

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 513

# Die unternehmerische Verantwortung des Aufsichtsrats

Von

Joachim Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

JOACHIM SCHMIDT

Die unternehmerische Verantwortung des Aufsichtsrats

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 513

# Die unternehmerische Verantwortung des Aufsichtsrats

Von

Joachim Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bayreuth  
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-15986-4 (Print)  
ISBN 978-3-428-55986-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Ehefrau und meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der juristischen Klärung der unternehmerischen Verantwortung des Aufsichtsrats in Aktiengesellschaften. Sie entstand im Zeitraum von mehreren Jahren neben meiner Berufstätigkeit als Rechtsanwalt. Im Wintersemester 2019/2020 wurde diese Arbeit von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen.

Die Schnelllebigkeit des Aktienrechts hat dazu geführt, dass dieses Werk im Verlauf seiner Entstehung stetig aktualisiert werden musste. Im Zuge der letzten Überarbeitung vor der Veröffentlichung haben die bis Anfang März 2020 in Kraft getretenen gesetzlichen Neuerungen Berücksichtigung gefunden.

Meinem hochverehrten Doktorvater Herrn Professor Dr. Karl-Georg Loritz danke ich sehr herzlich für die Anregung des Themas und die Betreuung der Dissertation. Während der Erstellung dieser Arbeit stand er mir stets mit wertvollen Ratschlägen zur Seite und gewährte mir zugleich die für ihre Anfertigung notwendige akademische Freiheit. Frau Professorin Dr. Jessica Schmidt danke ich für die Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Schließlich gilt mein größter Dank meinen Eltern, Herrn Axel-Wolfgang Schmidt und Frau Christine Heinlein-Schmidt, die mir meine gesamte Ausbildung ermöglicht haben, sowie meiner Ehefrau Anica Schmidt für ihre unermüdliche Geduld und ihren steten Rückhalt. Sie alle haben mich während meiner gesamten Promotionszeit in jeder Hinsicht unterstützt und maßgeblich zum Gelingen der Dissertation beigetragen. Ihnen widme ich dieses Buch.

Frankfurt am Main, im März 2020

*Joachim Schmidt*





# Inhaltsübersicht

<b>Einführung</b> .....	29
§ 1 Anlass der Untersuchung .....	29
A. „Verantwortung“ im allgemeinen Sprachgebrauch und als Rechtsbegriff ....	29
B. Der Bedeutungswandel des Aufsichtsrats .....	30
§ 2 Ziel der Untersuchung und Vorgehensweise .....	35
§ 3 Forschungsstand und Notwendigkeit der Untersuchung .....	37

## *1. Kapitel*

<b>Generelle Handlungsmaximen des Aufsichtsrats</b>	38
§ 4 Vorbemerkung .....	38
§ 5 Gesellschafts- und Unternehmensinteresse .....	41
A. Die Lehre von der Ziellosigkeit des Verwaltungshandelns .....	41
B. Die einheitliche Bindung der Organe an das Gesellschafts- bzw. Unternehmensinteresse .....	43
C. Das Gesellschaftsinteresse .....	44
D. Die dogmatische Rechtfertigung und Grundlage des Unternehmensinteresses.	55
E. Die inhaltliche Bestimmung des Unternehmensinteresses .....	102
F. Stellungnahme und eigener Ansatz .....	178
§ 6 Folgerungen für unternehmerische Entscheidungen und die Ermessensausübung des Aufsichtsrats .....	198
A. Leitungstätigkeit des Aufsichtsrats .....	200
B. Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats .....	202
C. Keine Maßstabsverschiebung durch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG .....	207
§ 7 Zwischenergebnis .....	209

## *2. Kapitel*

<b>Überwachungs- und Mitentscheidungsfunktionen des Aufsichtsrats</b>	210
§ 8 Die Überwachungsfunktionen des Aufsichtsrats .....	210
A. Kontrolle und Überwachung der Geschäftsführung des Vorstandes .....	211
B. Die Durchführung der Überwachung .....	251
C. Schranken der Überwachung: „Überwachung des Aufsichtsrats durch den Vorstand?“ .....	266

§ 9 Die Leitungsfunktionen des Aufsichtsrats	268
A. Grundsatz: Geschäftsführungsverbot des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 4 S. 1 AktG)	269
B. Zustimmungsvorbehalte (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG)	270
C. Mitwirkung bei weiteren Geschäftsführungsmaßnahmen	279
§ 10 Die Personalverantwortung des Aufsichtsrats	286
A. Bestellung und Wiederbestellung des Vorstands (§ 84 Abs. 1 AktG)	287
B. Widerruf der Bestellung des Vorstands (§ 84 Abs. 3 AktG) und Suspendierung	290
C. Anstellungsvertrag für Vorstandsmitglieder	292
D. Ausgestaltung und Herabsetzung der Vergütung (§ 87 Abs. 1 und 2 AktG)	294
E. Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand (§ 77 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 AktG)	300

### *3. Kapitel*

<b>Verantwortung des Aufsichtsrats in eigenen Angelegenheiten</b>	302
§ 11 Die Auswahl der Mitglieder des Aufsichtsrats	302
A. Persönliche Anforderungen	303
B. Bestellungshindernis bei Interessenkollisionen?	304
C. Qualifikation und Expertise von Aufsichtsratsmitgliedern	333
D. Gestaltung der Aufsichtsratsbesetzung durch Satzungsregelungen	341
§ 12 Die effiziente Organisation des Aufsichtsrats	343
A. Ausschussbildung	343
B. Ausschussarten	345
C. Ausschussbesetzung und Auswahl geeigneter Ausschussmitglieder	349
D. Aufsichtsratsorganisation durch Satzung und Geschäftsordnung	352

### *4. Kapitel*

<b>Handlungsfelder und Handlungsoptionen</b>	353
§ 13 Aktionäre	353
A. Verbreiterung der Aktionärsbasis und gewandeltes Aktionärsverhalten	355
B. Aktionärsaktivismus	356
C. Rolle des Aufsichtsrats	363
D. Gewinnung von Ankeraktionären	397
§ 14 Vorstand	409
A. Erlaubtes Risiko und Risikosteuerung	410
B. Investitionspolitik	421
C. Finanzierung	422
<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>	430
A. Aktienrechtliche Leitmaxime	430
B. Funktionen des Aufsichtsrats	433
C. Zusammensetzung, Organisation und Arbeitsweise des Aufsichtsrats	435

D. Zusammenwirken des Aufsichtsrats mit Aktionären und Vorstand .....	436
E. Resümee und Ausblick .....	438
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>440</b>
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	<b>475</b>



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	29
§ 1 Anlass der Untersuchung .....	29
A. „Verantwortung“ im allgemeinen Sprachgebrauch und als Rechtsbegriff .....	29
B. Der Bedeutungswandel des Aufsichtsrats .....	30
I. Entwicklungen in der Gesetzgebung .....	31
II. Entwicklungen in der Rechtsprechung .....	33
III. Praktische Veränderungen .....	34
IV. Folgerungen .....	34
§ 2 Ziel der Untersuchung und Vorgehensweise .....	35
§ 3 Forschungsstand und Notwendigkeit der Untersuchung .....	37

## *1. Kapitel*

<b>Generelle Handlungsmaximen des Aufsichtsrats</b> .....	38
§ 4 Vorbemerkung .....	38
§ 5 Gesellschafts- und Unternehmensinteresse .....	41
A. Die Lehre von der Ziellosigkeit des Verwaltungshandelns .....	41
B. Die einheitliche Bindung der Organe an das Gesellschafts- bzw. Unternehmensinteresse .....	43
C. Das Gesellschaftsinteresse .....	44
I. Bedeutung des Gesellschaftszwecks .....	45
II. Unterscheidung von Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand ..	46
III. Verhältnis von Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand .....	47
IV. Erwerbswirtschaftliche Ausrichtung der Aktiengesellschaft .....	49
V. Zwischenergebnis: Inhalt des Gesellschaftszwecks .....	53
VI. Inhalt des Gesellschaftsinteresses .....	54
VII. Zielmonistische Auffassung .....	54
D. Die dogmatische Rechtfertigung und Grundlage des Unternehmensinteresses ..	55
I. Das „Unternehmen an sich“ .....	56
II. Implizite Fortgeltung des § 70 Abs. 1 AktG 1937? .....	58

III. Verfassungsrechtliche Determination .....	61
1. Ableitung aus der Sozialbindung des Art. 14 Abs. 2 GG .....	61
2. Ableitung aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG .....	65
3. Ableitung aus einer verfassungsrechtlich gebotenen Wirtschaftsordnung .....	65
4. Zwischenergebnis .....	66
IV. Materielle Vorgaben des Mitbestimmungsrechtes .....	66
1. Das Mitbestimmungsurteil des BVerfG .....	67
2. Kritik an der unternehmerischen Mitbestimmung des MitbestG .....	68
3. Deutung des MitbestG 1976 in der Literatur .....	70
4. Stellungnahme .....	72
V. Ansätze im Schrifttum nach Inkrafttreten des MitbestG 1976 .....	76
1. Die Sozialverbandstheorie Raisers .....	77
2. Schillings Lehre vom Aktienunternehmen .....	79
3. Zwischenergebnis .....	81
VI. Theorie vom verfassten Unternehmen (Flume) .....	82
1. Der Ansatz Flumes .....	82
2. Stellungnahme .....	84
VII. Auswirkungen des Deutschen Corporate Governance Kodex .....	85
1. Deutscher Corporate Governance Kodex mit Gesetzeskraft? .....	88
2. Keine satzungsgleiche Wirkung .....	89
3. Kein Handelsbrauch .....	89
4. Entscheidung über die Befolgung als unternehmerische Entscheidung .....	90
5. Auswirkungen auf §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG? .....	91
a) Begründungsansatz .....	91
b) Stellungnahme .....	92
6. Befolgungszwang aufgrund drohender Anfechtbarkeit von Hauptver- samlungsbeschlüssen? .....	96
7. Befolgungszwang durch § 823 Abs. 2 BGB? .....	98
8. Stellungnahme .....	99
VIII. Business Judgement Rule .....	99
IX. Zwischenergebnis .....	102
E. Die inhaltliche Bestimmung des Unternehmensinteresses .....	102
I. Frühere Literaturansätze .....	102
1. Eigenständiges Unternehmensinteresse .....	103
a) Der Ansatz Flumes .....	103
b) Der Ansatz Raisers .....	104
c) Der Ansatz Raisch' .....	105
d) Der Ansatz Mertens' .....	106
2. Kein eigenständiges Unternehmensinteresse (Schilling) .....	108

3. Prozedurales Verständnis (Brinkmann)	109
a) Begründungsansatz	109
b) Stellungnahme	112
4. Weitere Auffassungen	112
a) Der Ansatz Junges	113
b) Der Ansatz Rittners	114
5. Stellungnahme	116
II. Moderne Literaturansätze	117
1. Ausrichtung am Shareholder Value-Konzept	118
a) Inhalt und Ziel des Shareholder Value-Ansatzes	120
aa) Berechnung des Shareholder Value	121
bb) Anlegerorientierung beim Shareholder Value-Ansatz	124
cc) Strategieimplikationen beim Shareholder Value-Ansatz	125
dd) Ansichten in der Literatur	127
b) Kompatibilität von Shareholder Value und Aktienrecht?	132
aa) Verstärkte Kapitalmarktorientierung im Aktienrecht	132
bb) Anerkennung der Verkehrsfähigkeit der Aktie in der Rechtsprechung	136
cc) Verbandsrechtliche oder kapitalmarktorientierte Mitgliedschaft des Aktionärs	140
dd) Widerspruch der portfoliotheoretischen Anlegerorientierung zum verbandsrechtlichen Ansatz?	144
ee) „Gewinnerzielung“ als Bestandteil des verbandsrechtlichen Zwecks	147
(1) Betriebsgewinn	148
(2) Bilanzgewinn und Jahresüberschuss	149
(3) Rentabilität	150
(4) Unternehmens- und Eigenkapitalwert	151
(5) Der Ansatz Mülberts	156
(6) Stellungnahme	158
ff) Dividendenauskehrungen als Teil des Verbandszwecks?	160
c) Zwischenergebnis	163
2. Ausrichtung an den Interessen der Stakeholder	165
a) Die Ansicht Mertens' und Cahns	165
b) Die Ansicht Korts	167
c) Die Ansicht Kochs	171
3. Vermittelnde Ansichten	172
a) Die Ansicht Spindlers	172
b) Die Ansicht Fleischers	173
c) Die Ansicht Seibts	173
d) Die Ansicht Webers	174



4. Zwischenergebnis zu 2. und 3. ....	175
F. Stellungnahme und eigener Ansatz .....	178
I. Bewertung der bisherigen Ansätze in der Literatur .....	178
II. Eigener Ansatz zur Herleitung und Bestimmung einer aktienrechtlichen Leitmaxime .....	181
1. Inhalt des § 87 Abs. 1 S. 2 AktG .....	181
a) Regelungsgehalt des § 87 Abs. 1 S. 2 AktG a.F. ....	182
b) Novellierung des § 87 Abs. 1 S. 2 AktG durch das ARUG II .....	185
2. Ableitung einer Leitmaxime aus § 87 Abs. 1 S. 2 AktG .....	187
a) Bisherige Stellungnahmen in der Literatur .....	187
b) Auswirkung auf das Kompetenzgefüge zwischen Aufsichtsrat und Vorstand .....	188
c) Telos der Norm und Verhaltensanreize .....	190
d) Beschränkung auf börsennotierte Aktiengesellschaften .....	191
e) Inhalt der hier vertretenen Leitmaxime .....	192
f) Der Einfluss von Corporate Social Responsibility .....	195
g) Charakter dieser Leitmaxime .....	197
§ 6 Folgerungen für unternehmerische Entscheidungen und die Ermessensausübung des Aufsichtsrats .....	198
A. Leitungstätigkeit des Aufsichtsrats .....	200
B. Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats .....	202
I. „Überwachungsermessen“ des Aufsichtsrats? .....	202
II. Beachtung des vorstandseigenen Ermessensspielraums .....	204
III. Einschreiten bei ermessensfehlerhaften Entscheidungen des Vorstands ..	205
C. Keine Maßstabsverschiebung durch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG .....	207
§ 7 Zwischenergebnis .....	209

## *2. Kapitel*

<b>Überwachungs- und Mitentscheidungsfunktionen des Aufsichtsrats</b> .....	210
§ 8 Die Überwachungsfunktionen des Aufsichtsrats .....	210
A. Kontrolle und Überwachung der Geschäftsführung des Vorstandes .....	211
I. Wesentliche Überwachungsgegenstände .....	213
1. Überwachungsgegenstände aus der Berichterstattungspflicht des § 90 Abs. 1 AktG .....	213
a) Informationsmonopol des Vorstands? .....	215
b) Zulässigkeit des direkten Kontaktes zu Mitarbeitern .....	217
2. Jahresabschluss und Abhängigkeitsbericht .....	219
3. Besetzung und Wirken des Vorstands .....	219

II. Zu überwachender Personenkreis .....	220
III. Einzelne Überwachungsmaßstäbe .....	221
1. Legalitätspflicht .....	221
a) Aktienrechtliche Kompetenzordnung .....	223
aa) Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten .....	224
bb) Keine unzulässige Delegation von Vorstandsaufgaben .....	225
(1) Horizontale Delegation .....	225
(2) Vertikale Delegation .....	227
(3) Externe Delegation .....	228
b) Externes Legalitätsprinzip .....	229
aa) Nützliche Rechtsverletzungen (efficient breach of law)? .....	230
bb) Anwendung ausländischen Rechts .....	232
cc) Unklare oder streitige Rechtslage .....	232
dd) Bewusstes Abweichen von einer ständigen Rechtsprechung .....	235
ee) Rechtfertigende Pflichtenkollisionen? .....	236
ff) Nützliche Vertragsverletzungen (efficient breach of contract)? .....	237
2. Ordnungsmäßigkeit und Beachtung gesetzlicher Organisationspflichten .....	239
a) Unternehmensplanung .....	239
b) Gesetzliche Organisationspflichten .....	240
aa) Risikofrüherkennungssystem .....	241
bb) Compliance-System .....	244
cc) Interne Revision .....	250
3. Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit .....	251
B. Die Durchführung der Überwachung .....	251
I. Kontrolldichte .....	252
II. Zeitliche Dimensionen .....	255
1. Vergangenheitsbezogene Kontrolle .....	255
2. Zukunftsbezogene Kontrolle .....	256
III. Einwirkungsmöglichkeiten .....	257
1. Stellungnahmen und Beanstandungen .....	258
2. Einsichts- und Prüfungsrechte nach § 111 Abs. 2 S. 1 und 2 AktG .....	258
3. Beauftragung des Abschlussprüfers (§ 111 Abs. 2 S. 3 AktG) .....	259
4. Einberufung einer Hauptversammlung (§ 111 Abs. 3 AktG) .....	260
5. Ad hoc-Zustimmungsvorbehalt (§ 111 Abs. 4 AktG) .....	261
6. Zulässigkeit eines innergesellschaftlichen Organstreits? .....	262
7. Antikorruptionsuntersuchungen .....	263
C. Schranken der Überwachung: „Überwachung des Aufsichtsrats durch den Vorstand?“ .....	266
§ 9 Die Leitungsfunktionen des Aufsichtsrats .....	268
A. Grundsatz: Geschäftsführungsverbot des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 4 S. 1 AktG) .....	269

B. Zustimmungsvorbehalte (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG) .....	270
I. Geschäfte grundlegender Art .....	271
II. Teilhabe an der Unternehmensplanung durch Zustimmungsvorbehalte .....	274
III. Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung .....	276
IV. Folgen einer Zuwiderhandlung des Vorstands .....	278
C. Mitwirkung bei weiteren Geschäftsführungsmaßnahmen .....	279
I. Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses .....	279
1. Verfahren .....	279
2. Prüfungsmaßstäbe .....	281
3. Bericht an die Hauptversammlung (§ 171 Abs. 2 AktG) .....	283
II. Ausnutzung eines genehmigten Kapitals .....	285
III. Erklärungspflicht zum Deutschen Corporate Governance Kodex (§ 161 Abs. 1 S. 1 AktG) .....	286
§ 10 Die Personalverantwortung des Aufsichtsrats .....	286
A. Bestellung und Wiederbestellung des Vorstands (§ 84 Abs. 1 AktG) .....	287
I. Gesetzliche Anforderungen an die Auswahl der Vorstandsmitglieder .....	288
II. Unternehmerische Maßstäbe zur Auswahl der Vorstandsmitglieder .....	289
B. Widerruf der Bestellung des Vorstands (§ 84 Abs. 3 AktG) und Suspendierung .....	290
C. Anstellungsvertrag für Vorstandsmitglieder .....	292
D. Ausgestaltung und Herabsetzung der Vergütung (§ 87 Abs. 1 und 2 AktG) .....	294
E. Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand (§ 77 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 AktG) .....	300

### 3. Kapitel

#### **Verantwortung des Aufsichtsrats in eigenen Angelegenheiten** 302

§ 11 Die Auswahl der Mitglieder des Aufsichtsrats .....	302
A. Persönliche Anforderungen .....	303
B. Bestellungshindernis bei Interessenkollisionen? .....	304
I. Gesellschaftsrechtliche Treue- und Loyalitätspflicht .....	304
1. Treuepflicht bei der Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats .....	306
2. Treuepflicht außerhalb der Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats .....	307
II. Fallbeispiele .....	307
1. Vertreter von Konkurrenzunternehmen .....	308
a) Die Auffassung der herrschenden Meinung .....	309
b) Die Auffassung Lutters .....	310
c) Stellungnahme .....	310
d) Tatbestandskonturierung .....	312
aa) Wettbewerbssituation .....	312

bb) Personenkreis .....	316
2. Vertreter von Banken .....	323
a) Die Auffassungen in der Literatur .....	326
b) Stellungnahme .....	329
c) Sonderfall: Feindliche Übernahmen .....	330
aa) Die Auffassungen in der Literatur .....	331
bb) Stellungnahme .....	331
C. Qualifikation und Expertise von Aufsichtsratsmitgliedern .....	333
I. Der unabhängige Finanzexperte (§ 100 Abs. 5 Hs. 1 AktG) .....	333
II. Sektorvertraulichkeit (§ 100 Abs. 5 Hs. 2 AktG) .....	334
1. Sektor .....	334
2. Vertraulichkeit .....	336
III. Ungeschriebene Anforderungen an die Sachkompetenz .....	336
IV. Notwendigkeit von Spezialwissen .....	338
V. Folgerungen für die Aufsichtsratsarbeit .....	339
D. Gestaltung der Aufsichtsratsbesetzung durch Satzungsregelungen .....	341
§ 12 Die effiziente Organisation des Aufsichtsrats .....	343
A. Ausschussbildung .....	343
B. Ausschussarten .....	345
I. Personalausschuss .....	345
II. Aufsichtsratspräsidium .....	346
III. Nominierungsausschuss .....	346
IV. Prüfungsausschuss .....	347
V. Finanz- und Investitionsausschuss .....	348
VI. Ad hoc-Ausschuss .....	348
C. Ausschussbesetzung und Auswahl geeigneter Ausschussmitglieder .....	349
I. Prüfungsausschuss .....	349
II. Weitere Ausschüsse .....	350
III. Beteiligung der Arbeitnehmervertreter .....	351
D. Aufsichtsratsorganisation durch Satzung und Geschäftsordnung .....	352

*4. Kapitel*

**Handlungsfelder und Handlungsoptionen** 353

§ 13 Aktionäre .....	353
A. Verbreiterung der Aktionärsbasis und gewandeltes Aktionärsverhalten .....	355
B. Aktionärsaktivismus .....	356
I. Ausübung von Aktionärsrechten .....	358
II. Handlungsweisen außerhalb des Aktienrechts .....	359

III. Die zunehmende Bedeutung von Stimmrechtsberatern .....	361
C. Rolle des Aufsichtsrats .....	363
I. Kapitalmarktkommunikation und Aktionärsdialog des Aufsichtsrats .....	363
1. Zuständigkeit .....	364
2. Zulässigkeit .....	365
a) Aufsichtsrat als reines Innenorgan? .....	366
b) Teleologische Reduktion von §§ 77 Abs. 1, 111 Abs. 4 AktG .....	367
3. Schranken .....	369
4. Insbesondere: Gleichbehandlungsgebot .....	373
5. Ergebnis .....	374
II. Investorenvereinbarungen mit der Gesellschaft .....	375
1. Rechtsnatur und Zuständigkeit .....	375
2. Entäußerung von Leitungskompetenzen und Vorwegbindung des Vorstands .....	376
3. Stellungnahme .....	378
4. Einzelne Vertragsinhalte .....	379
a) Vorschlag einer Dividende an die Hauptversammlung .....	380
b) Veräußerung von Vermögensgegenständen der Gesellschaft .....	382
c) Verschaffung vertraulicher Unternehmensinformationen .....	384
aa) Konkretes Auskunftsverlangen .....	384
bb) Generelle Auskunftserteilung über vertrauliche Informationen .....	385
d) Nichtausnutzen eines genehmigten Kapitals und die Entscheidungen der Münchener Gerichte .....	386
e) Abgabe von Gewährleistungen und Haftungsansprüche .....	387
aa) Gesetzliche Haftungsansprüche und Kapitalerhaltungsgrundsatz .....	388
bb) Vertragliche Gewährleistungsansprüche .....	391
f) Vereinbarungen über die Gremienbesetzung .....	394
5. Fazit .....	396
III. Strategischer Umgang mit aktivistischen Aktionären .....	396
D. Gewinnung von Ankeraktionären .....	397
I. Restriktionen durch eine (aktienrechtliche) Neutralitätspflicht? .....	398
II. Barkapitalerhöhung und Bezugsrechtsausschluss .....	400
1. Barkapitalerhöhung nach § 182 AktG .....	400
2. Bezugsrechtsausschluss nach § 186 Abs. 3 AktG .....	401
a) Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen .....	401
b) Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen .....	402
III. Flankierende Investorenvereinbarung .....	408
IV. Fazit .....	408

§ 14 Vorstand .....	409
A. Erlaubtes Risiko und Risikosteuerung .....	410
I. Risikotypen .....	411
II. Risikomessung .....	412
1. Messung einzelbezogener Risiken .....	412
2. Messung bestandsbezogener Risiken .....	413
III. Risikosteuerung .....	414
IV. Folgerungen für unternehmerische Entscheidungen .....	414
1. Begrenzung durch den Unternehmensgegenstand .....	415
2. Begrenzung durch die aktienrechtliche unternehmerische Leitmaxime .....	416
3. Begrenzung durch die Business Judgement Rule .....	416
V. Überschuldungsabwehr und Bestandssicherung .....	418
VI. Liquiditätssicherung .....	420
B. Investitionspolitik .....	421
C. Finanzierung .....	422
I. Eigenkapitalfinanzierung .....	422
1. Zweck des Eigenkapitals .....	423
2. Angemessenheit der Eigenkapitalausstattung .....	424
II. Fremdkapitalfinanzierung .....	425
III. Finanzierung durch Mezzanine- bzw. Hybridkapital .....	427
IV. Fazit .....	429
<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....</b>	<b>430</b>
A. Aktienrechtliche Leitmaxime .....	430
B. Funktionen des Aufsichtsrats .....	433
C. Zusammensetzung, Organisation und Arbeitsweise des Aufsichtsrats .....	435
D. Zusammenwirken des Aufsichtsrats mit Aktionären und Vorstand .....	436
E. Resümee und Ausblick .....	438
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>440</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>475</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AktG 1937	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937
AktG 1965	Aktiengesetz vom 6. September 1965
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnSVG	Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	Artikel
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
ARUG II	Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)
Bankrechts-Hdb.	Bankrechts-Handbuch
BAnz AT	Amtlicher Teil des Bundesanzeigers
BayernLB	Bayerische Landesbank
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründer/Begründung
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BilMoG	Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz)
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz)
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BM	Betriebswirtschaftliche Mandantenbetreuung
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BOARD	BOARD – Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland
BörsG	Börsengesetz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BReg	Bundesregierung
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
CAPM	Capital Asset Pricing Model
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CEO	Chief Executive Officer
CSR	Corporate Social Responsibility
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DrittelB	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz)
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E	Entwurf
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
Entsch.	Entscheidung



ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ESTG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EUBestG	Gesetz zu dem Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EU-Bestechungsgesetz)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e. V.	eingetragener Verein
f.	folgende (Einzahl)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende (Mehrzahl)
FG	Freundesgabe
FMFG	Finanzmarktförderungsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FührposGleichberG	Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GmbH-StB	Der GmbH-Steuer-Berater
Großkomm. AktG	Großkommentar zum Aktiengesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Habil.	Habilitation
Hdb.	Handbuch
Hdb. AG	Beck'sches Handbuch der AG
Hdb. Kapitalmarktinformation	Handbuch der Kapitalmarktinformation
Hdb. Personengesellschaften	Handbuch der Personengesellschaften
Hdb. Vorstandsrecht	Handbuch des Vorstandsrechts
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Herv. d. Verf.	Hervorhebung durch den Verfasser
HGB	Handelsgesetzbuch
HGB 1900	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (in Kraft getreten am 1. Januar 1900)
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber

Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
IDW S1	Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InstitutsVergV	Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Institutsvergütungsverordnung)
IntBestG	Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung)
i. R. d.	im Rahmen des/im Rahmen der
IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
i. S. d.	im Sinne des/im Sinne der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
jurisPR-HaGesR	juris PraxisReport Handels- und Gesellschaftsrecht
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft/Kammergericht
KK	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
Kodex	Deutscher Corporate Governance Kodex
KOM	Europäische Kommission
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LA	Liber Amicorum
LBBW	Landesbank Baden-Württemberg
LG	Landgericht
lit.	litera
M&A	Mergers & Acquisitions
MAH Aktienrecht	Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht
MAR	Market Abuse Regulation (s. MMVO)
MaRisk	Rundschreiben 09/2017 der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht mit den Mindestanforderungen an das Risikomanagement v. 27.10.2017
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHdbArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MiFID II-RL	Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (MiFID II – Markets in Financial Instruments Directive)

MitbestG/MitbestG 1976	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz)
MMVO	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung)
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MontanMitbestGErgG	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
MPIfG	Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoGmbHG	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)
MüKoHGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MüKoInsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
MüKoKartellR	Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)
MüKoStGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MünchHdbGesR m. w. N.	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts mit weiteren Nachweisen
NaStraG	Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift Spezial
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
o. V.	ohne Verfasser
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RefE	Referententwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite
s.	siehe
SE	Societas Europaea
sog.	sogenannte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Tax-CAPM	Tax Capital Asset Pricing Model
TransPuG	Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz)
u. a.	und andere/unter anderem
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
umstr.	umstritten
UmwG	Umwandlungsgesetz
UN	United Nations (Vereinten Nationen)
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
Var.	Variante
VermAnlG	Gesetz über Vermögensanlagen (Vermögensanlagengesetz)
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VersVergV	Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich (Versicherungsvergütungsverordnung)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VW	Versicherungswirtschaft
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz)

WpPG	Gesetz über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichen ist (Wertpapierprospektgesetz)
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
zugl.	zugleich
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

# Einführung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der juristischen Klärung der unternehmerischen Verantwortung des Aufsichtsrats in Aktiengesellschaften und stellt seine Rechte und Pflichten in der heutigen Unternehmenspraxis von Aktiengesellschaften dar.

## § 1 Anlass der Untersuchung

### A. „Verantwortung“ im allgemeinen Sprachgebrauch und als Rechtsbegriff

„Verantwortung“ ist ein schillernder Begriff.<sup>1</sup> Etymologisch lässt er sich auf das lateinische *re-spondeo* zurückführen und mit „Rechenschaft ablegen“ oder „eine Frage beantworten“ übersetzen.<sup>2</sup> Sich für etwas zu verantworten war ursprünglich gleichbedeutend mit einem Gericht Rede und Antwort zu stehen, sich zu rechtfertigen und sein Handeln zu verteidigen.<sup>3</sup> Im Wesentlichen kann man an „Verantwortung“ zwei Bedeutungsdimensionen festmachen.<sup>4</sup> Die erste betrifft das Problem der Zurechnung – zumeist negativer – Handlungsfolgen<sup>5</sup>. Die zweite fragt danach, wer für die ordnungsgemäße Erledigung bestimmter Aufgaben verantwortlich ist.<sup>6</sup> Dabei geht es vorrangig um die Erhaltung oder Herstellung als positiv eingeschätzter Zustände. Verantwortung trifft dabei die unterschiedlichsten Adressaten: Regierungen, Zivilgesellschaften, Wissenschaft und Forschung, Eltern sowie nicht zuletzt Unternehmen gleich welcher Rechtsform.

Im Bürgerlichen Recht findet sich Verantwortung als Rechtsbegriff<sup>7</sup> vor allem im Familienrecht wieder.<sup>8</sup> Im Fall des § 1627 S. 1 BGB impliziert die eigene Verant-

---

<sup>1</sup> König, in: Böhler u. a., Zukunftsverantwortung, S. 374; zur Geschichte dieses Begriffs Bayertz, in: ders., Verantwortung, S. 3 ff.

<sup>2</sup> König, in: Böhler u. a., Zukunftsverantwortung, 374 (375).

<sup>3</sup> Heidbrink, Kritik der Verantwortung, S. 60.

<sup>4</sup> Vgl. Wiedemann, ZGR 2011, 183 (184); zur Entwicklung des Begriffs in der Philosophie siehe Heidbrink, Kritik der Verantwortung, S. 57 ff.

<sup>5</sup> Bayertz, in: ders., Verantwortung, 3 (5 f., 20).

<sup>6</sup> Bayertz, in: ders., Verantwortung, 3 (32).

<sup>7</sup> Zur Verantwortung als Rechtsbegriff vgl. Klement, Verantwortung, S. 34 ff., 193 ff.; zur Verantwortung von Geschäftsleitung und Gesellschaft vgl. Schmidt-Leithoff, Verantwortung, passim; Wiedemann, ZGR 2011, S. 183.

<sup>8</sup> Vgl. etwa §§ 1353 Abs. 1 S. 2, 1600 Abs. 4, 1627 S. 1 und § 1685 Abs. 2 BGB.

wortung der Eltern bei Ausübung der elterlichen Sorge die verfassungsrechtlich geschützte Vorrangstellung der Eltern nach Art. 6 Abs. 2 GG und zeigt auf, dass staatliche Eingriffe in das elterliche Erziehungsrecht subsidiär bleiben müssen.<sup>9</sup> Eltern tragen die persönliche vollständige Eigenverantwortung gegenüber dem Kind bei der Ausübung der elterlichen Sorge,<sup>10</sup> deren Maßstab das Wohl des Kindes ist.<sup>11</sup> Im Allgemeinen Zivilrecht ist von Verantwortung kaum, mehr jedoch von Verantwortlichkeit die Rede.<sup>12</sup> Verantwortlichkeit ist dabei zumeist mit Vertretenmüssen oder Haftung gleichzusetzen.<sup>13</sup>

Im Aktiengesetz kommt „Verantwortung“ als Rechtsbegriff nur im Zusammenhang mit der Leitungsverantwortung des Vorstands in § 76 Abs. 1 AktG vor. Ausübung der Leitungsaufgaben unter eigener Verantwortung bedeutet in diesem Kontext, nicht an Weisungen anderer Gesellschaftsorgane gebunden zu sein.<sup>14</sup> Der Vorstand trifft seine Leitungsentscheidungen folglich nach eigenem Ermessen.<sup>15</sup> Im Hinblick auf den Aufsichtsrat spricht das Gesetz nicht von Verantwortung, sondern nur – wie etwa in § 116 S. 1 AktG – von der Verantwortlichkeit, wenngleich mit dieser wiederum allein die Haftung des Aufsichtsrats angesprochen wird.<sup>16</sup> Demgegenüber konzentriert sich diese Arbeit, der Haftungsebene vorgelagert, auf die Verantwortung des Aufsichtsrats im Sinne der ordnungsgemäßen Erledigung der den Aufsichtsrat betreffenden Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung aktueller Probleme und Herausforderungen.

## B. Der Bedeutungswandel des Aufsichtsrats

Stärker als beim Vorstand wird beim Aufsichtsrat heute mehr denn je die Frage nach seiner Verantwortung aufgeworfen, hat sich doch seine Rolle in den vergangenen Jahrzehnten grundlegend geändert.<sup>17</sup> War diese lange Zeit überwiegend auf die

<sup>9</sup> Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1627 BGB, Rn. 5.

<sup>10</sup> Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1627 BGB, Rn. 6.

<sup>11</sup> Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, § 1627 BGB, Rn. 18.

<sup>12</sup> Vgl. etwa §§ 276, 278, 287, 645, 675 Abs. 2, 827, 828 Abs. 3, 831 Abs. 2, 832 Abs. 2, 834 S. 2 und § 837 BGB.

<sup>13</sup> Vgl. *Larenz*, Schuldrecht, S. 275 f., 295 f.; *Dreier*, in: Neumann/Schulz, Verantwortung in Recht und Moral, 9 (13).

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 5.5.2008 – II ZR 108/07, ZIP 2008, 1230 (1232); *Hüffer/Koch*, AktG, § 76 Rn. 25; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 76 AktG, Rn. 8; *Fleischer*, ZIP 2003, S. 1.

<sup>15</sup> *Hüffer/Koch*, AktG, § 76 Rn. 28; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 76 AktG, Rn. 10.

<sup>16</sup> Vgl. *Henssler*, in: ders./Strohn, Gesellschaftsrecht, § 116 AktG, Rn. 13; *Hüffer/Koch*, AktG, § 116 Rn. 1.

<sup>17</sup> Siehe dazu *Lutter*, in: Bayer/Habersack, Wandel, Bd. II, S. 398; *Vetter*, in: Fleischer u. a., 50 Jahre AktG, S. 103 ff.; *Lutter*, DB 2009, 775; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 2 Rn. 46 ff.

eines bloßen Kontrollgremiums beschränkt, wird ihm zunehmend die Funktion des „Mitunternehmers“<sup>18</sup> in der Aktiengesellschaft zugesprochen.

### I. Entwicklungen in der Gesetzgebung

Eine Determinante dieser Entwicklung ist die Verabschiedung des KonTraG<sup>19</sup> im Jahr 1998. Dieses novellierte § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG und erweiterte die Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat auf grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung). Zur Begründung wies der Gesetzgeber darauf hin, dass die Kontrolle des Aufsichtsrats auch zukunftsgerichtet sein müsse.<sup>20</sup> Das KonTraG<sup>21</sup> erstreckte ferner die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats auf das vom Vorstand einzurichtende Risikomanagementsystem nach § 91 Abs. 2 AktG und verschaffte ihm in § 111 Abs. 2 S. 3 AktG die Zuständigkeit, dem Abschlussprüfer den Prüfungsauftrag für den Jahres- und Konzernabschluss zu erteilen.

Das TransPuG<sup>22</sup> aus dem Jahr 2002 dehnte die Befugnisse des Aufsichtsrats weiter aus, indem die in § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG enthaltene Berichtspflicht des Vorstands sich nun auch auf Abweichungen der tatsächlichen Entwicklung der Aktiengesellschaft von früheren Planungen erstreckt wurde. Außerdem muss der Aufsichtsrat nun gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte verabschieden. Das zuvor eingeräumte Ermessen über die Verabschiedung eines solchen Katalogs war dadurch entfallen.<sup>23</sup> Ferner wurde in § 116 S. 2 AktG eine Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verankert. Schließlich müssen Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft nach § 161 AktG jährlich erklären, dass den vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Bundesanzeiger bekannt gemachten Empfehlungen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht. Im Fokus der Empfehlungen des damit angesprochenen Deutschen Corporate Governance Kodex<sup>24</sup> steht der Aufsichtsrat.<sup>25</sup> Dieser hebt seine Rolle im Rahmen der

---

<sup>18</sup> Lutter, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, S. 398 (427); ablehnend KK/Mertens/Cahn, Vorb. § 95, Rn. 10.

<sup>19</sup> Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) v. 27.4.1998, BGBl. I S. 786; im Folgenden auch als KonTraG bezeichnet.

<sup>20</sup> BT-Drs. 13/9712, S. 15.

<sup>21</sup> Siehe oben Fn. 19.

<sup>22</sup> Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz – TransPuG) v. 19.7.2002, BGBl. I S. 2681; im Folgenden auch als TransPuG bezeichnet.

<sup>23</sup> Siehe hierzu Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 35.

<sup>24</sup> Deutscher Corporate Governance Kodex, zuletzt i. d. F. v. 7.2.2017, BAnz AT 24.4.2017, B2; im Folgenden auch als DCGK oder Kodex bezeichnet.