

Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

169

Torben Illner

Die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern in der Aktiengesellschaft



Nomos

Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt
Prof. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann

Band 169

Torben Illner

Die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern in der Aktiengesellschaft



Nomos

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

Zugl.: Marburg, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4435-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-8685-3 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg im Sommersemester 2017 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 23. Mai 2017 statt. Soweit möglich sind Rechtsprechung und Literatur bis Juli 2017 berücksichtigt. Die Arbeit wurde von der Klemens-Pleyer-Stiftung zur Erforschung des Privatrechts mit dem Klemens-Pleyer-Preis für das akademische Jahr 2016/2017 ausgezeichnet, wofür ich mich herzlich bedanke.

Herzlicher Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Markus Roth, für die Betreuung bei der Erstellung dieser Arbeit. Von der Entstehung der Idee bis zur Fertigstellung hat er die Anfertigung der Arbeit mit wertvollen Hinweisen und bereichernden Diskussionen unterstützt und gefördert. Ebenfalls bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Florian Möslein, LL.M. (London), für die zügige und wohlwollende Anfertigung des Zweitgutachtens.

Für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht“ danke ich den Herausgebern Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt sowie Prof. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann.

Ich bedanke mich zudem bei der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für die Förderung dieser Arbeit durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss.

Herzlicher Dank gebührt meinen Eltern, Annegret und Andreas Illner, denen diese Arbeit gewidmet ist. Durch ihre jederzeit vorbehaltlose Unterstützung auf meinem Lebensweg haben sie mir das Studium und die Anfertigung dieser Arbeit ermöglicht. Besonders danken möchte ich auch meiner Partnerin, Frau Anne-Meike Haar, die mich während der Anfertigung der Arbeit mit aller Kraft unterstützt hat und so sehr zu deren Gelingen beigetragen hat.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	23
Kapitel 1: Grundlagen	30
I. Einordnung und Begriff des fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitglieds	30
1. Der Aufsichtsrat im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft	30
2. Begriff des fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitglieds	32
II. Gründe und Rechtsfolgen der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern durch die Hauptversammlung	36
1. Beschlussmängel	37
a. Nichtigkeitsgründe	37
b. Anfechtungsgründe	37
2. Rechtsfolgen erfolgreicher Beschlussmängelklagen gem. §§ 250 ff., 241 ff. AktG	41
a. Nichtigkeit des Wahlbeschlusses	41
b. Anfechtung des Wahlbeschlusses	43
c. Auswirkungen auf die Beschlüsse des Aufsichtsrats	45
III. Problematik fehlerhafter Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern in Sonderformen der Zusammensetzung des Aufsichtsrats	46
1. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat	46
2. Entsendung	48
3. Gerichtliche Bestellung	49
4. Aufsichtsräte mit Frauenquote	50
5. Zwischenergebnis	51
Kapitel 2: Fehlerhaft bestellte Aufsichtsratsmitglieder in der Rechtsprechung	52
I. Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung	52
II. Instanzgerichtliche Rechtsprechung	56

III. Das Grundsatzurteil BGHZ 196, 195	58
1. Tatbestand und Kernaussagen	58
2. Analyse der wesentlichen Aussagen des Urteils	62
a. Kausalitätserfordernis	62
b. Entgegenstehende Konzeption der Nichtigkeitsfolgen	63
c. Asymmetrie von korporationsrechtlicher Pflichtenbindung und Organrechten	65
d. Vertrauensschutzerwägungen	66
e. Bestellung von Vorstandsmitgliedern	68
f. Aufsichtsratsbeschlüsse als Anknüpfung für Entscheidungen der Hauptversammlung	69
g. Begrenzung der Nichtigkeitsfolgen bei Anknüpfung an die aktuelle Funktion als Aufsichtsratsmitglied	71
h. Jahresabschluss	73
3. Zusammenfassende Würdigung der bisherigen Ergebnisse	74
IV. Darstellung der Problemlage	75
 Kapitel 3: Auswirkungen fehlerhafter Aufsichtsratsbestellung nach BGHZ 196, 195	 77
I. Allgemeine Auswirkungen	78
1. Auswirkungen der Stimmabgabe fehlerhaft bestellter Aufsichtsratsmitglieder auf Beschlüsse	78
a. Anzahl der betroffenen Aufsichtsratsmitglieder	78
b. Beschließende Ausschüsse	79
2. Auswirkungen der fehlerhaften Bestellung auf nicht durch Beschluss auszuübende Kompetenzen	81
3. Zeitpunkt der Entdeckung und Geltendmachung von Beschlussmängeln	82
4. Missbräuchliche Geltendmachung von Beschlussmängelklagen, Verfahrensdauer	83
5. Pflichtenbindung, Haftung, Vergütung	85
6. Pflichten der Verwaltungsorgane bei unsicherer Rechtslage und mögliche Rechtsfolgen bei eintretenden Schäden	87
7. Zwischenergebnis	90

II. Auswirkungen der fehlerhaften Bestellung auf die Kompetenzen des Aufsichtsrats	91
1. Kontroll- und Informationsrechte- und pflichten	91
a. Informationsrecht gem. § 90 AktG	92
aa. Berichtspflicht des Vorstands	93
(1) Verpflichtung zur Berichterstattung	93
(2) Nichtigkeitsfolgen	95
bb. Informationsrecht	97
b. Einsichts- und Prüfungsrechte	98
c. Prüfungspflichten	100
d. Zwischenergebnis	101
2. Vertretungsbefugnisse	102
a. Grundsätzliche Auswirkungen der Beteiligung fehlerhaft bestellter Aufsichtsratsmitglieder	102
b. Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber dem Vorstand (§ 112 AktG)	107
aa. Auswirkungen des nichtigen Aufsichtsratsbeschlusses auf die Vertretungsmacht	108
bb. Anwendung von Rechtsscheingrundsätzen zum Schutz des Vorstands	110
c. Hilfgeschäfte zur Erfüllung der Aufgaben des Aufsichtsrats	113
d. Beauftragung von Sachverständigen	115
e. Erteilung des Prüfungsauftrags an den Abschlussprüfer	115
f. Passive Empfangsvertretung	116
g. Gerichtliche Vertretung der Gesellschaft	117
aa. Gerichtliche Vertretung gegenüber dem Vorstand	118
bb. Gerichtliche Vertretung bei Klagen gegenüber der Gesellschaft	120
h. Zwischenergebnis	120
3. Zustimmungsvorbehalte	121
a. Missbrauch der Vertretungsmacht	123
aa. Evidenz	123
bb. Kollusion	127
b. Ausübung von Beteiligungsrechten gem. § 32 Abs. 1 MitbestG	128
c. Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn	129
d. Zustimmung bei genehmigtem Kapital	130

e. Folgen für den Vorstand bei Missachtung von Zustimmungsvorhalten	132
f. Zwischenergebnis	136
4. Jahresabschluss, Lagebericht und Vorschlag über die Verwendung des Bilanzgewinns	137
a. Nichtigkeitsklage gegen den Jahresabschluss	141
b. Auswirkungen auf den Gewinnverwendungsbeschluss	142
c. Haftung des Vorstands	143
d. Zwischenergebnis	143
5. Vorstandsrelevante Aufsichtsratskompetenzen	144
a. Bestellung von Vorstandsmitgliedern	144
b. Widerruf der Vorstandsbestellung	146
aa. Widerruf der Vorstandsbestellung bei ordnungsgemäßer Bestellung	147
bb. Widerruf der Vorstandsbestellung bei fehlerhafter Bestellung	150
c. Anstellungsverhältnis	151
d. Sonstige vorstandsrelevante Aufsichtsratskompetenzen	151
aa. Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand	152
bb. Ernennung eines Vorstandsvorsitzenden	153
cc. Wettbewerbsverbot	153
dd. Kreditgewährung	155
e. Zwischenergebnis	156
6. Innere Organisation des Aufsichtsrats	157
a. Antragsrecht zur Prüfung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats	157
b. Antragsrecht des Aufsichtsrats zur Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds aus wichtigem Grund	159
c. Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern	160
d. Zwischenergebnis	162
7. Kompetenzen hinsichtlich der Hauptversammlung	163
a. Vorschläge zur Beschlussfassung der Hauptversammlung	163
b. Einberufung der Hauptversammlung in Ausnahmesituationen	164
c. Teilnahmerecht und -pflicht	167
d. Berichtspflichten an die Hauptversammlung	169
e. Satzungsänderungen	171
f. Zwischenergebnis	172

8. Der Aufsichtsratsvorsitzende	173
a. Stellung des Aufsichtsratsvorsitzenden	173
b. Bestellung und Abberufung	173
c. Empfangszuständigkeit für Vorsitzberichte des Vorstands	176
d. Der Aufsichtsratsvorsitzende als Leiter der Hauptversammlung	176
aa. Feststellung der Hauptversammlungsbeschlüsse	177
bb. Unterzeichnung der Niederschrift der Hauptversammlung	179
e. Einberufung und Leitung von Aufsichtsratssitzungen	180
f. Meldepflichten zum Handelsregister	181
g. Zwischenergebnis	183
9. Kompetenzen in der börsennotierten Aktiengesellschaft	184
a. Überwachungspflichten	184
b. Abgabe der Entsprechenserklärung gem. § 161 AktG	184
c. Übernahmesituation	188
d. Meldepflichten des Aufsichtsrats gem. Art. 19 EU-Marktmissbrauchsverordnung	189
e. Zwischenergebnis	190
10. Pflichten des Aufsichtsrats in der Insolvenz der Gesellschaft	191
III. Zusammenfassung	192
Kapitel 4: Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen durch Anwendung und Erweiterung allgemeiner Grundsätze und Maßnahmen	195
I. Einzelfallbezogene Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen	195
1. Umfang der Begrenzung der Nichtigkeitsfolgen	196
2. Grenzen des Ansatzes zur einzelfallbezogenen Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen	198
3. Stellungnahme	199
4. Zwischenergebnis	200
II. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis	200
1. Anwendungsvoraussetzungen, Rechtsfolgen und dogmatische Begründung	200
2. Anwendbarkeit auf die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern	203

3. Zwischenergebnis	205
III. Die Lehre vom fehlerhaften Organ	205
1. Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Beendigung	206
2. Reichweite und Grenzen der Anwendbarkeit	208
a. Besonders schutzwürdige Personen	209
b. Höherrangige Interessen der Allgemeinheit	209
3. Anwendbarkeit auf das organschaftliche Bestellungsverhältnis des Aufsichtsrats	211
a. Dogmatische Herleitung der Lehre vom fehlerhaften Organ	212
aa. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	212
(1) Begründung	213
(2) Voraussetzungen und Rechtsfolgen	214
bb. Die Lehre vom fehlerhaften Verband	215
b. Anwendbarkeit auf das organschaftliche Bestellungsverhältnis	216
c. Anwendbarkeit auf das Bestellungsverhältnis des Aufsichtsrats	219
4. Bewertung des Lösungsansatzes	222
IV. Die Lehre vom faktischen Organ	224
V. Begrenzung der Rückwirkung der Anfechtungsklage de lege lata	226
VI. Bestätigungsbeschluss der Hauptversammlung	227
VII. Staggered Boards	229
VIII. Begrenzung der Nichtigkeitsfolgen für den Jahresabschluss	230
 Kapitel 5: Gerichtliche Verfahren de lege lata als Lösungsansatz zur Begrenzung der Nichtigkeitsfolgen	 232
I. Gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern	232
1. Regelungszweck und Grundlagen	232
2. Grundsätzliche Probleme bei der Anwendung des § 104 AktG auf fehlerhaft bestellte Aufsichtsratsmitglieder	234
a. Parallelität von Verfahren	234
b. Beschränkung des Auswahlermessens des Gerichts	240
3. Anwendbarkeit des § 104 AktG im Fall der Anfechtung des Wahlbeschlusses von Aufsichtsratsmitgliedern	244
a. Direkte Anwendung des § 104 AktG	244

b. Gerichtliche Bestellung bei Amtsniederlegung des Aufsichtsratsmitglieds	245
c. Gerichtliche Bestellung nach Teilerkenntnis der Fehlerhaftigkeit der Wahl	246
d. Aufschiebend bedingte, rückwirkende Bestellung	247
aa. Möglichkeit der bedingten Bestellung	247
bb. Einwand der Rückwirkung auf Tatbestandsseite	248
cc. Einwand der Rückwirkung auf Rechtsfolgenseite	249
dd. Zwischenergebnis	252
e. Befristete Ersatzbestellung bis zur nächsten Hauptversammlung	252
aa. Voraussetzungen der planwidrigen Regelungslücke	253
bb. Voraussetzungen der vergleichbaren Interessenlage	257
cc. Stellungnahme	259
f. Parallelproblem im Fall der Anfechtung der Wahl des Abschlussprüfers	260
g. Zwischenergebnis	260
4. Anwendbarkeit des § 104 AktG im Fall der Nichtigkeitsklage	260
5. Zwischenergebnis	261
II. Einstweiliger Rechtsschutz	262
1. Einstweiliger Rechtsschutz nach der ZPO	262
a. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	262
b. Anwendbarkeit auf die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern	264
2. Einstweiliger Rechtsschutz nach dem FamFG	265
a. Anwendbarkeit im Fall der Anfechtungsklage	265
b. Anwendbarkeit im Fall der Nichtigkeitsklage	268
3. Zwischenergebnis	269
III. Aktienrechtliches Freigabeverfahren	269
1. Anwendungsbereich; Regelungszweck und Verfahren	269
2. Tatbestandsvoraussetzungen	271
3. Rechtsfolgen	274
4. Anwendbarkeit auf die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern	275
5. Zwischenergebnis	277

Kapitel 6: Gerichtliches Zwischenverfahren de lege ferenda	278
I. Bestandsaufnahme	278
1. Fehlerhafte Bestellung und Beschlussmängelrecht	278
2. Grundsatzurteil BGHZ 196, 195	279
3. Auswirkungen der fehlerhaften Aufsichtsratsbestellung	280
4. Beschränkung von Nichtigkeitsfolgen durch allgemeine Grundsätze und Maßnahmen	282
5. Gerichtliche Verfahren de lege lata als Lösungsansätze	284
II. Grundlagen und Konzept einer Neuregelung	285
1. Interessenlage bei fehlerhafter Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern	286
a. Interessen der Gesellschaft	286
b. Interessen des Aufsichtsrats	288
c. Interessen des Vorstands	289
d. Interessen der klagenden Aktionäre	290
e. Interessen des Rechtsverkehrs	290
2. Notwendigkeit der Einführung eines ergänzenden gerichtlichen Zwischenverfahrens	291
a. Gestaltungsmöglichkeiten	291
b. Eignung des statischen Lösungsansatzes für die Problematik der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern	292
c. Eignung eines gerichtlichen Zwischenverfahrens als Lösungsansatz für die Problematik der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern	295
3. Antragspflicht und Wirkung der Beschlussmängelklagen	296
4. Anwendbarkeit hinsichtlich der Klagearten	299
5. Eignung der gerichtlichen Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern als Grundlage für eine Regelung de lege ferenda	300
6. Eignung des Freigabeverfahrens als Grundlage für eine Regelung de lege ferenda	302
7. Zwischenergebnis	304
III. Konkrete Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens	305
1. Handlungsmöglichkeiten des Gerichts	305
a. Handlungsalternativen des Gerichts	306
b. Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Suspendierung der Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds	307

c.	Bestimmung des Ersatzmitglieds	308
aa.	Einrücken des durch die Hauptversammlung bestimmten Ersatzmitglieds	308
bb.	Maßstab der Bestimmung des Ersatzmitglieds	309
cc.	Ursprünglich bestelltes Aufsichtsratsmitglied als Ersatzmitglied	311
d.	Zeitraum der Bestellung	311
2.	Tatbestand	312
a.	Nichtigkeitsgründe (§ 250 Abs. 1 AktG)	313
b.	Kriterium der besonderen Schwere des Verstoßes gegen Satzung oder Gesetz	316
aa.	Vertrauensschutzerwägungen	317
bb.	Bedeutung und Eignung des Kriteriums der besonderen Schwere des Verstoßes gegen Satzung oder Gesetz	318
c.	Offensichtliche Zulässigkeit und Begründetheit	323
d.	Interessenabwägung	324
e.	Ermessen des Richters hinsichtlich der Rechtsfolgen für bestimmte Tatbestände	328
3.	Verfahren	329
a.	Zuordnung des gerichtlichen Verfahrens innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit	329
b.	Instanzielle Zuständigkeit	331
c.	Antragsberechtigung und Antragsbefugnis	332
aa.	Erfordernis persönlicher Betroffenheit des antragstellenden Aktionärs	332
bb.	Anteilsquorum	334
4.	Regelungsstandort	336
	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	337
	Formulierungsvorschlag für das gerichtliche Zwischenverfahren	343
	Literaturverzeichnis	345
	Sachregister	367

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft / Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayOLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Beck AG-HdB	Becksches Handbuch der Aktiengesellschaft
BeckOK ArbeitsR	Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Abkürzungsverzeichnis

bzw.	beziehungsweise
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselben
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
DStR	Deutsches Steuerrecht
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende Seite(n)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
Frankfurt a.M.	Frankfurt am Main
FS	Festschrift
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Großkomm AktG	Großkommentar zum Aktiengesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit

JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KK	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KK WpÜG	Kölner Kommentar zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
LG	Landgericht
lit.	Litera
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
MHdB AG	Münchener Handbuch der Aktiengesellschaft
MHdB ArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MitbestErgG	Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz
MittBayNot	Mitteilungen des bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MüKo	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo FamFG	Münchener Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
MüKo HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MüKo InsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
MüKo ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

Abkürzungsverzeichnis

NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
OLG	Oberlandesgericht
RegBegr.	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite / Satz
SE	Europäische Gesellschaft / Societas Europaea
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt. v.	Urteil vom
Vgl.	Vergleiche
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

Der Aufsichtsrat nimmt als Kontrollorgan eine zentrale Position innerhalb der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft ein. Insbesondere mit der Bestellung des Vorstands und dessen Kontrolle übt er maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft aus. Der Grundfall der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern ist der Wahlbeschluss der Hauptversammlung. Befürchten Aktionäre eine Verletzung ihrer Rechte, können sie den Hauptversammlungsbeschluss mittels einer Beschlussmängelklage gem. den §§ 250 ff., 241 ff. AktG angreifen und ihn gerichtlich auf rechtliche Mängel überprüfen lassen. Die Beschlussmängelklage stellt mithin ein Machtinstrument des Aktionärs dar. Ihm wird hiermit neben der Durchsetzung seiner privaten Interessen¹ auch die Aufgabe auferlegt, die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen innerhalb der Aktiengesellschaft zu kontrollieren.²

Ist die Beschlussmängelklage erfolgreich, hat dies nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur die Nichtigkeit des Wahlbeschlusses und somit auch der Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds mit *ex tunc*-Wirkung zur Folge.³ Diese Fallgestaltung wird als fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern diskutiert. Bis zur rechtskräftigen Ent-

1 *Feltkamp*, Anfechtungsklage und Vergleich im Aktienrecht, S. 20; *Schatz*, Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär und die Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts, S. 15 f.; *Slabschi*, Die sogenannte rechtsmißbräuchliche Anfechtungsklage, S. 17 ff.

2 BGHZ 107, 296, 310; LG Frankfurt AG 2007, 824; *Bayer*; NJW 2000, 2609, 2617; *Becker*, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, S. 600 ff.; *Büchel*, Liber amicorum Wilhelm Happ, S. 1, 13 f.; *Dornbach*, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage zwischen subjektivem Rechtsschutz und objektiver Rechtskontrolle, S. 148 ff.; *Fiebelkorn*, Die Reform der aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, S. 29 ff., 105 ff.; *Happ*, FS Hüffer, S. 293; *Heinze*, ZGR 1979, 293, 294; *Hommelhoff*, ZGR 1990, 447, 449; *K. Schmidt*, AG 2009, 248, 254 f.; *Lutter*, ZGR 1978, 347, 349; *Martens/Martens*, FS K. Schmidt, S. 1129; *Schatz*, Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär und die Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts, S. 15 f.; *Slabschi*, Die sogenannte rechtsmißbräuchliche Anfechtungsklage, S. 17 ff.

3 Siehe zur herrschenden Ansicht bei der Nichtigkeitsklage nur *Lieder*; ZHR 178 (2014), 282, 284; MüKo/Koch, § 250, Rn. 21; siehe zur herrschenden Ansicht bei

scheidung über die erhobene Beschlussmängelklage herrscht aufgrund der *ex tunc*-Wirkung Unsicherheit über die rechtliche Stellung des Aufsichtsratsmitglieds, insbesondere hinsichtlich der Wirksamkeit der vorgenommenen Handlungen und Beschlüsse. Zu einem Problem wird die *ex tunc* Wirkung, da bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren einer Beschlussmangelstreitigkeit leicht Jahre vergehen können, insbesondere, wenn der volle Instanzenzug ausgenutzt wird.⁴ Die Ausgangslage ist daher problematisch, bietet sie doch neben der Möglichkeit der Selbstkontrolle durch die Aktionäre auch ein hohes Maß an Potenzial für einen Missbrauch der gewährten Machtstellung. Die Problematik der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern ist verbunden mit der allgemein im Beschlussmängelrecht geführten Diskussion um die missbräuchliche Geltendmachung von Beschlussmängelklagen.⁵ Denkbar sind zum einen Konstellationen der klassischen „räuberischen Aktionäre“. Hält ein Aktionär lediglich eine Aktie, berechtigt dies bereits zur Teilnahme an der Hauptversammlung und somit auch zur Erhebung von Beschlussmängelklagen. Ein solcher Aktionär hat de facto keine Möglichkeit, auf den Ausgang der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern entscheidenden Einfluss zu nehmen. *De lege lata* genügt jedoch bereits ein Formfehler in der Hauptversammlung, um eine Beschlussmängelklage mit Aussicht auf Erfolg zu erheben. Diese Klage stellt die Gesellschaft vor erhebliche Probleme, führt sie doch im „worst case“ zu einem mehrere Jahre dauernden Rechtsstreit, der Auswirkungen auf sämtliche Kompetenzen des Aufsichtsrats haben kann. Im Zweifel wird sich die Gesellschaft im Wege eines (mit erhebli-

der Anfechtungsklage BGHZ 196, 195, 201 f.; Hüffer/Koch, § 252, Rn. 8; Großkomm AktG/K. Schmidt, § 252, Rn. 12; KK/Kiefner, § 252, Rn. 6; Lieder, ZHR 178 (2014), 282, 284; Marsch-Barner, FS K. Schmidt, S. 1109, 1117; Schatz, Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär und die Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts, S. 12 f.; E. Vetter, ZIP 2012, 701, 702.

4 Hemeling, ZHR 172 (2008), 379, 381; K. Schmidt, AG 2009, 248, 256; Martens, AG 1986, 57; siehe bereits Flechtheim, FS Zitelmann, S. 1, 6, Zitat nach Bayer, NJW 2000, 2609, 2614; Schatz, Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär und die Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts, S. 27 ff.

5 Dornbach, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage zwischen subjektivem Rechtsschutz und objektiver Rechtskontrolle, S. 239 ff.; Fiebelkorn, Die Reform der aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen, S. 125 ff.; Helm/Marthey, NZG 2010, 415; siehe allgemein zur Problematik räuberischer Aktionäre Martens/Martens, AG 2009, 173; Jahn, FS Hopt, S. 2029 ff.; Schatz, Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär und die Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts, S. 26 f., 94 ff.; Schwintowski, DB 2007, 2695 ff.; E. Vetter, ZIP 2012, 701.

chen Zahlungspflichten verbundenen) Vergleichs die Rücknahme der Klage erkaufen.⁶ Denkbar sind jedoch auch Konstellationen einer familiengeführten Aktiengesellschaft. Stehen sich hier zwei Aktionärslager gegenüber, kann mittels der Beschlussmängelklagen erheblicher Druck auf die nicht klagenden Aktionäre ausgeübt werden. Es genügt bereits die Erhebung der Beschlussmängelklage, da teils unmöglich im Voraus vorhergesagt werden kann, ob diese erfolgreich ist und die daraus folgende Rechtsunsicherheit als Druckmittel ausreichend ist.

Im Zeitraum zwischen der Erhebung der Beschlussmängelklage und der rechtswirksamen Entscheidung in der Hauptsache stehen sich die Interessen der Gesellschaft am Bestand der Aufsichtsratsbestellung und daraus folgender Rechtssicherheit und die Interessen der Aktionäre an der Durchsetzung ihrer Interessen und der Wahrung des Legalitätsprinzips gegenüber. Dieses Spannungsverhältnis bestimmt die gesamte Diskussion der Problematik. Das geltende Recht gewichtet die Bestandsinteressen der Gesellschaft als nachrangig gegenüber dem Legalitätsprinzip und den individuellen Interessen der Aktionäre. Im Zusammenspiel mit dem erheblichen Missbrauchspotenzial führt dies zu einer Gefährdungslage für die Gesellschaft, die nicht klagenden Aktionäre und auch die Gesellschaftsorgane. Die gesetzgeberischen Maßnahmen des Missbrauchs von Aktionärsrechten im Rahmen des UMAG⁷ und ARUG⁸ konzentrierten sich indes vornehmlich auf strukturändernde Beschlüsse.⁹ Durch die Einführung des Freigabeverfahrens wurde hier versucht, sogenannten „räuberischen Aktionären“ und Berufsklägern ihr Geschäftsmodell zu erschweren und ihren Einfluss zu begrenzen. Diese Reformbestrebungen sparten den Problemkomplex der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern jedoch aus.

6 OLG Frankfurt AG 2009, 200 ff.; LG Frankfurt AG 2007, 824 f.; *Baums/Keinath/Gajek*, ZIP 2007, 1629, 1642 f.; *Bison*, Mißbrauch der Anfechtungsklage durch den Aktionär, S. 198 ff.; *Helm/Manthey*, NZG 2010, 415; *Nietsch*, Freigabeverfahren, S. 2; *Schatz*, Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär und die Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts, S. 27 ff.; *Theisen/Raßhofer*, Der Aufsichtsrat 2007, 107, 109; *Vetter*, AG 2008, 177, 178.

7 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. September 2005, BGBl. I, S. 2802.

8 Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30. Juli 2009, BGBl. I, S. 2479.

9 Vgl. *Helm/Manthey*, NZG 2010, 415 f.; *Koch*, ZGR 2006, 769, 797 f.; *Martens/Martens*, AG 2009, 173; *Schall/Habbe/Wiegand*, NJW 2010, 1789.

Die Problematik der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern gewinnt seine Brisanz zum einen aus dem Blickwinkel der Rechtspraxis im Hinblick auf die weitreichenden Folgen einer Nichtigkeit des Wahlbeschlusses und der daraus folgenden Unsicherheit über die Wirksamkeit von Handlungen des Aufsichtsrats. Auf der anderen Seite betrifft die Problematik aber aus Sicht der Wissenschaft die Frage, ob das geltende Beschlussmängelrecht im Hinblick auf die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern noch zeitgemäß ist oder ob es einer Reform dieses Regelungsbereiches bedarf. In Literatur und Rechtsprechung wird diese Fragestellung kontrovers diskutiert.¹⁰ Den Ausgangspunkt dieser Arbeit bildet hier die Grundsatzentscheidung des BGH¹¹, in welcher sich dieser mit einer klassischen Konstellation der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern auseinandergesetzt hat. Es wird zu untersuchen sein, welche Folgen sich aus der Rechtsprechung und den Diskussionsbeiträgen in der Literatur ergeben, inwieweit Reformdruck besteht und wie eine mögliche Neukonzeption gestaltet werden kann. Insbesondere der Ausgleich der Interessen der Beteiligten stellt einen wichtigen Aspekt dar, welcher sich in vielen Teilen der Untersuchung wiederfinden wird.

Die vorliegende Arbeit untersucht zunächst die Problematik der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern *de lege lata* und analysiert die im Schrifttum als Lösungsansatz vorgebrachten Ansätze. Im Anschluss wird ein eigenständiger Ansatz entwickelt, der unter Berücksichtigung der Ergebnisse der vorhergehenden Untersuchungen die Problematik der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern entschärfen soll.

Im ersten Kapitel beschäftigt sich die Arbeit zunächst mit der Frage, wie der Aufsichtsrat in die Kompetenzverteilung innerhalb der Aktiengesellschaft einzuordnen ist und welche Erscheinungsformen das Organ hat. Aufbauend darauf wird der zentrale Begriff der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern herausgearbeitet und zur Fallgruppe des faktischen Aufsichtsratsmitglieds abgegrenzt. Im Anschluss folgt die Darstel-

10 Vgl. zu dieser Diskussion nur die Beiträge von *Buckel/Vogel*, ZIP 2014, 58 ff.; *Drygala/Gehling*, ZIP 2014, 1253 ff.; *Florstedt*, NZG 2014, 681 ff.; *Happ*, FS Hüffer, S. 293 ff.; *Kiefner/Seibel*, Der Konzern 2013, 310 ff.; *Lieder*, ZHR 178 (2014), 282 ff.; *Marsch-Barner*, FS K. Schmidt, S. 1109 ff.; *Schroeder/Pussar*, BB 2011, 1930 ff.; *Schürnbrand*, NZG 2013, 481 ff.; *E. Vetter*, ZIP 2012, 701 ff. Zur grundsätzlichen Diskussion der Reform des Beschlussmängelrechts siehe *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, AG 2008, 617 ff.; *Bayer/Fiebelkorn*, ZIP 2012, 2181 ff.; *Habersack/Stilz*, ZGR 2010, 710 ff.; *K. Schmidt*, AG 2009, 248 ff.

11 BGHZ 196, 195.

lung der relevanten Grundlagen des Beschlussmängelrechts für Aufsichtsratsmitglieder. Genauer betrachtet werden hier insbesondere relevante Fälle von Beschlussmängeln und die Folgen einer erfolgreichen Beschlussmängelklage. Abschließend erfolgt eine Eingrenzung der verschiedenen Erscheinungsformen des Aufsichtsrats im Hinblick auf ihre Relevanz für die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern.

Das zweite Kapitel behandelt die zur fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern bestehende Rechtsprechung. Zunächst zeichnet die Arbeit den Verlauf der höchstrichterlichen Rechtsprechung nach, insbesondere wie sich im Laufe der Jahre die Beurteilung der Fallgruppe entwickelt und verändert hat. Anschließend wird die instanzgerichtliche Rechtsprechung, insbesondere der jüngeren Vergangenheit, beleuchtet, die auch dem Grundsatzurteil des BGH vorausging. Zentrales Element dieses Kapitels ist jedoch die Darstellung und Analyse des Grundsatzurteils des BGH.¹² Nach der Darstellung der Ausgangslage des Falls folgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Aussagen des BGH. Diese werden daraufhin untersucht und kritisch hinterfragt, ob der Lösungsansatz des BGH ein tragfähiges Konzept für die Problematik der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern bietet. Die Analyse ist von elementarer Bedeutung, da das BGH-Urteil den Ausgangspunkt für die Einordnung der Nichtigkeitsfolgen einer erfolgreichen Beschlussmängelklage in der Rechtspraxis bildet. Auf die Ergebnisse wird im Laufe der Arbeit vielfach zurückzukommen sein. Sie bilden insbesondere die Grundlage für die Untersuchung in Kapitel 3.

Aufbauend auf den Ergebnissen zu dem in Kapitel 2 besprochenen BGH-Urteil werden im Kapitel 3 die Folgen der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern untersucht. Dies bezieht Überlegungen sowohl für den Fall einer erfolgreichen Beschlussmängelklage als auch für den Schwebezustand nach Erhebung der Klage und vor der rechtskräftigen Entscheidung ein. Zunächst sind allgemeine Einflussfaktoren auf die Auswirkungen der fehlerhaften Bestellung Gegenstand der Darstellung. Untersucht werden die Relevanz der Anzahl betroffener Aufsichtsratsmitglieder und der Zeitpunkt der Geltendmachung. Die Arbeit greift auch die Problematik der missbräuchlichen Geltendmachung von Beschlussmängelklagen durch sog. „räuberische Aktionäre“ und Berufskläger auf. Die insbesondere für die betroffenen Organe relevante Frage, welche Pflichten sie im

12 BGHZ 196, 195.

Fall einer fehlerhaften Bestellung treffen und welche Auswirkungen ihr Handeln insbesondere im Hinblick auf die ungeklärte Rechtslage hat, wird ebenfalls thematisiert.

Im zweiten Teil des 3. Kapitels sind die einzelnen Kompetenzen des Aufsichtsrats zentraler Gegenstand der Untersuchung. Sie werden dahingehend analysiert ob und ggf. welche Auswirkungen sich aus einer erhobenen Beschlussmängelklage ergeben und was im Fall eines der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage stattgebenden Urteils für Auswirkungen drohen. Als zentrale Untersuchungsgegenstände seien hier nur der Jahresabschluss, die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern, Zustimmungsvorbehalte für Entscheidungen des Vorstands und hauptversammlungsrelevante Kompetenzen herausgegriffen. Die Kompetenzen des Aufsichtsrats sind weitreichend. Es ergibt sich ein komplexes Bild an Untersuchungsgegenständen, deren Beurteilung hinsichtlich der Auswirkungen im Fall einer fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern nicht einheitlich ist. Die jeweiligen Kompetenzen werden zunächst kurz dargestellt und eingeordnet um anschließend die auftretenden Auswirkungen zu analysieren. Maßstab sind hier die vom BGH in seinem Grundsatzurteil aufgestellten Kriterien zur Behandlung der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern.

Das vierte Kapitel behandelt Lösungsansätze aus Literatur und Rechtsprechung, die durch die Anwendung allgemeiner Grundsätze und Lehren eine Lösung der Problematik der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern erreichen wollen. Als wichtigster Lösungsansatz ist hier die Lehre vom fehlerhaften Organ zu nennen.¹³ Entgegen der ablehnenden Haltung des BGH wird diese von weiten Teilen der Literatur und auch von Teilen der Rechtsprechung auf die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern angewendet. Insbesondere, da die Lehre vom fehlerhaften Organ nach herrschender Ansicht bereits auf den Vorstand der Aktiengesellschaft angewendet wird, erfährt dieser Lösungsansatz eine besondere Würdigung.¹⁴ Die dogmatischen Grundlagen sowie die Anwendbarkeit der Lehre werden analysiert und kritisch dahingehend beleuchtet, ob sie

13 *Happ*, FS Hüffer, S. 293, 304; *Lieder*, ZHR 178 (2014), 282, 297 ff.; *MüKo/Habersack*, § 101, Rn. 70; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 286.

14 BGHZ 41, 282, 287; BGHZ 196, 195, 204; *Bayer/Lieder*; NZG 2012, 1, 3; *Baums*, Der Geschäftsleitungsvertrag, S. 158 ff.; *Fleischer*; AG 2004, 517, 518; *Hüffer/Koch*, § 84, Rn. 12 f.; *KK/Mertens/Cahn*, § 84, Rn. 30; *Lieder*,

eine überzeugende Lösung darstellt. Neben der Lehre vom fehlerhaften Organ werden auch punktuelle Ansätze behandelt, wie beispielsweise die Begrenzung der Nichtigkeitsfolgen für den Jahresabschluss, und hinsichtlich der Tauglichkeit als Lösung bewertet.

Das fünfte Kapitel setzt die Untersuchung aus dem vierten Kapitel im Hinblick auf bestehende gerichtliche Verfahren *de lege lata* fort. Diskutiert werden hier namentlich die gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern gem. § 104 AktG, der einstweilige Rechtsschutz und das Freigabeverfahren gem. § 246a AktG.

Das sechste Kapitel entwickelt, aufbauend auf den Ergebnissen der Untersuchung, einen eigenen Lösungsansatz. Wie sich zeigen wird, können die in den vorherigen Kapiteln diskutierten Ansätze nicht überzeugen und vermögen es nicht, für die Beteiligten einen Zustand herzustellen, der alle Interessen angemessen berücksichtigt. Nach einer kurzen Bestandsaufnahme folgt daher eine Analyse der Interessenlage der Beteiligten. Ziel einer Neuregelung ist es, die widerstreitenden Interessen, insbesondere das Bestandsinteresse der Gesellschaft und das Interesse der Aktionäre an der Durchsetzung ihrer individuellen Interessen, zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Aufbauend auf den Ergebnissen werden die Grundlagen einer Neuregelung herausgearbeitet. Zentraler Aspekt ist die Antragspflicht und die damit verbundene Wirkung der Beschlussmängelklagen. Die Arbeit verfolgt hier den Weg einer Antragspflicht des Aktionärs und einer damit verbundenen *ex nunc*-Wirkung der Beschlussmängelklagen im Hinblick auf Klagen gegen Wahlbeschlüsse der Hauptversammlung für Aufsichtsratsmitglieder. Die bestehenden Verfahren des § 104 AktG, der einstweilige Rechtsschutz nach der ZPO und dem FamFG sowie das Freigabeverfahren scheiden als Grundlage für eine Neuregelung aus. Im Anschluss wird die konkrete Ausgestaltung der Neuregelung ausgearbeitet. Vorgeschlagen wird, dem Gericht die Möglichkeit zu eröffnen, das betroffene Aufsichtsratsmitglied zu bestätigen oder die Bestellung zu suspendieren und anstelle des betroffenen, fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitglieds ein Ersatzmitglied zu bestellen. Im Rahmen des Tatbestands, der die Leitlinie für die Entscheidung bildet, werden die Interessen der Beteiligten berücksichtigt, indem zwischen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen differenziert wird.

ZHR 178 (2014), 282, 294; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 360; *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, S. 473 ff.; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 267 ff.

Kapitel 1: Grundlagen

I. Einordnung und Begriff des fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitglieds

1. Der Aufsichtsrat im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft

Die in den §§ 76-147 AktG geregelte Verfassung der Aktiengesellschaft bestimmt die innere Ordnung der Gesellschaft und ist weitgehend zwingendes Recht.¹⁵ Sie legt die notwendig zu bildenden Organe fest und bestimmt die zwischen ihnen bestehende Kompetenzverteilung. Als notwendige Organe sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung vorgesehen, auch wenn das Gesetz es jedenfalls für den Aufsichtsrat nicht ausdrücklich anordnet.¹⁶ Ergänzend können auch Beiräte oder ähnliche Organe, wie beispielsweise Verwaltungsräte oder Aktionärsausschüsse, eingerichtet werden; diesen dürfen jedoch nicht die Aufgaben des Aufsichtsrats übertragen werden und können nur auf schuldrechtlicher, nicht auf satzungsmäßiger Ebene gebildet werden.¹⁷ Für die zwingend zu bildenden Organe ergibt sich eine erste Kompetenzabgrenzung aus der Teilung zwischen den Aktionären, die in der Hauptversammlung vereint sind und der Verwaltung der Gesellschaft, die aus dem Vorstand und dem Aufsichtsrat besteht.¹⁸ Die Hauptversammlung ist als Versammlung der Aktionäre insbesondere zuständig für grundlegende Entscheidungen und die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder. Somit wird gewährleistet, dass die Entscheidungen der Verwaltung durch ein durch die Anteilseigner legitimiertes Organ kontrolliert werden. Die Verwaltungs-

15 MüKo/*Spindler*, Vor. § 76 AktG, Rn. 1 f.; dies kommt auch durch die Regelung des § 23 Abs. 5 AktG zur Geltung, wonach die Satzung der Aktiengesellschaft grundsätzlich nur bei gesetzlich festgelegten Ausnahmen vom Gesetz abweichen darf.

16 Großkomm AktG/*Hopt/Roth*, § 95, Rn. 35; Hüffer/*Koch*, § 95, Rn. 1; KK/*Mertens/Cahn*, § 95, Rn. 7; MüKo/*Habersack*, § 95 AktG, Rn. 5; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 7; Wachter/*Schick*, § 95, Rn. 1; dieser Grundsatz war bereits anerkannt, bevor mit dem Aktiengesetz 1937 die weitgehend zwingende Kompetenzverteilung eingeführt wurde, vgl. RGZ 48, 40, 42.

17 *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, S. 61 ff.; MüKo/*Habersack*, § 95, Rn. 6.

18 MüKo/*Spindler*, Vor § 76, Rn. 4.