

ANDREAS BREIDENICH

Die Organisation der  
Aufsichtsratsarbeit durch den  
Aufsichtsratsvorsitzenden

*Schriften zum  
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

73

---

**Mohr Siebeck**

# Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörg Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

73





Andreas Breidenich

Die Organisation der  
Aufsichtsratsarbeit durch den  
Aufsichtsratsvorsitzenden

Mohr Siebeck

*Andreas Breidenich*, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bonn; erstes juristisches Staatsexamen 2017; promotionsbegleitend wissenschaftliche Hilfskraft (vorwiegend Arbeitsgemeinschaftsleiter) am Lehrstuhl von Prof. Dr. Jens Koch, Universität Bonn; Promotion an der Universität Bonn 2019; seit Februar 2019 juristischer Vorbereitungsdienst an dem Landgericht Bonn.

ISBN 978-3-16-159104-4 / eISBN 978-3-16-159105-1

DOI 10.1628/978-3-16-159105-1

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480 (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im Sommersemester 2019 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 12. Juli 2019 statt. Soweit möglich sind Rechtsprechung und Literatur bis August 2019 berücksichtigt worden.

Bedanken möchte ich mich vor allem bei Herrn Prof. Dr. Jens Koch, der die Arbeit angeregt und umfassend gefördert hat. Bereits während meines Studiums hatte ich die Möglichkeit, als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl wertvolle Erfahrungen zu sammeln, ehe ich während meiner Promotionszeit als wissenschaftliche Hilfskraft vorwiegend als Arbeitsgemeinschaftsleiter tätig werden durfte. Diese prägende Zeit werde ich stets in schöner Erinnerung behalten.

Herrn Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard) danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Zudem bin ich Herrn Dr. Rafael Harnos, Herrn Dr. Philipp Maximilian Holle und Herrn Dr. Florian Gröntgen für das immerwährende konstruktive Gespräch zu Dank verpflichtet.

Darüber hinaus danke ich meiner Lebensgefährtin Frau Ellen Klinkhammer für ihr unermessliches Verständnis und ihren ungebrochenen Rückhalt während meiner juristischen Ausbildung und der Anfertigung dieser Arbeit. Schließlich möchte ich meinen Eltern und meiner Schwester danken, die mich während meiner gesamten Ausbildung umfassend und bedingungslos unterstützt haben.

Bonn, im November 2019

Andreas Breidenich



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
§ 1 Einführung . . . . .	1
<i>Kapitel I: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Vorbereiter und Leiter der Aufsichtsratssitzungen . . . . .</i>	<i>7</i>
§ 2 Problemstellung und Gang der Untersuchung . . . . .	7
§ 3 Kompetenzverteilung zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und dem Aufsichtsratsplenium . . . . .	10
§ 4 Abweichungen von der allgemeinen Kompetenzverteilung . . . . .	38
§ 5 Entscheidungsleitende Maßgaben für die Verfahrensordnungen des Aufsichtsratsvorsitzenden . . . . .	66
§ 6 Anwendung auf ausgewählte Beispielsverfahrensordnungen . . . . .	78
<i>Kapitel II: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Informationsvermittler. . .</i>	<i>179</i>
§ 7 Problemstellung und Gang der Untersuchung . . . . .	179
§ 8 Gesetzlich vorgeschriebene Berichte, Vorlagen und Stellungnahmen . . .	182
§ 9 Informelle Gespräche zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und den Vorstandsmitgliedern . . . . .	253
<i>Kapitel III: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Ausführender von Aufsichtsratsbeschlüssen . . . . .</i>	<i>275</i>
§ 10 Der Aufsichtsratsvorsitzende als Bote, Untervertreter und Kundgebender von Aufsichtsratsbeschlüssen . . . . .	275
§ 11 Exkurs: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Untervertreter mit eigenem Gestaltungsspielraum . . . . .	306



<i>Kapitel IV: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Vertreter der Gesellschaft bei Hilfsgeschäften . . . . .</i>	311
§ 12 Hilfsgeschäfte zur Vorbereitung und Leitung der Aufsichtsratssitzungen	311
Untersuchungsergebnisse . . . . .	321
Literaturverzeichnis . . . . .	329
Sachregister . . . . .	351

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
<i>§ 1 Einführung</i> . . . . .	1
I. Problemaufriss . . . . .	1
II. Themeneingrenzung und Gang der Untersuchung . . . . .	4
Kapitel I: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Vorbereiter und Leiter der Aufsichtsratssitzungen . . . . .	7
<i>§ 2 Problemstellung und Gang der Untersuchung</i> . . . . .	7
<i>§ 3 Kompetenzverteilung zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und dem Aufsichtsratsplenium</i> . . . . .	10
I. Thesen zur Kompetenzverteilung . . . . .	10
II. Verifizierung dieser Thesen . . . . .	11
1. These 1: Verfahrensentscheidungen trifft zunächst der Aufsichtsratsvorsitzende . . . . .	11
a) Praktisches Bedürfnis nach einer unkomplizierten Entscheidungsfindung . . . . .	11
b) Rechtsgedanke des § 110 I 1 AktG . . . . .	12
c) Rechtsgedanke des § 109 II AktG . . . . .	12
d) Rechtsgedanke der § 107 I 1, III 4 AktG . . . . .	13
e) Zwischenfazit . . . . .	15
2. These 2: Verfahrensentscheidungen des Vorsitzenden können durch einen Aufsichtsratsbeschluss korrigiert werden . . . . .	15
a) Selbstorganisationsrecht des Aufsichtsrats . . . . .	15
b) Das Aufsichtsratsplenium als Prinzipal des Aufsichtsratsvorsitzenden	16
aa) Stellung als Prinzipal . . . . .	16

bb) Keine Vergleichbarkeit zum Verhältnis zwischen Aufsichtsrat und Vorstand . . . . .	18
c) Der Aufsichtsrat als Kollegialorgan . . . . .	20
d) Rechtsgedanke des § 110 I 1 AktG . . . . .	21
e) Prinzip der Gleichheit aller Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	22
f) Grundsätze der Arbeitnehmermitbestimmung . . . . .	25
aa) Der Aufsichtsratsvorsitzende als Anteilseignervertreter . . . . .	25
bb) Konflikt mit den Grundsätzen der Arbeitnehmermitbestimmung	26
g) Zwischenfazit . . . . .	28
h) Sonderproblem: Im Vorfeld der Sitzung zu entscheidende Verfahrensfragen . . . . .	30
aa) Problemstellung . . . . .	30
bb) Unbeachtlichkeit des Widerspruchs . . . . .	31
(1) Keine Qualitätssteigerung durch vorgehende Beratung . . .	31
(2) Keine Vertagung der Entscheidung auf die nächste Aufsichtsratsitzung . . . . .	32
cc) Zwischenfazit . . . . .	33
3. These 3: Konkurrierende Zuständigkeit für Verfahrensordnungen .	34
4. These 4: Letztentscheidungskompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden bei expliziter gesetzlicher Kompetenzzuweisung . . . . .	35
5. Zwischenfazit . . . . .	37
 <i>§ 4 Abweichungen von der allgemeinen Kompetenzverteilung . . . . .</i>	 38
I.    Einschränkungen des ersten Grundsatzes (Befugnis des Aufsichtsratsvorsitzenden zur vorläufigen Entscheidung) . . . . .	39
1. In tatsächlicher Hinsicht nicht reversible Verfahrensentscheidungen .	39
2. Verfahrensfragen mit einer besonderen Bedeutung für den Verfahrensinhalt . . . . .	40
a) Risiko für das Nichtzustandekommen des korrigierenden Beschlusses . . . . .	42
b) Keine Korrektur bei Stimmgleichheit . . . . .	43
c) Ausgleich durch das Widerspruchsrecht eines jeden Aufsichtsratsmitglieds . . . . .	44
3. Einschränkung elementarer Teilnahmerechte der Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	48
a) Keine Schmälerung der Autorität des Plenums . . . . .	49
b) Kompetenz zur (vorläufigen) Entscheidung ist geboten . . . . .	49
4. Zwischenfazit . . . . .	50
II.   Einschränkungen des zweiten Grundsatzes (Korrekturbefugnis des Aufsichtsratsplenums) . . . . .	50
1. Letztentscheidungskompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden . . . . .	51

a) Letztentscheidungskompetenz kraft Minderheitenschutzes? . . . . .	51
aa) Der Minderheitenschutz im Aufsichtsrat . . . . .	51
bb) Das Problem . . . . .	53
cc) Stellungnahme . . . . .	54
b) Letztentscheidungskompetenz kraft besonderer Verantwortlichkeit	57
c) Letztentscheidungskompetenz bei Rechtsfragen . . . . .	57
2. Widerspruchsrecht der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	60
a) Widerspruchsrecht aufgrund gesetzlicher Vorgaben . . . . .	60
b) Widerspruchsrecht bei der Betroffenheit elementarer Teilnahmerechte . . . . .	61
c) Widerspruchsrecht gegen Verfahrensordnungen mit besonderem inhaltlichen Beeinflussungspotential . . . . .	63
3. Zwischenfazit . . . . .	65

*§ 5 Entscheidungsleitende Maßgaben für die  
Verfahrensordnungen des Aufsichtsratsvorsitzenden . . . . .* 66

I. Bindung an das Unternehmensinteresse . . . . .	66
II. Effizienz der Aufsichtsratsarbeit . . . . .	68
III. Rechtmäßigkeit des Aufsichtsratsverfahrens . . . . .	69
IV. Diskretion im Aufsichtsrat . . . . .	70
V. Gleichbehandlungsgrundsatz . . . . .	71
VI. Minderheitenschutz im Aufsichtsrat . . . . .	73
VII. Minimierung der inhaltlichen Einflussnahme und Neutralität . . . . .	74
1. Minimierung der inhaltlichen Einflussnahme durch Verfahrensordnungen . . . . .	74
2. Verpflichtung zur strengen inhaltlichen Neutralität? . . . . .	75
VIII. Wahrung des Kollegialorgancharakters und des Selbstorganisationsrechts	76

*§ 6 Anwendung auf ausgewählte Beispielsverfahrensordnungen* 78

I. Verfahrensordnungen im Rahmen der Sitzungsvorbereitung . . . . .	78
1. Terminierung der Aufsichtsratssitzungen . . . . .	78
a) Korrektur durch einen Plenumsbeschluss . . . . .	79
b) Besondere Rechte der Aufsichtsratsmitglieder nach § 110 I 1, II AktG . . . . .	80
aa) Zurückweisung des Einberufungsverlangens wegen Rechtsmissbrauchs . . . . .	80
(1) Entscheidungskompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden . . . . .	81
(2) Selbsteinberufungsrecht nach § 110 II AktG . . . . .	82
bb) Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Dringlichkeit . . . . .	83
cc) Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Zweckmäßigkeit . . . . .	84
dd) Zeitpunkt der Einberufung . . . . .	85

c) Ermessensgrenzen und ermessensleitende Maßgaben . . . . .	86
aa) Einberufung der Pflichtsitzungen . . . . .	86
bb) Einberufung weiterer Sitzungen . . . . .	89
(1) Einberufung aus Gründen des Unternehmenswohls . . . . .	89
(2) Nutzlosigkeit der Sitzung . . . . .	91
2. Auswahl des Sitzungsorts . . . . .	91
a) (Vorläufige) Entscheidungskompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden . . . . .	92
b) Korrektur der Verfahrensordnung . . . . .	92
c) Ermessensleitende Maßgaben . . . . .	94
aa) Erreichbarkeit des Sitzungsorts . . . . .	94
bb) Zweckdienlichkeit des Sitzungsorts . . . . .	95
3. Auswahl der Sitzungsform . . . . .	97
a) Entscheidungskompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden bei der Sitzungseinberufung auf Verlangen nach § 110 I 1 AktG . . . . .	98
aa) Meinungsstand . . . . .	98
bb) Stellungnahme . . . . .	99
b) Entscheidungskompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden bei der Sitzungseinberufung aus eigener Initiative . . . . .	102
c) Korrektur der Entscheidung des Aufsichtsratsvorsitzenden . . . . .	102
aa) Korrektur durch einen Plenumsbeschluss . . . . .	102
bb) Kein Widerspruchsrecht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds	102
d) Ermessensgrenzen . . . . .	104
aa) Mindestturnus des § 110 III 1, 2 AktG . . . . .	104
(1) Differenzierung zwischen Videokonferenz- und Telefonkonferenzsitzung? . . . . .	104
(2) Kein Wertungswiderspruch zu § 108 IV AktG . . . . .	105
bb) Telesitzung nur in Ausnahmefällen . . . . .	106
cc) Sonderfall: Bilanzsitzung zwingend als Präsenzsitzung? . . . . .	108
4. Festlegung und Mitteilung der Tagesordnung . . . . .	109
a) Mitteilung der förmlichen Tagesordnung oder nur der Beschlussgegenstände? . . . . .	110
b) Kompetenzverteilung bei der Festlegung der Tagesordnung . . . . .	111
aa) Kompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden . . . . .	111
bb) Ergänzungsanträge zur Tagesordnung . . . . .	112
(1) Zurückweisung des Ergänzungsverlangens . . . . .	113
(2) Selbsterweiterungsrecht nach § 110 II AktG . . . . .	114
cc) Keine Revision der Entscheidung, eine Angelegenheit auf die Tagesordnung zu setzen . . . . .	114
dd) Widerspruchsrecht gegen die Beschlussfassung zu nicht rechtzeitig bekanntgemachten Tagesordnungspunkten . . . . .	114

ee) Zwischenfazit . . . . .	116
c) Ermessensleitende Maßgaben . . . . .	116
d) Berücksichtigung von Geheimhaltungsbedürfnissen . . . . .	117
aa) Meinungsstand . . . . .	118
bb) Stellungnahme . . . . .	119
(1) Konflikt zum Gleichheitsgrundsatz und zum Kollegialorgancharakter . . . . .	119
(2) Unternehmensinteresse an der Diskretion der Beratungsgegenstände . . . . .	121
(3) Der Aufsichtsratsvorsitzende als der zur Abwägung Befugte . . . . .	123
5. Entscheidung über die Teilnehmer an einer Aufsichtsratssitzung . . .	125
a) Ausschluss eines Aufsichtsratsmitglieds aus Gründen des Gesellschaftswohls . . . . .	125
aa) Meinungsstand . . . . .	126
bb) Stellungnahme . . . . .	127
b) Teilnahme der Vorstandsmitglieder . . . . .	128
aa) Vorläufige Entscheidung und beschlussmäßige Korrektur . . .	129
bb) Widerspruchsrecht der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder . . .	130
c) Teilnahme von Sachverständigen und Auskunftspersonen iSd. § 109 I 2 AktG . . . . .	131
aa) Entscheidung über die Hinzuziehung . . . . .	133
(1) Meinungsstand . . . . .	133
(2) Stellungnahme . . . . .	134
bb) Keine (vorläufige) Entscheidung über die Erteilung sensibler Informationen . . . . .	134
d) Teilnahme von Hilfspersonen . . . . .	135
aa) Teilnahme eines Protokollführers . . . . .	136
bb) Teilnahme eines Dolmetschers . . . . .	139
(1) Bei Bestehen einer Hinzuziehungspflicht . . . . .	140
(2) Bei Nichtbestehen einer Hinzuziehungspflicht . . . . .	142
II. Verfahrensordnungen im Rahmen der Sitzungsleitung . . . . .	143
1. Festlegung des Gangs der Sitzung . . . . .	143
a) Keine Letztentscheidungskompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden	144
b) Kein Widerspruchsrecht der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder . .	144
c) Zwischenfazit . . . . .	145
2. Wahl der Sitzungssprache . . . . .	145
a) Vorläufige Entscheidung und beschlussmäßige Korrektur . . . . .	147
b) Widerspruchsrecht der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	147
3. Sorge für einen störungsfreien Sitzungsablauf . . . . .	148

a) (Vorläufige) Kompetenz zum Wortentzug und zum Sitzungsausschluss . . . . .	148
b) Korrektur der Maßnahme des Aufsichtsratsvorsitzenden . . . . .	150
aa) Wortentzug . . . . .	150
bb) Sitzungsausschluss . . . . .	153
4. Anordnung des Schlusses der Diskussion . . . . .	154
a) Korrektur durch das Aufsichtsratsplenium, jedoch keine Initiativentscheidung . . . . .	155
b) Widerspruchsrecht der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	156
aa) Welche Art des Widerspruchsrechts? . . . . .	156
bb) Stellungnahme . . . . .	157
c) Zwischenfazit . . . . .	158
5. Beschlussfassung im Aufsichtsrat . . . . .	158
a) Zulassung und Zurückweisung von Beschlussanträgen . . . . .	158
aa) Zurückweisung wegen fehlenden Bezuges zur Tagesordnung .	159
bb) Zurückweisung aus Gründen der Rechtmäßigkeit des Aufsichtsratsverfahrens . . . . .	160
b) Prüfung und Feststellung von Stimmverboten . . . . .	161
aa) Meinungsstand . . . . .	162
bb) Stellungnahme . . . . .	163
c) Bestimmung der Abstimmungsart (geheim oder offen) . . . . .	164
aa) Kompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden zur vorläufigen Entscheidung . . . . .	165
bb) Korrektur der Anordnung durch einen Aufsichtsratsbeschluss	166
cc) Minderheitenrecht auf eine geheime Abstimmung? . . . . .	166
6. Unterbrechung und Vertagung . . . . .	169
a) Meinungsstand . . . . .	169
b) Kein Ausschluss des Vorsitzenden von der vorläufigen Entscheidung . . . . .	170
c) Korrektur durch Plenumsbeschluss . . . . .	172
d) Widerspruchsrecht der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder? . . . . .	172
aa) Widerspruchsrecht gegen die Anordnung der Vertagung . . .	172
bb) Kein Widerspruchsrecht gegen die Anordnung der Unterbrechung . . . . .	173
e) Individualrecht auf die Vertagung der Beschlussfassung . . . . .	173
III. Verfahrensanordnungen in der sitzungsfreien Zeit . . . . .	175
1. Entscheidung über Protokollberichtigungsanträge . . . . .	175
2. Ausschluss von Nichtausschussmitgliedern gemäß § 109 II AktG . .	176
a) Letztentscheidungskompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden . . .	177
b) Entscheidungsleitende Maßgaben . . . . .	178

Kapitel II: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Informationsvermittler	179
§ 7 <i>Problemstellung und Gang der Untersuchung</i>	179
I. Bindegliedfunktion ohne entsprechende gesetzliche Grundlage	179
II. Gang der Untersuchung	181
§ 8 <i>Gesetzlich vorgeschriebene Berichte, Vorlagen und Stellungnahmen</i>	182
I. Information des Aufsichtsrats durch Vorstand und Abschlussprüfer	182
1. Berichte und Vorlagen des Vorstands	183
a) Berichtspflicht nach § 90 I 1, 3, III AktG	183
b) Vorlagen nach § 170 I, II AktG	184
aa) Jahresabschluss, Lagebericht und ggf. Einzelabschluss iSd. § 325 IIa HGB	184
bb) Konzernabschluss und Konzernlagebericht	185
cc) Nichtfinanzieller Bericht iSd. § 289b HGB und nichtfinanzieller Konzernbericht iSd. § 315b HGB	187
dd) Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns	188
c) Vorlage des Abhängigkeitsberichts nach § 314 I 1 AktG	188
2. Vorlagen des Abschlussprüfers und darauf bezogene Vorstandsstellungnahmen	190
a) Vorlagen nach § 321 V 2, 3 HGB (ggf. iVm. § 324a I 1 HGB)	190
aa) Prüfungsbericht iSd. § 321 I 1 Hs. 1 HGB	190
bb) Stellungnahme des Vorstands iSd. § 321 V 3 HGB	191
b) Vorlagen nach § 313 II 3 AktG	193
3. Zusammenfassung	195
II. Empfangnahme und Weiterleitung von dem Gesamtaufsichtsrat vorzulegenden Unterlagen	196
1. Das Organ Aufsichtsrat als gesetzlich festgelegter Adressat	196
a) Vorstandsberichte, Vorlagen iSd. § 170 I, II AktG und Abhängigkeitsbericht	196
b) Prüfungsberichte des Abschlussprüfers	197
c) Stellungnahmen des Vorstands	197
2. Empfangszuständigkeit innerhalb des Organs	198
a) Empfangszuständigkeit bei mündlicher Erstattung	198
b) Empfangszuständigkeit bei textförmigen oder schriftlichen Unterlagen	199
aa) Begründungsansatz 1: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Empfangsvertreter	201
(1) Der Aufsichtsratsvorsitzende als Empfangsvertreter des Aufsichtsrats	201



(2) Bedeutung der Empfangsvertreterstellung für die Unterlagen des Vorstands . . . . .	202
(a) Jahresabschluss . . . . .	203
(b) Konzern- und IFRS-Einzelabschluss . . . . .	205
(c) Übrige Vorlagen iSd. §§ 170 I, II, 314 I 1 AktG und Berichte iSd. § 90 I 1, III AktG . . . . .	206
(3) Bedeutung der Empfangsvertreterstellung für die Prüfungsberichte des Abschlussprüfers . . . . .	207
(4) Zwischenfazit . . . . .	209
bb) Begründungsansatz 2: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Repräsentant . . . . .	210
(1) Repräsentantenstellung gegenüber der Hauptversammlung	210
(2) Repräsentantenstellung gegenüber dem Vorstand . . . . .	211
(3) Repräsentantenstellung gegenüber dem Abschlussprüfer .	212
(4) Zwischenfazit . . . . .	214
cc) Begründungsansatz 3: Empfangszuständigkeit kraft Gewohnheitsrechts . . . . .	214
dd) Zwischenfazit . . . . .	215
3. Empfangszuständigkeit des Aufsichtsratsvorsitzenden als exklusives Recht? . . . . .	215
a) Meinungsstand . . . . .	215
b) Argumente und Stellungnahme . . . . .	217
4. Information der übrigen Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	221
a) Übermittlung der Unterlagen an die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	221
b) Recht zur Kenntnisnahme . . . . .	223
c) Information der Aufsichtsratsmitglieder über den Eingang von Unterlagen . . . . .	224
d) Beschränkbarkeit des Übermittlungsanspruchs . . . . .	224
aa) Teleologische Reduktion des § 170 III 2 AktG . . . . .	225
bb) Übermittlung trotz Übermittlungsbeschränkung? . . . . .	226
(1) Der Wertungswiderspruch . . . . .	226
(2) Lösungsansatz 1: Nichtübermittlungsbeschluss bewirkt keine Übermittlungssperre . . . . .	228
(3) Lösungsansatz 2: Kompetenz des Aufsichtsratsvorsitzenden, Ausnahmen von der Übermittlungsbeschränkung zu machen	228
(4) Lösungsansatz 3: Beschlussmäßige Ermächtigung des Aufsichtsratsvorsitzenden, Ausnahmen von der Übermittlungsbeschränkung zu machen . . . . .	231
(5) Zwischenfazit . . . . .	232

III. Empfangnahme und Weiterleitung von dem Aufsichtsratsvorsitzenden zu erstattenden Sonderberichten iSd. § 90 I 3 AktG . . . . .	233
1. Der Aufsichtsratsvorsitzende als gesetzmäßiger Adressat . . . . .	234
2. Adressatenstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden als exklusives Recht? . . . . .	235
a) Gesetzeswortlaut und Gesetzesbegründung . . . . .	235
b) Wertungswiderspruch zu den an den Gesamtaufsichtsrat zu erstattenden Berichten . . . . .	236
c) Ermessensentscheidung nach § 90 V 3 AktG . . . . .	237
d) Zwischenfazit . . . . .	238
3. Informationsweiterleitung an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder (§ 90 V AktG) . . . . .	238
4. Das durch § 90 V 3 AktG gewährte Ermessen und seine Grenzen . . . . .	239
a) Form der Unterrichtung . . . . .	239
b) Zeitpunkt der Unterrichtung . . . . .	241
aa) Informationsinteresse der Aufsichtsratsmitglieder und Gesellschaftsinteresse an einer optimalen Aufgabenerfüllung . . . . .	241
bb) Diskretionsinteresse der Gesellschaft . . . . .	244
cc) Sofortige Weiterleitung, wenn es sich der Sache nach um einen Sonderbericht iSd. § 90 I 1 Nr. 4 AktG handelt? . . . . .	246
dd) Zwischenfazit . . . . .	247
c) Zulässigkeit der Vorabinformation einzelner Aufsichtsratsmitglieder? . . . . .	247

*§ 9 Informelle Gespräche zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und den Vorstandsmitgliedern . . . . .* 253

I. Verpflichtung des Aufsichtsratsvorsitzenden zum informellen Gespräch? . . . . .	255
II. Informeller Kontakt als exklusives Recht (und exklusive Pflicht)? . . . . .	257
III. Informationsweiterleitung an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	260
1. Keine Pflicht zur allumfassenden Informationsweiterleitung . . . . .	261
2. Auswahl der weiterzuleitenden Informationen . . . . .	263
a) Berichtspflichtige Informationen . . . . .	263
b) Nicht berichtspflichtige Informationen . . . . .	264
aa) Inhalt und Zeitpunkt der Weitergabe . . . . .	264
(1) Wesentlichkeit für die Aufgabenerfüllung des Aufsichtsrats . . . . .	265
(2) Andere in der Literatur vorgeschlagene Kriterien . . . . .	267
(3) Berücksichtigung der Vertraulichkeit bestimmter Informationen . . . . .	267
bb) Auswahl der zu informierenden Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	270
(1) Für die Aufsichtsratsarbeit wesentliche Informationen . . . . .	271
(2) Für die Aufsichtsratsarbeit nicht wesentliche Informationen . . . . .	272
IV. Zusammenfassung . . . . .	274

Kapitel III: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Ausführender von Aufsichtsratsbeschlüssen . . . . .	275
<i>§ 10 Der Aufsichtsratsvorsitzende als Bote, Untervertreter und Kundgebender von Aufsichtsratsbeschlüssen . . . . .</i>	<i>275</i>
I. Problemstellung . . . . .	275
1. Willensbildung . . . . .	276
2. Ausführung des gebildeten Willens . . . . .	278
II. Formen der ausführungsbefürhtigen Willensentscheidungen des Aufsichtsrats . . . . .	281
1. Rechtsgeschäftliche Handlungen . . . . .	281
a) Vertretung gegenüber dem Vorstand . . . . .	281
b) Vertretung gegenüber dem Abschlussprüfer . . . . .	282
c) Vertretung gegenüber Dritten . . . . .	282
d) Untervertretung und Botenschaft . . . . .	284
e) Der Beschlussausführende als „Erklärungsvertreter“? . . . . .	286
aa) Zur Rechtsfigur des Erklärungsvertreters . . . . .	288
bb) Bedeutung für den Ausführenden von Aufsichtsratsbeschlüssen	290
2. Sonstige kundgebungsbedürftige Rechtsakte des Aufsichtsrats . . . . .	291
3. Anträge an das Gericht . . . . .	292
III. Beschlussdurchführungsbefugnis kraft Amtsstellung . . . . .	293
1. Relevanz der Fragestellung . . . . .	294
2. Meinungsstand . . . . .	297
3. Notwendigkeit der Differenzierung? . . . . .	298
a) Untervertretung und Botenschaft . . . . .	299
b) Innergesellschaftlich und rechtsgeschäftlich wirkende Beschlüsse	299
4. Durchführungsbefugnis kraft Amtsstellung . . . . .	301
5. Zwischenfazit . . . . .	306
<i>§ 11 Exkurs: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Untervertreter mit eigenem Gestaltungsspielraum . . . . .</i>	<i>306</i>
I. Meinungsstand . . . . .	307
II. Stellungnahme . . . . .	308
III. Zwischenfazit . . . . .	310

Kapitel IV: Der Aufsichtsratsvorsitzende als Vertreter der Gesellschaft bei Hilfgeschäften . . . . .	311
<i>§ 12 Hilfgeschäfte zur Vorbereitung und Leitung der Aufsichtsratssitzungen . . . . .</i>	<i>311</i>
I. Problemstellung . . . . .	311
II. Lösungsansatz: Annexkompetenz . . . . .	312
III. Willensbildungskompetenz im Innenverhältnis . . . . .	313
1. Problemstellung . . . . .	313
2. Stellungnahme . . . . .	314
IV. Abgrenzung zu Hilfgeschäften für die inhaltliche Arbeit des Aufsichtsrats . . . . .	316
1. Abgrenzungsschwierigkeiten bei Sachverständigen und Rechtsanwälten . . . . .	317
2. Honorarvereinbarungen mit Sachverständigen und Rechtsanwälten .	319
 Untersuchungsergebnisse . . . . .	 321
 Literaturverzeichnis . . . . .	 329
Sachregister . . . . .	351



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
AReG	Abschlussprüfungsreformgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Begr.	Begründer
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
Frhr.	Freiherr
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
h. M.	herrschende Meinung
HdB.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
idS.	in diesem Sinne
insbes.	insbesondere
iSd.	im Sinne des (der)
iVm.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KapCoRiLiG	Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich

MAR	Marktmissbrauchsverordnung
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Montan-MitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
n. F.	neue Fassung
NaStraG	Namensaktiengesetz
Nr.	Nummer
RegBegr.	Regierungsbegründung
Rn.	Randnummer(n)
S.	Satz; Seite
sog.	so genannt
StPO	Strafprozessordnung
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
Tz.	Textziffer
Unterabs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
v.	von
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer(n)
ZPO	Zivilprozessordnung

# § 1 Einführung

## I. Problemaufriss

Die Arbeit deutscher Aufsichtsräte ist in den letzten Jahren stetig bedeutsamer geworden.<sup>1</sup> Nahezu jede größere Novellierung des Aktiengesetzes erweiterte den Pflichtenkatalog des Aufsichtsrats.<sup>2</sup> Erst jüngst im Jahr 2017 wurde dem Aufsichtsrat durch das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz die Prüfung der CSR-Berichterstattung des Vorstands übertragen.<sup>3</sup> Auch der Regierungsentwurf zum ARUG II vom 20. März 2019 sieht im neu einzufügenden § 111b AktG eine Erweiterung der Aufgaben des Aufsichtsrats vor.<sup>4</sup> Darüber hinaus werden stets höhere Anforderungen an die Beratung des Vorstands gestellt. In immer stärker werdendem Maße soll der Aufsichtsrat nicht nur vergangene Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands beleuchten, sondern auch die gegenwärtige Unternehmensleitung kritisch begleiten, um möglichen Fehlentwicklungen unmittelbar entgegenzuwirken.<sup>5</sup> Gerade wegen dieser zunehmend zukunftsorientierten Aufgaben avanciert der Aufsichtsrat mehr und mehr vom reinen Überwachungsorgan hin zu einem Führungsorgan, das die Unternehmensleitung durch den Vorstand ergänzt.<sup>6</sup> Damit einhergeht die zunehmende Bedeutung der persönlichen Haftung der Aufsichtsratsmitglieder.<sup>7</sup> Nicht zuletzt aufgrund der fortschreiten-

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu *Börsig/Löbke*, FS Hoffmann-Becking, S. 125; *Lutter*, DB 2009, 775; *Großkomm-AktG/Hopt/Roth*, § 95 Rn. 11; *Freund*, NZG 2018, 1361, 1361 f.

<sup>2</sup> Eine Übersicht hierzu findet sich bei *Lutter/Krieger/Verse*, § 2 Rn. 46 ff.

<sup>3</sup> Zur Frage nach dem zu fordernden Umfang dieser Prüfung siehe *Henrichs*, NZG 2017, 841, 845 f.; *Henrichs/Pöschke*, NZG 2017, 121, 125 ff.; *Veltje*, IRZ 2017, 325, 326 f.

<sup>4</sup> Gemäß § 111b I AktG-E bedarf ein Geschäft einer börsennotierten Gesellschaft mit einer nahestehenden Person iSd. § 111a AktG-E der Zustimmung des Aufsichtsrats oder eines Ausschusses, wenn es eine bestimmte Größenschwelle übersteigt. Siehe hierzu *Grobecker/Wagner*, Der Konzern 2018, 419, 421 ff.; *Paschos/Goslar*, AG 2019, 365, 370 ff.; *Tarde*, NZG 2019, 488, 491 ff.

<sup>5</sup> Siehe hierzu nur *E. Vetter*, 50 Jahre AktG, S. 103, 113 ff.; *Lieder*, ZGR 2018, 523, 524 f.; *Lutter/Krieger/Verse*, § 2 Rn. 58.

<sup>6</sup> So etwa *v. Werder*, DB 2017, 977; *Scholderer/v. Werder*, ZGR 2017, 865, 866; *Lutter/Krieger/Verse*, § 2 Rn. 58.

<sup>7</sup> Zur zunehmenden Bedeutung der persönlichen Haftung der Aufsichtsratsmitglieder siehe



den Verbreitung von D&O-Versicherungen<sup>8</sup>, die die Schadensersatzverfolgung erst finanziell attraktiv machen<sup>9</sup>, empfinden heute viele Aufsichtsratsmitglieder ihre Haftungsgefahr als überaus real.<sup>10</sup> Ungeachtet seiner veränderten Rolle ist die Grundkonzeption des Aufsichtsrats jedoch nahezu unverändert geblieben. Wenngleich auch von vielen Seiten immer wieder die Professionalisierung der Aufsichtsrats Tätigkeit angeregt wird und eine solche in der Praxis auch durchaus bemerkbar ist<sup>11</sup>, so handelt es sich beim Aufsichtsrat nach wie vor um ein Gremium bestehend aus nur nebenamtlich tätig werdenden Amtsträgern<sup>12</sup>, das nur wenige Male im Jahr zusammentritt.<sup>13</sup> Schon deswegen ist die Leistungsfähigkeit des Aufsichtsrats begrenzt. Stets stellt es eine besondere Herausforderung dar, auf den wenigen Plenumsitzungen alle anstehenden Sachfragen hinreichend zu beraten und entsprechend fundierte Entscheidungen zu treffen.

Aus dem zuvor skizzierten Spannungsfeld zwischen dem ständig anwachsenden Pflichtenkatalog einerseits und der nahezu gleichbleibenden Konzeption des Aufsichtsrats andererseits folgen erhöhte Anforderungen an die Aufgabe des Aufsichtsratsvorsitzenden, die Aufsichtsratsarbeit zu organisieren. Denn nur wenn die Aufsichtsratsarbeit optimal organisiert wird und die Aufsichtsratsmitglieder deshalb die bestmöglichen Arbeitsbedingungen vorfinden, kann der Aufsichtsrat in der ihm zur Verfügung stehenden begrenzten Zeit seine ständig mehr werdenden Aufgaben hinreichend bewältigen.<sup>14</sup> Dabei lassen sich die Aufgaben des Aufsichtsratsvorsitzenden in verschiedene Bereiche aufgliedern. Zum einen hat

---

Großkomm-AktG/Hopt/Roth, § 116 Rn. 17; MüKo-AktG/Habersack, § 116 Rn. 7; Hüffer/Koch/Koch, § 116 Rn. 1; Reichert/Suchy, NZG 2017, 88; Vogelbusch, NZG 2018, 1161, 1164.

<sup>8</sup> Nach Hoffmann-Becking, ZHR 181, 737 ist eine D&O-Versicherung zum Schutz der Organmitglieder jedenfalls bei börsennotierten Gesellschaften „allgemeiner Standard“; ähnlich Habersack, ZHR 177, 782, 796 („Regelfall“).

<sup>9</sup> Dazu, dass D&O-Versicherungen Haftungsprozesse fördern, die ohne eine solche Versicherung nicht stattfinden würden, siehe Hoffmann-Becking, ZHR 181, 737, 744; Habersack, ZHR 177, 782, 796; MüKo-AktG/Habersack, § 116 Rn. 7.

<sup>10</sup> Siehe hierzu Favoccia/Thorborg, Der Aufsichtsrat 2017, 170. Nach einer Befragung des Deutschen Kreditinstituts empfinden knapp drei Viertel der sich an der Befragung beteiligten Aufsichtsratsmitglieder ihr Haftungsrisiko als „relevant“ oder „sehr relevant“.

<sup>11</sup> Siehe hierzu nur Lutter, DB 2009, 775; U.H. Schneider/S.H. Schneider, AG 2015, 621, 624; Rubner/Fischer, NZG 2015, 787; Ehren/Gros, Der Konzern 2011, 277.

<sup>12</sup> Die Eigenschaft des Aufsichtsratsamts als Nebenamt folgt vor allem aus der Höchstzahl der möglichen Aufsichtsratsmandate nach § 100 II 1 Nr. 1 AktG und aus der niedrigen Sitzungsfrequenz nach § 110 III AktG; siehe hierzu Hüffer/Koch/Koch, § 100 Rn. 9; MüKo-AktG/Habersack, § 111 Rn. 19.

<sup>13</sup> Aus der geringen Anzahl an Mindestaufsichtsratssitzungen nach § 110 III AktG lässt sich die gesetzgeberische Grundvorstellung ableiten, dass der Aufsichtsrat nur in wenigen Sitzungen im Jahr zusammenkommt. In diese Richtung auch MüKo-AktG/Habersack, § 111 Rn. 19.

<sup>14</sup> Zur besonderen Bedeutung der Organisation der Aufsichtsratsarbeit für die Effektivität des Aufsichtsrats siehe v. Werder, DB 2017, 977, 980.

er die Aufsichtsratssitzungen vorzubereiten und zu leiten.<sup>15</sup> In diesem Zusammenhang schafft er die Rahmenbedingungen dafür, dass in der knappen Sitzungszeit sämtliche Sachfragen optimal erörtert werden können. Zum anderen ist es seine Aufgabe, die Informationsversorgung der übrigen Aufsichtsratsmitglieder sicherzustellen. Er empfängt vom Vorstand und vom Abschlussprüfer die an den Aufsichtsrat zu übersendenden Unterlagen und sorgt für deren Weiterleitung an die übrigen Gremiumsmitglieder. Zudem hat er stellvertretend für den Gesamtaufichtsrat ständig Kontakt mit dem Geschäftsführungsorgan zu halten und die dadurch gewonnenen Erkenntnisse aufzuarbeiten und geordnet an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder weiterzureichen.<sup>16</sup> Darüber hinaus fällt es in seinen Aufgabenbereich, die Beschlüsse des Aufsichtsrats auszuführen<sup>17</sup> und die Gesellschaft bei Hilfsgeschäften im Zusammenhang mit der Vorbereitung und der Leitung der Aufsichtsratssitzungen zu vertreten.<sup>18</sup>

Diese stets bedeutsamer werdenden Aufgaben des Aufsichtsratsvorsitzenden haben in den vergangenen Jahren vermehrt die Aufmerksamkeit der aktienrechtlichen Literatur erregt. Die hierzu erschienenen Zeitschriften- und Festschriftenbeiträge<sup>19</sup> können aufgrund ihres begrenzten Umfangs die Thematik jedoch lediglich anreißen, nicht hingegen umfassend beleuchten. An monographischen Arbeiten fallen vor allem die Abhandlungen von *Egon Peus*<sup>20</sup> und von *Jutta Trögel*<sup>21</sup> ins Auge. Die Arbeit von *Egon Peus* stammt allerdings aus dem Jahr 1983 und berücksichtigt deshalb die neueren Entwicklungen nicht. Die Arbeit von *Jutta Trögel* ist zwar jüngerem Datums, legt ihren Schwerpunkt aber weniger auf rechtliche Fragestellungen, sondern vielmehr auf eine empirische Untersuchung der Einflussnahme des Aufsichtsratsvorsitzenden auf die Arbeit des Aufsichtsratsgremiums. Die Rechtsstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden im Hin-

---

<sup>15</sup> Siehe hierzu Hüffer/Koch/Koch, § 107 Rn. 8; K. Schmidt/Lutter/Drygala, § 107 Rn. 19; MüKo-AktG/Habersack, § 107 Rn. 50, 53 ff.

<sup>16</sup> Der Aufsichtsratsvorsitzende wird oftmals als „Bindeglied“ zwischen dem Geschäftsführungsorgan und dem nur sporadisch zusammentretenden Aufsichtsratsplenum bezeichnet; so etwa MüKo-AktG/Habersack, § 107 Rn. 58; Henssler/Strohn/Henssler, § 107 AktG Rn. 10; Wachter/Schick, § 107 Rn. 9; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 107 Rn. 43; Hecker/Peters, BB 2012, 2639, 2643; v. Werder, DB 2017, 977, 980; ähnlich AKEIÜ, DB 2018, 2189, 2191 f. („Scharnierfunktion“); ähnlich auch Mailänder, Der Aufsichtsrat 2017, 69, 70 („Brücke zur Geschäftsleitung“).

<sup>17</sup> Siehe hierzu MHD B GesR IV/Hoffmann-Becking, § 31 Rn. 100; Großkomm-AktG/Hopt/Roth, § 107 Rn. 144 ff.; Drinhausen/Marsch-Barner, AG 2014, 337, 348 f.

<sup>18</sup> Siehe hierzu MüKo-AktG/Habersack, § 107 Rn. 59; Lutter/Krieger/Verse, § 11 Rn. 681; Großkomm-AktG/Hopt/Roth, § 107 Rn. 149.

<sup>19</sup> Siehe nur Drinhausen/Marsch-Barner, AG 2014, 337; v. Schenck, AG 2010, 649; Schlitt, DB 2005, 2007; AKEIÜ, DB 2018, 2189; Börsig/Löbke, FS Hoffmann-Becking, S. 125, 143 ff.

<sup>20</sup> Peus, Der Aufsichtsratsvorsitzende.

<sup>21</sup> Trögel, Einflussnahme.

blick auf seine Aufgabe, die Aufsichtsratsarbeit zu organisieren, kann daher keinesfalls als abschließend erörtert angesehen werden. Hierzu soll diese Arbeit einen Beitrag leisten.

## *II. Themeneingrenzung und Gang der Untersuchung*

Um die zuvor beschriebene Aufgabenstellung in der gebotenen Tiefe bearbeiten zu können, ist es erforderlich, sie einzugrenzen. Zum einen sollen sich die Ausführungen auf die Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden der Aktiengesellschaft beschränken. Die Frage, ob bei anderen Gesellschaftsformen Besonderheiten zu erkennen sind, soll nicht Gegenstand dieser Arbeit sein. Zum anderen ist die Rechtsstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden allein nach den gesetzlichen Vorschriften zu untersuchen. Inwieweit die Satzung und die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats die Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden ausbauen oder einschränken können, soll nur am Rande eine Erörterung finden.

Die Arbeit gliedert sich in vier Kapitel. Im ersten Kapitel soll die Rechtsstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden in Bezug auf seine Aufgabe, die Aufsichtsratssitzungen vorzubereiten und zu leiten, untersucht werden. Nach der Problem-darstellung (§ 2) ist dazu zunächst die grundsätzliche Kompetenzverteilung zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und dem Aufsichtsratsplenum im Hinblick auf den Erlass von Verfahrensordnungen zu erörtern (§ 3). Im Anschluss hieran sind diejenigen Erwägungen herauszuarbeiten, die ein Abweichen von dieser allgemeinen Kompetenzverteilung im Einzelfall erfordern (§ 4). Dann soll dargestellt werden, welche ermessensleitenden Maßgaben der Aufsichtsratsvorsitzende bei seinen Verfahrensentscheidungen zu berücksichtigen hat (§ 5). Als Abschluss des ersten Kapitels sind die zuvor erarbeiteten Grundsätze auf ausgewählte Beispielsverfahrensordnungen anzuwenden (§ 6).

Gegenstand des zweiten Kapitels soll die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden als Informationsvermittler zwischen dem Vorstand und dem Abschlussprüfer auf der einen Seite und dem Aufsichtsratsplenum auf der anderen Seite sein. Im Anschluss an die Einführung in die Problemstellung (§ 7) ist hierfür zunächst darzustellen, welche Unterlagen dem Aufsichtsrat übersendet werden (§ 8 I.). Danach sollen die Aufgaben des Aufsichtsratsvorsitzenden im Hinblick auf diejenigen Berichte, Vorlagen und Stellungnahmen thematisiert werden, die dem Gesamtauf-sichtsrat zu übermitteln sind (§ 8 II.). Anschließend wird es um die Sonderberichte aus sonstigen wichtigen Anlässen gehen, die gemäß § 90 I 3 AktG dem Aufsichtsratsvorsitzenden zu erstatten sind (§ 8 III.). Schließlich wird die Aufgabe des Aufsichtsratsvorsitzenden zu beleuchten sein, laufend das informelle Gespräch mit den Vorstandsmitgliedern zu suchen und die hieraus gewonnenen Informationen aufbereitet an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder weiterzuleiten (§ 9).

Im dritten Kapitel sind die Aufgaben des Aufsichtsratsvorsitzenden zu erörtern, die er im Rahmen der Ausführung von Aufsichtsratsbeschlüssen wahrzunehmen hat. Dazu soll seine Stellung als Bote von Willenserklärungen des Plenums, als Untervertreter des Aufsichtsrats und allgemein als Kundgebender von Aufsichtsratsbeschlüssen näher untersucht werden (§ 10). Im Zentrum der Bearbeitung soll dabei die Frage stehen, ob der Aufsichtsratsvorsitzende schon kraft seines Amtes zur Beschlussausführung befugt ist oder ob er auf eine entsprechende Ermächtigung durch das willensbildende Plenum angewiesen ist (§ 10 III.). Anschließend ist darzustellen, unter welchen Voraussetzungen das Aufsichtsratsplenum den Aufsichtsratsvorsitzenden im Beschlusswege mit einem eigenen Entscheidungsspielraum bei der Beschlussausführung ausstatten kann (§ 11).

Das vierte Kapitel wird sich mit der Frage beschäftigen, inwieweit der Aufsichtsratsvorsitzende die Gesellschaft bei Hilfsgeschäften im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Leitung der Aufsichtsratssitzungen aus eigenem Recht vertreten kann (§ 12). Die Arbeit schließt mit einer thesenförmigen Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse.



## Kapitel I

# Der Aufsichtsratsvorsitzende als Vorbereiter und Leiter der Aufsichtsratssitzungen

### § 2 Problemstellung und Gang der Untersuchung

Nach allgemeiner Meinung obliegt es dem Aufsichtsratsvorsitzenden, die Aufsichtsratssitzungen vorzubereiten und zu leiten.<sup>1</sup> Dem ist sicherlich zuzustimmen. Denn schon das Gesetz weist dem Aufsichtsratsvorsitzenden bestimmte Akte der Sitzungsleitung und Sitzungsvorbereitung zu. Anzuführen ist in diesem Zusammenhang vor allem § 110 I 1 AktG. Nach dieser Regelung können sowohl ein jedes Aufsichtsratsmitglied als auch der Vorstand gerade vom Aufsichtsratsvorsitzenden verlangen, dass dieser eine Aufsichtsratssitzung einberuft. Dies lässt auf die gesetzgeberische Grundvorstellung schließen, dass es im Regelfall<sup>2</sup> der Aufsichtsratsvorsitzende ist, der für die Sitzungseinberufung zuständig ist.<sup>3</sup> Zudem hat der Aufsichtsratsvorsitzende gemäß § 107 II 1 AktG die über die Aufsichtsratssitzung zwingend anzufertigende Niederschrift zu unterzeichnen und er kann gemäß § 109 II AktG bestimmen, ob ein Nichtausschussmitglied an einer Ausschusssitzung teilnehmen darf. Auch wenn das Gesetz damit nur punktuell einige Aspekte der Sitzungsorganisation regelt, so lässt doch die Hervorhebung des Aufsichtsratsvorsitzenden in den zuvor genannten Vorschriften den Schluss

---

<sup>1</sup> Hüffer/Koch/Koch, § 107 Rn. 8; MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking, § 31 Rn. 48; Semler/v. Schenck/v. Schenck, AR-HdB, § 4 Rn. 75 ff.; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 107 Rn. 40; Börsig/Löbbe, FS Hoffmann-Becking, S. 125, 144; Drinhausen/Marsch-Barner, AG 2014, 337, 338; Luther/Rosga, FS Meilicke, S. 80, 82; K. Schmidt/Lutter/Drygala, § 107 Rn. 19; MüKo-AktG/Habersack, § 107 Rn. 50, 53 ff.; Spindler/Stilz/Spindler, § 107 Rn. 41; Henssler/Strohn/Henssler, § 107 AktG Rn. 9; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, § 107 Rn. 30; Semler/v. Schenck/Mutter, Der Aufsichtsrat, § 107 Rn. 113 ff.; Hoffmann/Preu, Rn. 440 f.; Roth, ZGR 2012, 343, 370; Mailänder, Der Aufsichtsrat 2017, 69, 70; Trögel, Einflussnahme, S. 10 ff.; Kober, Geschäftsordnungen, S. 362.

<sup>2</sup> Vor allem in den Fällen des § 110 II AktG erfolgt die Sitzungseinberufung nicht durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, sondern durch ein Aufsichtsratsmitglied bzw. durch den Vorstand, sofern diese zuvor erfolglos vom Aufsichtsratsvorsitzenden die Einberufung einer Aufsichtsratssitzung verlangt haben. Siehe hierzu im Einzelnen § 6 I. 1. b) aa) (2).

<sup>3</sup> Semler/v. Schenck/Gittermann, Der Aufsichtsrat, § 110 Rn. 13; MüKo-AktG/Habersack, § 110 Rn. 1; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 110 Rn. 2; Großkomm-AktG/Hopt/Roth, § 110 Rn. 12.

auf die gesetzgeberische Grundvorstellung zu, dass dem Aufsichtsratsvorsitzenden eine Schlüsselfunktion in diesem Zusammenhang zukommt. Bestätigt wird dies durch die Gesetzesbegründung zum AktG 1937, in dessen Nachfolge die heute gültigen Vorschriften betreffend die Rechtsstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden stehen.<sup>4</sup> So heißt es dort zu § 92 I AktG a. F., der Aufsichtsratsvorsitzende habe „die Aufgabe, das zu tun, was dem Vorsitz eines Kollegiums üblicherweise obliegt. Dazu wird im Zweifel die Leitung der Aufsichtsratsitzungen sowie die Vorbereitung und Ausführung seiner Beschlüsse gehören“.<sup>5</sup>

Dass der Aufsichtsratsvorsitzende diejenigen Befugnisse hat, die dem Vorsitzenden eines Kollegialgremiums üblicherweise zustehen, entspricht auch heute noch der allgemeinen Meinung<sup>6</sup> und dient im Schrifttum auch als Argument dafür, dass er für die Vorbereitung und Leitung der Aufsichtsratsitzungen zuständig ist.<sup>7</sup> Dazu lässt sich sagen, dass in der Tat mit dem Vorsitz eines Kollegiums regelmäßig auch die Leitung desjenigen einhergeht. So obliegt etwa die Leitung der Verhandlung im Zivilprozess gemäß § 136 I ZPO dem *vorsitzenden* Richter. Gleiches gilt gemäß § 238 I StPO im Strafprozess und gemäß § 103 I VwGO im Verwaltungsprozess.

Dieser im Grundsätzlichen unbestrittenen Aufgabe des Aufsichtsratsvorsitzenden, die Aufsichtsratsitzungen vorzubereiten und zu leiten, stehen jedoch mit Ausnahme der schon zuvor genannten §§ 107 II 1, 109 II, 110 I 1 AktG keinerlei gesetzliche Regelungen gegenüber, die die Kompetenzen des Aufsichtsratsvorsitzenden in diesem Zusammenhang allgemein oder gar im Einzelnen regeln würden.<sup>8</sup> Insbesondere lassen sich dem Gesetz kaum Hinweise darauf entnehmen, inwieweit das Plenum oder sogar einzelne Aufsichtsratsmitglieder auf die Verfahrensleitung Einfluss nehmen können. Lediglich die Regelung des § 110 I 1 AktG lässt einen vorsichtigen Rückschluss auf die Kompetenzverteilung innerhalb des

<sup>4</sup> Siehe hierzu *Kropff*, AktG 1965, S. 147.

<sup>5</sup> *Klausing*, AktG 1937, S. 78.

<sup>6</sup> Siehe nur *Hüffer/Koch/Koch*, § 107 Rn. 8; *MüKo-AktG/Habersack*, § 107 Rn. 44; *K. Schmidt/Lutter/Drygala*, § 107 Rn. 19; *KK-AktG/Mertens/Cahn*, § 107 Rn. 40; *Wachter/Schick*, § 107 Rn. 9; *Marsch-Barner/Schäfer/E. Vetter*, Rn. 27.7; *Lutter/Krieger/Verse*, § 11 Rn. 678; *Kindl*, Teilnahme, S. 88; *Schlitt*, DB 2005, 2007, 2008; *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 337, 338; *Rodewald/Ternick*, BB 2011, 910; *Kober*, Geschäftsordnungen, S. 362.

<sup>7</sup> So etwa *KK-AktG/Mertens/Cahn*, § 107 Rn. 40; *K. Schmidt/Lutter/Drygala*, § 107 Rn. 19; *Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn*, § 107 Rn. 30; *Rodewald/Ternick*, BB 2011, 910.

<sup>8</sup> Freilich werden dem Aufsichtsratsvorsitzenden auch noch an anderen Stellen des Gesetzes besondere Befugnisse zuerkannt. So ist er etwa gemäß § 90 I 3, V 3 AktG für den Empfang und die Weiterleitung der vom Vorstand erstellten Sonderberichte aus sonstigen wichtigen Anlässen zuständig. Zudem obliegen ihm nach § 184 I 1 und § 188 I AktG Sonderaufgaben bei bestimmten Anmeldungen zur Eintragung ins Handelsregister. Diese gesetzlichen Befugnisse stehen jedoch nicht im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Leitung der Aufsichtsratsitzungen und können daher in diesem Teil der Arbeit vernachlässigt werden.

Aufsichtsrats zu. Wenn neben dem Vorstand auch ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied die unverzügliche Einberufung einer Aufsichtsratssitzung verlangen kann<sup>9</sup>, so legt dies nahe, dass der Aufsichtsratsvorsitzende keineswegs alleiniger Herrscher über das Aufsichtsratsverfahren sein kann. Vielmehr muss es den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern regelmäßig möglich sein, gegen die Verfahrensentscheidungen des Aufsichtsratsvorsitzenden vorzugehen.<sup>10</sup> Eine weit über diese spezielle Verfahrensfrage hinausgehende und das Verhältnis des Aufsichtsratsvorsitzenden zu den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern auch im Allgemeinen näher definierende Aussage wird man § 110 I 1 AktG allerdings nicht entnehmen können. Denn einerseits ist die durch diese Norm geregelte Verfahrensfrage eine viel zu spezielle und andererseits ist das Modell, dass ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied etwas verlangt und der Aufsichtsratsvorsitzenden dem zu entsprechen hat, höchstens auf wenige andere Verfahrensmaßnahmen überhaupt übertragbar. Geht es beispielsweise um die Frage, an welchem Ort eine Aufsichtsratssitzung stattfinden soll, oder um die Wahl der Sitzungssprache, so wird man kaum davon ausgehen können, dass ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied einen Ort oder eine Sprache vorschlagen könnte und der Aufsichtsratsvorsitzende dem zu entsprechen hätte. Schließlich kann eine Aufsichtsratssitzung nur an einem Ort und nur in einer Sprache stattfinden. Somit käme dieses Modell schon an seine Grenzen, wenn nur zwei Aufsichtsratsmitglieder verschiedene Forderungen stellten.

Es lässt sich somit festhalten, dass es zwar der Grundvorstellung des Gesetzes entspricht, dass der Aufsichtsratsvorsitzende bei der Vorbereitung und der Leitung der Aufsichtsratssitzungen eine Schlüsselrolle einnimmt. Welche Befugnisse ihm in diesem Zusammenhang aber genau zustehen, wird aus dem Gesetz kaum ersichtlich. Ebenso hält das Gesetz keine umfassende Antwort auf die Frage bereit, inwieweit das Aufsichtsratsplenum oder sogar einzelne Aufsichtsratsmitglieder auf die Verfahrensleitung Einfluss nehmen können.

Gegenstand dieses Kapitels soll es nun sein, einerseits die Befugnisse des Aufsichtsratsvorsitzenden im Rahmen der Vorbereitung und Leitung der Aufsichtsratssitzungen herauszuarbeiten und andererseits zu ergründen, inwieweit das Aufsichtsratsplenum oder sogar einzelne Aufsichtsratsmitglieder an der Verfahrensleitung partizipieren und auf Verfahrensentscheidungen des Aufsichtsratsvorsitzenden einwirken können. Zu diesem Zweck ist zunächst die grundsätzliche Kompetenzverteilung zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und dem Aufsichtsratsplenum im Hinblick auf die Sitzungsvorbereitung und -leitung zu analysieren<sup>11</sup>, bevor es dann um die Frage gehen wird, welche Erwägungen es im Einzelfall erfordern,

---

<sup>9</sup> Siehe hierzu § 6 I. 1. b).

<sup>10</sup> Ähnlich *Peus*, Der Aufsichtsratsvorsitzende, S. 48.

<sup>11</sup> Siehe hierzu § 3.



von der zuvor erarbeiteten grundsätzlichen Kompetenzverteilung abzuweichen.<sup>12</sup> Im Anschluss hieran sind diejenigen Maximen darzulegen, an denen der Aufsichtsratsvorsitzende seine Verfahrensentscheidungen auszurichten hat.<sup>13</sup> Schlussendlich sollen die zuvor erarbeiteten Grundsätze auf ausgewählte Beispielsverfahrensanordnungen angewendet werden.<sup>14</sup>

### § 3 Kompetenzverteilung zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und dem Aufsichtsratsplenum

#### *I. Thesen zur Kompetenzverteilung*

Im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und dem Aufsichtsratsplenum bei der Vorbereitung und Leitung der Aufsichtsratssitzungen werden von Seiten der Literatur im Wesentlichen vier teils aufeinander aufbauende Thesen vorgebracht. Die erste These besagt, dass sämtliche Verfahrensentscheidungen zunächst vom Aufsichtsratsvorsitzenden getroffen werden.<sup>15</sup> Jedoch könne das Aufsichtsratsplenum – und das ist die zweite These – diese Verfahrensentscheidungen im Wege eines Aufsichtsratsbeschlusses korrigieren.<sup>16</sup>

Gemäß der dritten These könne das Aufsichtsratsplenum aber auch initiativ das Aufsichtsratsverfahren durch einen entsprechenden Aufsichtsratsbeschluss regeln. Keineswegs sei es also darauf angewiesen, eine Verfahrensordnung des Aufsichtsratsvorsitzenden abzuwarten, um auf diese mit einem korrigierenden Aufsichtsratsbeschluss zu reagieren. Die Befugnis des Aufsichtsratsvorsitzenden, die Aufsichtsratssitzungen vorzubereiten und zu leiten, sei demnach nicht sein exklusives Recht.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Siehe hierzu § 4.

<sup>13</sup> Siehe hierzu § 5.

<sup>14</sup> Siehe hierzu § 6.

<sup>15</sup> So Bürgers/Körper/Israel, § 107 Rn. 9; Semler/v. Schenck/v. Schenck, AR-HdB, § 4 Rn. 169; Drinhausen/Marsch-Barnier, AG 2014, 337, 338; speziell für die Auswahl der Form der Aufsichtsratssitzung Simons, AG 2013, 547, 552.

<sup>16</sup> So Semler/v. Schenck/Mutter, Der Aufsichtsrat, § 107 Rn. 114, 147; MüKo-AktG/Habersack, § 107 Rn. 53; KK-AktG/Mertens/Cahn, § 107 Rn. 41; Großkomm-AktG/Hopt/Roth, § 107 Rn. 120; Henssler/Strohn/Henssler, § 107 AktG Rn. 9; Bürgers/Körper/Israel, § 107 Rn. 9; K. Schmidt/Lutter/Drygala, § 107 Rn. 19; Semler/v. Schenck/v. Schenck, AR-HdB, § 4 Rn. 169; Schlitt, DB 2005, 2007, 2008; Rodewald/Ternick, BB 2011, 910; Peus, Der Aufsichtsratsvorsitzende, S. 79 ff.; Kindl, Teilnahme, S. 104 f.; Trögel, Einflussnahme, S. 16; speziell für die Auswahl der Form der Aufsichtsratssitzung Simons, AG 2013, 547, 552.

<sup>17</sup> So Peus, Der Aufsichtsratsvorsitzende, S. 83 f.; speziell zur Einberufung der nächsten Aufsichtsratssitzung, jedoch unter Rückgriff auf „allgemeine Grundsätze“ auch Großkomm-

## Sachregister

- Abberufung des Aufsichtsratsvorsitzen-  
den 16–18, 23
- Abhängigkeitsbericht 188 f.
- Abschlussvertretung 306–310
- Abstimmungsart (geheim oder offen), *siehe*  
geheime Beschlussfassung
- Annexkompetenz 282–284, 312 f.
- Arbeitnehmermitbestimmung 25–28
- Aufsichtsratsvorsitzender als Anteilseigner-  
vertreter 25 f.
- Ausschluss von Nichtausschussmitgliedern  
(§ 109 II AktG) 35–37, 176–178
- Beschlussanträge 158–161
- Beschlussdurchführungsbefugnis kraft  
Amtsstellung 293–306
- Beschlussfassung nach § 108 IV AktG 30–34,  
60 f., 97 f., 99–101
- Beschlussfassung zu nicht rechtzeitig  
bekanntgemachten Tagesordnungs-  
punkten 114 f.
- Bilanzsitzung 108 f.
- Botenschaft 284–286
- Delegation der Willensbildung, *siehe*  
Abschlussvertretung
- Diskretion, *siehe* Vertraulichkeit der  
Beratungen
- Effizienzgebot 68 f.
- Einberufung nutzloser Aufsichtsratssitzun-  
gen 91
- Einberufungsverlangen nach § 110 I 1 AktG  
61, 80–86
- Empfangsvertreter des Aufsichtsrats 201–209
- Empfangszuständigkeit des Aufsichtsrats-  
vorsitzenden 198–220
- Entscheidungen in Rechtsfragen 57–60
- Erklärungsververtretung 286–291
- Gang der Sitzung 143–145
- geheime Beschlussfassung 164–169
- Geheimhaltung, *siehe* Vertraulichkeit der  
Beratungen
- Gleichheitsgrundsatz 22–25, 71–73, 119 f.
- Hilfsgeschäfte 311–319
- Honorarvereinbarungen mit Sachverständi-  
gen und Rechtsanwälten 319
- IFRS-Einzelabschluss 184 f., 205
- Informationsweiterleitung vom Vorstand und  
Abschlussprüfer an den Gesamtaufichts-  
rat 221–233, 238–253, 260–274
- Informelle Gespräche des Aufsichtsratsvor-  
sitzenden 253–274
- Jahresabschluss 184 f., 203 f.
- Kenntnisnahmerecht nach §§ 90 V 1,  
170 III 1 AktG 223 f.
- Kollegialorgancharakter 20 f., 74, 76–78,  
119 f.
- konkurrierende Zuständigkeit für Verfah-  
rensanordnungen 34 f.
- Konzernabschluss und Konzernlage-  
bericht 185–187, 205–207
- Lagebericht 184 f.
- Minderheitenschutz im Aufsichtsrat 51–53,  
61–63, 73 f.
- Mindestturnus nach § 110 III AktG 86–89,  
104–106
- Neutralität des Aufsichtsratsvorsitzen-  
den 74–76
- nichtfinanzieller Bericht und nichtfinanziel-  
ler Konzernbericht 187 f.

- Präsenzsetzung, *siehe* Sitzungsform  
 primus inter pares 22–25  
 Prinzipal des Aufsichtsratsvorsitzenden  
 16–18  
 Protokollberichtigungsantrag 175 f.  
 Prüfungsberichte des Abschlussprüfers 190–  
 195, 207–209
- Rechtmäßigkeit des Aufsichtsratsverfah-  
 rens 57–60, 69  
 Redezeitbeschränkung 76–78  
 Repräsentant des Aufsichtsrats 210–214
- Schluss der Diskussion 154–158  
 Selbsteinberufung nach § 110 II AktG 61,  
 82 f.  
 Selbstorganisationsrecht des Aufsichtsrats  
 15 f., 63–65, 76–78  
 Sitzungsausschluss aus Gründen des  
 Gesellschaftswohls 48–50, 125–128  
 Sitzungsausschluss störender Aufsichtsrats-  
 mitglieder 76–78, 148–154  
 Sitzungseinberufung aus Gründen des  
 Unternehmenswohls 89 f.  
 Sitzungsform 97–109  
 Sitzungsort 91–96  
 Sitzungsprotokoll 57  
 Sitzungssprache 61–63, 145–148  
 Sitzungsteilnahme 125–142  
 – Dolmetscher 139–142  
 – Protokollführer 136–139  
 – Sachverständige und Auskunftsperso-  
 nen 131–135  
 – Vorstandsmitglieder 128–131  
 Sitzungsunterbrechung 169–173  
 Sonderberichte nach § 90 I 3 AktG 111 f.,  
 233–253  
 Stellungnahme des Vorstands zu den  
 Prüfungsberichten des Abschlussprü-  
 fers 191–195  
 Stimmverbot 58, 161–164
- Tagesordnung 109–124  
 Tagesordnungsergänzungsanträge 76–78,  
 112–114  
 Telefonkonferenzsetzung, *siehe* Sitzungs-  
 form  
 Teleologische Reduktion des § 170 III 2  
 AktG 225–233  
 Terminierung der Aufsichtsratssitzun-  
 gen 78–91
- Übermittlungsanspruch nach §§ 90 V 2, 170  
 III 2, 314 I 2 AktG 221 f., 224–233  
 Unpräzise Benennung von Tagesordnungs-  
 punkten 117–124  
 Unternehmensinteresse 66 f.  
 Untervertretung 284–286
- Vertagung der Beschlussfassung 41,  
 169–175  
 Vertraulichkeit der Beratungen 70 f., 95 f.  
 Vertretung der Gesellschaft durch den  
 Aufsichtsrat 281–284, 316–319  
 Videokonferenzsetzung, *siehe* Sitzungsform  
 Vorabinformation einzelner Aufsichtsrats-  
 mitglieder 247–253, 270–274  
 Vorlagen nach § 170 I, II AktG 184–188,  
 203–207  
 Vorschlag für die Verwendung des Bilanz-  
 gewinns 188  
 Vorstandsberichte (§ 90 I 1, 3, III AktG) 183 f.
- Wahl zum Aufsichtsratsvorsitzenden 13,  
 16–18  
 Weiterleitungsermessen nach § 90 V 3  
 AktG 239–253  
 Willensbildung im Aufsichtsrat 276 f.,  
 313–316  
 Wortentzug 148–153
- Zweitstimmenregelung des § 29 II 1  
 MitbestG 43 f.