforderliche Sachkunde besitzen.³ Der Aufsichtsrat muss auch dafür Sorge tragen, dass er ausreichend informiert wird.⁴ Das

¹ BGH NJW 2009, 2207, 2209.

² *Strenger*, Der Konzern 2013, 429, 430.

³ Zu den Anforderungen an die Sachkunde von Aufsichtsräten siehe § 10.C.V.

⁴ *Strenger*, Der Konzern 2013, 429, 431.

Handeln zum Wohle der Gesellschaft setzt das Fehlen jeder Interessenkollision bzw. jedes Eigeninteresses eines Organmitglieds voraus.⁵ Neben Eigeninteressen ist auch ein „Handeln zum Nutzen von dem Geschäftsleiter nahe stehenden Personen oder Gesellschaften“ schädlich.⁶ Es kommt nicht allein darauf an, ob objektiv eine Interessenkollision vorlag, sondern ob der Entscheidungsträger den Konflikt hätte erkennen können. Die Perspektive wird subjektiviert, indem die BJR dem Entscheidungsträger lediglich abverlangt, dass er „vernünftigerweise annehmen durfte, [...] zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“.⁷

Im Zusammenhang mit der Reichweite der BJR sind noch einige Fragen zu klären. Nicht rechtssicher beantworten lässt sich die Frage, ab welcher Intensität ein Interessenkonflikt die Anwendbarkeit der BJR ausschließt. Eine Unterscheidung von wesentlichen und unwesentlichen Interessenkonflikten wird zwar in Ziff. 5.5.3 DCGK getroffen, allerdings geht es dort um die Rechtsfolge der Mandatsbeendigung, so dass die DCGK-Empfehlung nicht als Auslegungshilfe für die BJR heranzuziehen ist.⁸ Selbst wenn das unverbindliche Regelwerk des DCGK eine passende Bestimmung enthielte, hätte deren Einhaltung keine Indizwirkung für die Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen von § 93 AktG.⁹ Es stellt sich ferner die Frage, wie sich der Interessenkonflikt einer Person auf das Gesamtgremium auswirkt. Ansätze zur Klärung dieser Frage setzen teils beim Gesamtgremium, teils beim individuellen Organmitglied an. Wird das Gremium als Ausgangspunkt genommen, lassen sich Mehrheitsbetrachtung und Gesamtbetrachtung unterscheiden. Nach der Mehrheitsbetrachtung steht die BJR offen, wenn die entscheidungstragende Mehrheit des Organs keinem Interessenkonflikt unterlag, vorausgesetzt, die befangene Minderheit hat die Mehrheit über ihren Interessenkonflikt unterricht-

⁵ P. Doralt/W. Doralt, in: Semler/v. Schenck, ARHdB, § 13 Rn. 76; Strenger, Der Konzern 2013, 429, 432.

⁶ Begr. RegE BT-Drs. 15/5092, S. 11; zur Folgefrage, was unter „nahe stehenden“ Personen oder Gesellschaften zu verstehen ist: Harbarth, FS Hommelhoff, S. 323, 331 f.

⁷ Begr. RegE BT-Drs. 15/5092, S. 11 f.; Harbarth, FS Hommelhoff, S. 323, 329.

⁸ Harbarth, FS Hommelhoff, S. 323, 334.

⁹ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, Rn. 71.

tet.¹⁰ Dahinter steht die Auffassung, dass die Mehrheit bei Kenntnis der bestehenden Interessenkollisionen diese ausgleichen und zu einem ausgewogenen und von Interessenkonflikten unbeeinflussten Abstimmungsergebnis gelangen könne. Nach der Gesamtbetrachtung bewirkt der Interessenkonflikt auch nur eines Organmitglieds, dass sich sämtliche Organmitglieder nicht mehr auf die BJR berufen können.¹¹ Dies soll unabhängig von der Offenlegung des Konflikts gelten, da auch hier eine subtile Beeinflussung des Entscheidungsprozesses möglich sei.¹² Dagegen entscheidet die Einzelbetrachtung über die Anwendbarkeit der BJR nicht mit Blick auf das Gremium, sondern einzeln für jedes Gremienmitglied.¹³ Weiß ein unbefangenes Mitglied von dem Interessenkonflikt eines Kollegen, verlagert sich der Schwerpunkt der Prüfung von § 93 I 2 AktG auf die Frage, ob das unbefangene Mitglied vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.¹⁴ Dies sei aber, wenn es die unaufgedeckte Interessenkollision eines anderen Entscheidungsträgers hinnehme, ausgeschlossen.¹⁵

Für die Prüfung der BJR für jedes einzelne Organmitglied spricht der Wortlaut von § 93 II 1 AktG.¹⁶ Demnach sind „Vorstandsmitglieder“ und nicht etwa „der Vorstand“ als Gremium im Falle einer Pflichtverletzung der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig. Indem die Schadensersatzpflicht an eine individuelle Pflichtverletzung anknüpft, muss auch die Ausnahme von der Haftung auf das Individuum Bezug nehmen.¹⁷ *Bunz* ist ferner darin zuzustimmen, dass auch solchen persönlich nicht befangenen Mitgliedern der Schutz der BJR versagt sein muss, die wissentlich den Interessenkonflikt eines Kollegen ignoriert haben. Indem sie eine Manipulation der Gremienentscheidung in Kauf nehmen, räumen sie Fremdmotiven den Vorrang vor dem Gesellschaftswohl ein.

¹⁰ *Paefgen*, AG 2008, 761, 768.

¹¹ *Lutter*, FS Canaris, S. 245, 248 ff.

¹² *Lutter*, FS Canaris, S. 245, 248 ff.

¹³ *Bunz*, NZG 2011, 1294, 1295; wohl auch *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 150.

¹⁴ *Bunz*, NZG 2011, 1294, 1296.

¹⁵ *Bunz*, NZG 2011, 1294, 1296.

¹⁶ *Bunz*, NZG 2011, 1294, 1295.

¹⁷ *Bunz*, NZG 2011, 1294, 1295.

Wird eine Anwendbarkeit der BJR abgelehnt, sollten die Folgen nicht überbewertet werden. In diesem Fall muss die Ermessensentscheidung umfänglich auf ihre Vereinbarkeit mit § 93 I 1 AktG überprüft werden.¹⁸ Lag ein Interessenkonflikt vor, bedeutet das per se noch keine Pflichtverletzung.¹⁹ Hat der Entscheidungsträger die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters walten lassen, droht ihm damit keine Haftung.

C. Abhilfe durch D&O-Versicherungen?

Um das Haftungspotenzial von Mehrfachmandaten abzufangen, könnte der Abschluss einer *Directors'-and-Officers'* (D&O)-Versicherung anzuraten sein. D&O-Versicherungen werden von einer Gesellschaft zugunsten ihrer Organe als versicherte Personen abgeschlossen.²⁰ Die Gesellschaft ist damit Versicherungsnehmerin, die versicherte Person kann aber gem. § 44 I 1 VVG die Rechte aus der Versicherung selbst einfordern. Die D&O-Versicherung kommt für Schadensersatzansprüche aus Innen- und Außenhaftung für Pflichtverletzungen in Ausübung der Organtätigkeit auf.²¹ Aufsichtsräte werden insofern begünstigt, als für sie gem. § 116 S. 1 AktG die Regelung des § 93 II AktG nicht gilt und somit kein Selbstbehalt vorgeschrieben ist. Allerdings kann vorsätzliches Verhalten oder auch ein Verhalten im Bewusstsein der Pflichtverletzung nicht abgesichert werden. Begeht ein Doppelmandatar gegenüber einer Konzerngesellschaft eine Pflichtverletzung, um einer anderen zu helfen, um der Verpflichtung gegenüber einer anderen Konzerngesellschaft nachzukommen, greift die D&O-Versicherung nicht ein. Zur Kompensation des in Anspruch genommenen Doppelmandatars kommt nur eine Freistellung durch die von ihm bevorzugt behandelte Gesellschaft in Betracht.

¹⁸ Harbarth, FS Hommelhoff, S. 323, 335 ff.; Bunz, NZG 2011, 1294, 1295.

¹⁹ Harbarth, FS Hommelhoff, S. 323, 336.

²⁰ Thümmel, Persönliche Haftung, S. 212; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 1036; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 225.

²¹ Thümmel, Persönliche Haftung, S. 213; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 1036.

6. Teil Schluss

§ 15 Ergebnisse

A. Der strategische Wert des Aufsichtsratsmandats

Der strategische Wert der Aufsichtsratsbesetzung erklärt sich aus der Informationsversorgung und den Einflussnahmemöglichkeiten dieses Organs. Der Aufsichtsrat ist für die Besetzung des Vorstands zuständig. Er selbst kann über Zustimmungsvorbehalte Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen nehmen. Wer an der Willensbildung im Aufsichtsrat mitwirkt, beeinflusst damit auch die Entscheidungskultur der Gesellschaft. Deshalb finden sich in dem Gremium „Vertreter“ wichtiger Geschäftspartner, verbundener Gesellschaften und sonstiger Interessengruppen. In der Satzung kann gem. § 101 II AktG sogar ein Entsendungsrecht für Aufsichtsratsmitglieder verankert werden.

B. Organverhältnis vs. Eigeninteresse

Das Aufsichtsratsmitglied muss sich gegen den Grundverdacht behaupten, dass es seine Organstellung dazu benutzen könnte, eigene Interessen durchzusetzen (sog. Prinzipal-Agent-Problem). Für bestimmte konfliktträchtige Situationen sieht das Gesetz eine Lösung vor, z.B. wenn einem gesonderten Beratervertrag des Mandatsträgers mit der Gesellschaft gem. § 114 I AktG das gesamte Aufsichtsratsgremium zustimmen muss. Besonders gefährdet ist die Objektivität von Arbeitnehmervertretern, die daher nicht an demselben Unabhängigkeitsbegriff wie Anteilseignervertreter gemessen werden können.

C. Mehrfachmandate außerhalb des Konzerns

Das Aufsichtsratsamt ist als Nebenamt konzipiert (vgl. § 100 II 1 Nr. 1 AktG). Daraus folgt, dass ein Mandatsträger verschiedene Dienstherren

hat, von verschiedenen Seiten vergütet wird und sich unterschiedliche Interessen- und Pflichtenbindungen in seiner Person überschneiden.

Für Mehrfachmandate gibt es keine ungeschriebenen Inkompatibilitätsvorschriften. Sowohl Mandate bei Wettbewerbsunternehmen als auch bei Banken sind grundsätzlich erlaubt, wenngleich für das Bankrecht Spezialregelungen in § 25d III KWG zu beachten sind. Ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft an einer Gesellschaft beteiligt, lässt sie sich häufig ein Entsendungsrecht für Aufsichtsratsmitglieder i.S.v. § 101 II AktG einräumen. Will die Körperschaft ihren Einfluss durch Weisungsrechte stärken, ist dies gegenüber den Mitgliedern eines obligatorischen Aufsichtsrats nicht möglich. Wird bei einem fakultativen Aufsichtsrat die Geltung der aktienrechtlichen Regelungen über § 52 GmbHG abbedungen, kann ein Weisungsrecht etabliert werden, allerdings muss es dafür samt seiner inhaltlichen Reichweite in der Satzung ausdrücklich geregelt werden. Um zu der Klärung des umstrittenen Themas der Weisungsrechte in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen beizutragen, sollten Public Corporate Governance Kodizes (PCGK) dazu Stellung nehmen.

D. Der Aufsichtsrat im Konzern

I. Kein obligatorischer Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat

Das Aktienrecht kennt keinen obligatorischen Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat. Im paritätisch besetzten Aufsichtsrat hätte ein Minderheitsvertreter eine ausschlaggebende Stellung. Es gilt das Mehrheitsprinzip, so dass es dem Mehrheitsaktionär möglich sein muss, *alle* Aufsichtsratsmitglieder zu stellen. Diese Wertung spricht aus der Abhängigkeitsvermutung im Falle von Mehrheitsbesitz nach § 17 II AktG und der Regelung des Entsendungsrechts in § 101 II AktG, die keine allgemeine Pflicht zur Repräsentation der Aktionärsminorität vorsieht. Der Vorwurf, dass das Konzernrecht keinen ausreichenden Schutz für die Belange außenstehender Aktionäre und Gläubiger biete, konnte insbesondere mit Blick auf den Schadensersatzanspruch aus § 317 AktG widerlegt werden.

II. Der Unabhängigkeitsbegriff in Konzernlagen

Zwar benutzen sowohl AktG, DCGK als auch die Kommissionsempfehlung den Begriff „Unabhängigkeit“, dahinter stehen aber eigenständige Definitionen. Insofern ist es irreführend, wenn die Gesetzesbegründung zum BilMoG zur Auslegung des Unabhängigkeitsbegriffs in § 100 V AktG gleichermaßen auf den DCGK und auf die Kommissionsempfehlung verweist. Sowohl Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK als auch Anhang II Ziff. 1 lit. d der Kommissionsempfehlung erklären geschäftliche oder persönliche Beziehungen zum kontrollierenden Aktionär für unabhängigkeitschädlich. Allerdings lässt der DCGK einen potenziellen Interessenkonflikt ausreichen, während Ziff. 13.1 der Kommissionsempfehlung einen tatsächlichen Interessenkonflikt für die Ablehnung der Unabhängigkeit verlangt. Die Beurteilungskriterien für die Unabhängigkeit i.S.v. § 100 V AktG weichen insofern von den Vorgaben der EU-Kommission ab, als die einzelstaatlichen Besonderheiten des Konzernrechts und der dualistischen Unternehmensleitung es rechtfertigen. Unabhängigkeit ist daher primär als Unabhängigkeit vom Vorstand zu verstehen. Liegen die in Anhang II der Kommissionsempfehlung aufgelisteten Fallgruppen vor, d.h. insbesondere geschäftliche oder familiäre Beziehungen zum Mehrheitsaktionär, handelt es sich in Hinblick auf § 100 V AktG zunächst um einen neutralen Befund. In Übereinstimmung mit Ziff. 13.1 der Kommissionsempfehlung schließt erst das Hinzutreten eines tatsächlichen Interessenkonflikts die Eignung des Finanzexperten aus.

Das an internationale Corporate-Governance-Grundsätze angeglichene Unabhängigkeitsverständnis des DCGK berücksichtigt weder die Besonderheiten des dualistischen Unternehmensleitungssystems in Deutschland noch die gesetzgeberischen Wertungen legitimierter Leitungsmacht im Konzern. Die Pönalisierung persönlicher Beziehungen zum kontrollierenden Aktionär wird außerdem den Kontrollbedürfnissen von Anteilseignerfamilien in börsennotierten Familienunternehmen nicht gerecht. Insofern ist der Forderung des 69. Deutschen Juristentages 2012 beizupflichten, dass Ziff. 5.4.2 S. 2 DCGK nachzubessern ist.

III. Die Berechtigung von Konzernmandaten

Mehrfachmandate sind das Hauptinstrument zur Ausübung von Leitungsmacht im faktischen Konzern. Die organschaftlichen Pflichten gegenüber der Tochtergesellschaft können nicht durch einen Vertrag mit der Obergesellschaft aufgehoben werden. Allerdings modifiziert die Wertung des § 311 AktG die Treuepflicht des Konzernmandatsträgers gegenüber der Tochtergesellschaft, indem er nicht deren Eigenwillen, sondern Vermögensinteresse zu wahren hat. Nachteilige Maßnahmen dürfen daher getroffen werden, wenn ein Nachteilsausgleich sichergestellt ist. Um die Anwendung von § 311 AktG sicherzustellen, gilt für einen „Vertreter“ der Obergesellschaft im Vorstand oder Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft der Anscheinsbeweis, dass er auf Veranlassung der Muttergesellschaft handelt.

Während die Zuständigkeit zur Weitergabe von Informationen über die Tochtergesellschaft grundsätzlich bei deren Vorstand liegt, wird der Informationsfluss im Falle von Konzernmandaten vereinfacht. Der Doppelmandatsträger darf Informationen, die er über seine Aufsichtsratsstätigkeit in der Tochtergesellschaft erhalten hat, direkt der Obergesellschaft mitteilen, wenn er hierzu durch den Tochtervorstand ermächtigt ist, die Information zur Konzernleitung erforderlich ist und es sich nicht um Aufsichtsratsinterna handelt.

IV. Konfliktlösung

Die Behandlung von Interessenkonflikten erfolgt in der unverbundenen Gesellschaft nach anderen Regeln als in einer Konzerngesellschaft. In der unverbundenen AG bieten sowohl die durch aktienrechtliche Normen ausgestaltete Treuebindung als auch der DCGK ein nach der Konflikttintensität gestuftes Repressionssystem: Auf der ersten Stufe steht zunächst die Transparenz. Konfliktquellen müssen vor der Aufsichtsratswahl offengelegt werden, im Amt auftretende Interessenkollisionen sind dem Aufsichtsratsvorsitzenden mitzuteilen bzw. laut DCGK im Bericht an die Hauptversammlung aufzuführen. Interessenkonflikte führen analog § 34

BGB zum Stimmverbot. Gibt es konkrete Anhaltspunkte dafür, dass das Aufsichtsratsmitglied die Vertraulichkeit der Sitzung verletzen wird, treten ein Sitzungsverbot und gegebenenfalls ein Informationsausschluss hinzu. Bei einer dauerhaften Pflichtenkollision greift die *ultima ratio* der Mandatsniederlegung. Um befangene Mitglieder vom Entscheidungsgegenstand fernzuhalten, bietet es sich außerdem an, Ausschüsse zu bilden. Geht es hingegen um die Interessenkonflikte, die sich durch personelle Verflechtungen im Konzern ergeben, ist nicht auf die allgemeinen Konfliktlösungsmechanismen zurückzugreifen. Das Konzernrecht ist ein in sich geschlossenes System von Einflussgewährung und dem Ausgleich der daraus entstehenden Nachteile. Konzernmandate werden zum Zweck der Konzernleitung durch den Gesetzgeber gebilligt (vgl. § 100 II 2 AktG) und unterfallen damit den Spezialregeln des Konzernrechts. Der Konzernmandatsträger haftet gegenüber der Tochtergesellschaft als deren Aufsichtsratsmitglied gem. §§ 93 II 1 i.V.m. 116 S. 1 AktG. Im Vertragskonzern ist daneben eine Haftung nach § 310 I 1 AktG möglich. Eine allgemeine Haftung der Obergesellschaft für ein Fehlverhalten des Doppelmandatsträgers (etwa über § 31 BGB) tritt nicht ein. Die Haftung der Obergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft ergibt sich ausschließlich aus § 309 AktG und § 317 AktG.

Ein Verstoß gegen die Vorgaben des DCGK führt zur Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG und kann damit Grund zur Anfechtung der Entlastungsbeschlüsse bieten.

Werden die Vorschriften zum Umgang mit Interessenkonflikten missachtet, indem ein befangenes Mitglied an einer Abstimmung teilgenommen hat, kann es sich nicht auf die Business Judgment Rule berufen. Das gilt auch für persönlich nicht befangene Mitglieder, die wissentlich den Interessenkonflikt eines Kollegen ignoriert haben und damit eine Manipulation der Gremienentscheidung in Kauf genommen haben.

E. Ein Plädoyer für das Konzernrecht

In der Zusammenfassung birgt das deutsche Konzernrecht zwar Konfliktpotenzial, bietet zugleich aber auch dessen Lösung. Ein zusätzlicher

Rückgriff auf internationale Lösungsmechanismen für Corporate-Governance-Probleme – namentlich die Einführung eines Unabhängigkeitsverständnisses, das Beziehungen zum Mehrheitsaktionär ausschließt – würde zu Wertungswidersprüchen innerhalb des Aktienrechts führen und daher mehr schaden als nutzen. Es besteht insbesondere kein Grund für die Einschränkung von Konzernmandaten, denn die Einflussnahme der Obergesellschaft bewegt sich im Rahmen des konzernrechtlich Erlaubten und geht entweder mit der Garantie des Nachteilsausgleichs einher (im faktischen Konzern) oder ist vertraglich legitimiert (im Vertragskonzern). Insofern ist *Hoffmann-Becking* zuzustimmen: „Es gibt so gut wie kein Sonderrecht für Aufsichtsräte in Konzernunternehmen, und es besteht auch kein rechtspolitischer Bedarf zur Schaffung eines solchen Sonderrechts.“¹

¹ *Hoffmann-Becking*, ZHR 159 (1995), 325, 345.

Literaturverzeichnis

- Adams, Renée B. / Hermalin, Benjamin E. / Weisbach, Michael S.:* The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework and Survey, in: *Journal of Economic Literature* 2010, 48:1, S. 58-107.
- Arbeitskreis GmbH-Reform:* Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Band II – Kapital- und Haftungsfragen bei der GmbH – Gründung von Einmann-GmbH – Konzernrecht der GmbH – Arbeitnehmerbeteiligung an einer GmbH, Heidelberg 1972 (zit.: *Arbeitskreis GmbH-Reform*, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. II, S.).
- Altmeppen, Holger:* Zur Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder einer kommunalen GmbH, in: Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, hrsg. von Ulrich Burgard u.a., Köln 2011, S. 1-14 (zit.: *Altmeppen*, FS Schneider, S.).
- Die Einflussrechte der Gemeinde in einer kommunalen GmbH, in: *NJW* 2003, S. 2561-2567.
 - Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern – Verflechtungen im faktischen Unternehmensverbund und ihre Auswirkungen, Heidelberg 1991 (zit.: *Altmeppen*, Abschied vom „qualifiziert faktischen“ Konzern, S.).
- Anders, Anja:* Vorstandsdoppelmandate – Zulässigkeit und Pflichtenkollision, Baden-Baden 2006, zugl. Diss. Augsburg 2005 (zit.: *Anders*, Vorstandsdoppelmandate, S.).
- Assmann, Heinz-Dieter / Schneider, Uwe H. (Hrsg.):* Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, 6. Aufl., Köln 2012 (zit.: *Assmann/Schneider/Bearbeiter*, WpHG, § Rn.).
- Bachmann, Gregor:* Überlegungen zur Reform der Kodex-Regulierung, in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gerd Krieger / Marcus Lutter / Karsten Schmidt, München 2013, S. 74-90 (zit.: *Bachmann*, FS Hoffmann-Becking, S.).

- Reform der Corporate Governance in Deutschland – Zum Juristentagsgutachten 2012, in: AG 2012, S. 565-579.
- Aufsichtsratsautonomie – Recht und Politik der dualen Unternehmensverfassung, in: Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 – Unternehmen, Markt und Verantwortung, Band 1, hrsg. von Stefan Grundmann u.a., Berlin 2010, S. 337-355 (zit.: *Bachmann*, FS Hopt, S.).

Bäcker, Roland M.: Weisungsfreiheit und Verschwiegenheitspflicht kommunal geprägter Aufsichtsräte, in: Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, hrsg. von Stefan Grundmann u.a., München 2009, S. 101-119 (zit.: *Bäcker*, FS Schwark, S.).

Bälz, Ulrich: Einheit und Vielheit im Konzern, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, hrsg. von Fritz Bauer u.a., Tübingen 1974, S. 287-338 (zit.: *Bälz*, FS Raiser, S.).

Balsmeier, Benjamin / Buchwald, Achim / Peters, Heiko: Auswirkungen von Mehrfachmandaten deutscher Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzender auf den Unternehmenserfolg, in: JBNST, Bd. 230/5, S. 547-570.

Bank, Stephan: Die Verschwiegenheitspflicht von Organmitgliedern in Fällen multipler Organmitgliedschaften, in: NZG 2013, S. 801-806.

Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred (Hrsg.): GmbHG, 20. Aufl., München 2013 (zit.: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter*, GmbHG, § Rn.).

Baums, Theodor: Zur monistischen Verfassung der deutschen Aktiengesellschaft – Überlegungen de lege ferenda, in: Gedächtnisschrift für Michael Gruson, hrsg. von Stephan Hutter / Theodor Baums, Berlin 2009, S. 1-35 (zit.: *Baums*, GS Gruson, S.).

Beck, Lukas: Macht und die Berücksichtigung von Machtverhältnissen im Konzern, in: Der Konzern 2012, S. 301-308.

- Beck'scher Online-Kommentar: BGB, hrsg. von Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, Stand 01.05.2014, Edition 31 (zit.: BeckOK-BGB/Bearbeiter, § Rn.).
- Benecke, Martina*: Beratungsvereinbarungen mit Aufsichtsratsmitgliedern – neue Akzente der Rechtsprechung und ungeklärte Fragen, in: WM 2007, S. 717-722.
- Benning-Rohnke, Elke / Hasebrook, Joachim Paul*: Kompetenz, Vielfalt und Kooperation: Aufstellung des Aufsichtsrats als professionelles Kontrollgremium, in: Der Aufsichtsrat 2012, S. 53-55.
- Beyer, Jürgen*: Vom Netzwerk zum Markt? Zur Kontrolle der Managementelite in Deutschland, in: Eliten im Wandel, hrsg. von Herfried Münkler / Grit Straßenberger / Matthias Bohlender, Frankfurt a. M. 2006, S. 177-198 (zit.: J. Beyer, in: Münkler/Straßenberger/Bohlender, Eliten im Wandel, S.).
- Beyer, Petra Dorothee*: Minderheitsvertreter im Aufsichtsrat – Eine Studie zum US-amerikanischen und deutschen Recht, Baden-Baden 2001, zugl. Diss. Osnabrück 1998 (zit.: P. D. Beyer, Minderheitsvertreter, S.).
- Beyer, Sebastian*: Die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds – Unter besonderer Berücksichtigung des US-amerikanischen Rechts, Hamburg 2009, zugl. Diss. Trier 2009 (zit.: S. Beyer, Unabhängigkeit, S.).
- Bihr, Dietrich / Blättchen, Wolfgang*: Aufsichtsräte in der Kritik: Ziele und Grenzen einer ordnungsgemäßen Aufsichtsrats Tätigkeit – Ein Plädoyer für den „Profi-Aufsichtsrat“, in: BB 2007, S. 1285-1291.
- Bihr, Dietrich / Philippsen, Martin Josef*: Qualitätsaspekte bei der Arbeit von Aufsichtsratsgremien – Grundsätze ordnungsgemäßer Überwachung für Aufsichtsräte, in: DStR 2011, S. 1133-1137.
- Binder, Jens-Hinrich*: Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, Tübingen 2012 (zit.: Binder, Regulierungsinstrumente, S.).
- Böttcher, Lars*: Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern – kostspielig, unpraktikabel und wirkungslos?, in: Festschrift für Georg Mai-

- er-Reimer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Barbara Grunewald / Harm Peter Westermann, München 2010, S. 29-42 (zit.: *Böttcher*, FS Maier-Reimer, S.).
- Bokelmann, Bettina*: Personelle Verflechtungen über Aufsichtsräte – Aufsichtsratsmitglieder mit hauptberuflicher Vorstandsfunktion, Frankfurt a.M. 2000, zugl. Diss. Frankfurt a. M. 1999 (zit.: *Bokelmann*, Personelle Verflechtungen, S.).
- Bürgers, Tobias / Körber, Torsten*: Aktiengesetz, 3. Aufl., Heidelberg 2014 (zit.: *Bürgers/Körber/Bearbeiter*, § Rn.).
- Bürgers, Tobias / Schilha, Ralph*: Die Unabhängigkeit des Vertreters des Mutterunternehmens im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft – Relativierung der Konzernleitung durch Rechtsprechung und BilMoG?, in: AG 2010, S. 221-230.
- Bunz, Thomas*: Die Business Judgment Rule bei Interessenkonflikten im Kollegialorgan, in: NZG 2011, S. 1294-1296.
- Burgard, Ulrich*: Ad hoc-Publizität bei gestreckten Sachverhalten und mehrstufigen Entscheidungsprozessen, in: ZHR 162 (1998), S. 51-100.
- Butzke, Volker*: Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern als Thema der Hauptversammlung, in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gerd Krieger / Marcus Lutter / Karsten Schmidt, München 2013, S. 229-246 (zit.: *Butzke*, FS Hoffmann-Becking, S.).
- Cahn, Andreas*: Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – zugleich Anmerkung zu BGH II ZR 48/11, Der Konzern 2012, 420 „Fresenius“, in: Der Konzern 2012, S. 501-508.
- Cromme, Gerhard*: Die Konvergenz der Corporate Governance in ein- und zweigliedrigen Board-Systemen, in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gerd Krieger / Marcus Lutter / Karsten Schmidt, München 2013, S. 283-294 (zit.: *Cromme*, FS Hoffmann-Becking, S.).

- Davis, James H. / Schoormann, F. David / Donaldson, Lex*: Toward a stewardship theory of management, in: *Academy of Management Review* 1997, Vol. 22, No. 1, S. 20-47.
- Decher, Christian E.*: Information im Konzern und Auskunftsrecht der Aktionäre gem. § 131 Abs. 4 AktG, in: *ZHR* 158 (1994), S. 473-494.
- Deckert, Martina R.*: Inkompatibilitäten und Interessenkonflikte – Zur Pflichtenstellung des Aufsichtsrats, in: *DZWiR* 1996, S. 406-411.
- Deilmann, Barbara*: Die Entstehung des qualifiziert faktischen Konzerns, Berlin 1990, zugl. Diss. Münster 1988 (zit.: *Deilmann*, Die Entstehung des qualifiziert faktischen Konzerns, S.).
- de Raet, Tobias*: Die Angaben bei den Wahlvorschlägen zum Aufsichtsrat gem. Ziff. 5.4.1 Abs. 4-6 des Deutschen Corporate Governance Kodex – Zugleich eine erste Bestandsaufnahme unter Berücksichtigung der Hauptversammlungssaison 2013, in: *AG* 2013, S. 488-498.
- Deutscher Anwaltverein*: Referentenentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes („KonTraG“) – Stellungnahme des DAV, in: *ZIP* 1997, S. 163-174.
- Diekmann, Hans*: Die Drittvergütung von Mitgliedern des Vorstands einer Aktiengesellschaft, in: *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Barbara Grunewald / Harm Peter Westermann, München 2010, S. 75-88 (zit.: *Diekmann*, FS Maier-Reimer, S.).
- Diekmann, Hans / Bidmon, Katja*: Das „unabhängige“ Aufsichtsratsmitglied nach dem BilMoG – insbesondere als Vertreter des Hauptaktionärs, in: *NZG* 2009, S. 1087-1092.
- Diekmann, Hans / Fleischmann, Dermot*: Umgang mit Interessenkonflikten in Aufsichtsrat und Vorstand der Aktiengesellschaft, in: *AG* 2013, S. 141-150.
- Diekmann, Hans / Wurst, Friederike*: Die Organisation der Aufsichtsratsarbeit, in: *NZG* 2014, S. 121-127.
- Dittmann, Ingolf / Maug, Ernst / Schneider, Christoph*: Bankers on the Boards of German Firms: What they do, what they are worth and why they are (still) there, in: *Review of Finance* 2010, S. 35-71.

- Dittmar, Falko*: Weitergabe von Informationen im faktischen Aktienkonzern, AG 2013, S. 498-507.
- Dreher, Meinrad*: Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften, in: JZ 1990, S. 896-904.
- Druey, Jean Nicolas*: Unabhängigkeit als Gebot des allgemeinen Unternehmensrechts, in: Festschrift für Peter Doralt zum 65. Geburtstag, hrsg. von Susanne Kalss / Christian Nowotny / Martin Schauer, Wien 2004, S. 151-169 (zit.: *Druey*, FS Doralt, S.).
- Drygala, Tim*: Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions, in: AG 2013, S. 198-210.
- Aufsichtsratsbericht und Vertraulichkeit im System der Corporate Governance, in: AG 2007, S. 381-392.
- Drygala, Tim / Staake, Marco / Szalai, Stephan*: Kapitalgesellschaftsrecht – Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, Berlin/Heidelberg 2012 (zit.: *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, Kap. Rn.).
- Ebke, Werner F. / Geiger, Hermann*: Personelle Verflechtungen von Kapitalgesellschaften, Unternehmenskonzentration und Wettbewerb, in: ZVglRWiss 93 (1994), S. 38-79.
- Ehren, Thomas / Gros, Marius*: Anmerkungen zur Professionalisierung der Aufsichtsrats Tätigkeit, in: Der Konzern 2011, S. 277-286.
- Eidenmüller, Horst*: Kapitalgesellschaftsrecht im Spiegel der ökonomischen Theorie, in: JZ 2001, S. 1041-1051.
- Ekkenga, Jens*: Neue Pläne der Europäischen Kommission für ein Europäisches Konzernrecht: Erste Eindrücke, in: AG 2013, S. 181-184.
- Elsner, Timo*: Die laufende Kontrolle der Tochtergesellschaften durch die Verwaltung der Muttergesellschaft – Eine Konkretisierung der aktienrechtlichen Grundlagen, Frankfurt a. M. 2004, zugl. Diss. Marburg 2003 (zit.: *Elsner*, Kontrolle der Tochtergesellschaften, S.).

- Emmerich, Volker / Habersack, Mathias*: Konzernrecht – Ein Studienbuch, 10. Aufl., München 2013 (zit.: *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, § Rn.).
- Aktien- und GmbH-Konzernrecht Kommentar, 7. Aufl., München 2013 (zit.: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § Rn.).
- Ernst & Young*: Wem gehört der Dax? – Analyse der Aktionärsstruktur der DAX-Unternehmen; Stand: 09.05.2013.
- Eversberg, Arndt*: Doppelvorstände im Konzern, Diss. Freiburg i. Br. 1992.
- Fabritius, Andreas*: Zu den Grenzen der Durchsetzung eines kapitalmarkt-rechtlich begründeten Informationsinteresses des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. von Theodor Baums u.a., Tübingen 2006, S. 705-718 (zit.: *Fabritius*, FS Huber, S.).
- Fleischer, Holger* (Hrsg.): Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl., München 2006 (zit.: *HdbVorstR/Bearbeiter*, Kap. Rn.).
- Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: ZGR 2001, S. 1-32.
 - Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund, in: DB 2005, S. 759-766.
 - Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: ZGR 2001, S. 1-32.
- Florstedt, Tim*: Die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds vom kontrollierenden Aktionär, in: ZIP 2013, S. 337-344.
- Flume, Werner*: Die konzernrechtliche Gestaltung im Aktienrecht, in: Werner Flume – Gesammelte Schriften, Bd. II, hrsg. von Horst Heinrich Jakobs u.a., Köln 1988, S. 169-180 (zit.: *Flume*, Gesammelte Schriften, Bd. 2, S.).
- Fockenbrock, Dieter*: Guter Rat ist teuer, in: Handelsblatt v. 23.04.2013, Nr. 78 S. 4.

- Fonk, Hans-Joachim*: Zustimmungsvorbehalte des AG-Aufsichtsrats, in: ZGR 2006, S. 841-874.
- Friedländer, Heinrich*: Konzernrecht – Das Recht der Betriebs- und Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim 1927 (zit.: *Friedländer, Konzernrecht*, S.).
- Geibel, Stephan / Süßmann, Rainer* (Hrsg.): Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG), 2. Aufl., München 2008 (zit.: *Geibel/Süßmann/Bearbeiter, WpÜG, § Rn.*).
- Geis, Martina / Nowak, Karsten*: Beteiligungsmanagement als Aufgabe der Beteiligungsverwaltung – Interessengerechtes strategisches Management bei Gebietskörperschaften, in: *Der Konzern* 2011, S. 98-110.
- Götz, Heinrich*: Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle der Aktiengesellschaft hinsichtlich abhängiger Unternehmen, in: ZGR 1998, S. 524-546.
- Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, in: ZGR 1990, S. 633-656.
- Gofferje, Martin Viciano*: Unabhängigkeit als persönliche Voraussetzung für Aufsichtsratsmitglieder, Baden-Baden 2008, zugl. Diss. Freiburg i. Br. 2007 (zit.: *Gofferje, Unabhängigkeit*, S.).
- Gräwe, Daniel*: Die historische Entwicklung der Corporate Governance – Noch immer aktuelle Grundlagen für neue Fortentwicklungsperspektiven, in: ZCG 2013, S. 24-30.
- Großkommentar Aktiengesetz, hrsg. von Klaus J. Hopt / Herbert Wiedemann, Dritter Band, §§ 76-94, 4. Aufl., Berlin 2008 (zit.: *Großkomm-AktG/Bearbeiter, § Rn.*).
- Vierter Band, §§ 95-117, 4. Aufl., Berlin 2006.
- Haarmann, Wilhelm*: Gleichheit aller Aufsichtsräte, eine sinnvolle Fiktion? – Möglichkeiten einer differenzierten Vergütung von Aufsichtsräten, in: Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Peter Kindler u.a., München 2010, S. 243-257 (zit.: *Haarmann, FS Hüffer*, S.).

- Habbe, Julia Sophia / Köster, Anna-Elisabeth*: Neue Anforderungen an Vorstand und Aufsichtsrat von Finanzinstituten, in: BB 2011, S. 265-268.
- Habersack, Mathias*: Aufsichtsrat und Prüfungsausschuss nach dem BilMoG, in: AG 2008, S. 98-107.
- Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 07.05.2008 – 7 U 5618/07, in: NZG 2008, S. 634-635.
 - Editorial – Der Aufsichtsrat im Visier der Kommission, in: ZHR 168 (2004), S. 373-381.
 - Die Freistellung des Organwalters von seiner Haftung gegenüber der Gesellschaft, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, hrsg. von Mathias Habersack u.a., Berlin 2003, S. 151-173 (zit.: *Habersack*, FS Ulmer, S.).
- Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nebst dem Einführungsgesetze vom 10. Mai 1897 – mit den Abänderungen der Gesetze vom 2. Juni 1902, 12. Mai 1904 und 30. Mai 1908, Textausgabe mit Sachregister, 6. Aufl., München 1913 (zit.: HGB 1897, Textausgabe, 6. Aufl., München 1913).
- Happ, Wilhelm*: Anwaltlicher Beratungsvertrag und Aufsichtsratsmandat, in: Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, hrsg. von Peter Hommelhoff / Peter Rawert / Karsten Schmidt, Köln 2007, S. 175-199 (zit.: *Happ*, FS Priester, S.).
- Harbarth, Stephan*: Zustimmungsvorbehalt im faktischen Aktienkonzern, in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gerd Krieger / Marcus Lutter / Karsten Schmidt, München 2013, S. 457-468 (zit.: *Harbarth*, FS Hoffmann-Becking, S.).
- Unternehmerisches Ermessen des Vorstands im Interessenkonflikt, in: Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd Erle u.a., Köln 2012, S. 323-342 (zit.: *Harbarth*, FS Hommelhoff, S.).
- Hasselbach, Kai / Jakobs, Janis*: Die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, in: BB 2013, S. 643-652.

- Haussmann, Fritz*: Die Tochtergesellschaft – Eine rechtliche Studie zur modernen Konzernbildung und zum Effektenkapitalismus, Berlin 1923 (zit.: *Haussmann*, Die Tochtergesellschaft, S.).
- Heidel, Thomas*: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2014 (zit.: *Heidel/Bearbeiter*, § Rn.).
- Hemeling, Peter*: Die Corporate Governance der Societas Europaea (SE), in: Handbuch der Corporate Governance – Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen der Rechts- und Wirtschaftspraxis, hrsg. von Peter Hommelhoff / Klaus J. Hopt / Axel v. Werder, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 769-785 (zit.: *Hemeling*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb CG, S.).
- Hennerkes, Brun-Hagen / Probst, Arno*: Gute Aufsichtsräte müssen nicht unabhängig sein, in: FAZ v. 14.05.2012, Nr. 112, S. 14.
- Henssler, Martin*: Beratungsverträge von Aufsichtsräten mit Vorstandsmitgliedern und Gesellschaftern einer Aktiengesellschaft, in: Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, hrsg. von Mathias Habersack / Peter Hommelhoff, München 2011, S. 135-149 (zit.: *Henssler*, FS Goette, S.).
- Henssler, Martin / Strohn, Lutz*: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., München 2014 (zit.: *Henssler/Strohn/Bearbeiter*, AktG, § Rn.).
- Henssler, Martin / Wiedemann, Herbert*: Die Aktiengesellschaft im System des deutschen Gesellschaftsrechts, in: Aktienrecht im Wandel, Band II – Grundsatzfragen des Aktienrechts, hrsg. von Walter Bayer / Mathias Habersack, Tübingen 2007, S. 1-30 (zit.: *Henssler/Wiedemann*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S.).
- Hölters, Wolfgang* (Hrsg.): Aktiengesetz Kommentar, 2. Aufl., München 2014 (zit.: *Hölters/Bearbeiter*, § Rn.).
- Hönsch, Henning / Kaspar, Martin*: Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder, in: Der Aufsichtsrat im System der Corporate Governance – betriebswirtschaftliche und juristische Perspektiven, hrsg. von Jens Grundei / Peter Zaumseil, Wiesbaden 2012, S. 257-277 (zit.:

Hönsch/Kaspar, in: Grundei/Zaumseil, Aufsichtsrat im System der Corporate Governance, S.).

Hoffmann-Becking, Michael: Gibt es das Konzerninteresse?, in: Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd Erle u.a., Köln 2012, S. 433-446 (zit.: *Hoffmann-Becking*, FS Hommelhoff, S.).

– Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – grenzenlose Anwendung des § 114 AktG?, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, hrsg. von Georg Bitter u.a., Köln 2009, S. 657-669 (zit.: *Hoffmann-Becking*, FS K. Schmidt, S.).

– Der Aufsichtsrat im Konzern, in: ZHR 159 (1995), S. 325-345.

Hofmann, Christian: Der Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht, Berlin 2011, zugl. Habil. Berlin 2009 (zit.: *Hofmann*, Minderheitsschutz, S.).

Hommelhoff, Kirsten: Der Public Corporate Governance Kodex des Bundes – Herausforderungen guter Unternehmensführung und –überwachung bei privatrechtlichen Unternehmen der öffentlichen Hand, in: Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd Erle u.a., Köln 2012, S. 447-466 (zit.: *K. Hommelhoff*, FS Hommelhoff, S.).

Hommelhoff, Peter: Aufsichtsrats-Unabhängigkeit in der faktisch konzerntierten Börsengesellschaft, in: ZIP 2013, S. 1645-1650.

– Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder in börsennotierten Familienunternehmen, in: ZIP 2013, S. 953-961.

– Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern? – Eine Problemskizze, in: ZGR 1996, S. 144-163.

– Konzernmodelle und ihre Realisierung im Recht, in: Das St. Galler Konzernrechtsgespräch – Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit, hrsg. von Jean Nicolas Druey, Bern 1988, S. 107-127 (zit.: *Hommelhoff*, in: Druey, Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, S.).

– Die Autarkie des Aufsichtsrats – Besprechung der Entscheidung BGHZ 85, 293 „Hertie“, in: ZGR 1983, S. 551-580.

- Die Konzernleitungspflicht – Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln 1982 (zit.: *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, S.).

Hopt, Klaus J.: Für eine Gesetzgebung mit Augenmaß, in: Handelsblatt v. 12.11.2013, Nr. 218, S. 15.

- Prävention und Repression von Interessenkonflikten im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, in: Festschrift für Peter Doralt zum 65. Geburtstag, hrsg. von Susanne Kalss / Christian Nowotny / Martin Schauer, Wien 2004, S. 213-234 (zit.: *Hopt*, FS Doralt, S.).

- ECLR – Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht – Zur Dogmatik des modernen Geschäftsbesorgungsrechts, in: ZGR 2004, S. 1-52.

- ECLR – Übernahmen, Geheimhaltung und Interessenkonflikte: Probleme für Vorstände, Aufsichtsräte und Banken, in: ZGR 2002, S. 333-376.

Hüffer, Uwe (Begr.): Aktiengesetz, 11. Aufl., München 2014 (zit.: *Hüffer/Bearbeiter*, § Rn.).

- Qualifiziert faktisch konzernierte Aktiengesellschaften nach dem Übergang zur Existenzvernichtungshaftung bei der GmbH?, in: Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, hrsg. von Mathias Habersack / Peter Hommelhoff, München 2011, S. 191-203 (zit.: *Hüffer*, FS Goette, S.).

- Die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern nach Ziffer 5.4.2 DCGK, in: ZIP 2006, S. 637-644.

Huttner, Kristen Ruth: Auslegung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) und Rechtsfolgen einer „fehlerhaften“ Auslegung – Unter besonderer Berücksichtigung der „Diversity“-Empfehlungen, Frankfurt a. M. 2013, zugl. Diss. München 2012 (zit.: *Huttner*, Auslegung des DCGK, S.).

Ihrig, Hans-Christoph / Meder, Manuel M.: Zweifelsfragen bei der Zielbenennung zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach dem Kodex, in: ZIP 2012, S. 1210-1216.

- Janis, Irving Lester*: Victims of groupthink – a psychological study of foreign policy decisions and fiascoes, Boston 1972 (zit.: *Janis*, Victims of groupthink, S.).
- Jaspers, Philipp*: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitgliedes nach dem BilMoG, in: AG 2009, S. 607-615.
- Jeidels, Otto*: Das Verhältnis der deutschen Großbanken zur Industrie mit besonderer Berücksichtigung der Eisenindustrie, Leipzig 1905.
- Johanson, Daniel / Østergren, Katarina*: The Movement Toward Independent Directors on Boards: A Comparative Analysis of Sweden and the UK, in: Corporate Governance: An International Review 2010, 18(6), S. 527-539 (zit.: *Johanson/Østergren*, CG: An International Review 2010).
- Jung, Stefanie*: Tendenzen der Corporate Governance: Diskussion um die fachliche Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern, in: WM 2013, S. 2110-2121.
- Kehler, Camilla*: Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats als aktienrechtliches Erfordernis (AktG und DCGK), Frankfurt a. M. 2008, zugl. Diss. Mannheim 2007 (zit.: *Kehler*, Unabhängigkeit, S.).
- Keller, Bernd / Paetzelt, Sebastian*: Der Aufsichtsrat in öffentlichen Unternehmen im Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, in: KommJur 2005, S. 451-453.
- Kiefner, Alexander / Schürnbrand, Jan*: Beherrschungsverträge unter Beteiligung der öffentlichen Hand, in: AG 2013, S. 789-796.
- Kiethe, Kurt*: Gesellschaftsrechtliche Spannungslagen bei Public Private Partnerships, in: NZG 2006, S. 45-49.
- Kindl, Johann*: Die Teilnahme an der Aufsichtsratssitzung, Köln 1993, zugl. Diss. Augsburg 1992 (zit.: *Kindl*, Aufsichtsratssitzung, S).
- Kirchner, Christian*: Managementpflichten bei „feindlichen“ Übernahmeangeboten, in: WM 2000, S. 1821-1830.

Koch, Raphael: Der Principal-Agent-Konflikt bei Übernahmeabwehrmaßnahmen einer börsennotierten AG, in: Forum Unternehmenskauf 2009, hrsg. von Dieter Birk / Matthias Bruse / Ingo Saenger, Baden-Baden 2010, S. 105-130 (zit.: *Koch*, in: Birk/Bruse/Saenger, Forum Unternehmenskauf, S.).

Koch, Wolfgang: Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaßstab der Aufsichtsratsmitglieder im mitbestimmten Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, Frankfurt a. M. 1983, zugl. Diss. Köln 1983 (zit.: *Koch*, Unternehmensinteresse, S.).

Koerberle-Schmid, Alexander: Professionelle Aufsichtsgremien: Aufgaben, Typen und Ausgestaltung, in: Family business governance – erfolgreiche Führung von Familienunternehmen, hrsg. von Alexander Koerberle-Schmid / Hans-Jürgen Fahrion / Peter Witt, 2. Aufl., Berlin 2012, S. 120-154 (zit.: *Koerberle-Schmid*, in: Koerberle-Schmid/Fahrion/Witt, Family Business Governance, S.).

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/1, §§ 76-94 AktG, hrsg. von Wolfgang Zöllner / Ulrich Noack, 3. Aufl., Köln 2010, (zit.: Köln-KommAktG/Bearbeiter, § Rn.).

– Band 2/2, §§ 95-117 AktG, 3. Aufl., Köln 2012.

– Band 6, §§ 291-393 und §§ 15-22 AktG, 3. Aufl., Köln 2004.

Kohlenbach, Matthias: Das Verhältnis der Aufsichtsräte im Aktiengesellschaftskonzern - Unter besonderer Berücksichtigung der Risikomanagementsysteme nach KonTraG, Hamburg 2003, zugl. Diss. Düsseldorf 2003 (zit.: *Kohlenbach*, Verhältnis der Aufsichtsräte, S.).

Krämer, Achim / Winter, Thomas: Die eigenverantwortliche Mitgliedschaft im Aufsichtsrat der fakultativen, insbesondere der fakultativen kommunalen GmbH, in: Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, hrsg. von Mathias Habersack / Peter Hommelhoff, München 2011, S. 253-261 (zit.: *Krämer/Winter*, FS Goette, S.).

- Krebs, Karsten*: Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmandaten in der Aktiengesellschaft, Köln 2002, zugl. Diss. Würzburg 2001 (zit.: *Krebs*, Interessenkonflikte, S.).
- Kremer, Thomas / v. Werder, Axel*: Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern: Konzept, Kriterien und Kandidateninformationen, in: AG 2013, S. 340-348.
- Kropff, Bruno*: Aufsichtsratsmitglied „im Auftrag“, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. von Theodor Baums u.a., Tübingen 2006, S. 841-860 (zit.: *Kropff*, FS Huber, S.).
- Aktiengesetz. Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, Verweisungen und Sachverzeichnis, Düsseldorf 1965 (zit.: *Kropff*, AktG 1965, S.).
- Kuhner, Christoph*: Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften, in: ZGR 2004, S. 244-279.
- Lange, Oliver*: Das Unternehmensinteresse der Zielgesellschaft und sein Einfluss auf die Rechtsstellung der die Übernahme fördernden Aufsichtsratsmitglieder, in: WM 2002, S. 1737-1747.
- Langenbucher, Katja*: Zentrale Akteure der Corporate Governance: Zusammensetzung des Aufsichtsrats – Zum Vorschlag einer obligatorischen Besetzungserklärung, in: ZGR 2012, S. 314-342.
- Wettbewerbsverbote, Unabhängigkeit und die Stellung des Aufsichtsratsmitglieds, in: ZGR 2007, S. 571-601.
- Lenz, Tobias*: Zustimmungsvorbehalte im Konzern, in: AG 1997, S. 448-454.
- Leuering, Dieter / Simon, Stefan*: Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, in: NJW-Spezial 2006, S. 171-172.

- Li, Jiatao / Harrison, Richard J.*: Corporate governance and national culture: a multi-country study, in: *Corporate Governance* 2008, S. 607-621.
- Lieder, Jan*: Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit – Leitlinien der geschichtlichen Entwicklung sowie der Fortentwicklung des deutschen Aufsichtsratssystems, Jena 2006 (zit.: *Lieder*, *Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit*, S.).
- Lindermann, Edgar*: Doppelmandat gleich Haftungsdurchgriff?, in: *AG* 1987, S. 225-239.
- Löbbe, Marc*: Unternehmenskontrolle im Konzern – Die Kontrollaufgaben von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat, Heidelberg 2003, zugl. Diss. Heidelberg 2002 (zit.: *Löbbe*, *Unternehmenskontrolle im Konzern*, S.).
- Löbbe, Marc / Fischbach, Jonas*: Wechsel von Vorstandsmitgliedern in den Aufsichtsrat auf Initiative der Verwaltungsorgane der Gesellschaft, in: *AG* 2012, S. 580-587.
- Lüer, Hans-Jochem*: Effizientere Aufsichtsräte durch die Bestellung eines unabhängigen Finanzexperten nach §§ 100 Abs. 5, 107 Abs. 3, 4 AktG, in: *Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Barbara Grunewald / Harm Peter Westermann, München 2010, S. 385-406 (zit.: *Lüer*, *FS Maier-Reimer*, S.).
- Lutter, Marcus*: Die Empfehlungen der Kommission vom 14.12.2004 und vom 15.02.2005 und ihre Umsetzung in Deutschland, in: *EuZW* 2009, S. 799-804.
- Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit – von seinen Anfängen bis heute, in: *Aktienrecht im Wandel*, Band II – Grundsatzfragen des Aktienrechts, hrsg. von Walter Bayer / Mathias Habersack, Tübingen 2007, S. 389-429 (zit.: *Lutter*, in: *Bayer/Habersack*, *Aktienrecht im Wandel*, Bd. II, S.).

- Interessenkonflikte und Business Judgment Rule, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, hrsg. von Andreas Heldrich u.a., München 2007, S. 245-256 (zit.: *Lutter*, FS Canaris, S.).
 - Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Köln 2006 (zit.: *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, Rn.).
 - Der Aufsichtsrat im Konzern, in: AG 2006, S. 517-521.
 - Auswahlpflichten und Auswahlverschulden bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, in: ZIP 2003, S. 417-419.
 - Macht der Banken, in: NJW 1995, S. 2766-2767.
 - Die Unwirksamkeit von Mehrfachmandaten in den Aufsichtsräte von Konkurrenzunternehmen, in: Festschrift für Karl Beusch zum 68. Geburtstag am 31. Oktober 1993, hrsg. von Heinrich Beisse / Marcus Lutter / Heribald Nährger, Berlin 1993, S. 509-527 (zit.: *Lutter*, FS Beusch, S.).
 - Bankenvertreter im Aufsichtsrat, in: ZHR 145 (1981), S. 224-251.
- Lutter, Marcus / Krieger, Gerd / Verse, Dirk A.*: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl., Köln 2014 (zit.: *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn.).
- Martens, Klaus-Peter*: Der Aufsichtsrat im Konzern, in: ZHR 159 (1995), S. 567-592.
- Martinek, Michael*: Wettbewerbliche Interessenkonflikte von AG-Aufsichtsräten im Licht der Corporate-Governance-Diskussion, in: WRP 2008, S. 51-67.
- Martynov, Aleksey*: Agents or Stewards? Linking Managerial Behavior and Moral Development, in: Journal of Business Ethics 2009, S. 239-249.
- Matthießen, Volker*: Stimmrecht und Interessenkollision im Aufsichtsrat, Köln u.a. 1989, zugl. Diss. Hamburg 1988 (zit.: *Matthießen*, Stimmrecht und Interessenkollision, S.).
- Meier, Norbert*: Inkompatibilität und Interessenwiderstreit von Verwaltungsangehörigen in Aufsichtsräten, in: NZG 2003, S. 54-57.

- Menke, Thomas*: Befugnis des Vorstands einer börsennotierten Aktiengesellschaft zur bevorzugten Information eines Aktionärspools, in: NZG 2004, S. 697-701.
- Mense, Christian*: Interessenkonflikte bei Mehrfachmandaten im Aufsichtsrat der AG, Baden-Baden 2008, zugl. Diss. Augsburg 2007 (zit.: *Mense*, Interessenkonflikte bei Mehrfachmandaten, S.).
- Merkt, Hanno / Mylich, Falk*: Einlage eigener Aktien und Rechtsrat durch den Aufsichtsrat – Zwei aktienrechtliche Fragen im Lichte der ISON-Entscheidung des BGH, in: NZG 2012, S. 525-530.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre – eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten, Karlsruhe 1958 (zit.: *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S.).
- Michalski, Lutz* (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band II: §§ 35-85 GmbHG, §§ 1-4 EGGmbHG, 2. Aufl., München 2010 (zit.: *Michalski/Bearbeiter*, GmbHG, § Rn.).
- Mizruchi, Mark S.*: What do interlocks do? An analysis, critique, and assessment of research on interlocking directorates, in: *Annu. Rev. Sociol.* 1996, S. 271-298.
- Möllers, Thomas M. J.*: Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht contra arbeitnehmerrechtliche Mitbestimmung – Der aktive Streikaufruf durch Frank Bsirske, in: NZG 2003, S. 697-701.
- Mülbert, Peter O.*: Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht, in: ZHR 163 (1999), S. 1-53.
- Mümken, Anke*: Der Einfluss der Interdependenzstruktur auf Entscheidungs- und Informationsprozesse in Gruppen, Diss. Münster 2009 (zit.: *Mümken*, Interdependenzstruktur, S.).

- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: hrsg. von Michael Hoffmann-Becking, Band 4 – Aktiengesellschaft, 3. Aufl., München 2007 (zit.: MHdBGesR/*Bearbeiter*, Bd. IV, Kap. Rn.).
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-75, hrsg. von Wulf Goette / Mathias Habersack, 3. Aufl., München 2008 (zit.: MüKoAktG/*Bearbeiter*, § Rn.).
- Band 2, §§ 76-117, MitbestG, DrittelbG, 4. Aufl., München 2014.
 - Band 3, §§ 118-178, 3. Aufl., München 2013.
 - Band 5, §§ 278-328, SpruchG, ÖGesAusG, Österreichisches Konzernrecht, 3. Aufl., München 2010.
 - Band 6, §§ 329-410, WpÜG, Österreichisches Übernahmerecht, 3. Aufl., München 2011.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1-240, ProstG, hrsg. von Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker, 6. Aufl., München 2012 (zit.: MüKoBGB/*Bearbeiter*, § Rn.).
- Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, hrsg. von Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker, 6. Aufl., München 2013.
- Nerdinger, Friedemann/ Blickle, Gerhard / Schaper, Niclas*: Arbeits- und Organisationspsychologie, 2. Aufl., Berlin 2011.
- Neuhaus, Martin / Gellißen, Georg*: Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder, in: NZG 2011, S. 1361-1365.
- Noack, Ulrich*: Haftungsfragen bei Vorstandsdoublemandaten im Konzern, in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gerd Krieger / Marcus Lutter / Karsten Schmidt, München 2013, S. 847-859 (zit.: *Noack*, FS Hoffmann-Becking, S.).
- Nordhues, Patrick*: Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, in: Corporate Finance Law 2010, S. 327-336.

- Nowak, Claudia*: Die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds nach § 100 Abs. 5 AktG, Berlin 2010, zugl. Diss. Darmstadt 2009/2010 (zit.: *Nowak, Unabhängigkeit, S.*).
- Paefgen, Walter G.*: Die Inanspruchnahme pflichtvergessener Vorstandsmitglieder als unternehmerische Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats, in: AG 2008, S. 761-769.
- Palandt, Otto* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl., München 2014 (zit.: *Palandt/Bearbeiter, BGB, § Rn.*).
- Park, Tido* (Hrsg.): Kapitalmarktstrafrecht – Straftaten – Ordnungswidrigkeiten – Finanzaufsicht – Compliance, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit.: *Park/Bearbeiter, § WpHG Rn.*).
- Potthoff, Erich / Trescher, Karl*: Das Aufsichtsratsmitglied – Ein Handbuch der Aufgaben, Rechte und Pflichten, 6. Aufl., Stuttgart 2003 (zit.: *Potthoff/Trescher, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn.*).
- Pratt, John W. / Zeckhauser, Richard J.*: Principals and Agents: An Overview, in: Principals and Agents: The Structure of Business, hrsg. von John W. Pratt / Richard J. Zeckhauser, Boston 1985, S. 1-36 (zit.: *Pratt/Zeckhauser, in: Pratt/Zeckhauser, Principals and Agents, S.*).
- Priester, Hans-Joachim*: Interessenkonflikte im Aufsichtsratsbericht – Offenlegung vs. Vertraulichkeit, in: ZIP 2011, S. 2081-2085.
- Probst, Arno / Theisen, Manuel R.*: Vergütung des Vorstands und des Aufsichtsrats - Ergebnisse der 10. Panel-Befragung, in: Der Aufsichtsrat 2012, S. 66-68.
- Raiser, Thomas*: Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder?, in: ZGR 1978, S. 391-404.
- Raiser, Thomas / Veil, Rüdiger*: Recht der Kapitalgesellschaften – Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 5. Aufl., München 2010 (zit.: *Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, Kap. Rn.*).
- Ramm, Melanie*: Die Position des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens im mehrstufigen Konzern, Lohmar/Köln 2002, zugl. Diss. Kiel 2002 (zit.: *Ramm, Aufsichtsrat im mehrstufigen Konzern, S.*).

- Redding, Günter*: Aufsichtsrat und Interessenkollision, in: NJW 1956, S. 48-50.
- Renders, Annelies / Gaeremynck, Ann*: Corporate Governance, Principal-Principal Agency Conflicts, and Firm Value in European Listed Companies, in: Corporate Governance: An International Review, 20(2), S. 125-143 (zit.: *Renders/Gaeremynck*, CG: An International Review 2012).
- Reuter, Alexander*: Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Konzernanstellungsverträgen, in: AG 2011, S. 274-282.
- Richter, Rudolf / Furubotn, Eirik Grundtvig*: Neue Institutionenökonomik: Eine Einführung und kritische Würdigung, 4. Aufl., Tübingen 2010 (zit.: *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S.).
- Rieder, Markus S. / Holzmann, Daniel*: Brennpunkte der Aufsichtsratsregulierung in Deutschland und den USA, in: AG 2010, S. 570-580.
- Ringleb, Henrik-Michael / Kremer, Thomas / Lutter, Marcus / v. Werder, Axel*: Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 5. Aufl., München 2014 (zit.: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, DCGK, Rn.).
- 4. Aufl., München 2010.
- Roth, Markus*: Deutscher Corporate Governance Kodex 2012, in: WM 2012, S. 1985-1992.
- Information und Organisation des Aufsichtsrats, in: ZGR 2012, S. 343-381.
- Roth, Günter H. / Wörle, Ulrike*: Die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats – Recht und Wirklichkeit, in: ZGR 2004, S. 565-630.
- Rothweiler, Stefan*: Der Informationsfluss vom beherrschten zum herrschenden Unternehmen im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Frankfurt a. M. 2008, zugl. Diss. Frankfurt a. M. 2007 (zit.: *Rothweiler*, Informationsfluss, S.).

- Rubner, Daniel / Fischer, Jan-Benedikt*: Unabhängigkeit des Aufsichtsrats nach Corporate Governance Kodex, in: NJW-Spezial, S. 39-400.
- Säcker, Franz Jürgen*: Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, in: AG 2004, S. 180-186.
– Zur Problematik von Mehrfachfunktionen im Konzern, in: ZHR 151 (1987), S. 59-71.
- Saenger, Ingo*: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., München 2013 (zit.: *Saenger, Gesellschaftsrecht*, Rn.).
- Schäfer, Carsten*: Diskussionsbericht zu den Referaten Martens und Hoffmann-Becking, in: ZHR 159 (1995), S. 346-350.
- Scheffler, Eberhard*: Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats im Konzern, in: DB 1994, S. 793-799.
- Schilling, Wolfgang*: Das Aktienunternehmen, in: ZHR 144 (1980), S. 136-144.
- Schlegelberger, Franz / Quassowski, Leo / Herbig, Gustav / Geßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang* (Hrsg.): Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, 2. Aufl., Berlin 1937 (zit.: *Schlegelberger, AktG 1937*, S.).
- Schlieper, Marc-Roger*: Leitungsintensität und Mehrfachfunktion im faktischen Aktienkonzern, Heidelberg 1996, zugl. Diss. Kiel 1996 (zit.: *Schlieper, Leitungsintensität*, S.).
- Schmidt, Karsten*: Entherrschungsvertrag und faktische Entherrschung im Aktienkonzern – Zugleich ein Rückblick auf Peter Hommelhoffs „Konzernleitungspflicht“ nach drei Jahrzehnten, in: Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd Erle u.a., Köln 2012, S. 985-1000 (zit.: *K. Schmidt, FS Hommelhoff*, S.).
- Schmidt, Karsten / Lutter, Marcus*: Aktiengesetz, Band II: §§ 150-410, 2. Aufl., Köln 2010 (zit.: *Schmidt/Lutter/Bearbeiter*, § Rn.).
- Schmidt, Michael*: Konzernsteuerung über Aufsichtsräte – Ein Beitrag zum Recht der Konzernleitung, in: Recht und Vernunft – Festschrift für

- Hans-Diether Imhoff, hrsg. von der VEW Energie AG, Frankfurt a. M. 1998, S. 69-90 (zit.: *Schmidt*, FS Imhoff, S.).
- Schneider, Sven H.*: Informationspflichten und Informationssystemeinrichtungspflichten im Aktienkonzern – Überlegungen zu einem Unternehmensinformationsgesetzbuch, Berlin 2006, zugl. Diss. Mainz 2005 (zit.: *S. H. Schneider*, Informationspflichten, S.).
- Schneider, Uwe H.*: Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, in: Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, hrsg. von Mathias Habersack / Peter Hommelhoff, München 2011, S. 475-485 (zit.: *Schneider*, FS Goette, S.).
- Schnorbus, York / Ganzer, Felix*: Gemeinsame Sitzungen von Aufsichtsorganen innerhalb eines Konzerns, in: AG 2013, S. 445-451.
- Schoch, Friedrich*: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: DVBl. 1994, S. 962-977.
- Scholderer, Frank*: Unabhängigkeit und Interessenkonflikte der Aufsichtsratsmitglieder - Systematik, Kodexänderungen, Konsequenzen, in: NZG 2012, S. 168-176.
- Schubert, Werner / Hommelhoff, Peter*: Hundert Jahre modernes Aktienrecht – Eine Sammlung von Texten und Quellen zur Aktienrechtsreform 1884 mit zwei Einführungen, Berlin 1985 (zit.: *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S.).
- Schulz-Hardt, Stefan / Frey, Dieter*: Produktiver Dissens in Gruppen: Meinungsdivergenz als Strategie zur Überwindung parteiischer Informationssuche bei Gruppenentscheidungen, in: Zeitschrift für Psychologie 208 (2000), S. 385-405.
- Seibert, Ulrich*: Was ist Corporate Governance und warum beschäftigt sie die Gesetzgebung so intensiv?, in: Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd Erle u.a., Köln 2012, S. 1111-1121 (zit.: *Seibert*, FS Hommelhoff, S.).
- Seibt, Christoph H.*: Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, in: Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 – Unternehmen,

Markt und Verantwortung, Band 1, hrsg. von Stefan Grundmann u.a., Berlin 2010, S. 1363-1390 (zit.: *Seibt*, FS Hopt, S.).

Selter, Wolfgang: Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern bei fehlendem und von Aufsichtsratsmitgliedern bei vorhandenem Fachwissen, in: AG 2012, S. 11-20.

Semler, Johannes: Anforderungen an die Befähigung eines Aufsichtsratsmitglieds, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, hrsg. von Georg Bitter u.a., Köln 2009, S. 1489-1505 (zit.: *Semler*, FS K. Schmidt, S.).

– Corporate Governance – Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder, in: NZG 2007, S. 881-887.

– Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft – Die Leitungsaufgabe des Vorstands und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, 2. Aufl., Köln 1996 (zit.: *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn.).

– Doppelmandats-Verbund im Konzern – Sachgerechte Organisationsform oder rechtlich unzulässige Verflechtung?, in: Festschrift für Ernst C. Stiefel zum 80. Geburtstag, hrsg. von Marcus Lutter u.a., München 1987, S. 719-762 (zit.: *Semler*, FS Stiefel, S.).

Semler, Johannes / Stengel, Arndt: Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften am Beispiel von Konflikten bei der Übernahme, in: NZG 2003, S. 1-8.

Semler, Johannes / von Schenck, Kersten (Hrsg.): Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl., 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Semler/v. Schenck*, ARHdB, § Rn.).

Singhof, Bernd: Zur Weitergabe von Insiderinformationen im Unterordnungskonzern, in: ZGR 2001, S. 146-174.

Sonnenschein, Jürgen: Der Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern der abhängigen Gesellschaft im deutschen Recht, in: Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich: ein Symposium des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Hamburg, hrsg. von Ernst-Joachim Mestmäcker / Pe-

ter Behrens, Baden-Baden 1991, S. 49-90 (zit.: *Sonnenschein*, in: Mestmäcker/Behrens, Gesellschaftsrecht der Konzerne, S.).

Spindler, Gerald: Zur Zukunft der Corporate Governance Kommission und des § 161 AktG, in: NZG 2011, S. 1007-1013.

– Kriegsfolgen, Konzernbildung und Machtfrage als zentrale Aspekte der aktienrechtlichen Diskussion in der Weimarer Republik, in: Aktienrecht im Wandel, Band I – Entwicklung des Aktienrechts, hrsg. von Walter Bayer / Mathias Habersack, Tübingen 2007, S. 440-569 (zit.: *Spindler*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. I, S.).

– Die Empfehlungen der EU für den Aufsichtsrat und ihre deutsche Umsetzung im Corporate Governance Kodex, in: ZIP 2005, S. 2033-2045.

Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-149 AktG, 2. Aufl., München 2010 (zit.: *Spindler/Stilz/Bearbeiter*, § Rn.).

– Band 2, §§ 150-410, IntGesR, SpruchG, SE-VO, 2. Aufl., München 2010.

Steinbeck, Claudia: Überwachungspflicht und Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft, Berlin 1992, zugl. Diss. Münster 1991 (zit.: *Steinbeck*, Überwachungspflicht, S.).

Stephanblome, Markus: Der Unabhängigkeitsbegriff des Deutschen Corporate Governance Kodex, in: NZG 2013, S. 445-451.

– Empfehlungen des DCGK zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, in: ZIP 2013, S. 1411-1417.

Strenger, Christian: Unabhängigkeit des Aufsichtsrats – mehr denn je relevant, in: Der Konzern 2012, S. 10-15.

Strohn, Lutz: Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern – Zur Harmonisierung der §§ 311 ff. AktG mit den allgemeinen Bestimmungen des Aktienrechts, Köln 1977, zugl. Diss. Köln 1976 (zit.: *Strohn*, Verfassung der AG, S.).

Suhr, Dieter: Eigentumsinstitut und Aktieneigentum – Eine verfassungsrechtliche Analyse der Grundstruktur des aktienrechtlich organisierten Eigentums, Hamburg 1966 (zit.: *Suhr*, Eigentumsinstitut und Aktieneigentum, S.).

Teichmann, Christoph: Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law, in: AG 2013, S. 184-197.

Theisen, Manuel René: Grundsätze ordnungsgemäßer Kontrolle und Beratung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat, in: AG 1995, S. 193-203.

Thiessen, Jan: Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats zwischen Pflicht und Kür, in: AG 2013, S. 573-582.

Thümmel, Roderich C.: Kummer der Kontrolleure, in: Handelsblatt v. 19.03.2013, Nr. 55, S. 27.

– Empfehlungen des DC Unabhängigkeit im Aufsichtsrat – Diskussion mit Überhitzungserscheinungen, in: Der Aufsichtsrat 2012, S. 65.

Tielmann, Jörgen: Aktuelle Entwicklungen im Wirtschaftsrecht – 4. Praktikerseminar auf dem Österberg in Tübingen am 19.10.2012, in: NZG 2013, S. 173-176.

Timm, Wolfram: Grundfragen des „qualifizierten“ faktischen Konzerns im Aktienrecht – Bemerkungen zur „Banning“-Entscheidung des OLG Hamm vom 3.11.1986, in: NJW 1987, S. 977-987.

Torggler, Ulrich: Zur Verschwiegenheit entsendeter Aufsichtsratsmitglieder, in: Festschrift für Hellwig Torggler, hrsg. von Hanns Fitz u.a., Wien 2013, S. 1215-1229 (zit.: *U. Torggler*, FS Torggler, S.).

Ulmer, Peter: Zur Haftung der abordnenden Körperschaft nach § 31 BGB für Sorgfaltsverstöße des von ihr benannten Aufsichtsratsmitglieds, in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, hrsg. von Marcus Lutter / Hans-Joachim Mertens / Peter Ulmer, Berlin 1985, S. 705-725 (zit.: *Ulmer*, FS Stimpel, S.).

van Ees, Hans / Gabrielsson, Jonas / Huse, Morten: Toward a Behavioral Theory of Boards and Corporate Governance, in: Corporate Govern-

ance: *An International Review* 2009, 17(3), S. 307-319 (zit.: *van Ees/Gabrielsson/Huse*, CG: *An International Review* 2009).

- Vetter, Eberhard*: Neue Vorgaben für die Wahl des Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung nach § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 5 AktG, in: Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Barbara Grunewald / Harm Peter Westermann, München 2010, S. 795-818 (zit.: *E. Vetter*, FS Maier-Reimer, S.).
- Interessenkonflikte im Konzern – vergleichende Betrachtungen zum faktischen Konzern und zum Vertragskonzern, in: ZHR 171 (2007), S. 342-375.
- van Drunen, Max*: Funktionsdefizite in Regelungen zum Aufsichtsrat im deutschen und im niederländischen Recht – Arbeitnehmerbestimmung und Mitgliedschaft ehemaliger Vorstandsmitglieder, Berlin 2010, zugl. Diss. Berlin 2010 (zit.: *van Drunen*, Funktionsdefizite, S.).
- von Büнау, Heinrich*: Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern im Aktienkonzern – Eine Untersuchung zur Anwendung von § 114 AktG im Konzern, Köln 2004, zugl. Diss. Dresden 2002/2003 (zit.: *v. Büнау*, Beratungsverträge, S.).
- von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian*: Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Aufl., München 2010 (zit.: *v. Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter*, GG, Art. Rn.).
- von Staudinger, Julius* (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil §§ 21-79 (Allgemeiner Teil 2), Neubearbeitung Berlin 2005 (zit.: *Staudinger/Bearbeiter*, BGB, § Rn.).
- Wackerbarth, Ulrich*: Der Vorstand der abhängigen Aktiengesellschaft und die §§ 311 ff. AktG in der jüngeren Rechtsprechung des II. Senats – Teil 1/2, in: *Der Konzern* 2010, S. 261-274.

- Weber-Rey, Daniela / Buckel, Jochen*: Corporate Governance in Aufsichtsräten von öffentlichen Unternehmen und die Rolle von Public Corporate Governance Kodizes, in: ZHR 177 (2013), S. 13-49.
- Weckerling-Wilhelm, Dorothee / Mirtsching, Katharina*: Weisungsrechte in kommunalen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in: NZG 2011, S. 327-331.
- Weninger, Heike*: Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat, Köln 2011, zugl. Diss. Dresden 2010 (zit.: *Weninger*, Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte, S.).
- Wermke, Matthias / Kunkel-Razum, Kathrin / Scholze-Stubenrecht, Werner* (Hrsg.): Duden – Die deutsche Rechtschreibung, Band 1, 24. Aufl., Mannheim 2006 (zit.: Duden, Bd. 1).
- Wernsmann, Rainer / Gatzka, Ulrich*: Der Deutsche Corporate Governance Kodex und die Entsprechungserklärung nach § 161 AktG – Anforderungen des Verfassungsrechts, in: NZG 2011, S. 1001-1007.
- Westermann, Harm Peter*: Eigenständige Wahrnehmung der Aufsichtsratspflichten – eine Selbstverständlichkeit?, in: Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, hrsg. von Bernd Erle u.a., Köln 2012, S. 1319-1335 (zit.: *Westermann*, FS Hommelhoff, S.).
- Freistellungserklärungen für Organmitglieder im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Beusch zum 68. Geburtstag am 31. Oktober 1993, hrsg. von Heinrich Beisse / Marcus Lutter / Heribald Närger, Berlin 1993, S. 871-891 (zit.: *Westermann*, FS Beusch, S.).
- Wiedemann, Herbert*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.1986 – II ZR 140/85, in: JZ 1987, S. 784-786.
- Will, Martin*: Informationszugriff auf AG-Aufsichtsratsmitglieder durch Gemeinden, in: VerwArch 2003, S. 248-266.
- Wilsing, Hans-Ulrich* (Hrsg.): Deutscher Corporate Governance Kodex, München 2012 (zit.: *Wilsing/Bearbeiter*, DCGK, Ziff. Rn.).

- Wilsing, Hans-Ulrich / von der Linden, Klaus*: Unabhängigkeit, Interessenkonflikte und Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern – Gedanken zur Kodexnovelle 2012, in: DStR 2012, S. 1391-1394.
- Wimmer-Leonhardt, Susanne*: Konzernhaftungsrecht, Tübingen 2004, zugl. Habil. Universität des Saarlandes 2003.
- Wirth, Gerhard*: Vorstands-Doppelmandate im faktischen Konzern, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, hrsg. von Ulrich Baeck u.a., München 2010, S. 1147-1159 (zit.: *Wirth*, FS Bauer, S.).
- Anforderungsprofil und Inkompatibilitäten für Aufsichtsratsmitglieder, in: ZGR 2005, S. 327-347.
- Witte, Andreas*: Der Prüfungsbericht als Informationsträger im Konzern – Zum System konzerninterner Informationsrechte, Köln u.a. 1996, zugl. Diss. Heidelberg 1994 (zit.: *Witte*, Prüfungsbericht, S.).
- Wittmann, Martin*: Informationsfluss im Konzern, Frankfurt a. M. 2008, zugl. Diss. Bonn 2007 (zit.: *Wittmann*, Informationsfluss im Konzern, S.).
- Woywode, Michael / Keese, Detlef / Tänzler, Jan*: Corporate Governance in geschlossenen Gesellschaften – insbesondere in Familienunternehmen – unter besonderer Berücksichtigung von Aufsichtsgremien, in: ZGR 2012, S. 418-445.
- Zilles, Stephan / Deutsch, David J.*: Aufsichtsratswahlen: Erweiterte Praxisanforderungen –Vorbereitung und Durchführung vor dem Hintergrund der neuen DCGK-Regelungen, in: ZCG 2013, S. 69-72.
- Zöllner, Wolfgang*: Treupflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht, in: ZHR 162 (1998), S. 235-248.

Hinsichtlich der im Rahmen dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen sei verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin, Boston 2013.

Interessenkonflikte im Aufsichtsrat bei Mehrfachmandaten im faktischen Aktienkonzern

Nadja Magdalena Al-Wraikat

Der Aufsichtsrat ist Adressat zahlreicher Appelle, insbesondere fordern § 100 Abs. 5 AktG und Ziff. 5.4.2 DCGK die Unabhängigkeit eines Teils seiner Mitglieder. In Anlehnung an das monistische Board-Modell des angloamerikanischen Unternehmensrechts soll Unabhängigkeit die Grundvoraussetzung einer funktionierenden Kontrolle der Unternehmensleitung sein. Für den Aufsichtsrat bedeutet dies einen Paradigmenwechsel von seiner Repräsentationsfunktion hin zu einer neutralen Kontrollaufgabe. Ein solches Unabhängigkeitsverständnis hat elementare Konsequenzen für den faktischen Aktienkonzern. Dort dient die strategische Besetzung des Aufsichtsrats als Hauptinstrument zur Konzernleitung. Insofern stellt sich die Frage, ob Aufsichtsratsmandate in verbundenen Unternehmen weiterhin ein zulässiges Mittel zur Konzernleitung darstellen. Die Antwort hängt davon ab, welche Interessenkonflikte durch Mehrfachmandate im Konzern entstehen und wie diese zu lösen sind.

ISBN 978-3-8405-0110-4



9 783840 501104

EUR 20,50



02050